

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW



Cilt (Volume): 27

Sayı (Number): 1

Yıl (Year): 2019

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK LAW REVIEW

Cilt (Volume): 27 • Sayı (Number): 1 • Yıl (Year): 2019

ISSN: 1306 - 8075

E-ISSN: 2548 - 1177

Sahibi (Owner):

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mustafa ŞAHİN (Dekan V.)

Editörler (Editors) :

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe ARAT
Dr. Öğr. Üyesi Alper UYUMAZ
Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Berrin AKBULUT
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU
Prof. Dr. Faruk BİLİR
Prof. Dr. Halûk Hadi SÜMER
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Prof. Dr. Paulo de Tarso Pires de Lara
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Doç. Dr. Erdal YERDELEN
Dr. Öğr. Üyesi S. Sami AKKURT
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN
Dr. Öğr. Üyesi Nurşen AYAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin AKTAY (A. Bilim Ü.)
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İ. Aydın Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (A. H. B. Veli Ü.)
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Ü.)
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN (A. H. B. Veli Ü.)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İ. Kültür Ü.)
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (A. H. B. Veli Ü.)

Baskı – Cilt: Selçuk Üniversitesi Basımevi / 0 332 241 18 47 / Mart 2019

DERGİ HAKKINDA

AMAÇ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

KAPSAM

Dergimiz Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan hukuk alanında makale kabul eden hakemli bir dergidir. Kamu hukuku, özel hukuk ve malî hukuk alanlardaki makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

KISALTIMA

Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

HABERLEŞME ADRESİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel : 0332 241 00 45

Fax : 0332 241 01 05

İnternet : <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> • <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-posta : hukukdergi@selcuk.edu.tr • dergisuhfd@gmail.com

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

Dergimiz ULAKBİM'in 16.06.2010 tarih ve 1799 sayılı yazısıyla TÜBİTAK ULAKBİM HUKUK VERİ TABANINA alınmıştır.



ASOS INDEX (Asos Academia Social Science Index)

Dergimiz 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranan dergiler arasındadır.



SOBIAD (Sosyal Bilimler Atf Dizini)

Dergimiz 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranan dergiler arasındadır.



GOOGLE SCHOLAR

Dergimiz 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranan dergiler arasındadır.



HEINONLINE

Dergimiz 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranan dergiler arasındadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 27 • Sayı: 1 • Yıl: 2019

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNDA DOĞRUDAN TEMİN USULÜ 11

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Arş. Gör. Hande Sena ÇALIŞ

NEFRET SUÇU VE JOHN STUART MILL “ZARAR PRENSİBİ” 37

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa YAYLALI

İDARE HUKUKU AÇISINDAN AVUKATLIK 55

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER

EMLAK VERGİSİ ÖZELİNDE VERGİ GÜVENLİK ÖNLEMLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ 79

Dr. Öğr. Üyesi Taha Emre ÇİFTÇİ

Prof. Dr. İbrahim ORGAN

OSMANLI HUKUKUNDA HUKUKİ EHLİYET ARIZASI OLARAK MARAZ-I MEVT
(ÖLÜM HASTALIĞI) 107

Arş. Gör. Samed ATASOY

ÖZEL HUKUK

MÜLKİYET VE ZİLYETLİK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER..... 139

Dr. Öğr. Üyesi Betül Özlük

TİCARET ŞİRKETLERİNDE ORTAKLARIN KİŞİSEL ALACAKLILARININ ŞİRKETE
YÖNELTEBİLECEKLERİ HACİZ TALEPLERİ 167

Arş. Gör. Çağatay Serdar ŞAHİN

SELÇUK LAW REVIEW

Volume: 27 • Number: 1 • Year: 2019

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

DIRECT PROCUREMENT IN PUBLIC PROCUREMENT LAW NUMBER 4734
..... 11

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Asst. Hande Sena ÇALIŞ

HATE CRIME AND JOHN STUART MILL'S "HARM PRINCIPLE" 37

Asst. Prof. Mustafa YAYLALI

ADVOCACY IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW 55

Asst. Prof. Sırrı DÜĞER

EVALUATION OF TAX SAFETY PRECAUTIONS IN PROPERTY TAX SPECIAL
..... 79

Asst. Prof. Taha Emre ÇİFTÇİ

Prof. Dr. İbrahim ORGAN

FATAL DISEASE AS A LEGAL CAPACITY MALFUNCTIONS IN THE OTTOMAN
LAW 107

Asst. Samed ATASOY

PRIVATE LAW

CONSIDERATIONS ON OWNERSHIP AND POSSESSION 139

Asst. Prof. Betül Özlük

ATTACHMENT REQUESTS AGAINST COMMERCIAL COMPANIES OF
INDIVIDUAL CREDITORS OF SHAREHOLDERS 167

Asst. Çağatay Serdar ŞAHİN

Makaleler

Kamu Hukuku

4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNDA DOĞRUDAN TEMİN USULÜ*

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN**

Arş. Gör. Hande Sena ÇALIŞ***

DIRECT PROCUREMENT IN PUBLIC PROCUREMENT LAW NUMBER 4734

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Üstün, Ümit Süleyman / Çalış, Hande Sena: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin Usulü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 11-36.

APA: ÜSTÜN, Ü., ÇALIŞ, S. (2019). 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Doğrudan Temin Usulü. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 11-36.DOI: 10.15337/suhfd.545146

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 06.11.2018

Kabul Edildiği Tarih: 14.03.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545146>

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: sustun@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-0710-3312](https://orcid.org/0000-0003-0710-3312)

*** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: handecalis@selcuk.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-8915-6276](https://orcid.org/0000-0002-8915-6276)

ÖZ

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki idarelerin mal veya hizmet alımları ve yapım işleri için düzenlenecek ihalelerde, açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usul olarak belirlenmiş ve belli hallerde başvurulmak üzere pazarlık usulüne yer verilmiştir. Doğrudan temin ise, söz konusu ihale usullerine ek bir alım usulü olarak yalnızca Kanunun 22. maddesinde sayılan hallerde uygulanmak üzere öngörülmüştür. Doğrudan temin usulü, ilan yapılmaksızın, teminat alınmaksızın ve ihale komisyonu kurma zorunluluğu bulunmaksızın uygulanması açısından ihale usullerinden ayrılmaktadır. Bu çalışmada, doğrudan temin usulünün özellikleri, uygulanacağı haller ve ihtiyacın bu usule başvurularak karşılanması halinde idarenin dikkate alması gereken esaslar irdelenecek, bu hususa ilişkin yorum ve önerilere yer verilecektir.

ANAHTAR KELİMELEER: Mal alımı, hizmet alımı, yapım işleri, idari makamlarca yapılan ihale, eşik değer.

ABSTRACT

The basic tendering procedures for procurement of goods, services and construction works are regulated as open procedure and restricted procedure for the administration which is included in the scope of procedure in the Public Procurement Law number 4734 and the negotiated procedure is regulated for applying under prescribed situations in aforesaid Law. In addition to these procedures, direct procurement is regulated as a purchase procedure to be implemented in the cases referred to, in Article 22 of the Law. Direct procurement differs from the procurement procedures from the point of notice rules, without getting guarantee and assigning tender commission. In this study, the characteristic of direct procurement, the situations this procedure is applied and in case of ensuring the needs by applying this method the principles that administration should take into consideration will be examined and interpretations and suggestions will be included.

KEYWORDS: Procurement of goods, procurement of service, construction works, procurement held by public authorities, threshold value.

GİRİŞ

İdare, kamu hizmetlerini sunarken taşınır veya taşınmaz mallara, çeşitli hizmet alımlarına ihtiyaç duyabilir. Bu durumda, ihtiyacın temini için 4734

sayılı Kamu İhale Kanununa uygun şekilde, ihale usullerinden birinin uygulanması gerekir. Bu ihale usulleri, açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve pazarlık usulüdür. Bununla birlikte birtakım ihtiyaçların karşılanması için daha az prosedür içeren ve süratli bir usulün uygulanmasına gereksinim duyulmuştur. Doğrudan temin usulü, idarenin mevzuatta belirtilen hallerle sınırlı olmak üzere kullanabildiği ve ihtiyacın pratik olarak giderilmesini sağlayan bir alım usulüdür.

Doğrudan temin usulü, Kamu İhale Kanununda yer alan ihale usullerinden farklı olarak; ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın uygulanmaktadır. Ayrıca doğrudan temin usulünde, Kanunun 10. maddesinde belirtilen şartların varlığının araştırılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Söz konusu farklılıkların, mal ve hizmet alımı veya yapım işi için sözleşme yapacak olan idarenin, sözleşmenin karşı tarafını belirleme sürecini hızlandırma konusunda faydası bulunmaktadır. Ancak ihale sürecinin kamu gücü ayrıcalıklarını kullanarak tesis edilen idari işlemlerden oluştuğu dikkate alındığında, sürecin hukuka uygun olarak yürütülmesi kamu yararının gerçekleşmesi açısından önem taşımaktadır. Bu sebeple doğrudan temin usulünün, esaslarının ve uygulanacağı hallerin ele alınması gerekmektedir.

Bu çalışmada, doğrudan temin usulü, Danıştay ve Kamu İhale Kurumu kararları başta olmak üzere konuya ilişkin kararlar ışığında ele alınarak, idarenin bu usulü uygulayarak yaptığı alımlarda izlemesi gereken temel esaslar irdelenecek, öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

Çalışmanın birinci kısmında, genel olarak doğrudan temin usulü açıklanacak, doğrudan teminin bir ihale usulü olmadığına değinilecektir. İkinci kısımda ise, doğrudan temin usulünün özellikleri, bu hususa ilişkin Kamu İhale Genel Tebliğinde yer alan hükümlerle birlikte incelenecek ve Kanunun 22. maddesinde düzenlenen, doğrudan temin usulünün uygulanabileceği haller ele alınacaktır.

I. DOĞRUDAN TEMİN USULÜNE GENEL BAKIŞ

Doğrudan temin usulü, Kanunun 4. maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre doğrudan temin, *“bu Kanunda belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edilebildiği usulü”* ifade etmektedir¹. Kanunun 22.

¹ Kanunun 3. Maddesinde istisnalar arasında sayılan, dolayısıyla Kanuna tabi olmayacağı öngörülen bazı hallerde uygulanacak ihale usul ve esaslar hakkında

maddesinin gerekçesinde, doğrudan temin usulünün “küçük ölçekli günlük ihtiyaçların karşılanması ile küçük bakım onarım işlerinin yaptırılmasında kolaylık sağlamak üzere²” düzenlendiği ifade edilmiştir. Böylece, idarenin günlük ihtiyaçları, kâğıt, kırtasiye malzemeleri, akaryakıt, tıbbî malzeme, temizlik malzemesi, taşınır ve taşınmaz malları için gereken küçük onarım hizmetlerinin ihale usullerinin uzun süren aşamalarına göre daha hızlı bir şekilde temin edilmesi amaçlanmaktadır³.

İdarenin kanunda sayılan durumlar dışında, doğrudan temin usulüne göre mal veya hizmet alımı ile yapım işini yaptırması mümkün görünmemektedir. Bu usulde ihaleye çıkılması söz konusu olmadığı için, doktrinde doğrudan temin usulü “ihalesiz usul” olarak da ifade edilmektedir⁴. Doktrinde, Kanunda açıkça ihale usulleri arasında yer almamakla birlikte, Kanunun bütün olarak değerlendirilmesi ve doğrudan teminin ihale usullerinden biri olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eden görüş bulunmaktadır⁵.

Nitekim Danıştay’ın bir kararında da doğrudan teminin bir ihale usulü olmayıp Kanunun 22. maddesinde sayılan hallerin varlığı halinde başvuru bir alım usulü olduğu vurgulanmıştır. Buna göre, bu usulün uygulanmasında Kamu İhale Kanununun ihaleye katılanlarda aranan yeterlik kurallarına ilişkin 10. maddesi ve ihaleye katılmayacak olanları düzenleyen 11. maddesinin de uygulanması zorunlu değildir⁶.

Cumhurbaşkanı Kararlarında doğrudan temin usulüne yer verilmektedir. Söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararları şunlardır: Strateji Ve Bütçe Başkanlığı Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (F) ve (Y) Bentleri Kapsamında Yapılacak İhalelere İlişkin Esaslar, RGS. 30554 RGT. 03.10.2018; Vakıf Kültür Varlıklarının Onarımları ve Restorasyonları İle Çevre Düzenlemesine İlişkin Mal ve Hizmet Alımlarına Dair Usul ve Esaslar, RGS. 30581 RGT. 31.10.2018; Tarım ve Orman Bakanlığı Tarafından 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (B) Bendi Kapsamında Yapılacak Mal ve Hizmet Alımlarına İlişkin Usul ve Esaslar, RGS. 30535 RGT. 14.09.2018.

² <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/> (E.t. 18.12.2018).

³ İNAN Atilla, *İhale Hukuku Ders Notları*, Ankara 2016, s. 148.

⁴ TAŞDELEN Aziz, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Ankara 2004, s. 85.

⁵ ARSLAN Çetin, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, Ankara 2010, s. 27.

⁶ “...doğrudan temin yönteminin bir ihale türü olmaktan çıkarıldığı, yine Kanunun 22 nci maddesinde, belli bir miktar parayı aşmayan ihtiyaçların, ihale komisyonu kurma ve 10. maddede sayılan yeterlik kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale

Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, “Doğrudan temin yöntemi, bir ihale usulü olmayıp, Kanun'da belirtilen hallerde ihtiyaçların, idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülerek doğrudan temin edildiği alım yöntemini ifade etmektedir. Kanun'un 22. maddesinde, ilân yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın "doğrudan temin" yöntemine başvurulabilecek haller belirtilmiş ve bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10. maddede sayılan yeterlik kurallarının aranma zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçların temin edileceği hükme bağlanmıştır”⁷.

Yargıtay ise, ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğunu “doğrudan temin yönteminin bir ihale olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılacak bir satın alma yöntemi olduğunu” ifade ederek doğrudan temin ile gerçekleştirilen alımlarda ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşmayacağına karar vermiştir⁸. Doğrudan temin usulüne başvurularak

yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak temin edilebileceğinin hükme bağlandığı, öte yandan Kamu İhale Genel Tebliğinin Birinci Bölümünün XV. maddesinin (B) bendinde, doğrudan teminin bir ihale usulü olmaktan çıkarılması nedeniyle 4734 sayılı Kanununun "İhaleye Katılımda Yeterlik Kuralları" başlıklı 10. maddesi ile "İhaleye Katılmayacak Olanlar" başlıklı 11.maddesinin doğrudan temin usulünde uygulanmasının zorunlu olmaktan çıkarıldığının karara bağlandığı görülmektedir". D1D, KT. 21.10.2009, E. 2009/1123, K. 2009/1440, <http://www.hukukturk.com> (E.t. 16.03.2018).

⁷ AYM, 25.12.2014, E. 2014/16, K. 2014/197, RG. 15.04.2015, S. 29327.

⁸ Y5CD, 02.07.2015, E. 2013/14111, K. 2015/13337, <http://www.hukukturk.com> (E.t. 27.03.2018); Doğrudan temin ihale usulü olmadığından Yargıtay'ın yerleşik içtihadı bu satın alma usulü açısından ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurlarının oluşmayacağıdır. Bununla birlikte, kamu görevlisinin eylemlerinin Türk Ceza Kanununda düzenlenen başka bir suçun unsurlarını oluşturması mümkündür. “İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile usulüne uygun yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunludur. Doğrudan temin yönteminin ise bir ihale usulü olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılacak bir satın alma yöntemi olması nedeniyle kamu görevlisi olan adı geçen sanığın eylemlerinin zincirleme biçimde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmelidir”. Y5CD, 28.02.2013, E. 2012/3588, K. 2013/1487, <http://www.hukukturk.com> (E.t.

gerçekleştirilen alımlarda ortaya çıkan usulsüzlükler, suçun konusunun yokluğu sebebiyle ihaleye fesat karıştırma suçu oluşturmamaktadır. Doğrudan temin usulünde, kamu görevlisi tarafından piyasada fiyat araştırması yapılırken gerçekleştirilen ve kamu zararına yol açan usulsüzlüklerin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturması mümkündür⁹.

Sayıştay, ihale usullerinden birinin uygulanması gerektiği halde işin parçalara bölünmek suretiyle doğrudan temin usulünün uygulanmasının rekabete aykırılık oluşturduğuna ve en uygun teklifi bulma imkânının ortadan kaldırıldığına ve böylelikle söz konusu davranış biçiminin Kanunun 5. maddesine aykırılık oluşturup görevlilerin sorumluluğunun doğduğuna karar vermiştir¹⁰. Anayasa Mahkemesi içtihadına göre de kamu zararı mevcudiyeti ve miktarı belirlenmemiş olsa da eşitliği, rekabeti, saydamlığı sağlamak üzere kanun ile belirlenmiş ihale usullerinden biri yerine işin parçalara bölünmesi ve doğrudan temin yoluyla ihtiyacın giderilmesi hukuka aykırıdır¹¹. Söz konusu

16.04.2018); KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 4, S. 13, 2013, s. 7; Bir ihale usulü olmaması sebebiyle doğrudan temin usulünün uygulanmasından sonra akdedilen sözleşme de edimin ifasına fesat karıştırma suçu kapsamına dahil edilmemektedir, AKBULUT Berrin, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.10, s. 50.

⁹ KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2015, s.757; Türk Ceza Kanununun 235. maddesinde düzenlenen, ihaleye fesat karıştırma suçunun konusu, mal veya hizmet alım veya satımına, kiralanmasına ilişkin ihaledir. İhaleye fesat karıştırma suçunun oluşması açısından ihalenin varlığı önem taşımakta olup, ihalenin 4734 sayılı Kanuna tabi olması gerekmemektedir. Ayrıca, Türk Ceza Kanununun 235. maddesinin 5. Fıkrasında ihaleye fesat karıştırma suçunun uygulama alanı genişletilmiş, kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla yapılan artırma ve eksiltmelere fesat karıştırılması halinde de suçun oluşacağı düzenlenmiştir, ÖZGENÇ İzzet, *Gereğçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s.349; ÖZGENÇ İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar, Ankara 2011, s. 33.

¹⁰ Sayıştay 5. Daire, K. 212/118 KT. 12.03.2015, <https://www.lexpera.com> (E.t. 18.12.2018); Sayıştay 5. Daire, K. 247/62 KT. 08.05.2014, <https://www.lexpera.com> (E.t. 18.12.2018); Bkz. BÜLBÜL Duran/KAYA Ali, Doğrudan Temin, Ankara 2017, s. 196.

¹¹ “...ihtiyacının, parçalara bölünerek doğrudan temin usulüyle rayiç bedeli üzerinden kısım kısım satın alınması işleminde, kamu zararının olup olmadığı, var ise ne kadar olduğu kesin rakamlar üzerinden ortaya konamayabilir. Ancak, kamu zararının ortaya konamamış olması, söz konusu işlemin mevzuata uygun olduğu anlamına gelmez.”, AYM, 28.02.2013, E. 2011/21, K. 2013/36, RG, 06.03.2014, S. 28933; Ancak; 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması

uygulamayı gerçekleştiren kamu görevlisine Kanunun 60. maddesinde düzenlenen idarî ve cezaî yaptırımlar uygulanır¹².

Kamu İhale Kurumu kararına göre, “bir ihale usulü olmayan doğrudan temin ile ilgili olarak Kurumun inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır”¹³. Dolayısıyla doğrudan temin, Kanunda düzenlenen ihale usulleri arasında sayılmaması sebebiyle, ihalelere yönelik zorunlu idarî başvurulara konu olmamaktadır. Gerek içtihatlarda ve gerekse de Kamu İhale Kurumu kararlarında belirtildiği üzere doğrudan temin bir ihale usulü değil, alım usulüdür. Bu sebeple doğrudan temin usulünün uygulandığı alımlarda,

Hakkında Kanunun Geçici 6 ncı Maddesi Uyarınca Uygulama Yapılan Rezerv Yapı Alanları ile İlgili Yapılacak İhalelere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre “Bu Yönetmelik kapsamında mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kısımlara bölünerek de yapılabilir”.

¹² 4734 sayılı Kanunun 60. maddesi görevlilerin ceza sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre, “İhale yetkilisi ile ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri ile ihale işlemlerinden sözleşme yapılmasına kadar ihale sürecindeki her aşamada görev alan diğer ilgililerin; 17 nci maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulduklarının, görevlerini kanuni gereklere uygun veya tarafsızlıkla yapmadıklarının, taraflardan birinin zararına yol açacak ihmalde veya kusurlu hareketlerde bulduklarının tespiti halinde, haklarında ilgili mevzuatları gereğince disiplin cezası uygulanır”.

Devlet memuru için bu durumda, 657 sayılı Kanunun 125/D. maddesinde düzenlenen “görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak” fiilinden ötürü disiplin cezası verilebilir. Bkz. D12D, 29.12.2015, E. 2015/4459, K. 2015/7274, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> (E.t. 16.04.2018). Karara konu olayda açık ihale usulünün uygulanması gereken alım işleri, parçalara bölünerek doğrudan temin usulü kullanılmış; ihaleyi düzenleyen idarenin başında vekaleten bulunan ve alım süreçlerinin temel aşamaları sona erdikten sonra evrak düzenleyen kamu görevlisinin, ihale yöntemi uygulanması gerekirken doğrudan temin yoluyla yapılan alımdan sorumlu olmadığı gerekçesiyle verilen disiplin cezası hukuka aykırı bulunmuştur. Bu nedenle Danıştay kararında “Zira, davacının alım yönteminin ve hangi firmaların davet edileceği hususlarının belirlenmesinde bir katkısının bulunmadığı açıktır” ifadesine yer verilmiş ve disiplin cezası verilmesine ilişkin idari işlem hukuka aykırı görülmüştür.

¹³ KİK, 21.02.2018, TN. (Toplantı numarası) 2018/010, KN. 2017/UM.IV-440, <https://ekap.kik.gov.tr> (E.t. 16.03.2018). Aynı yönde kararlar için bkz. KİK, 07.09.2016, TN. 2016/050, KN. 2016/UM.IV-2305; KİK, 06.05.2015, TN. 2015/029, KN. 2015/UM.IV-1321; KİK, 15.05.2018, TN. 2018/028, KN. 2018/UM.IV-963, <https://ekap.kik.gov.tr> (E.t. 04.06.2018).

Kanunda ihaleler için öngörülen şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularında bulunması mümkün değildir. Ancak 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununun 11. maddesi gereğince üst makama başvuru yapılmasına da engel bulunmamaktadır¹⁴.

II. DOĞRUDAN TEMİN USULÜNÜN ÖZELLİKLERİ VE KAPSAMI

Kanunun 22. maddesinde belirtilen hallerin varlığında uygulanabilen doğrudan temin usulünde, idare ile isteklilerin teknik koşullar ve fiyat üzerinde görüşmesi suretiyle, ihtiyacı en uygun şekilde karşılayacak teklif için piyasada fiyat araştırması yapılmakta ve ihtiyaç giderilmektedir¹⁵.

Doğrudan temin usulünde ilan yapılmaması, ihale komisyonu kurulmaması ve Kanunda belirtilen yeterlik şartlarının aranmaması açısından ihale usullerinden farklı bir prosedür izlenmektedir. Ayrıca doğrudan temin usulüne sınırlı olarak Kanunda belirtilen hallerde başvurulabildiğinden bu hallerin açıklanması gerekmektedir.

A. DOĞRUDAN TEMİN USULÜNE İLAN YAPILMAKSIZIN BAŞVURULMASI

Kamu ihale hukukunun temel ilkelerinden biri olan saydamlık (açıklık) gereği, ihalelerin mevzuatta gösterilen usulle ilan edilmesi gerekmektedir. Kanunun ilana ilişkin hükümleri arasında, doğrudan temin usulüne ilişkin ilana veya süresine yer verilmemektedir¹⁶. Kanunun 22. maddesinde doğrudan temin usulüne başvuran idarelerin ilan yapmaksızın bu usule başvurabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan doğrudan temin usulünün, kamu ihalelerine

¹⁴ BİRSEN İsmail, “Kamu İhale Kanunu Uygulamasında Başvuru Usulü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 88, 2013, s. 10, <https://www.jurix.com.tr/article/2106> (E.t. 03.05.2018).

¹⁵ ZABUNOĞLU Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, C. 1, Ankara 2012, s. 480; ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Ankara 2018, s. 582; ÖZDEMİR Eyüp, “Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Usulü”, *İdare Hukuku*, Ed. YILDIRIM Turan, İstanbul 2018, s. 592; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2017, s. 208; ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdare Hukuku*, Ankara 2018, s. 458.

¹⁶ Kamu İhale Genel Tebliği 22.1.1.1: “Yukarıda belirtilen hükümler uyarınca 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesinde belirtilen hallerde ihtiyaçların; Kanunun 18 inci maddesinde sayılan ihale usulleri için tespit edilen kurallara uyulmaksızın; ilan yapılmadan, teminat alınmadan, ihale komisyonu kurma ve anılan Kanunun 10 uncu maddesinde sayılan yeterlik kriterlerini arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak temin edilmesi mümkün bulunmaktadır”.

hâkim olan saydamlık-açıklık ilkesinin istisnası olduğu söylenebilir¹⁷. İlan sürecinin, ihalenin tüm ilgililere duyurulmasını sağlama işlevi sebebiyle, bu usulün rekabet ve kamuoyu denetimi ilkeleriyle bağdaşmadığını söylemek de mümkündür¹⁸. Ancak idarelerin, Kanunda düzenlenen sürelerle bağlı olmaksızın, maddî olarak veya internet üzerinden ilan yapmasına da bir engel bulunmamaktadır¹⁹.

İhale sürecinde rekabetin sağlanması için Kanununun 11. maddesinde ihale yetkilisi kişilerin “eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenleri” ile bu kişilerin ortak olduğu şirketlerin ihaleye katılmayacakları düzenlenmiştir. Ancak doğrudan temin usulü ile yapılan alımlarda 11. maddenin uygulanması zorunlu değildir. Bu açıdan doğrudan temin usulünde rekabetin sağlanması güvenceden yoksundur.

Kamu İhale Genel Tebliğine²⁰ göre, doğrudan temin usulünün uygulandığı alımlar, takip eden ayın onuncu gününe kadar “Doğrudan Temin Kayıt Formu” doldurularak Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinde kayıt altına alınır. Böylece, şeffaflık ilkesinin ancak alım sürecinin tamamlanmasının ardından temin edildiği söylenebilir. Bu hususta, idarelerin de yükümlülüklerini süresi içinde yerine getirmesi, doğrudan alımların gizli kalmaması açısından önem taşır.

¹⁷ ATAY, s. 574.

¹⁸ “İhalede açıklık ilkesi; ihale üzerindeki her türlü baskı, yolsuzluk ve şüphenin önüne geçilmesini, ihaleye katılımın en üst düzeyde gerçekleşmesini ve ihalenin kamu için en uygun koşullarda yapılmasını sağlayan bir ilkedir. Bu ilkenin gerçekleşmesinde rol oynayan en önemli araç ise, ihalenin herkese duyurulması için yapılacak olan ilândır, ihaleye çıkan işin isteklilere duyurulmasına bağlı olarak ihalede rekabet ilkesi gerçekleşmekte ve işin en uygun bedelle en yetkin kişiye verilebilmesi mümkün hale gelmektedir, ihalelerde istisnai usullerden olan pazarlık usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, ya da doğrudan temin usulünde uygulanan usulün doğası gereği ilân istisnası getirilebilirse de, esas olan açıklık ilkesinin gereği olarak ihalenin herkese duyurulmasıdır. Ancak istisna uygulamanın ne olduğunun da yine idarece yapılan düzenlemede hukuki güvenlik ve idarenin yasallığı ilkesi uyarınca açıkça belirtilmesi gerekmektedir”. D13D, 10.02.2010, E. 2007/1724, K. 2010/1168, <http://www.hukukturk.com> (E.t. 16.03.2018).

¹⁹ ALTUN Muhsin, *Yeni Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması*, Ankara 2004, s. 312.

²⁰ RGS. 27327 RGT. 22.08.2009.

B. DOĞRUDAN TEMİN USULÜNDE TEMİNAT ALINMAKSIZIN BAŞVURU YAPILMASI VE İHALE KOMİSYONU KURMA ZORUNLULUĞUNUN BULUNMAMASI

Kanunun 22. maddesinde belirtilen hallerden birinin mevcut olması durumunda, teminat alınmaksızın doğrudan temin usulüne başvurulabilir. Dolayısıyla, mevzuatta yer alan geçici ve kesin teminatla ilgili zorunluluklar bu usulde uygulanmaz.

Doğrudan temin usulünde teminat alınmamasına ve ihale komisyonu kurulmamasına ilişkin, kural daha önce yalnızca 22. maddenin (d) bendi için düzenlenmişken, 4964 sayılı Kanunla²¹ yapılan değişiklikle aynı kolaylık doğrudan temin usulünün uygulandığı tüm haller için kabul edilmiştir.

İdarenin ihtiyaç duyduğu mal veya hizmet alımı veya yapım işleri için, ihale usullerinden birini uygulaması durumunda, hazırlık aşamasında ihale komisyonu oluşturulmakta, tekliflerin alınması, açılması ve değerlendirilmesi görevi komisyonca yerine getirilmektedir. Doğrudan temin usulü ile alımın gerçekleştirildiği hallerde ihale komisyonu kurulması zorunlu değildir. Kanuna göre doğrudan temin usulünde, idarece piyasa araştırması yapılır²². Piyasa araştırmasının, güncel fiyatları kapsayıcı şekilde, objektif olarak yürütülmesi gerekir. Sayıştay, piyasa araştırmasının gereği gibi yapılmamasının hukuka aykırı olduğuna, bu takdirde ortaya çıkan kamu zararının sorumlulara ödettilmesine karar vermiştir²³.

²¹ 4964 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG, 15.08.2003, S. 25200.

²² 4734 sayılı Kanun md. 22: “Bu maddeye göre yapılacak alımlarda, ihale komisyonu kurma ve 10 uncu maddede sayılan yeterli kurallarını arama zorunluluğu bulunmaksızın, ihale yetkilisince görevlendirilecek kişi veya kişiler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir”. SANCAKDAR Oğuz/US Eser/KASAPOĞLU TURHAN Mine/ÖNÜT Lale Burcu/SEYHAN Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara 2018, s. 592; AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara 2018, s. 476; ODYAKMAZ Zehra/KAYMAK Ümit/ERCAN İsmail, *İdare Hukuku*, İstanbul 2015, s. 98; AKGÜNER Tayfun/BERK Kahraman, *İdare Hukuku*, İstanbul 2017, s. 1186; ATAY, s. 582.

²³ “İhale yetkilisince görevlendirilecekler tarafından piyasada fiyat araştırması yapılarak ihtiyaçlar temin edilir. Aynı firmadan aynı tarihte yapılan kırtasiye malzemesi alımlarında farklı fiyatların esas alınması Yasa'ya aykırıdır... Bu hükme uyulmayarak, aynı firmadan aynı tarihte yapılan kırtasiye malzemesi alımlarında farklı fiyatların esas alınması sonucu fazla ödenen tutarın sorumlulara

C. DOĞRUDAN TEMİN USULÜNDE 4734 SAYILI KANUNUN 10. MADDESİNDE SAYILAN YETERLİK KURALLARININ ARANMASI ZORUNLULUĞUNUN BULUNMAMASI

Doğrudan temin usulünde, ihtiyacın temin edileceği isteklinin, ihaleye katılma yasağının bulunup bulunmadığının araştırılması zorunlu değildir²⁴. Ancak, Kamu İhale Genel Tebliğine göre, Kanunun 22. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen parasal sınırlar²⁵ dahilinde yapılan alımlarda, alım yapılacak gerçek veya tüzel kişinin Kamu İhale Kurumunun internet sayfasındaki yasaklılar listesinde bulunup bulunmadığının kontrol edilmesi ve yasaklı olduğunun belirlenmesi durumunda, söz konusu kişiden alım yapılmaması gerekmektedir²⁶.

Kamu İhale Genel Tebliğine göre, doğrudan temin yoluyla yapılan alımlarda, Kanunun 58. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilebilmesi mümkün değildir.

Doğrudan temin, bir ihale usulü olmadığı için; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun²⁷ 25. maddesi uyarınca sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil veya davranışların ortaya çıkması halinde; aynı kanunun 26.

ödettilmesine, karar verildi". Sayıştay 4. Daire, K. 30321 KT. 16.2.2007, <https://www.kazanci.com> (E.t. 17.04.2018); "...dört adet kitabın alımı içinde piyasa fiyat araştırmasının sağlıklı yapılmadığı ve bu nedenle kitapların alış fiyatı ile piyasa rayiç fiyatı arasında fahiş bir fark bulunduğu ve bu yolla kamu zararına sebep olduğu gerekçesiyle fazla ödeme tutarının sorumlulara ödettilmesine, karar verildi". Sayıştay 3. Daire, K. 88 KT. 17.5.2007, <https://www.kazanci.com> (E.t. 17.04.2018).

²⁴ ALTUN, s. 313.

²⁵ Madde 22/d: "*Büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde bulunan idareleri 90.358 TL, diğer idarelerin 30.101 Türk Lirasını aşmayan ihtiyaçları ile temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeye ilişkin alımlar". Parasal tutarlar, 01.02.2019 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 2019/1 sayılı Kamu İhale Tebliği ile belirlenmiştir. RG, 25.01.2019, S. 30666.*

²⁶ Kanunun 58. Maddesine göre ihaleden yasaklama kararı, Katılma yasakları, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığı tarafından verilir. Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur.

²⁷ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, RG, 22.01.2002, S. 24648.

maddesinde öngörülen müeyyidelerin doğrudan temin usulünde uygulanması mümkün değildir²⁸.

Doğrudan temin usulünün, ihtiyacın pratik olarak giderilmesini sağlamak üzere öngörülmüş hızlı sürecin ve ihale yapacak idarelerin bu usulü, açık ihale usulü yerine tercih etme konusundaki eğiliminin doğuracağı sakıncaları bertaraf etmek üzere Kanunun 62. maddesinde, Kanunun 21. ve 22. maddelerindeki parasal sınırlar dâhilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamının, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamayacağı hükmüne yer verilmiştir²⁹. Böylece, idarenin pazarlık ve doğrudan temin usulünü kullanarak sınırsız veya yüksek tutarda harcama yapması engellenmektedir³⁰.

²⁸ “Dairemizin istikrar kazanan uygulamalarına göre ihaleye fesat karıştırma suçunun oluşabilmesi için kanunlarda öngörülmüş ihale usullerinden biri ile yapılmış ya da yapılacak bir ihale ve iş olmasının zorunlu olduğu, doğrudan temin yönteminin 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 18. maddesinin (d) bendinde bir ihale yöntemi olarak öngörülmüş iken, 15/08/2003 gün ve 25200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4964 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 12. maddesi ile ‘4734 sayılı Kanunun 18 nci maddesinin (d) bendinin madde metninden çıkarıldığı’, anılan Kanunun 15. maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22 nci maddesi değiştirilerek doğrudan temin usulünün düzenlendiği, 4964 sayılı Kanunun 12 ve 15. maddelerinin gerekçelerinde de “esasen bir ihale usulü olmayan ‘doğrudan temin’in ihale usulleri arasından çıkarıldığı ve buna ilişkin esas ve usullerin Kanunun 22 nci maddesinde düzenlendiği” ifade edilmiş olup, değişiklik gerekçesi ile birlikte söz konusu madde metni incelendiğinde; doğrudan temin yönteminin bir ihale olmadığı, sadece madde metninde belirtilen durumlarda idarelerce kullanılacak bir satın alma yöntemi olduğu anlaşılmakla; sanıklara atılı ihaleye fesat karıştırma suçunun unsurları itibarıyla oluşmayacağı...”, Y5CD, 02.07.2015, E. 2013/14111, K.2015/13337, <http://www.hukukturk.com> (E.t. 27.03.2018).

²⁹ ÇELİKTAŞ İbrahim, “4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin, İhale Usulleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, S. 50- 51, 2003, s. 117.

³⁰ Kanunun 62. maddesinde öngörülen %10 oranındaki sınırlama pazarlık ve doğrudan temin usullerinin her biri için geçerli olup, idarenin her iki ihale usulünü kullanarak yaptığı toplam harcamanın %10'u aşması anlamına gelmemektedir. ALTUN, s. 295.

III. DOĞRUDAN TEMİN USULÜNE BAŞVURULAN HALLER

İdarenin kanunîliği ilkesi, idarenin sözleşmeleri alanında ihale kavramı ile korunmaktadır³¹. İdarenin sözleşmenin akdedilmesinden önceki aşamalarda tesis ettiği bir dizi işlem bulunmakta, bu işlemlerin hukuka uygun olmasında kamu yararı bulunmaktadır. İdarenin, ihtiyacın varlığını tespit ve takdir etme yetkisi bulunduğu gibi, ihtiyacı gidermek üzere mevzuatta düzenlenen ihale usullerinden birini tercih etme imkânı bulunmaktadır. Kanunda düzenlenen her ihale usulünde, ihale aşamalarında izlenen usul farklı olup idarenin işin niteliğine göre bir tercihte bulunması, ihale sürecinin amacının gerçekleşmesi açısından önem taşımaktadır³². İhale süreci, idarî

³¹ Anayasanın 161. maddesinin 4. fıkrasına göre: “Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz.” “Dava konusu kuralda yer alan ‘...belirtilen parasal limitlere bakılmaksızın...’ ibaresiyle kısmen veya tamamen uygulanamayacak hükümlerin bütçe kanunlarında yer almasına olanak tanınması, bütçe kanunlarıyla mevcut kanun hükümlerinin açıkça veya zımnen değiştirilemeyeceği ilkesiyle bağdaşmamaktadır”. İptal davasına konu norm 2017 Yılı Cumhurbaşkanlığı Bütçesi E-Cetvelinde yer almaktadır. Bu hususta Anayasa Mahkemesi, “Dava konusu kuralda, Cumhurbaşkanlığı temsil, tören ve ağırlama giderleri, Cumhurbaşkanı ve eşi tarafından verilecek hediyelik eşya, verilen resepsiyonlarda görevli personelin görev nedeniyle giymiş oldukları kıyafetlerin yaptırılması temizletirilmesi, çalışma ofisi ve konutlarında kullanılacak mal, malzeme alımları, taşıt kiralınması ve diğer hizmet alımları ile çalışma ofisinin, personel yemek hizmetleri alımı ile bununla ilgili mal ve mamul alımları, konutların ve tarihi bedi değeri olan varlıkların yapım, bakım ve onaranları, çalışmaların kitap haline getirilmesi giderlerinin; 4734 sayılı Kanun'da belirtilen parasal limitlere bakılmaksızın aynı Kanun'un 22. maddesine göre tedarikçi ile yapılacak pazarlık sonucunda Cumhurbaşkanlığı bütçesinin ilgili tertiplerinden karşılanması öngörülmektedir...Dava konusu kuralda yer alan “...belirtilen parasal limitlere bakılmaksızın...” ibaresiyle kısmen veya tamamen uygulanamayacak hükümlerin bütçe kanunlarında yer almasına olanak tanınması, bütçe kanunlarıyla mevcut kanun hükümlerinin açıkça veya zımnen değiştirilemeyeceği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.” “...belirtilen parasal limitlere bakılmaksızın...” ibaresinin Anayasanın 161. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir”. AYM, 14.02.2018, E.2017/61, K.2018/12, RG, 14.02.2018, S. 30383.

³² “İdarenin yasallığı ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birisi de ihaledir. İhale kavramı; idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum

işlem silsilesinden oluşmakta olup idare bu süreçte tesis edilen işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamak zorundadır³³.

2003 yılında 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle doğrudan temin, ihale usulü olmaktan çıkarılmıştır. Bu usul hali hazırda, Kamu İhale Kanununun 22. maddesinde düzenlenen hallerin varlığında başvurulabilen bir satın alma usulüdür. İdarenin kanunda belirtilen haller dışında doğrudan temin usulünü uygulaması hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Doğrudan temin usulüne başvurulabilen haller şu şekilde belirtilebilir³⁴:

sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemleri ifade eder. İhale kararının alınması, ihale koşulların belirlenmesi, şartnamelerin hazırlanması, tahmini bedel tayini, ihale komisyonunun oluşumu, ihalenin ilanı, tekliflerin değerlendirilmesi, ihale kararı, ihale kararının onayı gibi bir dizi işlemde oluşan bu sürecin belirgin olması gerekmektedir. Aksi halde, ihale işlemlerinin şeffaf biçimde yürütülmesi anlamına gelen açıklık ilkesi, ihaleye mümkün olduğu kadar çok isteklinin katılması ve bu isteklilerin hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın tekliflerini yapabilmesi anlamına gelen tarafsızlık ve rekabet ilkesi, ihale sonucunda en uygun bedelin bulunması anlamına gelen uygun bedel ilkesi gibi temel ilkelerin ihalede gerçekleşme olanağı yoktur... idareler tarafından, işin özelliğine göre farklı bir ihale usulü öngörülmesi mümkün olmakla birlikte, öngörülen usulün yapılan düzenlemede açıkça tanımlanması ve ihale ilkelerinin gerçekleştirilmesi amacı ile uyumlu olması şarttır. Bu usullerden her birinin tanımı, uygulanma koşulları, aşamaları ve ihaleden beklenen amaca katkıları farklılık göstermektedir. Bu usullerden hangisinin tercih edileceği hususu, ihalenin konusuna (taşınmaz satışı, kiralama veya trampası) ihalenin tahmin edilen tutarına, ihale konusu işin niteliğine, (uzmanlık ve yüksek teknoloji gerektirip gerektirmediğine) aciliyetine göre değişmektedir. Ayrıca bu usullerden kimileri kural olarak kabul edilen usul, kimileri ise istisnai hallerde uygulanan usullerdir. Bu usullerden birinin tercihi ile ihaleden beklenen kamu yararının gerçekleştirilmesi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır". D13D, 10.02.2010, E. 2007/1724, K. 2010/1168, <http://www.hukukturk.com> (E.t. 16.03.2018).

³³ İhalenin süreci nihaî işlemi gerçekleştirmek amacıyla tesis edilen birden fazla sayıda işlemi kapsadığı; bu nedenle "zincir işlem" niteliği taşıdığı hakkında görüş için bkz. TAŞDELEN Aziz, "Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1- 2, 2011, s. 48.

³⁴ Kamu İhale Kanununun 22. maddesinde belirtilen haller dışında 5393 sayılı Belediye Kanununun "Hizmetlerde Aksama" başlıklı 57. maddesinin 4. fıkrası kapsamındaki ihtiyaçların parasal sınıra tabi olmaksızın doğrudan temin usulü ile temin edilebileceği düzenlenmiştir.

1. İhtiyacın Sadece Gerçek veya Tüzel Tek Kişi Tarafından Karşılanabileceğinin Tespit Edilmesi

Kanunun 22. maddesinin (a) bendine göre ihtiyacın gerçek veya tüzel yalnızca tek bir kişiden karşılanabileceğinin tespit edilmesi halinde doğrudan temin usulü uygulanabilmektedir. Kanun hükmünde, hangi ihtiyaçların tek kişi tarafından karşılanabileceğinin nasıl tespit edileceğine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Kanunun 22. maddesinin gerekçesinde de söz konusu hükmün milletlerarası mevzuata uygun olarak düzenlendiği ifade edilmekte, fakat tek kişi tarafından karşılanacak ihtiyacın ne şekilde belirleneceği ise yer almamaktadır. Ancak ihtiyacın tek kişiden karşılanabilmesinin sebebi, coğrafi şartlar veya piyasa şartları gibi farklı hususlardan kaynaklanabilir³⁵. Kamu ihale Genel Tebliğine göre, bu bendin uygulanması ile ilgili olarak idarelerce “*Tek Kaynaktan Temin Edilen Mallara/Hizmetlere İlişkin Form*”un³⁶ kullanılması ve ihtiyacın tek kişiden karşılanmasının sebebinin detaylı olarak açıklanması gerekmektedir.

Kamu ihale Genel Tebliğinde, sözleşme veya şartnamede yer alan hükümler nedeniyle belli bir marka veya model mal alınmasının zorunlu olduğu hallerde, ihtiyacın gerçek veya tüzel tek bir kişiden karşılanabileceği özel bir durum olarak, doğrudan temin usulünün uygulanabildiği belirtilmektedir.

2. Sadece Gerçek veya Tüzel Tek Kişinin İhtiyaç ile İlgili Özel Bir Hakka Sahip Olması

Kanunun 22. maddesinin (b) bendinde, sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması doğrudan temin usulüne başvurulabilen haller arasında düzenlenmiştir. Gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması durumu milletlerarası mevzuata uyumlu bir şekilde hazırlanmıştır³⁷. Kamu ihale Genel Tebliğinde bu hükmün uygulanma sebebi “...*bilimsel, teknik, fikri veya sanatsal v.b. nedenlerle ve*

³⁵ ALTUN, s. 315; TAŞDELEN, *ihale*, s. 85.

³⁶ 4734 Sayılı Kanun’un 22 nci Maddesinin (a)/(b)/(c) Bentleri Kapsamında Tek Kaynaktan Temin Edilen Mallara İlişkin Form, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060226-3.htm> (E.t. 17.04.2018).

³⁷ 4734 sayılı Kanun 22. maddenin gerekçesinde “*Bu usulün (a), (b), (c) ve (d) bentleri uluslararası mevzuat paralelinde hazırlanmıştır.*” ifadesi yer almaktadır. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/> (E.t. 18.12.2018).

münhasır hakların korunması” şeklinde açıklanmaktadır³⁸. İdarenin, Kanunda düzenlenen diğer usullerle bilimsel, teknik, sanatsal konulara ilişkin mal veya hizmet alma imkânı bulunmuyorsa, doğrudan temin usulüne başvurması mümkündür³⁹. Nitekim Kamu İhale Kurulunun Türk Telekomünikasyon AŞ'nin 31.12.2003'e kadar 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu gereğince tekel hakkı bulunduğundan ihtiyacın ilan yapılmaksızın ve teminat alınmaksızın doğrudan temin yoluyla karşılanabileceği yönünde kararı vardır⁴⁰.

3. İlk Alım Yapılan Gerçek veya Tüzel Kişiden Mal veya Hizmet Alınması

Doğrudan temin usulüne ilişkin 22. maddenin (c) bendinde düzenlenen hal, mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardın sağlanması için zorunlu olan, daha önce yapılmış “asıl sözleşmeye” dayanılarak yapılacak mal veya hizmet alımları içindir⁴¹.

Kamu ihale Genel Tebliğinde, bu bende ilişkin düzenlemede, asıl sözleşmeye dayanılarak doğrudan temin usulü uygulanarak gerçekleştirilen alımın tamamlayıcı nitelikte bir alım işi olduğu, “*Temine konu olacak mal ve hizmet alımları arasında kabul edilebilir doğal bir bağlantı bulunması gerektiği*” belirtilmektedir. Bu durumda, idare ile asıl sözleşmenin tarafı olan kişi arasında, üç yılı geçmemek üzere yeni sözleşme düzenlenmektedir. Doğrudan temin usulünün uygulandığı bu alımda sözleşme yapılmasının zorunlu olması, bu durumu diğer doğrudan temin hallerinden ayırmaktadır⁴².

Bu durumda asıl sözleşmeye dayanılarak temin edilen mal veya hizmetin idarece halen kullanılıyor olması gerekir⁴³. Asıl sözleşmeyle ilgili olan ve daha önce öngörülmeleyen bir ihtiyacın ortaya çıkması durumunda bu bent hükümleri, Kanunda düzenlenen temel esaslardan olan ihtiyacın uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ilkesinin gereğidir. Ancak, bu bent

³⁸ Yukarıda 4734 sayılı Kanunun (a) bendinin uygulanması halinde kullanılan “*Tek Kaynaktan Temin Edilen Mallara/Hizmetlere İlişkin Form*”un sadece gerçek veya tüzel tek kişinin ihtiyaç ile ilgili özel bir hakka sahip olması durumunda da idarelerce kullanılması ve sebeplerin detaylı olarak ve belgelendirilerek açıklanması gerekmektedir.

³⁹ BÜLBÜL/KAYA, s. 127; ÇELİKTAŞ, s. 114.

⁴⁰ RG, 24.03.2004, S. 25412, Bkz. TAŞDELEN; *İhale*, s. 86, dn. 311.

⁴¹ TAŞDELEN, *İhale*, s. 86.

⁴² ÖZEK Ali, “Kamu İhale Kanununda Bazı Değişiklikler ve Sonuçları”, *Malî Hukuk*, Eylül-Ekim 2003, s. 18'den nakleden: TAŞDELEN, *İhale*, s. 86, dn. 312.

⁴³ ALTUN, s. 336.

uyarınca doğrudan temin usulüne başvurulabilmesi için mevcut mal, ekipman, teknoloji veya hizmetlerle uyumun ve standardın sağlanması zorunluluğunun idarece tespit edilmesi gerekir⁴⁴.

4. Kanunda Belirlenen Tutarı Aşmayan İhtiyaçların Alınması

Kanunun 22. maddesinin (d) bendinde, büyükşehir belediyesi sınırları içinde bulunan idareler için ayrı, diğer idareler için ayrı parasal tutar belirlenmiştir⁴⁵. Söz konusu tutarı aşmayan ihtiyaçlar için idarelerce doğrudan temin usulüne başvurulabilir. Bu bent kapsamında, mal ve hizmet alımları, yapım işleri ve temsil ağırlama faaliyetleri kapsamında yapılacak konaklama, seyahat ve işeyle ilişkin mal ve hizmetlerin temin edilmesi bulunmaktadır.

Kamu ihale Genel Tebliğinde, doğrudan temin usulünü uygulayan idarelere, Kanunun 5. maddesinde düzenlenen işin kısımlara bölünmesi yasağı hatırlatılmaktadır⁴⁶. Bu sebeple, doğrudan temin usulüyle ihtiyaç

⁴⁴ Yukarıda 4734 sayılı Kanunun (a) ve (b) bendinin uygulanması halinde kullanılan “Tek Kaynaktan Temin Edilen Mallara/Hizmetlere İlişkin Form”un ilk alım yapılan gerçek veya tüzel kişiden mal veya hizmet alınması halinde de idarelerce kullanılması ve sebeplerin detaylı olarak ve gerektiğinde teknik birimlerden destek alınarak, belgelendirilmesi gerekmektedir.

⁴⁵ 01.02.2018- 31.01.2019 tarihleri için Büyükşehir Belediyesi sınırında olan idareler için 67.613 TL; diğer idareler için 22.524 TL olarak belirlenmiştir, Bkz. dn. 35. 2019 yılı için parasal limitler, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan 2018 yılı Aralık ayı Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi (Yİ-ÜFE) yıllık değişim oranında arttırılarak güncellenecektir.

⁴⁶ Kamu İhale Genel Tebliği XIX- E: “Ayrıca, 4734 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine göre açık ihale usulü ile temini gereken ihtiyacın, Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendi için öngörülen parasal sınırların altında kalacak şekilde, adet bazında veya aynı ihale konusu içinde yer alabilecek nitelikteki mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, kalemlere veya gruplara bölünmek suretiyle aynı Kanunun 22 nci maddesinin (d) bendine göre temini, 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiğinden, bu yönde uygulamaların sorumluluk doğuracağı hususuna dikkat edilmesi gereklidir”; “...Caddesine döşenmek için gerekli olan parke taşlarını ihale yapmadan doğrudan temin usulü limitleri içinde kalacak şekilde kısımlara bölerek satın almak suretiyle ihale mevzuatına aykırı davranmak, yeni açılan kuyunun mevcut su şebekesine bağlanması için gerekli olan su borularını ihale yapmadan doğrudan temin usulü limitleri içinde kalacak şekilde kısımlara bölerek satın almak suretiyle ihale mevzuatına aykırı davranmak, çimento alımlarını ihale yapmadan doğrudan temin usulü limitleri içinde kalacak şekilde kısımlara bölerek gerçekleştirmek suretiyle ihale mevzuatına aykırı davranmak” fiillerinden ötürü

giderilmeden önce, yapılacak fiyat araştırmasında, ihtiyacın maliyetinin bentte belirlenen tutardan yüksek olması halinde, ihale usullerinden birinin uygulanması gerekmektedir.

5. İdarelerin İhtiyacına Uygun Taşınmaz Mal Alımı veya Kiralanması

Kanunun 22. maddesinin (e) bendinde taşınmaz malların alım ve kiralama işinin doğrudan temin yoluyla yapılabileceği düzenlenmektedir.

Kamu İhale Genel Tebliğine göre, aşınmaz mal alımı ve kiralanasında; alım veya kiralamaya ihtiyaç duyulmasına ilişkin gerekçenin belirtilmesi, alınması veya kiralaması düşünülen taşınmazın yeri ve sahip olması gereken özelliklerin belirlenmesi, alım veya kiralamaya ilişkin rayçilerin tespit edilmesi, bu konudaki bilgilerin alıma veya kiralamaya ilişkin onay belgesine eklenmesi, ayrıca tabi olunan mevzuatının öngördüğü diğer zorunlulukların da yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, düzenlenecek sözleşmelerde kira bedelinde artış yapılmasının öngörülmesi halinde; sözleşmeye, genel yönetim

kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmesine ilişkin İçişleri Bakanlığınca soruşturma izni verilmesine ilişkin karara itiraz edilmesi üzerine Danıştay, ilgililere isnat edilen eylemlerin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu karar vermiştir. D1D, 03.02.2016, E. 2015/1590, K. 2016/81, <http://www.lexpera.com.tr> (E.t. 04.12.2018); İhale usullerinden birinin uygulanarak yapılması gereken işin parçalara bölünerek doğrudan temin usulüyle alınmasına ilişkin benzer bir kararında Danıştay, “2010 Yılı Belediye bütçesine mal ve hizmet alımı için 11.686.043 TL ödenek konulduğu, bu rakamın % 10’ unu (1.168.604 TL) aşarak doğrudan temin yöntemiyle 3.709.793 TL tutarında mal ve hizmet alımı gerçekleştirildiği, ancak bu alımların Kamu İhale Kurumundan izin alınmadan gerçekleştirildiği ve 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesine aykırı davranıldığı, öte yandan, jeolojik etüt işi için F1 Firmasına 7.10.2010 tarihinde 39.176 TL, 8.10.2010 tarihinde 33.630 TL, F1 Firmasına aynı iş için 28.5.2010 tarihinde 29.500 TL ödendiği, söz konusu proje işinin ihale edilmeden gerçekleştirildiği, F2 Danışmanlık Firmasına, Belediye personel memnuniyeti araştırması ve mahalle muhtarları ile kanaat önderleri ile derinlemesine mülakat adı altında 29.9.2010 tarihinde 27.250 TL, 31.9.2010 tarihinde de 32.700 TL ödeme yapıldığı, söz konusu ödemelerin de ihale edilmeden kısımlara bölünerek gerçekleştirildiği, dolayısıyla aynı nitelikteki bu alımların tek bir ihale kapsamında gerçekleştirilmesi gerekirken kısımlara bölündüğü, Belediye Aşevinin ihtiyacı için gerçekleştirilen gıda maddesi alımı karşılığında 189.065 TL ödendiği halde, söz konusu satın almaların kısımlara bölünerek ihale yapılmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesine aykırı davranıldığı...” ve ilgililere isnat edilen eylemlerin, haklarında soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunduğu karar vermiştir. D1D, 30.04.2013, E. 2013/541, K. 2013/590, <http://www.lexpera.com.tr> (E.t. 04.12.2018).

kapsamındaki idareler için artış oranının Maliye Bakanlığı tarafından her yıl yayımlanan kira artış oranlarını geçmeyeceği yönünde hüküm konulması, diğer idarelerce ise genel uygulamalar dikkate alınmak suretiyle belirlenecek oranlarda artış yapılacağı yönünde hüküm konulması zorunludur.

Genel yönetim kapsamındaki idarelerin taşınmaz kiralamasına ilişkin Kamu İdarelerinin Taşınmaz Mal Kiralamalarına İlişkin Genelge hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Sayıştay kararına göre, idarenin doğrudan temin usulü ile kiralaması için doğrudan mülk sahibinden kiralama yapılması gerekmektedir. Ayrıca kiraya ek olarak, temizlik, ısıtma, soğutma ve sair hizmet alımları ile birlikte yapılması durumunda doğrudan temin usulüyle alım yerine ihale usullerine başvurulması gerekmektedir⁴⁷.

Sayıştay, doğrudan temin usulüne başvurularak yapılan ihtiyaca uygun taşınmaz alımında; taşınmazın, taşınır mal niteliğindeki eklentilerinin de bu bent kapsamına girdiğine ve doğrudan temin yoluyla alınmasının mümkün olduğuna karar vermiştir⁴⁸.

6. Stoklanması Ekonomik Olmayan veya Acil Durumlarda Kullanılan Malzemelerin Alımı

Niteliği gereği stoklanması mümkün olmayan, belli süre içinde tüketilmesi zorunlu olan, acil durumlarda kullanılacak ilaç, tıbbî ve benzeri malzemelerin doğrudan temin usulü ile sağlanması mümkündür. Bu tip malzemelerin alımında ihale usullerinin uygulanması, ihtiyacın karşılanması açısından verimli olmayacağından idarenin Kamu İhale Tebliğine göre alımın

⁴⁷ “4734 sayılı Kanununun 22/e bendi kapsamında bir yerin idarenin ihtiyaçları doğrultusunda kiralanabilmesi için doğrudan mülk sahibinden kiralama yapılması gerekmektedir. ...Yalnız kiralama olmayıp içerisinde bir hizmet alımı da olan yer ile ilgili 22/e bendi ile doğrudan temin yöntemi kullanılarak bir alım yapılması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, söz konusu kiralama işinin doğrudan temin usulü yerine 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 18 inci maddesinde belirtilen ihale usullerinden birisi ile yaptırılması gerekirdi.” Sayıştay 5.Daire, 21.04.2016, K. 174, <https://www.lexpera.com.tr> (E.t. 04.12.2018);

⁴⁸ “Sonuç olarak, Belediyece 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun doğrudan temin usulüyle taşınmaz mal alımına cevaz veren 22/e maddesi kapsamında pet su üretimi yapan tesis alımı işinde, yine bu tesise tahsis olunmuş makine, teçhizat, araç ve demirbaş gibi taşınır mal niteliğindeki eklentilerin tahsis olunduğu taşınmaz malın tabii olduğu mevzuat çerçevesinde alımı mümkün bulunduğundan sözleşmenin tescilinin gerekeceğine, çoğunlukla karar verildi”. Sayıştay Daireler Kurulu, 10.12.2003, K. 1131/3, <https://www.e-icisleri.gov.tr> (E.t. 17.04.2018).

acil bir durum sebebiyle gerçekleştirildiğine ve alım konusu ihtiyacın stoklanmasının mümkün olmadığına ilişkin açıklamaları belgeleyerek harcama belgelerine eklemesi gerekmektedir⁴⁹.

7. Avukatlardan ve Avukatlık Ortaklıklarından Yapılacak Hizmet Alımları

Kanunun 22. maddesinin (g) ve (h) bentlerinde idareleri temsil etmek üzere avukatlardan doğrudan temin usulü ile hizmet alımı düzenlenmiştir. 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname gereğince⁵⁰, idarenin hukuk birimlerinde hukuk müşaviri ve avukat istihdam etmeleri mümkün olup, Bakanlıklar ve bağlı kuruluşları bu hususta birbirlerinden hizmet talebinde bulunabilmektedir. Bu şekilde muhakemat hizmetinin temin edilememesi halinde veya özel uzmanlık gerektiren hususlarda doğrudan temin usulü ile avukatlık hizmeti satın alınması mümkündür⁵¹. Ancak 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, genel bütçe

⁴⁹ 4734 sayılı Kanun 22. Maddenin (f) bendi: “...ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları”.

⁵⁰ Kanunun 22. maddesinin (h) bendine göre, 4353 sayılı Maliye Vekâleti Başhukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Dâvalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilâyetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun hükümlerine göre avukatlardan yapılan hizmet alımları için doğrudan temin usulü uygulanmaktadır. Ancak 4353 sayılı Kanun 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmış, bu Kanuna yapılan atıflar Diğer mevzuatta 4353 sayılı Kanuna yapılan atıflar ilgisine göre bu Kanun Hükmünde Kararnameye ve 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye yapılmış sayılır hükmüne yer verilmiştir. 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname de 703 sayılı Kararname ile yürürlükten kaldırıldığından, bu hususa ilişkin uygulama esasları 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile belirlenmektedir.

⁵¹ Serbest Avukatlardan Hizmet Satın Alınmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik mevcuttur. Danıştay içtihadına göre doğrudan temin usulü ile muhakemat hizmeti satın alınması durumunda “4734 Sayılı Kanun'un 22. maddesine göre, doğrudan temin usulüyle serbest avukatlardan veya avukatlık ortaklıklarından hizmet satın alınabileceği, satın alınacak hizmete karşılık sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücret belirlenebileceği, açıktır”. D10D, 25.05.2016, E. 2013/6804, K. 2016/2900, <http://www.kazanci.com> (E.t. 16.04.2018).

kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerini kapsadığından, mahalli idareler bu hüküm uyarınca avukatlık hizmeti alamazlar. 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca hukuk hizmetleri, muhakemat hizmetleri ile hukuk danışmanlığına ilişkin her türlü iş ve işlemleri ifade etmektedir. Dolayısıyla bunun dışında kalan hizmet, iş veya işlemlerin Kanunun 22. maddesinin (h) bendine dayanılarak alınması mümkün değildir.

659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesi uyarınca, idareler muhakemat hizmetleri ihtiyacını, istihdam edecekleri hukuk müşavirleri ve avukatlardan ve ihtiyaç duyulması halinde Maliye Bakanlığından talep etmek suretiyle sağlayabilirler. Cumhurbaşkanlığı, Bakanlıklar ve bağlı kuruluşları muhakemat hizmetlerini yürütmek üzere birbirlerinden hizmet talebinde bulunabilirler. Bu şekilde muhakemat hizmetlerinin temin edilememesi veya özel uzmanlık gerektirdiği Cumhurbaşkanlığında Cumhurbaşkanı veya Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının; bakanlıklarda ilgili bakanın onayı ile belirlenen hallerde muhakemat hizmetlerini yürütmek üzere doğrudan temin usulüyle serbest avukatlardan veya avukatlık ortaklıklarından hizmet satın alınabilir.

Avukat ve avukat ortaklıklarından yapılacak hizmet alımlarında tutar sınırı bulunmamaktadır⁵².

Ayrıca, çeşitli kanunlarda hukuk müşavirliğinin görevleri arasında, *“belirtilen her türlü dava ve takip işleri ile diğer görevler Bakanlığın Hukuk Müşavirleri ile Avukatları aracılığıyla yerine getirilir. Gerekli hallerde dava ve takip işleri Hazine Avukatları aracılığıyla veya ihtiyaç duyulması halinde Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesinde öngörülen doğrudan temin usulü ile avukatlar veya avukatlık ortaklıkları ile yapılacak avukatlık sözleşmeleri yoluyla yürütülür”* hükmü bulunmaktadır⁵³.

⁵² BÜLBÜL/KAYA, s. 137.

⁵³ Bkz. 4904 Sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu Md. 15; 6200 Sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun, Md. 14; 6001 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Md. 9.

8. Türkiye İş Kurumunun, Bazı Görevlerine İlişkin Hizmet Alımları⁵⁴

Türkiye İş Kurumu tarafından gerçekleştirilecek hizmet alımlarından kanunda gösterilenler, 4734 sayılı Kanunun (ı) bendi kapsamında doğrudan temin usulü kullanılarak temin edilebilir. Meslekî eğitim kursları ve eğitim programları, aktif işgücü hizmetleri kapsamında kurs ve programları için hizmet alımlarının doğrudan temin usulüne başvurularak karşılanması mümkündür.

9. Oy Pusulası Kâğıdı ve Oy Zarfı Kağıdı Alımı İle Oy Zarfı Yapımı Hizmeti, Oy Pusulası Basım Hizmeti Alımı

Cumhurbaşkanının seçilmesi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili seçimleri, mahallî idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri seçimi için yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ile filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı, oy pusulası basımı, oy zarfı yapımı hizmetleri ile bu seçimlere yönelik her türlü seçim malzemelerinin alımı ile yurt dışı seçim harcamalarının doğrudan temin usulüne başvurularak temin edilmesi mümkündür.

Kanunun 22. maddesinin (i) bendinde yer alan düzenlemenin gerekçesinde, hükmün Yüksek Seçim Kurulu ile İl Seçim Kurulu Başkanlıklarının görev ve yetkilerini zamanında yerine getirmesini ve seçimlerin düzenli şekilde gerçekleştirilmesini, seçimle ilgili ihtiyaçların temininin ihale süreçlerinden ayrı tutulup öncelikle ve süratle tamamlamayı sağlamak amacıyla eklendiği belirtilmektedir⁵⁵.

Doğrudan temin yoluyla seçim malzemelerinin temin edilmesinin saydamlık, rekabet, eşit muamele ilkelerini ihlal ettiği ve Anayasanın 2. ve 10. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, (i) bendinde yer alan düzenlemenin seçim güvenliğini etkilemeyeceğini, hükmün özel veya belli kişiler lehine getirildiği sonucuna ulaşamayacağını

⁵⁴ 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları.

⁵⁵ Seçim sürecinde ihtiyaç duyulan her türlü malzemelerin yaklaşık maliyeti eşik değerin üzerinde olduğundan, (i) bendi hükmü eklenmeden önce bu ihtiyaçların açık ihale usulü ile karşılanması gerekmiştir.

ifade ederek iptal isteminin reddine karar vermiştir⁵⁶. Ancak, seçim dönemlerine yönelik olan bu durumların, düzenlemenin gerekçesinde de belirtildiği üzere işlemlerin süratle tamamlanabilmesine yönelik olarak seçimin olağan dönemi dışında yapıldığı durumlarla sınırlı olarak uygulanmasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Doğrudan temin usulüne başvuran idarelerce, Kanunun 22. maddesinde sayılan hallerin varlığının, somut durumun şartları tam ve doğru şekilde açıklanarak belgelenmesi gerekmektedir. Doğrudan temin usulüne başvurularak gerçekleştirilen alımlarda, ilan prosedürünün bulunmaması sebebiyle zedelenen şeffaflık ilkesinin teminini sağlamak üzere, Doğrudan Temin Kayıt Formunun süresi içinde doldurulması ve alımların kayıt altına alınması önem taşımaktadır. Aksi halde, doğrudan temin usulünün, ihale usullerinin eşitliği ve şeffaflığı sağlamak üzere öngörülen ciddi ve yoğun prosedürlerinden sıyrılmak üzere kullanılma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bu durumun ise, kamu kaynaklarının kullanımı üzerinde hukuka ve kamu yararına aykırı sonuçlara yol açması kaçınılmazdır.

Kanunun lafzı ve gerekçesi doğrudan teminin sınırlı ve özel bir usul olduğunu vurgulamakta, idari makamların ihale usullerinden birini uygulaması gereken hallerde doğrudan temin yoluyla alım gerçekleştirmek konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu açıdan Kanunda öngörülen temel ilkelerden olan alımların ve işin kısımlara bölünmesi yasağı dikkate alınmalı ve ihale prosedürünü izlemek yerine doğrudan temin usulünü uygulayan kamu görevlileri hakkında idari ve cezai yaptırım uygulanmalıdır.

Doğrudan temin usulüne başvuru hallerden biri Kanunda belirtilen tutarı aşmayan ihtiyaçların alınmasıdır. Bu durumun varlığı halinde büyükşehir belediyesi sınırları içinde olan ve olmayan idareler arasındaki tutar farkının, taşra teşkilatı birimleri ve mahalli idareler bakımından gerekli olduğunu söylemek mümkünse de; kamu kurumları bakımından belirlenen tutar farkının dengelenmesi gerekmektedir.

⁵⁶ “Dava dilekçesinde, kuralda kamu yararı dışında gizli amaçların bulunduğu ileri sürülmüş ise de gerekçesi ve niteliği yukarıda belirtilen kuralın, kamu yararı düşüncesi olmaksızın özel çıkarlar gözetilerek veya belli kişiler lehine getirildiği sonucuna ulaşılamadığından, hukuk devleti ilkesine aykırılığından söz edilemez... Kuralın Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.”, AYM, 25.12.2014, E. 2014/16, K. 2014/197, RG, 15.04.2015, S. 29327.

Oy pusulası kâğıdı ve oy zarfı kağıdı alımı ile oy zarfı yapımı hizmeti, oy pusulası basım hizmeti alımı ile ilgili düzenlemenin gerekçesinde de belirtildiği üzere işlemlerin süratle tamamlanabilmesine yönelik olan hükmün, erken seçim hali gibi olağan dönemlerinden önce seçim yapılması halinde uygulanmasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- AKBULUT** Berrin, “Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S.10, s. 41-72.
- AKGÜNER** Tayfun/**BERK** Kahraman, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- AKYILMAZ** Bahtiyar/**SEZGİNER** Murat/**KAYA** Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2018.
- ALTUN** Muhsin, *Yeni Kamu İhale Düzeni Uygulama Esaslarının Açıklanması*, Ankara 2004.
- ARSLAN** Çetin, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, 2. Baskı, Ankara 2010.
- ATAY** Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2018.
- BİRSEN** İsmail, “Kamu İhale Kanunu Uygulamasında Başvuru Usulü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 88, 2013, <https://www.jurix.com.tr/article/2106> (E.t. 03.05.2018).
- BÜLBÜL** Duran/ **KAYA** Ali, *Doğrudan Temin*, Ankara 2017.
- ÇAĞLAYAN** Ramazan, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2018.
- ÇELİKTAŞ** İbrahim, “4964 Sayılı Kanunla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişikliklerin, İhale Usulleri ve Bunların Sözleşmeye Bağlanmaları Açısından Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, S. 50- 51, 2003, s. 103-120.
- GÜNDAY** Metin, *İdare Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2017.
- İNAN** Atilla, *İhale Hukuku Ders Notları*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2016.
- KOCA** Mahmut/ **ÜZÜLMEZ** İlhan, “İhaleye Fesat Karıştırma Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 4, S. 13, 2013, s. 1- 40.
- KOCA** Mahmut/ **ÜZÜLMEZ** İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2015.
- ODYAKMAZ** Zehra/**KAYMAK** Ümit/**ERCAN** İsmail, *İdare Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul 2015.
- ÖZDEMİR** Eyüp, “Kamu İhale Kanunu’na Göre İhale Usulü”, *İdare Hukuku Ed. YILDIRIM* Turan, 7. Baskı, İstanbul 2018.
- ÖZEK** Ali, “Kamu İhale Kanununda Bazı Değişiklikler ve Sonuçları”, *Malî Hukuk*, Eylül-Ekim 2003.
- ÖZGENÇ** İzzet, *Gereğçeli Türk Ceza Kanunu*, 1. Baskı, Ankara 2004.
- ÖZGENÇ** İzzet, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, 1. Baskı, Ankara 2011

SANCAKDAR Oğuz/**US** Eser/**KASAPOĞLU** **TURHAN** Mine/**ÖNÜT** Lale Burcu/**SEYHAN** Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 7. Baskı, Ankara 2018.

TAŞDELEN Aziz, "Kamu Harcama İhalesi Sürecinde İhale ve Sözleşme Aşamaları ile Bu Aşamaların Yargı Yolları Ayrımını Belirleyici Rolü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1- 2, 2011, s. 43- 60.

TAŞDELEN Aziz, *Kamu Harcamaları Hukukunda İhale Süreci*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004. (*ihale*).

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, *İdare Hukuku*, C. 1, Ankara 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060226-3.htm>
(E.t.17.04.2018).

<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr> (E.t. 16.04.2018).

<https://www.kazanci.com> (E.t. 17.04.2018).

<https://www.e-icisleri.gov.tr> (E.t. 17.09.2018).

<https://ekap.kik.gov.tr> (E.t. 04.09.2018).

<http://www.hukukturk.com> (E.t. 04.09.2018).

<http://www.lexpera.com.tr> (E.t. 04.12.2018).

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/> (E.t. 18.12.2018).

**NEFRET SUÇU VE JOHN STUART MILL'İN
“ZARAR PRENSİBİ”***

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa YAYLALI**

**HATE CRIME AND JOHN STUART MILL'S
“HARM PRINCIPLE”**

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Yaylalı, Mustafa: Nefret Suçu ve John Stuart Mill “Zarar Prensibi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 37-53.

APA: YAYLALI, M. (2019). Nefret Suçu ve John Stuart Mill “Zarar Prensibi”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 37-53.DOI: 10.15337/suhfd.545149

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 17.01.2019

Kabul Edildiği Tarih: 08.03.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545149>

** İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-Mail Adresi: mustafayaylali@sehir.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-2361-8105](https://orcid.org/0000-0003-2361-8105)

ÖZ

Bu makalede “Zarar prensibi”, devletin topluma karşı müdahalesini ve çekimsizliğini denetleyen ve bu denetimi “gelişim bağlamında” ele alması gerektiği savunulacaktır. TCK’ da yer alan ‘Nefret Suçu’nun toplumun gelişimini ne kadar engellediği ve onun yerine nasıl bir mekanizma konulması gerektiği araştırılacaktır. Bu durum John Stuart Mill’in bir yandan bireylerin ekonomiye ve topluma en yüksek seviyede katılımını sağlayan ve aynı zamanda toplumun gelişimini de dengeleyen ‘zarar prensibi’ çerçevesinde ele alınacaktır. Ancak zarar prensibinin literatürde iki türlü uygulaması vardır, birincisi daha çekimsiz ve minimalist diğeri ise daha mücadeleci ve paternalisttir. Bu makalede, bu iki yorumun John Stuart Mill’ in görüşünü tam anlamda temsil etmediği ortaya konulacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Nefret suçu, Zarar prensibi, İfade özgürlüğü, John Stuart Mill, Liberalizm.

ABSTRACT

In this paper we claim that John Stuart Mill’s harm principle is intended to balance the intervention of the state in society. More in particular, the paper will scrutinize the recently adopted hate crime laws in Turkey In with the perspective of the harm principle. We argue that according to Mill the interventionism of the harm principle is depended on whether or not it leads to “social progress”. In this respect, we claim that both interpretation of the harm principle, interventionist, paternalist approach as well as the non-interventionist, minimalist approach, misrepresents John Stuart Mill’s true intention of the harm principle.

KEYWORDS: Hate Crime, Harm Principle, Freedom of expression, John Stuart Mill, Liberalism.

GİRİŞ

Gelişen toplumlarda ekonomiye ve topluma katılımı sağlamak, en önde gelen devlet politikalarından biridir. Ekonominin gelişiminin sağlanması için toplumun bütün kesimlerinin topluma dahil edilmesi gerekmektedir. Bu yüzden devletin önde gelen politikalarından birisi, bu katılımı sağlamak ve bu bağlamda toplumun karşı karşıya kaldığı engelleri ortadan kaldırmaktır. Gelişen toplumlarda toplumsal kontrol mekanizmaları, devletin kendi mekanizmalarından biri olan ceza hukuku mekanizması yerine geçer ve bu

durumda devlet, toplumu kontrol etmek için ceza hukukuna yönelir. Devlet, nefret suçunu TCK (Türk Ceza Kanunu)'ya dahil ederek gelişen toplumu kendine karşı korumayı, ekonomiye ve topluma üst düzey katılım sağlamayı amaçlamıştır. Ancak katılımın sağlanması için TCK'da yapılan bu düzenleme toplumun ve ekonominin gelişimi için gerekli olan yeniliklere zarar vermektedir.

Bu makalede, TCK' da yer alan nefret suçunun toplumun gelişimini ne kadar engellediği ve onun yerine nasıl bir mekanizma kurulması gerektiği araştırılırken John Stuart Mill'in bir yandan bireylerin ekonomi ve topluma en yüksek seviyede katılımını gerçekleştiren ve aynı zamanda toplumun gelişimini de dengeleyen "zarar prensibi" çerçevesinde ele alınacaktır. Mill'e göre birey, özgür iradesiyle davranışlarını kendisi belirlediğinden, atacağı adımları kendisi oluşturduğundan dolayı eylemlerinden sorumlu olur. Bu özgürlük anlayışı normatif bir özgürlük anlayışıdır ve sorumluluk üzerine kurulmuştur. "Bireyin otonomisi" kavramı üzerine kurulmuş olan bu özgürlük anlayışı, bireyin kendi kendini yönettiği ve bu yüzden de otonom olduğu bir durumu ifade eder. John Locke'a dayanan bu görüş, 'devletin sadece birey otonomisi sağladığı ve başka bir şekilde bireye karışmadığı' teorisine dayanmaktadır. Birey otonomisi prensibi, zarar prensibinin temel dayanağıdır ve girişte de belirtildiği gibi zarar prensibi hakkında geliştirilmiş olan her iki görüş de birey otonomisi hakkında farklı görüşler sunmaktadır. Oysa Mill'in zarar prensibinde, birey otonomisinden ziyade gelişim felsefesine odaklanmış ve bu yüzden de önceliği herhangi bir otonomiye vermek yerine, otonom unsurların gelişimini sağlamak olmuştur. Başka bir deyişle John Stuart Mill, zarar prensibiyle hem katılımı hem de gelişimi sağlamaktadır. Kısacası, Mill'in öngördüğü zarar prensibine göre devlet bir yandan katılımı sağlamakla mükelleftir, diğer yandan da ve daha da önemlisi, gelişimi sağlamak için özgürlüğü (ifade özgürlüğünü) korumak zorundadır. Yani başka bir deyişle zarar prensibine göre devlet ne çok müdahalecidir ne de arka planda durmaktadır.

Makaleye başlamadan önce, Türkiye'deki nefret suçuna biraz değinilecek ve sonrasında John Stuart Mill'in zarar prensibine göre nefret suçunun uygunluğu tartışılacaktır. Bu tartışma sırasında zarar prensibinin iki farklı yorumuna değindikten sonra, iki yorumun da Mill'in görüşünü yansıtıp yansıtmadığı irdelenecektir. Bu bağlamda Mill'in, zarar prensibiyle gelişimi sağlamayı amaçladığı ve bu vesileyle de zarar prensibinin amacının gelişim olduğu gerçeğine vurgu yapılacaktır.

Zarar prensibinin amacının gelişim olduğunu belirledikten sonra, ikinci argüman ise nefret suçunun toplumun ve ekonominin gelişimini etkileyip etkilemediği veya engelleyip engellemediğidir. Mill, bu konuyu *Özgürlük Üzerine ve Faydacılık* hakkındaki kitaplarda ayrıntılı bir şekilde dile getirmiştir. Mill, Hürriyet hakkındaki kitabında, bazıları için kabul etmesi zor olsa da, ifade özgürlüğünün içeriğe bakılmaksızın gelişimi sağladığını açıklanmaktadır. Ancak, bu ifade özgürlüğü kuramı Mill'e göre mutlak anlamda kullanılması gerekmeyen bir kavramdır.

1. İfade Özgürlüğü ve Nefret Suçu

Nefret suçu veya "Hate Crime"¹ dediğimiz suç tipi, bir kişiye din, dil, felsefi görüş ve cinsiyet gibi konularda ayrımcılık veya özellikle nefretle ağırlaşan suç tipidir.² Örneğin birini öldürmek cezai anlamda bir suçtur ama ırkçılık ve nefrete dayalı bir öldürme fiili ise farklı bir konuma sahiptir. Nefret Suçu Türkiye'de ilk defa Avrupa Birliği (AB)'ne uyum süreciyle beraber çalışma grubunda ele alınmıştır ve TCK' nın 122. maddesinde, 2 Mart 2014'te Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.³ Nefret suçu gibi yeni bir suç tipinin Türkiye'de uygulanmasından ziyade, nefret suçunun Türkiye gibi gelişen ülkelere sağlayabileceği faydalar ve verebileceği zararlara değinmek istediğimiz için, bu konu özellikle John Stuart Mill'in zarar prensibi çerçevesinden ele alınacaktır.

Nefret suçunun diğer AB ülkeleri ve ABD gibi ülkelerden daha geç uygulanmasının sebebi Türkiye'nin gelişmekte olan bir ülke olması ve toplumda katılım seviyesini ayakta tutma gereğinin yeni görülmesidir. Nefret suçu bir suç unsuru olarak toplumda katılımı garantilemektedir. Ancak gelişen ülkeler ile gelişmiş ülkeler arasındaki fark; gelişen ülkenin daha gelişmekte olduğu için yenilik ve inovasyona ihtiyaç duyarken, gelişmiş ülkelerde ise topluma katılmak daha çok önem arz etmektedir.

¹ ÇAKAR, Bekir (2016) "Avrupa ve ABD'de Artan Salgın: Nefret Suçu", The GLOBAL: A Journal of Policy and Strategy, C. 1, S. 2, s. 91 <http://www.academia.edu/download/46435846/makale-5.pdf>. (erişim:02/08/2017)

² ÇAKAR (2016), s. 93; SINAR, Hasan (2013) "Türk Hukuku'nda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, s. 19.

³ RESMÎ GAZETE SAYI: 28940 Kanun No. 6529 <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-15.htm> (erişim:02/08/2017).

Bu yüzden Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde, ifade özgürlüğünün getirdiği yenilik ve gelişimi mi, yoksa gelişmiş ülkelerde daha çok gördüğümüz topluma katılımı mı garantilemek gerekir? Yani başka bir deyimle ifade özgürlüğünün mü savunulması gerekir ya da nefreti yasaklayarak katılımın mı desteklenmesi gerekir? John Stuart Mill'in zarar prensibinin bu soruna çözüm getirebileceğini düşünmekteyiz ve ifade özgürlüğü ve katılımı engelleyen unsurlardan biri olan nefreti yasaklayan dengeyi oluşturduğunu; dolayısıyla hem topluma katılımı hem de toplumsal gelişimi sağlayan bir mekanizma olduğunu görmekteyiz.

Devam etmeden önce John Stuart Mill'e göre zarar prensibinin açıklamasına değinilecektir. Mill'e göre zarar prensibi: "Hiçbir kimse, bir şeyi yapmaya veya buna katlanmaya, sırf böyle yapması onun için hayırlı olacaktır diye, onu daha mesut kılacaktır diye, başkalarının düşüncelerine göre böyle yapması akıllıca yahut doğru olacak diye mecbur edilemez. Bu hiçbir şekilde haklı değildir. Bunlar bir kişiyle ilgili olarak serzenişte bulunmak, onunla tartışmak, onu ikna etmek veya ondan ricada bulunmak gibi haklı nedenler olabilir; ancak o başka türlü yaptığı takdirde onu zorlamak veya herhangi bir kötülüğe uğratmak için hiçbir zaman haklı birer neden oluşturamazlar. Kendisine müdahalenin meşru olması için onun yapmamasını istediğimiz davranışının başkasına mutlak surette zarar verecek nitelikte olması gerekir. Bir bireyin davranışından dolayı topluma karşı sorumlu olabileceği kısmı, o davranışın başkasını ilgilendiren kısmıdır."⁴

İfade özgürlüğüyle başlayarak, John Stuart Mill'in gelişim felsefesi çerçevesinde geliştirilen ifade özgürlüğünün sadece bireyin değil, toplumun da gelişmesine katkı sağlamasını öngörmüştür.⁵ Gelişim felsefesinin önceliği, kavramsal ve/veya teorik gelişim, yani görüş ve fikirlerin gelişmesini sağlamaktadır. Ancak şunu belirtmekte de fayda var ki; görüş ve fikirlerin ortaya çıkması belirli bir normatif sisteme dayalıdır. Görüş ve fikirler bireylerden kaynaklandığı için, bu görüşler bireylerin birbiriyle belirli bir normatif standarda göre etkileşimde bulunması esasına dayanmaktadır. İfade özgürlüğünün veya tartışmanın systemsiz bir şekilde değil, tam tersine sistemli yani normatif bir çerçeve içinde gelişmesi gerekmektedir ki istenen gelişme ortaya çıksın. Yani başka bir deyişle, gelişme felsefesi John Stuart Mill için belirli bir ahlak ve normatif zemini oluşturmaktadır.

⁴ MILL, John Stuart (2012), Hürriyet Üstüne, (Çev.) DOSTEL, M. Osman, Ankara, s. 56.

⁵ MILL, (2012), s.121.

Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Mill'e göre bir amaç teşkil etmektedir ve o da gelişimi sağlamaktadır. Kavramlar veya görüşler Mill'e göre sadece görüş ve fikir değil; gelişen bir ülke ve toplum için kaçınılmaz unsurlardan biridir. 1850 yıllarında yaşayan John Stuart Mill, modern bir devletin gelişmeyi nasıl ayakta tutabileceğini düşünmüş ve ünlü Fransız sosyolog Auguste Comte'tan etkilenmiştir.⁶

Nefret suçunu bu çerçevede ele alırsak, daha öncede belirttiğimiz gibi nefret suçunun ilk önce kendi kendini doğrulayan meşru sebepleri vardır. Bunlar arasında en önemlisi ve öne çıkan sebebi ise gelişmekte olan ülkelerde toplumun büyük bir bölümünü dahil etmek ve dışlamamaktır. Ancak nefret suçu gelişmekte olan toplumlarda bir yanda katılımı sağlarken, öte yandan ise gelişimi engellemektedir.

Nefret suçunu John Stuart Mill'in zarar prensibi çerçevesinde ele alırsak, Mill her görüş veya her tartışmanın sınırsızca yapılmasını düşünmemektedir. Mill'e göre onun için faydalı olmayan veya gelişimi sağlamayan ifadeler, bilgiler, görüşler ve beyanları göz ardı edilmelidir.

O yıllarda ortaya çıkan yeni bir görüşe göre, devlet sadece siyaset ve bireyden değil; aynı zamanda dinamik bir toplumdaki oluşmaktadır. Bu görüşe dayanarak Mill, toplum içinde gelişimi sağlamak için görüş ve fikirlerin yasaklanmaması gerektiğini, aksi takdirde bunun gelişimi engelleyeceğini belirtmektedir.

John Stuart Mill'in yaşadığı dönem, modernizmin en katı yılları ve en etkin şekilde kendisini gösterdiği zamanlardı. Modernizm aynı anda pozitivizm ile adlandırılmaktaydı ve bundan dolayı Mill, Comte'un sosyolojik yöntemini siyasete uygulayarak uyum sağlamaya çalışmıştı.⁷ Bu bağlamda Mill bir yanda özgürlüğü, aynı zamanda da toplumun ve bireyin siyasetten uzak olmasını savunur. Mill'e yapılan tutarsızlık eleştirisi de bu yüzdendir. Bir yandan birey özgürlüğünü, öbür yandan toplumsal ve siyasi müdahaleyi savunmuştur.

Nitekim *Hürriyet Üstüne*⁸ kitabında ifade özgürlüğü hakkında görüşlerinde belirttiği gibi, ifade özgürlüğünün amacı sadece düşüncelerin

⁶ MILL, John Stuart (1873), *The Positive Philosophy of Auguste Comte*, New York, s. 3vd.; GEORGE, William H. (1927), "Auguste Comte: Sociology and the New Politics", *American Journal of Sociology*, C. 33, s. 3.

⁷ KEMP, Tom (2014), *Industrialization in Nineteenth Century Europe*, New York, s.1.

⁸ MILL (2012), s.62.

özgür bir şekilde ifade edilmesi değildir. İfade özgürlüğü konusunu Mill'den önce John Locke⁹ dile getirmiştir ve onun kökü önceden de belirttiğimiz gibi bireysel otonomidir. Burada bireysel otonomi, siyasi otonomiye karşın oluşturulmuş bir otonomidir ve ifade özgürlüğü de onun bir parçasıdır. Ancak Mill, aynı ifade özgürlüğünü değişik bir bağlamda yeni bir toplumsal oluşum içindeki ifade özgürlüğünü ele almaktadır. Bu yeni oluşum veya yeni gerçek, siyaset odaklı değil, toplum odaklıdır.

Çünkü Auguste Comte'un ortaya attığı gelişim felsefesi¹⁰ ve toplumsal pozitivizm sadece toplum içinde cereyan eder. Mill, Auguste Comte'un geliştirdiği bu yeni toplumsal gerçeğin baskınlığa karşın ifade özgürlüğünü hem savunur hem de aynı anda gelişim felsefesine olan katkısına değinir. Bu yüzden John Stuart Mill'in ortaya attığı ve geliştirdiği ifade özgürlüğü kuramı, John Locke'un ve liberallere has olan ifade özgürlüğünden bir hayli farklıdır ve karışıklık bundan kaynaklanmaktadır. Çünkü Mill'e göre Dünya "... kişinin parçası olduğu kesimden ibarettir. Kendi partisi, kendi mezhebi, kendi kilisesi, kendi toplumsal sınıfı vb. Şayet "dünya" bir kimse için kendi ülkesi, kendi çağı kadar geniş bir anlamı ifade ediyorsa, bu kişi için liberal ya da geniş düşünceli biri denebilir."¹¹ Bu ifadenin arkasında yatan görüş; insanın artık teokratik gerçeklerden değil, aklının egemen olduğu ve bir vesileyle kendi yarattığı gerçeklerle ancak kendi gerçeğini yaratmış olduğudur.

Bu yüzden, Mill'e göre "İnsanlığın sağduyusu esef edilecek bir şeydir ki pratik muhakemenin yanılabilirliği teoride daima kabul edildiği halde insanlar bunu pratik hayatlarında pek göstermezler. Her birey kendisinin yanılabilir olduğunu pekala bildiği halde, pek az kimse kendi yanılıklarına karşın önlem almayı gerekli görür."¹² Yani ifade özgürlüğün önemi, Mill'e göre zaten, eskiden Vatikan'ın üstlendiği görevi, bilginin tek eldeki hakimiyetini devralmak ve geliştirmektir. Bilim artık bireylerin tekelindedir ve yöntem olarak da ifade özgürlüğü kullanılmaktadır. İfade özgürlüğünün herhangi bir yolla kısıtlanması bu yüzden tasvip edilmemektedir; çünkü bu, artık bireylerin üstlendiği, deyim

⁹ TOPAKKAYA, Arslan (2007), "Hobbes, Locke, Rousseau ve Kant Hukuk Felsefelerinde Bireysel Özgürlükle Toplumun Genel İradesi Arasındaki İlişkinin Kurulumu Üzerine Bir Analiz", *Düşünen Siyaset*, s. 24.

¹⁰ COMTE, Auguste (1975), *Auguste Comte and Positivism: The Essential Writings*, New York, s.9 vd.

¹¹ MILL (2012), s. 69.

¹² MILL (2012), s. 68.

yerindeyse, bilim egemenliğine zarar vermektedir. Dolayısıyla Mill'e göre "... kamu otoritelerinin, hata olduğu varsayılan bir şeyin yayılmasını önlemeye kalkışması, aslında en büyük yanılmazlık iddiasıdır. İnsanlara 'onu kullansınlar' diye muhakeme gücü verilmiştir"¹³ Çünkü Mill'e göre önemli olan şey, bilim ve bilginin, daha doğru, pozitif; yapay bilginin, güncel ve çağdaş olmasıdır. Mill bu yüzden Auguste Comte ile aynı fikirdedir ve toplumun kendi beşeri dinini oluşturduğuna inanmaktadır. Ancak Mill'in, Comte ile ayrıştığı nokta ise, Comte'un bu beşerî dini yüceltmesidir. Bu yüzden Mill, birey otonomisinin ve ondan kaynaklı olan ifade özgürlüğünün, değişim ve gelişimi sağlamaya katkıda bulunacağına inanmaktadır. Bunun yanında, yine Mill'e göre, "Ellerinden gelen en doğru düşünceleri edinmek, bunları dikkatli bir şekilde edinmek, doğru olduklarına iyice emin olmadıkça da bunları başkalarına asla zorla kabul ettirmemek, hükümetlerin ve bireylerin görevidir."¹⁴

İfade özgürlüğünün önemi, yukarıda belirtimiz gibi birey ve toplum için önem arz eden bilginin saflığı ve mükemmelleşmesi için gerekmektedir. Öyleki insanlar ona dayanarak adımlarını atmaktadır ve bu durum uzun vadede toplumsal, siyasi ve ekonomik gelişimi sağlar. Mill, ifade özgürlüğünün önemini "Eyleme geçirmek için bir düşüncenin doğru olduğunu varsaymamızı haklı kılan esas şart, başkalarının bizim fikrimizin aksini söyleme ve onun yanlışlığını ispat etme hususlarında tam özgürlüğe sahip bulunmalarıdır. Bundan başka hiçbir şart altında, beşeri özellikleri olan bir canlının elinde haklı olduğuna dair makul herhangi bir teminat yoktur."¹⁵ şeklinde ifade etmektedir. Ve "O halde bütün gücü ve değeri yanlış düzeltebilme özelliğine bağlı olduğuna göre, insan muhakemesine, ancak yanlışları düzeltme imkanı devamlı olarak verildiği zaman güven beslenebilir."¹⁶

Bir toplumun gelişimi, toplum olarak attığı adımlara bağlıdır. Bu adımların doğru bilgiye dayanıp dayanmadığı ancak, metotsal olarak, deneme ve yanılma yöntemiyle gerçekleşir; bu da ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğünü kısıtlayan her yöntem, bu bilginin güncelliğinin ve doğruluğunun kesin olarak test edilmesini engeller ve bu yüzden toplumun

¹³ MILL (2012), s. 70.

¹⁴ MILL, (2012), s.70.

¹⁵ MILL, (2012), s. 71.

¹⁶ MILL, (2012), s. 72.

gelişimini kısıtlar.¹⁷ Bu yüzden Mill'e göre, "İnsanların serbest tartışma lehindeki kanıtların sağlamlığını kabul edip de o kanıtların "her olaya genellenmesine" itiraz etmeleri gariptir. İnsanların, şüpheli olabilmesi ihtimali bulunan bütün konularda mutlaka serbest tartışmanın bulunmasını kabul edip de, belli bir prensip ya da öğretinin tartışmasının yasak olması gereğini düşündükleri zaman kendilerinin yanılmazlık taslamadıklarını kabul etmeleri tuhaftır."¹⁸ demektedir. Çünkü Mill'e göre "Mahkum edilen düşünce, kendisini tam savunma imkanına sahip olmadıkça, bir düşüncenin yanlış olduğuna karar vermede olduğu gibi, onun zararlı olduğuna hükmetmek için de yine aynı şeye ihtiyaç vardır. Başka bir deyişle, düşünceler arasında yanılmaz bir hakime ihtiyaç vardır. Aykırı düşen kişi kendi düşüncesinin doğruluğunu iddiadan men edilmiş olmakla birlikte, faydalılığını yahut zararsızlığını iddia etme konusunda izinli sayılabilir demek yeterli değildir."¹⁹

Nefret suçunun bu açıdan ele alınması gerekir. Yani bizim gelişimimize katkı mı sağlıyor, yoksa gelişimimizi mi engelliyor? Nefret suçu diye her ifadenin yasaklanması, Mill'e göre gelişimi engelliyor. Toplumun genel görüşü her zaman haklılığını göstermez. Bu nedenle farklı görüş, ne kadar toplum tarafından yadırgansa da, Mill'e göre, bu görüşün yasaklanması doğru değildir. Çünkü bu uzun vaade toplumun gelişimine değil, var olan dogmalar içinde hapsedilmesine neden olur. Diğer bir yandan, Mill elbette bireylere karşı edilen hakareti ifade özgürlüğü kapsamında kabul etmez; zira hakaretin toplumsal olarak gelişime bir katkısı yoktur. Hakaret, bilginin gelişimini değil, yozlaşmasını sağladığı için ifade özgürlüğü kapsamına girmez. Bu bölümü Mill'in zarar prensibindeki son paragrafıyla bitirmek istiyoruz. Çünkü Mill, son bölümde bizzat ifade özgürlüğü ve bu vesileyle nefret suçunun sınırını çok açık bir şekilde dile getirmiştir.²⁰

Mill'e göre "Bir bireyin davranışından dolayı topluma karşı sorumlu olabileceği kısmı, o davranışın başkasını ilgilendiren kısmıdır. Kendisini

¹⁷ HARRIS, Abram L. (1956), "John Stuart Mill's Theory of Progress", Ethics, S.66, C. 3, s. 162; Piers Norris Turner (2014), "Harm and Mill's Harm Principle", Ethics, C. 124, S. 2, s. 300 vd.

¹⁸ MILL (2012), s. 75.

¹⁹ MILL (2012), s. 76.

²⁰ HARCOURT, Bernard E., (1999), "The Collapse of the Harm Principle", The Journal of Criminal Law and Criminology C. 90, S. 1, s. 90; DYZENHAUS, David, (1992), "John Stuart Mill and the Harm of Pornography", Ethics, C. 102, S. 3, s.534 vd .

ilgilendiren kısmında özgür olması onun için mutlak bir haktır. Birey kendisi üzerinde, kendi vücudu ve beyni üzerinde, bizzat kendi başına buyruktur. Şu noktanın altını çizmek gerekir ki, bu ilke, yetilerinde erginleşmiş insanlara uygulanmak üzere ortaya atılmış bir ilkedir.”²¹

2. Sosyal Kontrol ve Gelişim

Mill'in bütün felsefesinin özü, bireysellik veya otonomi değil; *sosyal gelişim*dir. Doktrinde mevcut bazı görüşlerin aksine, John Mill'in felsefesi “sosyal felsefe” ortak paydası olarak alındığında oldukça tutarlıdır. Mill bunu takiben bireysel otonomiye ek olarak *sosyal gelişmeye* faydalı olduğu ve *sosyal gelişmeyi* teşvik ettiği müddetçe sosyal otonomiye de büyük önem atfetmektedir.²² Toplum, ancak sosyal varlık ya da toplumun herhangi bir baskı veya *paternalist* müdahaleden arı olduğunda ilerleme kaydedebilir. Bu nedenle Mill, doktrinindeki bazı görüşlerin aksine, *sosyal kontrol* teorisi için *faydalı ahlak* teorisini savunur.²³ Bu kısımda Mill'in *anti-paternalist* olmasının nedeni açıklanacak ve kendi faydacı tanımıyla sosyal gelişime etki edecek, *sosyal kontrol* bağlamında *zarar prensibi'nin* her türlü *paternalist* uygulamasına karşı gelinecektir.²⁴ Bunun için John Stuart Mill'in zarar prensibi bize açıklık getirmekte ve devletin ne zaman müdahalede bulunması ve ne zaman çekimser davranması gerektiğini göstermektedir. *Zarar prensibi*, Mill'e göre kısacası şu anlamı içerir: “Bu denemenin amacı, toplumun birey ile olan zorlama ve kontrol tarzındaki ilişkileri konusunda kullanılan araçlarla ilgili basit bir ilke beyan etmektir. Bu araçlar yasal cezalar şeklindeki maddi güç tarzında olabileceği gibi, kamuoyunun manevi baskısı şeklinde de olabilir. Burada ileri sürülen ilke, iki durum için de geçerlidir. Bu ilke, insanların bireysel olarak ya da toplu olarak aralarından herhangi birinin hareket serbestliğine müdahalelerine cevap veren yegane gerekçenin, ancak “nefsi koruma” olacağı ilkesidir. Medeni bir topluluğun herhangi bir üyesi üzerinde, onun arzusuna

²¹ MILL (2012), s. 59.

²² HAMBURGER, Joseph (2001), John Stuart Mill on Liberty and Control, New Jersey, s. 3.

²³ MILL, John Stuart- WARNOCK Mary (2003), Utilitarianism and On Liberty; Including Mill's ‘Essay on Bentham’ and Selections from the Writings of Jeremy Bentham and John Austin, 2. Baskı, Berlin, ss. 91 ve 132.

²⁴ MILL (2012), s. 113.

rağmen, gücün haklı olarak kullanılabileceği tek yer başkalarına gelecek zararı önleme noktasının olduğu yerdir."²⁵

Oysa Mill için *faydalılık* veya *utilitarianizm*, onun ahlak felsefesinin ve beraberince sosyal kontrolün temelini oluşturmaktadır.²⁶ Mill'e göre faydacılık veya 'Büyük Mutluluk Prensibi'ni ahlakın temeli olarak kabul eden inanç, mutluluk veren hareketleri doğru olarak ve mutluluktan uzaklaştıran hareketleri yanlış olarak kabul etmektedir. Mutluluk ile kastedilen memnuniyetin varlığı ve acının yokluğudur; mutsuzluk ile kastedilen ise acının varlığı ve memnuniyetin yokluğudur. Bu etik standart ya da ahlak teorisi, insanların hayattaki tek amacının gelişim olduğunu ifade eden sosyal gelişim teorisinin arka planında yer almaktadır. Mill'e göre faydalılık, insanda var olan yetenekleri canlandırır ve geliştirir.²⁷ İnsanlar kendilerini daha yüksek bir standarda yükseltmelidir. Bu (ahlaki) kural, Mill'in sosyal kontrol teorisinin temelini oluşturmaktadır.²⁸ Bu nedenle Mill'in atıfta bulunduğu ve amaçladığı faydalılık kavramı Bentham'inki gibi hedonist algıdan farklıdır. Mill'e göre hedonistik faydacılıkçı yaklaşım kısacası şöyle açıklanmıştır: "Tatmin olmamış bir insan, tatmin olmuş bir domuzdan, tatmin olmamış Sokrates, tatmin olmuş bir aptaldan iyidir. Ve aptal veya domuz farklı bir fikirdeyse bunun nedeni sorunu yalnızca kendi açılarından görüyor olmalarıdır. Karşılaştırmanın diğer kişileri ise, her iki tarafı da bilir".²⁹

Söz konusu faydacı ahlak Mill'in, içinde kendini geliştirme isteği olan tüm bireylerin diğerlerini de etkileyeceği ve tetikleyeceği "sosyal kontrol"ünün çerçevesini oluşturur. "Diğerleriyle birlikte hareket etmeye ve kendilerini bireyden ziyade kolektif olarak görmeye ve diğerlerinin hareketlerinin amaçlarına ilgi duymaya (en azından şimdilik) alıştırdılar. Bu nedenle birlikte hareket ettikleri sürece sonları diğerleri ile birlikte değerlendirilir; en azından geçici bir süreliğine diğerlerinin çıkarının kendi çıkarlarına olduğu hissi vardır."³⁰ Bu yüzden birey, sadece atomik veya

²⁵ MILL (2012), s. 56.

²⁶ MILL- WARNOCK (2003), s.185 vd.

²⁷ MILL- WARNOCK (2003), s. 187 vd.

²⁸ HARRIS, (1956), s. 3.

²⁹ MILL- WARNOCK (2003), s. 188.

³⁰ MILL- WARNOCK (2003), s. 207.

geleneksel veya dinsel ahlakta olduğu gibi muhafazakar değil, gelişme açısından daha ilerlemeye yönelik bir yol izler.

Bireyin özgürlüğüne zarar vereceği düşüncesiyle, en azından liberal bakış açısından “sosyal kontrol”ün bir kavram olarak görülmesi gerektiği görüşü genel olarak kabul görmektedir.³¹ Mill’e göre özellikle de eğer biri dinî, geleneksel ahlak anlayışını kabul ederse, göz ardı edilmesi gereken ahlak değil, gelişmeye zarar veren geleneklerdir. Bireyin davranışlarını gelişmeye yönelten ahlak veya sosyal kontrol desteklenmelidir.

Buna ilaveten, Mill özde geleneksel veya dinî ahlakın yer almasının, toplum için önem arz eden, kişinin içindeki sorumluluk duygusunu veya uyum hissini tetikleyeceği için takdire değer bulacak kadar ileri gider. Mill’in iddiasına göre, “Eğitim ve fikirlerin kutsallaştırdığı alışlagelmiş ahlak anlayışı; kendini başlı başına akla bağlayıcı olarak sunmakta ve bir kişiden ahlakın bağlayıcılığının genel prensiplerden kaynaklandığına inanması istendiğinde, bu öneri kişiye paradoksal gelmektedir. Beklenen sonuçlar teoremin kendisinden daha bağlayıcı bir etkiye sahiptir; üst yapı temeli olarak daha iyi ayakta durmaktadır.”³² Bu nedenle, “...hiç kimsenin "görev"in objektif bir gerçeklik olduğuna inancı, Tanrı’ya olan inancından güçlü değildir; ancak

Tanrı’ya olan inanç –gerçek ödül ve cezalandırma beklentisi hariç– sadece hareketler ve bir oranda öznel dinsel duygular yoluyla yürütülmektedir. Şimdiye kadar dikkate alınmayan müeyyide, her zaman aklın içindedir. Bu nedenle doğaüstü ahlakçıları için varılacak sonuç, köklerini aklın dışından almıyorsa akılda bu müeyyidenin oluşmayacağıdır. Eğer kişi kendi kendine “Beni kısıtlayan ve vicdan olarak adlandırılan his yalnızca benim aklımda” diyebiliyorsa, o zaman muhtemelen hissin sona erdiği yerde yükümlülüklerinin de sona ereceği sonucuna ulaşabilir ve eğer hissi uygunsuz bulursa göz ardı edebilir ve kurtulmaya çalışabilir.”³³ Bu sebepten ötürü “eğer ki ahlakî yükümlülüğün doğaüstü kaynağı iç müeyyideye herhangi bir fayda sağlıyorsa, kanaatimce faydacılık prensibi halihazırda bu getirilere sahiptir.”³⁴

³¹ HARRIS (1956), s. 165; KURER, OSCAR (2016), John Stuart Mill (Routledge Revivals): The Politics of Progress, New York, s. 11.

³² Mill, (2006), s. 206.

³³ Mill, (2006), s. 206.

³⁴ Mill, (2006), s. 206.

Bu nedenlerden dolayı özellikle Mill'in *Faydacılık*'ı dikkatlice okunduğunda, Zarar Prensibi'nin paternalistik manasına ilişkin tartışmanın aldığı hal oldukça anlaşılmalıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi bunun tek uygun açıklaması, Mill'in teorisinin sözde tutarsızlığını ortadan kaldıracak şekilde daha geniş kapsamlı incelenmeden bireyselliğin fazla vurgulanması ve bundan ötesine geçilmemesidir.

Kanaatimizce Mill'in faydacılık ahlak prensibi, kendi sosyal kontrol teorisinin bir göstergesidir.³⁵ Bunun sebebi ise faydacılık ahlak prensibi bireyin sadece ortaya koyması gereken bir davranış değil, aynı anda bütün kesimlerin beraberce uygulaması gereken ve oradan ortaya çıkan bir toplumsal baskı ve kontroldür. Bu baskı veya kontrol, Mill'in ahlak felsefesinin temelini oluşturmaktadır. Çünkü, o faydacılık ahlakına dayanan baskı, bireylerin, Mill'in gelişim felsefesine uygun bir şekilde gelişmesini sağlamaktadır. Kısacası, herkes kendisini geliştirmeye odaklanırsa, Mill'in görüşüne göre, geri kalan herkesi o yöne doğru zorlar.

Mill, çalışmasının üçüncü kısmında faydacılık felsefesinin sosyal kontrol olarak adlandırır ve "Faydacılık prensibi diğer tüm ahlak sistemlerinin sahip olduğu yaptırımlara sahiptir, olmaması için bir neden yoktur,"³⁶ şeklinde ifade edilen bir özelliğe sahip olduğunu vurgulayarak başlar. Faydacılık veya Utilitarianizm, önceki bölümde belirttiğimiz gibi atomik bireycilik yerine bireyden kaynaklanan sosyal gelişim felsefesinin bir unsuru olarak tanımlanması gerekmektedir.

Varsayılan ahlaki her türlü standartta söz konusu olduğu gibi şu sorular sıkça sorulmaktadır: Yaptırım nedir? Uyulmasını sağlayacak motivasyonlar nelerdir? Ya da daha spesifik olarak, bu yükümlülüğün kaynağı nedir? Bağlayıcı kuvvetini nereden almaktadır? Yukarıdaki sorulara özel bir uygulanabilirliği varmışçasına sorulan, sıklıkla faydacılık ahlakına itiraz şekli olarak varsayılan ve tüm ahlakî standartlara yöneltilen bu sorulara cevap vermek, ahlak felsefesinin önemli bir işlevidir.

Görev anlayışımız ne olursa olsun içsel yaptırım, tek ve aynıdır. İş, ahlaki mahiyetine göre en ciddi olaylardan, muhtemel kopuşlara kadar, görevin her türlü ihlali halinde harekete geçen kendi aklımızda bir his, yoğun veya hafif bir acıdır. Bu his, tarafsız olduğunda, tümü fer'i olan şartlarla ve görevin belli bir

³⁵ KURER (2016), s. 15 vd.

³⁶ Mill, (2006), s. 206.

kısmı yerine saf görev anlayışı ile ilişkilendirildiğinde vicdanın özüdür; ancak gerçekte içinde bulunduğu karmaşık fenomende, basit bir gerçeğin çevresi sempati, aşk ve en çok da korkudan, her türlü dinî histen; çocukluk ve geçmiş hatıralarından; özgüvenden, kendini başkalarına kanıtlanma isteğinden ve hatta bazen kendini alçaltmaktan sıyrılmış, ikincil yapılanmalarda kabuk bağlamıştır.³⁷

Bu his birçok bireyde kendi bencil hislerinin kuvvetine oranla ikincil seviyededir ve genelde ikisi de eksiktir. Ama bu hisse sahip olanlarda doğal bir hissin tüm özelliklerini gösterir. Bu his, birey tarafından eğitimin bir uydurması, ya da toplumun gücü ile dayatılan bu yasa olarak değil, yokluğu kendilerinin aleyhine olacak bir simge olarak algılanır. Bu görüş yüce mutluluk ahlakının en üst yaptırımıdır. Gelişmiş hislere sahip tüm akılların dış yaptırımlar olarak adlandırdığım yaptırımlar tarafından göze alınan dışarıdakileri önemseme güdüsüne karşı değil, onunla birlikte çalışmaya iter ve bu yaptırımların yokluğu veya aksi yönde bir hareket, kendi içinde karakterin hissizliğine ve düşüncesizliğine nazaran daha kuvvetli, bağlayıcı bir güç oluşturur; çünkü zihni, ahlakî açıdan boş olan azınlık, çıkarları aksini gerektirmedikçe başkalarına önem vermemek yönünde bir hayat planı çizebilirler. Gelişim teorisi çerçevesinde ifade özgürlüğü bu yüzden bir hayli önem taşımaktadır.

SONUÇ

Nefret suçunun yukarıda belirttiğimiz gibi gelişmekte olan ülkelerde gayet olumlu bir yönü olmakla beraber, olumsuz yanı da vardır. Gelişmekte olan ülkelerin en önemli sorunu toplumun her kesiminin topluma ve ekonomiye katılmasıdır. Bunu eyleme koymak için ise toplumu kendine karşı korumak gerekir ve ceza hukuku ile yasaklar konması yoluyla, bazı kesimlere karşı yapılan nefret söylemleriyle katılımı engelleyen faaliyetlerin önüne geçilmek istenmektedir. Ancak bu türlü yöntemler uzun vadede gelişimi engelleyen faaliyetlere dönüşebilir.

Nitekim Mill'in ifade özgürlüğü hakkındaki görüşünün bu çerçevede ele alınması gerekmektedir. İfade özgürlüğü ne kadar önemli olsa da, Mill için mutlak değildir. Mill ifade özgürlüğünü herkesin serbestçe görüşünü ifade etmesine karşın ifade özgürlüğünün bir amaca odaklı olduğunu ve bu amacın da toplumun gelişmesi olduğunu ifade etmektedir. Toplumun gelişmesi için

³⁷ Mill, (2006), s. 204.

elbette bazı ifadeler itici olabilir ve toplumu veya kişileri rencide edebilir. Mill'e göre bugün rencide edici olan görüşler yarın rencide edici özelliğini kaybeder. Bu yüzden de nefret suçu gibi duygusallığa dayanan suçların bize göre devlet tarafından kısıtlanmaması gerekmektedir. Çünkü bir toplumun gelişim kaynağı olan görüş ve ifade özgürlüğünün kısıtlanması, o toplumun uzun vadede gelişimini engeller.

Mill'in zarar prensibi devletin ne zaman müdahale edeceğine ne zaman çekimser davranacağına dair bir ölçü vermektedir. Bu ölçü, Mill'e göre bazen çekimser (minimalist) bazen müdahalecidir (paternalist). Bu yüzden bazı yorumcuların ortaya attığı gibi Mill'in zarar prensibi ne tam paternalist ne de minimalisttir. Bu yorumlar Mill'in zarar prensibinin esas amacı olan gelişimi sağlamasını yanlış okumaktadır. Zarar prensibinin yukarıda belirttiğimiz gibi esas amacı gelişimi sağlamak olduğu için, bir yandan birey otonomisini sağlamak öbür taraftan toplumsal otonomi ve sosyal kontrolü pekleştirmektir.

KAYNAKLAR

- COMTE, Auguste. Auguste Comte and Positivism: The Essential Writings. Transaction Publishers, New York, 1975.
- ÇAKAR, Bekir. "Avrupa ve ABD'de Artan Salgın: Nefret Suçu". The GLOBAL: A Journal of Policy and Strategy, C. 1, S. 2, 2016. <http://www.academia.edu/download/46435846/makale-5.pdf>. (E.T. 05.03.2019).
- COMTE, Auguste. Auguste Comte and Positivism: The Essential Writings, New York 1975.
- DYZENHAUS, David, "John Stuart Mill and the Harm of Pornography", Ethics, C. 102, S. 3, 1992, ss. 534–551.
- GEORGE, William H., "Auguste Comte: Sociology and the New Politics", American Journal of Sociology, C. 33, S. 3, 1927, ss. 371–381.
- HAMBURGER, Joseph, John Stuart Mill on Liberty and Control, New Jersey, 2001.
- HARCOURT, Bernard E., "The Collapse of the Harm Principle" The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-) C. 90, S. 1, 1999, ss. 109–194.
- HARRIS, Abram L., "John Stuart Mill's Theory of Progress", Ethics, C. 66, S. 3, 1956, ss. 157–75.
- KEMP, Tom, Industrialization in Nineteenth Century Europe, New York, 2014.
- KURER, Oskar, John Stuart Mill (Routledge Revivals): The Politics of Progress, New York, 2016.
- MILL, John Stuart, Hürriyet Üstüne, (Çev.) DOSTEL, M. Osman, Ankara, 2012.
- — —, The Positive Philosophy of Auguste Comte, New York, 1873.
- MILL, John Stuart ve WARNOCK Mary. Utilitarianism and On Liberty; Including Mill's Essay on Bentham and Selections from the Writings of Jeremy Bentham and John Austin, 2. Baskı, Berlin, 2003.
- SINAR, Hasan. 'Türk Hukuku'nda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, 2003.
- TOPAKKAYA, Arslan. 'Hobbes, Locke, Rousseau ve Kant Hukuk Felsefelerinde Bireysel Özgürlükle Toplumun Genel İradesi Arasındaki İlişkinin Kurulumu Üzerine Bir Analiz'. Düşünen Siyaset, S. 24, 2007, ss. 55–66.

TURNER, Piers Norris, "Harm and Mill's Harm Principle", *Ethics*, C. 124, S. 2 (2014): 299–326.

İDARE HUKUKU AÇISINDAN AVUKATLIK*

Dr. Öğr. Üyesi Sırrı DÜĞER**

ADVOCACY IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Düğer, Sırrı: İdare Hukuku Açısından Avukatlık, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 55-77.

APA: DÜĞER, S. (2019). İdare Hukuku Açısından Avukatlık, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 55-77. DOI: 10.15337/suhfd.545154.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 13.11.2018

Kabul Edildiği Tarih: 12.03.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545154>

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: sirriduger@yalo.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-1132-8138](https://orcid.org/0000-0002-1132-8138)

ÖZ

Avukatlık, hukuki uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanabilmesi için hukuki yardımda bulunmaktadır. Bu faaliyetin yerine getirilmesinde kamu yararı bulunduğu kabul edilmekle birlikte avukatlığın idare hukuku açısından kamu hizmeti olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde avukatın idare hukuku açısından kamu görevlisi olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Avukat bu faaliyetini baroların gözetim ve denetimi altında yerine getirir. Barolar kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak kamu tüzel kişiliğine sahiptir.

ANAHTAR KELİMELER: Avukatlık, Kamu Hizmeti, Kamu Görevlisi, Kamu Kurumları, Kamu Gücü.

ABSTRACT

Advocacy is to provide legal assistance for the resolution of legal disputes in accordance with fairness and justice and for the full implementation of the rules of law. It cannot be accepted as a public service in terms of administrative law even though it is accepted that there is public interest in the fulfilment of this activity. Likewise, it is not possible for the lawyer to be accepted as a public official in terms of administrative law. Lawyers carry out this activity under the control and supervision of the bar associations. Bar associations have public legal entity as a public institution and are under the administrative tutelage of the central administration.

KEYWORDS: Advocacy, Public Service, Public Officials, Public Institutions, Public Power.

GİRİŞ

Bu çalışmada avukatın gerçekleştirdiği mesleki faaliyet; kamu hizmeti, kamu görevlileri ve idari teşkilat açılarından değerlendirilmiştir. Kamu hizmeti açısından avukatlık, organik anlamda ve maddi anlamda incelenmiştir. İdari teşkilat açısından ise kamu niteliğinde meslek kuruluşları, avukatın meslek örgütü olan barolar ve avukatın mesleğe kabulü değerlendirilmiştir.

I. KAMU HİZMETİ AÇISINDAN

A. Genel Olarak

Kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramlarından¹. Kamu hizmeti, yasama organı (siyasi irade) tarafından kamu hizmeti olarak kabul edilen, idare veya onun denetim ve gözetimi altında, özel hukuk kişilerince kamu yararı amacıyla, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarının karşılanması için yerine getirilen faaliyet olarak tanımlanabilir². Başka bir deyişle kamu hizmeti, gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunduğuna siyasi organlar tarafından karar verilen ve idare tarafından veya idarenin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişiler tarafından yerine getirilen faaliyetlerdir³.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine göre, avukatlık bir kamu hizmetidir ancak aynı zamanda bir serbest meslektir. Avukatlık, hukuki uyumsuzlukların adalet ve hakkaniyete uygun bir şekilde çözülmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanabilmesi için hukuki yardımda bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Avukatlık Kanunu Taslağı'nın 2. maddesine göre, "avukatlık, yargı erki içinde, bağımsız savunmayı temsil eden kamu hizmeti niteliğinde bir meslek" olarak ifade edilmiş ve ayrıca *avukatlık mesleğinin ticari faaliyet sayılmadığı* belirtilmiştir. Buna göre, her iki metinde de serbest meslek olduğu belirtilen avukatlık, Avukatlık Kanunu'nda doğrudan *kamu hizmeti*; Taslak'ta ise *kamu hizmeti niteliğinde* olarak ifade edilmiştir.

Avukatlık Kanunu m. 2'ye göre avukatlığın amacı, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Adaletin gerçekleştirilmesinde avukat, yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

¹ Leon DUGUIT tarafından savunulan idare hukukunun uygulama alanının belirlenmesindeki kıstaslarından biridir. Bkz. ZOLLER, Elisabeth, **Introduction to Public Law: A Comparative Study**, Brill, 2008, s. 255.

² AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNLER, Murat, KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 526.

³ YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010, s. 71; ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 235.

Burada avukat, yargının diğer kurucu unsurları olan sav/iddia ve karar temsilcileri ile eşitlik ilkesine uygun olarak görev yapar⁴.

Kamu hizmeti kavramı organik, maddi ve şekli olmak üzere üç unsuru ifade etmektedir⁵. Organik unsur, belli bir hizmetin organ olarak kimin tarafından yürütüldüğü ile ilgilidir. Hizmet idare tarafından yürütülmekte ise hizmetin yürütülmesine özgülünen kamu malları, bunun için görevlendirilen kamu görevlileri ve ayrılan mali imkânların bütününe ifade etmektedir. Kamu hizmetinin maddi unsuru ise kamu yararına, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılanması için yürütülen faaliyet olmasıdır. Toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının neler olduğu siyasi iradenin tercihlerine göre değişir. Kamu hizmetinin şekli unsuru ise kamusal yönetim usullerine göre yürütülen bir faaliyet olmasıdır, bu ise faaliyetin serbestçe yürütülebilmesi, belirli bir hukuki rejime dayanması ve kamu gücü kullanılarak yerine getirilmesini ifade etmektedir⁶. Bir faaliyet kamu hizmeti olarak kabul edildiği takdirde kamu hukuku rejimine tabi olacaktır. Ancak tabi olunan hukuki rejim bir faaliyetinin kamu hizmeti olmasının şartı değil sonucudur⁷. Bu nedenle ayrı bir başlık altında değerlendirilmeyecektir.

B. Organik Anlamda

Hizmetin kamu tüzel kişisi veya onun denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi kamu hizmetinin organik unsurunu oluşturmaktadır⁸. Kural olarak kamu hizmeti, kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilir ancak bir kamu hizmeti bir kamu tüzel kişisinin yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından da yerine getirilebilir⁹. Avukatlığın hukuki mahiyetine ilişkin ileri sürülen görüşlerden birine göre, kamu kurumu

⁴ Türkiye Barolar Birliğinin hazırladığı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesine değişiklik önerisi. Öneri metninin tamamı için bkz. https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/avkanunundayapilacak_degisiklikler.pdf, (E.T. 13.11.2018).

⁵ TAN, Turgut, **İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 356.

⁶ AKYILMAZ, et al, s. 525; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 330.

⁷ GÖZLER Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2018, s. 478.

⁸ ÖZAY, İl Han, **Günişğinde Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 225.

⁹ GÜNDAY, s. 331.

niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği (TBB) ve baroların denetim ve gözetimi altında olan avukatlar kamu hizmeti faaliyeti yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemesi de bu görüşe uygun olarak verdiği bir kararında, kamu hizmeti faaliyetinin devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından genel idare esaslarına göre gerçekleştirilen faaliyetler alanının ötesine geçen bir kapsamı olduğunu ve bu kapsamın da gittikçe genişlediğini, modern kamu hizmeti kavramına giren hizmetlerin yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlandırılmayacağını ifade ederek avukatlığın kamu hizmeti niteliğinde olduğuna hükmetmiştir¹⁰.

Bir özel kişi tarafından yerine getirilen faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için öncelikle faaliyetin bir görev olarak idareye verilmesi gerekir. Böylece idare, hizmetin yerine getirilmesinde asli yükümlü olacaktır. Asli yükümlü idare, bu hizmeti kendisi yerine getirmeyerek kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usullerinden biri ile özel kişilere gördürecektir. Ancak idarenin görevlendirildiği bu faaliyeti özel kişilere gördürebilmesi için açık bir kanuni düzenlemenin olması gerekir¹¹. İdareye bu konuda görev verilmemişse hukuken bu faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹². Bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu konusundaki belirlemenin dolayısıyla hangi faaliyetin idareye bir görev olarak verileceği kararının siyasi otoriteye ait olduğu kabul edilmektedir¹³.

Avukatlar, serbest meslek mensubu gerçek kişilerdir. Avukatlık, kanunla idareye verilmiş bir görev değildir. Her ne kadar barolar kamu tüzel kişiliğini haiz ise de barolar, kanunla avukatlık hizmetini yerine getirmekle görevlendirilmemiştir. Dolayısıyla kamu tüzel kişisi baroların, bu görevlerini avukatlara gördürmeleri de söz konusu değildir. Barolar, avukatın meslek örgütü olup avukatlık mesleğinin temsili, düzenlenmesi ve denetlenmesi ile görevlidir.

İdare hukuku ilkelerine göre bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için mutlaka idare tarafından görülmesi gerekmez. Avukatlar

¹⁰ Bkz. AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, R.G. 24.01.1995-22181.

¹¹ YILDIRIM, Turan, et al, **İdare Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 417.

¹² GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 1988, Cilt 9, Sayı 1-3: 147-159, s. 157-158.

¹³ TAN, Turgut, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1991, 8, 233-252. s. 235; YILMAZ, Dilşat, "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Yıl 2008, Sayı 1-2, s. 1224.

mesleklerini kamu tüzel kişiliğini haiz baroların ve TBB'nin denetimi altında yapmaktadır. Dolayısıyla avukatlık, Adalet Bakanlığının denetimi altında yerine getirilmektedir. Sonuç olarak, avukatlığın bir kamu kuruluşunun denetimi altında yerine getirilen bir faaliyet olduğu ve bu nedenle kamu hizmeti olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁴.

Yukarıda da bahsedildiği gibi Anayasa'nın 135. maddesinde, "kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu" olarak düzenlenen barolar ve barolar birliği, devletin idari ve mali denetimine tabidir. Ancak avukatlık, bir kamu kuruluşunun iç denetimi altında yerine getirilmemektedir. Avukatlık, kamu tüzel kişiliğini haiz baroların ve barolar birliğinin dolayısıyla merkezi idarenin denetimi altında yerine getirilmesine rağmen, kamu hizmetinin organik şartının gerçekleştiği kabul edilemez. Çünkü avukatlığın bir kamu hizmeti olarak barolara, barolar birliğine veya merkezi idareye bir görev olarak verilmesi ve bunların da asli yükümlü olarak yerine getirmek zorunda oldukları bu görevi, kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi usullerinden biriyle avukatlara gördürmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Zira barolar, avukatın meslek örgütüdür. Bu nedenle barolar, kamu tüzel kişiliğini haiz olsalar da teknik olarak organik şartın gerçekleştiğinin kabul edilmesi mümkün değildir¹⁵.

Baroların özel meslek derneklerinden farkı, kanunla kurulmuş olması, mesleği ifa için bunlara üye olmanın gerekmesi, aidat ödeme mecburiyeti ve üyeleri üzerinde kamu hukukundan doğan bazı yetkilere sahip olmalarıdır. Baroların işlevi, avukatlık mesleğinin vakar ve haysiyetini korumak, mesleğin adalet amacına uygun bir şekilde ifa edilmesini sağlamak ve bunun için gerekli disiplin tedbirlerini almak, avukatların birbirleri ve müvekkileri ile çıkabilecek ihtilafları çözmektir. Avukat, mesleğe baroya üye olmakla girer ve mesleğini baronun denetimi altında yerine getirir. Avukat, hukuki mütalaalarıyla ferdin işlem ve eylemlerine yol gösterir, faydasız bir davanın olumlu netice vermeyeceğini göstererek lüzumsuz davaları önler. Osmanlı Devleti'nde, bu görev, fetva müessesesi ile yerine getirilmekteydi. Tanzimat dönemine kadar, dava vekâleti kurumu bulunmama ile birlikte devlet teşkilatı içindeki müftülük teşkilatı, hukuki ilişkilere ilişkin mütalaa vererek kişilerin hukuki ilişkilerini hukuk düzenine uygun bir şekilde yürütmesini sağlamaya hizmet

¹⁴ GÜNER, Semih, **Avukatlık Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 102-103.

¹⁵ ADAY Nejat, **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 17-18.

etmekteydi¹⁶. Bugün idari teşkilat içinde böyle bir kurum bulunmamaktadır. Bu ihtiyaç, idare ajanı olmayan, idari teşkilat içinde yer almayan, serbest meslek sahibi avukatlar tarafından yerine getirmektedir. Devlet teşkilatına girmemek ve serbest meslek sayılmakla birlikte avukatın icra ettiği faaliyet kamu hizmeti niteliğinde görülmüş ve devlet denetimi altında yerine getirilmesi gerekli sayılmıştır¹⁷. Bu yapılan açıklamalar ışığında, Osmanlı Devleti döneminde idari teşkilat içindeki fetva müessesesi gibi kendisine danışmanlık ve temsil görevi verilen bir kurum olsaydı avukatlık teknik olarak kamu hizmeti olarak kabul edilebilirdi.

C. Maddi Anlamda

Kamu hizmetinin maddi unsuru, hizmetin toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması için gerçekleştirilen bir faaliyet olmasıdır¹⁸. Avukatlık, yargılama faaliyetinin ayrılmaz bir parçasıdır. Avukatlık Kanunu'na göre avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder. Bireyin savunulması kısıtlanamaz. Bu, Anayasada yer alan hak arama özgürlüğünün uzantısıdır. Hakkını kullanamayacak durumda olan fertlerin baronun görevlendirdiği avukatlar tarafından savunma hakları yerine getirilmektedir. Adli yardım ve müdafî seçemeyecek durumda olanlara baro tarafından avukat görevlendirilmesi, toplumun ortak ihtiyaçlarının karşılanması için gerçekleştirildiğinden avukatlığın kamu hizmeti niteliğinde olduğu görüşünü desteklemektedir.

Anayasa Mahkemesi, avukatlık faaliyetinde kamu yararı bulunması sebebiyle, avukatlığı kamu hizmeti olarak kabul ettiği bir kararında; avukatın, meslek görevini yapan avukata karşı bir suç işlemiş olan iş sahibinin teklifini reddetmek zorunda olduğuna dair Avukatlık Kanunu m. 38/e düzenlemesini iptal etmiştir. Mahkeme, avukatlığın kamu hizmeti olması karşısında, Avukatlık Kanunu'nun kimi haklar ve yükümlülükler yer vermesinin doğal ve olağan olduğuna karar vermiştir. Sözü edilen Kanun maddesi ile avukatlara karşı görevleri sırasında suç işlenmesinin önlenmesi, avukatın görevini özgürce ve hiçbir saldırı olmaksızın yapabilmesi amaçlanmıştır. Avukatlık hizmetinin, hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde ve her türlü hukukî ihtilafın adil bir şekilde çözülmesinde ve hukuk kurallarının eksiksiz uygulanmasında adli ve idari

¹⁶ ONAR Siddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 908-909, GÜNER, s. 63-64.

¹⁷ ONAR, Cilt II, s. 909-910.

¹⁸ YILDIRIM et al, s. 415; TAN, *İdare Hukuku*, s. 356.

makamlara özel hukuk kişilerine etkin bir biçimde yardımda bulunmasında kamu yararı bulunduğuna şüphe yoktur. Mahkeme, suç işlemiş bir kişinin savunma hakkı ile ilgili bu sınırlandırmanın, hakkın kullanılmasını güçleştirerek onu ortadan kaldıran, başka bir ifadeyle hakkın özünü yok eden bir nitelik taşıyıp taşımadığının Anayasa'ya uygunluk denetiminde dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Buna göre Mahkeme, mesleki görevini yapan avukata karşı bir suç işleyen iş sahibinin teklifini reddetmek zorunda olmasının savunma hakkının ve hak arama hürriyetinin özüne dokunduğuna karar vererek söz konusu kanun maddesini iptal etmiştir¹⁹. Sonuç olarak adaletin tecelli etmesi için avukatın hukuki yardımda bulunması toplumun genel ve ortak bir ihtiyacının giderilmesidir. Buna göre avukatlık maddi anlamda bir kamu hizmeti olarak kabul edilebilir.

¹⁹ Bkz.: AYM, 02.06.1977, E. 1977/43, K. 1977/84, R.G. 05.12.1977 – 16130, “Avukatlık bir kamu hizmeti olunca, bu hizmetin topluma en yararlı hale getirilmesi ve bundan en yüksek yararın sağlanması, bu kamu hizmetinin düzenlenmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Kamu hizmetlerini düzenleyen yasaların ve sözcülemi Avukatlık Yasasının, kimi haklar ve ödevler karşısında kimi yasaklara ve sınırlamalara da yer vermesi doğal ve olağandır. Gerçekten avukatlık hizmetinin, hukukî ilişkilerin düzenlenmesinde ve her türlü hukukî sorun ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinde ve genellikle hukuk kurallarının eksiksiz uygulanması hususunda yargı organlarının, hâkimlerin, resmî ve özel kurul ve kurumların çalışmalarına etkin bir biçimde yardımda bulunabilmesi, bu hizmetin kamu yararına uygun olarak işlerliğinin sağlanmasıyla olanak kazanır. O halde böyle bir düzenlemede kamu yararı düşüncesinin bulunmadığı öne sürülemez. Buna karşılık hemen belirtmek gerekir ki, Anayasa'ya uygunluk denetiminde önem kazanan yön, kamu yararı düşüncesine dayansa dahi yasa ile konulan sınırlamaların hakkın kullanılmasını güçleştirerek onu ortadan kaldıran, başka bir deyimle hakkın özünü yok eden bir nitelik gösterip göstermediğidir. Bu açıklamadan, sözü edilen kuralla getirilen sınırlama ile avukatlara karşı görevleri sırasında suç işlenmesinin önlenmesi; avukatın görevini özgürce ve hiç bir sataşmaya maruz kalmaksızın yapabilmesi ve böylece meslekî dayanışmanın sağlanması ereğinin güdüldüğü anlaşılmaktadır. Düzenlemenin yasada öngörülen biçimde yapılmış olması ilk bakışta savunma hakkının ortadan kaldırılmadığı görüntüsünü vermekte ise de, hakkın özünün zedelendiği ve kullanmayı zorlaştırmak yolu ile de onu hiç kullanılmayan bir duruma dönüştürdüğü ortadadır. Baro başkanına bu durumda baroda kayıtlı avukatlardan birisini görevlendirme yetkisinin verilmiş olması, uzmanlığa ters düşmesi bir yana, hakkın özünü zedeleyen bu düzenlemeye bir sınırlama niteliği de kazandıramaz.”

D. Değerlendirme

Avukatlığın kamu hizmeti niteliğinde kabul edilmesi hâlinde, bu hizmetin yerine getirilmesi özel faaliyetlerden farklı bir hukuki rejime tabi olacaktır. Bu hukuksal rejimle kastedilen faaliyetin yerine getirilmesinde, özel faaliyetler için söz konusu olmayacak bazı kamu gücü ayrıcalıklarının ve yükümlülüklerinin söz konusu olmasıdır²⁰.

Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyet kim tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, bazı kamusal kurallara tabi tutulabilir. İdare, ilgili alanda doğrudan faaliyet göstermese de faaliyetin gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunması sebebiyle, girişimcilere, hizmet sağlama zorunluluğu, süreklilik, makul fiyat, ayrımcılık yapmama gibi yükümlülükler getirilebilir ayrıca rekabete karşı korunma, tekel gibi ayrıcalıklar tanınabilir. Kural olarak, kamu hizmetleri kamusal rejime tabidir. Bu durum, kamu hizmetlerine tamamen kamu hukukunun uygulandığı anlamına gelmemektedir. Yani kamu hizmetinin hukuki rejimi sadece kamu hukuku değildir. Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde özel hukuka tabi konular da bulunmaktadır. Burada kamu hizmetinin teşkilatlanmasına ilke olarak kamu hukukunun; piyasa ile olan ilişkilerine ise ilke olarak özel hukukun uygulandığı ifade edilmektedir. Kamu hizmetinin kamusal rejime tabi olması kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel faaliyetlerden farklı olarak piyasada faaliyet gösterenlerin sahip olamayacakları bir takım ayrıcalık ve yükümlülüklerin söz konusu olmasıdır²¹.

Avukatlık teknik anlamda bir kamu hizmeti olarak kabul edilemez; ancak belirli ölçüde kamusal rejime tabidir. Bu rejim gereği avukat, bazı kamusal ayrıcalıklara sahip ve bazı kamusal yükümlülüklerle tabidir. Avukatlığı belirli oranda kamusal rejime tabi kılmanın amacı ise avukatlık faaliyetinde kamu yararı bulunmasıdır. Bu çerçevede, avukatın tabi olduğu kamusal yükümlülükler ve haiz olduğu ayrıcalıklar Avukatlık Kanunu'nda sayılmıştır. Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan bir faaliyet, kim tarafından gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin kamusal kurallara, özel hukuktan ayrılan kurallara tabi tutulabilir. Özel teşebbüsün faaliyeti, faaliyetin gerçekleştirilmesinde kamu yararı varsa belirli ölçüde kamusal rejime tabi tutulabilir.

²⁰ YILDIRIM et al., s. 415-416; TAN, İdare Hukuku, s.358.

²¹ KARAHANOĞULLARI, Onur, **Kamu hizmeti: (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 191; 193-195.

Faaliyeti gerçekleştirenin kim olduğu ya da faaliyetin teknik niteliğinden bağımsız olarak kamu yararı adına faaliyetin yerine getirilmesinin kamusal yükümlülüklerle tabi kılınması regülasyon olarak ifade edilebilir. Burada kamu yararı gibi içeriği tam olarak belirlenemeyen bir kavrama dayanarak, idareye özel kişiler üzerinde kamusal yükümlülükler uygulayabilme imkânının verilmesi hukuki güvenlik açısından sakıncalıdır. Burada ABD’de olduğu gibi usuli ilkelerin yani bireyin kamu gücü karşısında korunmasına ilişkin ilkelerin önemi ortaya çıkmaktadır. Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyet idari rejimde (diğer şartların da gerçekleşmesi halinde) kamu hizmeti olarak kabul edilerek belirli kurallara (ilkelere) bağlanır. Böylece hizmetten yararlananların hakları korunmuş olur. Adli rejimde ise gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyetin kamu hizmeti rejimine tabi tutulması gibi bir durum söz konusu olamayacağından faaliyetten yararlananların haklarının usuli teminatlar ihdas edilmesi (idarenin bu yöndeki faaliyetinin belirli bir usule bağlanması) suretiyle korunduğu kabul edilebilir²². Gerçekleştirilen faaliyetin amacı kamu yararı olduğunda, Kıta Avrupası sisteminde faaliyet kamu hizmeti olarak tanımlanarak teknik niteliği itibarıyla belli ilkelere (kamu hizmeti ilkeleri) bağlanarak kamu yararı amacı ile getirilen yükümlülük ve ayrıcalıklara karşı bireyler korunmaktadır. Ancak faaliyetin niteliğinden ziyade sonucuna önem vererek faaliyeti teknik niteliği itibarıyla belli kurallara bağlamayan Anglo-Amerikan sisteminde kamu yararı amacı nedeniyle ihdas edilen yükümlülük ve ayrıcalıklara karşı bireyin korunması usuli ilkeler ve teminatlar yolu ile sağlanmaktadır. Kanımızca ABD’de pek çok Kıta Avrupası ülkesinden önce bir idari usul kanununun kabul edilmesinin sebeplerinden biri bu olabilir.

Sonuç olarak temel mesele, gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan faaliyetin idareye görev olarak verilip verilmemesidir. Bu takdirde, her ne kadar bu faaliyete özel hukukun uygulandığı hâller söz konusu ise de esas olarak kamu hukuku uygulanacaktır. Kamu hukuku uygulanması ise belirli ayrıcalık, yükümlülük ve ilkelere (eşitlik ve süreklilik gibi) tabi olunan “kamu hukuku usulü” ya da “kamu hukuku rejimi” olarak ifade edilen ayrı bir hukuk rejimini ifade etmektedir. Gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunan; ancak idareye bir görev olarak verilmeyen faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi kamu hizmeti kavramının çok geniş tutulması anlamına gelmektedir.

²² ŞAHİN, Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 108.

DERBİL, ROLLAND'a atfen bu şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmekte olup kanunların avukatlığı kamu hizmeti niteliğinde bir meslek olarak belirttiğini ve bu durumda kamu hizmetini yalnız kamu hukuku usulüne bağlı işlere hasretmenin pek çok sakıncalar doğuracağını ifade etmektedir²³.

II. KAMU GÖREVLİLİĞİ AÇISINDAN

Bir görevlinin kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için idare tarafından istihdam edilmesi ve kamu tüzelkişisine kamu hukuku bağı ile bağlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Bunlardan istihdam edilme şartı, idare tarafından belirli bir süre çalıştırılmayı gerektirmektedir. Avukatlar için böyle bir durum söz konusu değildir çünkü avukatlar (kamu avukatları istisnası dışında) idare tarafından çalıştırılmamaktadır. Bu nedenle avukatlar kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir²⁴.

Anayasa'nın 70. maddesinde, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddede kamu hizmeti organik anlamda kullanılmış olup memuriyete girme hakkını ifade etmektedir. Memuriyete alınmadaki Anayasal ilkelerden biri de görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilememesidir. Avukatlığı kamu hizmeti olarak kabul ettiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, avukatlık yapabilmek için hukuk fakültesi mezunu olma şartı öngörülmesinin kamu hizmetinin gerektirdiği niteliklerden birini saptamak olduğu, böyle bir şartın da Anayasa'nın çerçevesi içinde görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre kanun koyucu tarafından serbestçe takdir edilebileceğine karar vermiştir²⁵.

²³ DERBİL, Süheyp. Kamu Hizmeti Nedir?, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3: 28-36, s. 33.

²⁴ GÖZLER/KAPLAN, s. 560; GÜRLER, Cemalettin, **Avukatlık ve Noterlik Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, s. 4.

²⁵ Bkz. AYM, 21.01.1971, E. 1969/37, K. 1971/8, R.G. 31.08.1971 – 13942, "Kanun koyucunun bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği niteliklerin saptanmasını ve saptanmış niteliklerin değiştirilmesini, Anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluklarına göre serbestçe takdir edebileceğini kabul eylemek yerinde olur. Çünkü bu gerek ve zorunlukları en iyi bilecek durumda olan kanun koyucudur. 3499 sayılı Kanunun avukatlık mesleğine kabulü öğrenim bakımından düzenleyen koşulunun 1136 sayılı kanunun 3. maddesinin inceleme konusu (b) bendi ile değiştirilmesinde yapılmış olan da budur. Burada değişiklik tarihinden önce kazanılmış hakların korunup korunmamış olduğunun önemi vardır. Kanunun geçici 8. maddesine bakılınca "bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, avukatın kamu görevlisi olmadığını hükme bağlamıştır. Anayasa'nın 70. maddesine göre, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez". Mahkemenin kararına göre, bu maddede kamu hizmetlerine girme hakkı denilmekteyse de aslında idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkı teminat altına alınmaktadır. Avukatlık ise serbest meslek olup bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Avukatlık Kanunu m. 1'de avukatlığın kamu hizmeti olduğunun belirtilmesi, onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğu manasına gelmez²⁶. Kararda belirtildiği üzere, avukatlık mesleği ile idare hukuku esasları çerçevesinde istihdam edilen kamu görevlileri arasında fark bulunmaktadır²⁷. İdare hukuku açısından kamu görevlileri, bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevlilerdir²⁸. Avukat için böyle bir istihdam durumu söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi, Noterlik Kanunu'nun 166. maddesinin 12. bendinin Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile 42. maddesinde düzenlenen angarya yasasına aykırı olduğuna

Siyasal Bilgiler Okulu veya fakültesinden mezun olup da eksik kalan derslerden hukuk fakültesinde sınav vermiş olanların bu kanunun uygulanmasında hukuk fakültesi mezunu sayılacakları" hükmünün maddede yer aldığı ve böylece kazanılmış hakların korunmuş bulunduğu görülür. Yukarıda açıklandığı gibi inceleme konusu hüküm yalnızca, "avukatlık" denilen kamu hizmetinde kanun koyucunun bu görev için gerekli gördüğü niteliklerden birini saptamaktadır. Kamu hizmeti sayılan avukatlık görevi için kanun koyucunun gerekli gördüğü niteliklerden yoksun bulunan veya bu nitelikleri yitiren kimselerin o kamu hizmetinde çalışabilmeleri elbette ki düşünülemez. 63. maddenin, şu niteliğiyle, Anayasaya aykırı bir yönü yoktur. Dâvanın bu maddeye yönelen bölümünün reddi gerekir."

²⁶ Bkz. AYM, 04.06.2003, E. 2002/8, K. 2003/47, R.G. 19.12.2003 – 25321, "[70.] madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest meslek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasa koyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez."

²⁷ KARSLI, Mehmet Rauf, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 62.

²⁸ KARSLI, s. 105.

dair itirazı, belirtilen Anayasa ilkelerinin kamu hizmeti yürütenler için geçerli olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir²⁹. Kamu görevlisi ile idare arasındaki ilişki bir statü ilişkisidir. Bu ilişkinin içeriği genel, soyut ve kişilik dışı bir şekilde kanun koyucu tarafından belirlenir. Kamu görevlisi, idarece gerçekleştirilen bir atama işlemi ile bu statü içine sokulur³⁰. Kararda belirtildiği üzere noterlikler, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanılarak açılırlar. Ayrıca noterliğin bir kamu hizmeti, noterlik dairesinin resmî daire olduğu, noterlerce yapılan işlemlerin resmî işlem sayıldığı, noterlerin atama, yükselme, sınıflara ayrılma ve denetimlerinin Adalet Bakanlığınca yapıldığı, ücret tarifelerinin Adalet Bakanlığınca saptandığı, kısaca noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu kararda belirtilmiştir. Noterler, Adalet Bakanlığı tarafından tesis edilen atama işlemi ile noter statüsü içine sokulmaktadır. Ayrıca bu statünün içeriği genel, soyut ve kişilik dışı bir şekilde, özellikle Noterlik Kanunu ile kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu nedenlerle noterlik, özel teşebbüs sayılamaz ve hakkında özel teşebbüslerle ilgili kurallar uygulanamaz. Avukatlar ile karşılaştırıldığında her ne kadar avukatlar Barolar Birliğinden ruhsat alıp göreve başlamak zorundalarsa da hukuki statüleri noterlerinkinden farklıdır. Avukatlar, meslek örgütüne üye olmaksızın faaliyette bulunamaz ancak Adalet Bakanlığı tarafından atanmazlar. Avukatlık statüsünün kazanılması bir atama işlemi ile olmaz. Yine avukat hakkında Bakanlık, herhangi bir özlük işlemi tesis edemez. Avukat, meslek etiği açısından baroların denetimi altındadır.

²⁹ Bkz. AYM, 19.06.1979, E. 1979/5, K. 1979/29, R.G. 18.1.1980 – 16873, “Kamu hizmetleri sürekli ve düzenli hizmetlerdir. Bu hizmetler özel kişilerin yararlarını değil kamusal yararları karşılarlar. Kamu hizmetleri yasayla ya da yasanın verdiği yetkiye dayanılarak kurulur ve kaldırılır. Noterlikler, 1512 sayılı Noterlik Yasasının verdiği yetkiye dayanılarak açılırlar. Noterliğin bir kamu hizmeti, noterlik dairesinin resmî daire olduğu, noterlerce yapılan işlemlerin resmî işlem sayıldığı, noterlerin atama, yükselme, sınıflara ayrılma ve denetimlerinin Adalet Bakanlığınca yapıldığı, ücret tarifelerinin Adalet Bakanlığınca saptandığı, kısaca noterliğin bir statüye bağlı bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Bu nedenlerle noterlik, özel teşebbüs sayılamaz ve hakkında özel teşebbüslerle ilgili kurallar uygulanamaz. Öte yandan olayda kambiyo senetlerinin protestoları ile ilgili giderlerin ve elde edilen gelirin belli bir yüzdesi işlemi yapan noterlerce alındığına, ayrıca öteki noterlerce yapılan işlemlerden elde edilen gelirden eşit biçimde yararlanıldığına ve noterlerin tümü aynı statüye bağlandığına göre, angaryanın varlığından da söz edilemez. Bu nedenlerle Anayasa'nın 40. ve 42. maddelerine aykırılık savları yerinde değildir.”

³⁰ AKYILMAZ et al., s. 664; GÜNDAY, s. 583.

Dolayısıyla Avukatlık Kanunu'nda da açıkça ifade edildiği gibi avukatlık bir serbest meslektir.

Sonuç olarak avukatlar, idare hukuku anlamında kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan, işlevsel anlamda kamu görevi yerine getiren serbest meslek mensuplarıdır³¹. Avukatlar kamu görevlisi değildir³².

Mesleki faaliyetinin kamu yararı adına arz ettiği önem nedeniyle avukat belirli kamusal yükümlülöklere tabi tutulmuştur. Aynı zamanda avukatın belirli ayrıcalıkları da bulunmaktadır. Hukuki mesele, avukata getirilen bir yükümlölüğün mesleğin hukuki niteliği ile bağdaşır olup olmadığıdır. Avukatlık, belirli kamusal yükümlölöklere tabi tutulabilir ancak önemli olan avukatın bu yükümlölöğe tabi tutulmasının hukuka uygun olup olmadığıdır.

III. İDARİ TEŞKİLAT AÇISINDAN (AVUKATIN MESLEK ÖRGÜTÜ)

A. Genel Olarak

Avukatlar, mesleki faaliyetlerini barolar bünyesinde yerine getirir. Avukatlık yapabilmek için baro levhasına yazılmak zorunludur³³. Meslek kuruluşu olarak baro, şikâyet üzerine veya re'sen, avukatı denetlemekte; kanuna, meslek kurallarına aykırı faaliyette bulunması halinde mesleki faaliyetine dahi son verebilmektedir³⁴.

³¹ SUNGURTEKİN, Meral, **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlölükleri**, Barış Yayınları Fakölterler Kitabevi, İzmir, 1999, s. 16.

³² Bkz. D8D, 27.01.1994 Tarihli ve E. 1993/177, K. 1994/306 Sayılı Karar, www.kanunum.com (E.T. 13.11.2018). *“Anılan yasa kuralından anlaşılacağı üzere avukatlık mesleği bir kamu hizmeti olmakla beraber serbest bir meslek olduğundan avukatların memurlar gibi kamu görevlisi olarak kabulüne olanak yoktur”*. Serbest meslek avukatlarının kamu görevlisi olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. D12D, 26.11.1998 Tarihli ve E. 1995/11088, K. 1998/2881 Sayılı Karar, www.kanunum.com (E.T. 13.11.2018).

³³ Avukatlık Kanunu'nun 66. maddesine göre, *“Her avukat, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla, yükümlüdür. Bir baro levhasına yazılmış olan avukat, sürekli olmamak şartıyla, memleketin her yerinde avukatlık yapmaya yetkilidir.”*

³⁴ Ayrıca Danıştay, sahtecilik ve görevi kötüye kullanma suçları nedeniyle meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılan ve bir daha yazılmamak üzere levhadan silinmesine karar verilen avukatın baro levhasına yeniden yazılma isteminin reddine ilişkin TBB Yönetim Kurulu kararı ile bu kararın onaylanmasına ilişkin Adalet Bakanlığı işlemini hukuka uygun bulmuştur. Bkz. D8D, 22.06.2000 Tarihli ve E. 1998/6818, K. 2000/4887 Sayılı Karar, www.kazanci.com (E.T. 13.11.2018).

Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesine göre, "barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır."

B. Kamu Kurumu Niteliğinde Meslek Kuruluşları

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Anayasa'nın 135. maddesinde belirtildiği üzere kamu tüzelkişiliğine sahiptir. Buna göre meslek kuruluşları, Türk İdare Teşkilatı içinde yer alan kamu idareleri olmaları nedeniyle sivil toplum kuruluşu olarak nitelendirilemez³⁵. Meslek kuruluşlarının temsil ettikleri mesleklerin sürekli, kesintisiz, tarafsız ve etik kurallara uygun bir şekilde yerine getirilmesi için kanunların ve diğer düzenlemelerin kendilerine tanıdığı özelliikle gözetim ve denetim ile mesleği temsil etme görevleri bulunmaktadır³⁶.

ULUSOY, *Atipik Özerk İdareler* başlığı altında kamusal nitelikli meslek örgütleri olarak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını incelemektedir. ULUSOY, bunlara kamu tüzel kişiliği tanınmasına gerek olmadığı kanaatindedir. Çünkü bir kişi topluluğuna kamu tüzel kişiliği tanınmasındaki amaç ona gerektiğinde kamusal yetkiler kullanma imkânı ve kamu adına hareket etme kabiliyeti vermektedir. Hâlbuki meslek kuruluşlarının varlık amaçları ve gerçekleştirdikleri faaliyet kamu tüzel kişiliğine sahip olmalarını gerektirmemektedir. Fransa ve dünya uygulaması da bu yöndedir. İdare hukuku açısından kamu tüzel kişilerine ilişkin hukuki sorunlar ise³⁷

- Meslek ilkelerine aykırı davrandıkları için mensuplarına disiplin cezası verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı,

- Bu konuda açık yetkileri bulunmasa bile mensuplarının verdikleri hizmetlere yönelik asgari ücret tarifesi belirleme yetkilerinin bulunup bulunmadığı,

³⁵ YAŞAR, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 659.

³⁶ AKGÜNER Tayfun, "Meslek Kuruluşları ve Ekonomik Kamu Düzeni", *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı Aralık 2014, Cilt1: 265–281, s. 280.

³⁷ ULUSOY, Ali D., *Türk İdare Hukuku: Genel Esaslar ve İdari Teşkilat*, Cilt: I, Yetkin, Ankara, 2017, s. 262-264.

- Üyelerinin mesleki faaliyetlerini teknik uzmanlık denetimine tabi tutma veya mensuplarının mesleki faaliyetlerine onay verme yetkisine sahip olup olmadıklarıdır.

Mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'na göre baroların, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olduğu kabul edilmişti. Bu niteliği gereği barolar özel meslek derneklerinden farklı olarak kanunla kurulmakta, mesleği ifa için baroya üye olmak ve aidat vermek mecburiyeti bulunmakta ve organların üyeler üzerinde kamu hukukundan doğan birtakım yetkileri bulunmaktaydı³⁸. Baroların işlevi, avukatlık mesleğinin vakar ve haysiyetini korumak, mesleğin adalet amacına uygun bir şekilde ifa edilmesini sağlamak ve bunun için gerekli disiplin önlemlerini almak ve avukatların birbirleri ve müvekkileri ile çıkabilecek ihtilafları gidermek olarak ifade edilmiştir³⁹.

Anayasasının 135. Maddesine göre barolar birliği ve barolar üzerinde devletin idari ve mali denetim yetkisi bulunmaktadır. Merkezi idarenin kamu kurumları üzerindeki denetim yetkisinin mahiyeti doktrinde tartışmalıdır. Bu denetim yetkisi ile ilgili Anayasa'da veya diğer mevzuatta bir belirleme yapılmamıştır. Fakat yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet yetkisinin usulüne tabi kılındığı ve idari vesayet araçları ile kullanıldığı için merkezi idarenin kamu kurumları üzerindeki denetim yetkisi de idare vesayet olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Kamu kurumlarından daha özerk nitelikte olan yerel yönetimler için geçerli olan idari vesayet evleviyetle kamu kurumların içinde kabul edilmesi gerektiği; idarenin bütünlüğü ilkesinin de kamu kurumları üzerinde idari vesayeti gerektirdiği ifade edilmektedir⁴¹. Diğer taraftan Anayasa'da merkezi idare ile kamu kurumları arasındaki ilişki idari vesayet olarak adlandırılmadığından merkezi idare ile bu kamu kurumları arasındaki ilişkiyi başka bir kavramla ifade etmenin mümkün olduğu ifade edilmiştir⁴². Merkezi idarenin barolar ve barolar birliği üzerinde idari ve mali denetimi bulunmakta, aralarındaki ilişkinin idari vesayet oluşuna dair Anayasada ve kanunda bir ifade bulunmamaktadır. Barolarla barolar birliği arasındaki ilişki de idari vesayet olmayıp "*dış idari denetim*" olarak adlandırılmaktadır⁴³.

³⁸ ONAR, Cilt II, s. 910.

³⁹ ONAR, Cilt II, s. 910.

⁴⁰ AKYILMAZ et al, s. 170.

⁴¹ ÇAĞLAYAN, s. 124; GÖZLER/KAPLAN, s. 120-121.

⁴² YILDIRIM et al, s.30.

⁴³ ÖZAY, s. 174.

C. Mesleğe Kabul

Avukatların mesleğe kabulü barolar tarafından yapılmaktadır. Mesleğe kabulde temel konu, yeterlilik olmalıdır. Gerek mesleğe kabul gerek sonrasında mesleğin icrasında avukatın yeterliliğini ölçmenin yolu sınavdır⁴⁴. Meslek örgütü, mesleğin toplum içindeki itibarını ve saygınlığını korumakla görevli olduğuna göre, o mesleğin olmazsa olmazı kabul edilen teknik bilgileri ölçmek üzere sınav yapmak konusunda yetkili kabul edilmelidir. Ancak bu sınav, temel teknik bilgileri ölçmek için yapılan bir yeterlilik sınavı niteliğinde olmalı, mevcut meslek mensuplarını mesleğe yeni gireceklerin rekabetinden korumayı hedefleyen bir “*elme*” sınavı niteliğinde olmamalıdır. Bu çerçevede, TBB tarafından avukatlığa girişte temel hukuk bilgilerini ölçmek üzere bir sınav yapılması için yönetmelik çıkarılmak istenilmiş ancak böyle bir sınavın Avukatlık Kanunu’nda öngörülmemesinden dolayı bu yönetmelik Başbakanlık tarafından Resmî Gazete’de yayımlanmamıştır. Başbakanlığın ret kararı, idari yargı tarafından hukuka aykırı bulunmuş ancak sonrasında kanuni düzenleme ile TBB’nin avukatlığa girişte sınav yapmasına özel bir yasak getirilmiştir⁴⁵. Anayasa Mahkemesi, bu kanun maddesinin Anayasa’ya uygunluğunu değerlendirdiği kararında, avukatlığın önemi ve özelliği gereği bu mesleğe girişin belli şart ve sınırlandırmalara tabi tutulmasını hukuk devleti ve adil yargılanma hakkının gereği olduğuna karar vermiştir⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi, kararında avukatlık sınavının hukuki dayanağını avukatlığın kamu hizmeti olmasına değil, avukatlığın hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı açısından önemine dayandırmıştır. Mahkeme, avukatlığın kamu hizmeti olması nedeniyle avukat olabilmek için bu kamu hizmetini yerine getirebilecek yeterliliğe sahip olmak gerekir şeklinde bir gerekçe oluşturmamıştır. Burada Mahkeme, bir kamu hizmeti tartışması içine girmeyip kararını hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkına dayandırmıştır.

⁴⁴ SAV, Atila, “Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1: 133-143, s. 143.

⁴⁵ ULUSOY, s. 268.

⁴⁶ Bkz. AYM, 15.10.2009 Tarihli ve E. 2007/16, K. 2009/147 Sayılı Karar, RG. 08.01.2010 27456, “Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan “bağımsız yargı”, yargının olmazsa olmaz koşulu olan “savunma” ile birlikte anlam kazanır. Savunma, “savunma-karar” üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.”

D. Değerlendirme

Baroların meslek derneği olmaktan çıkarılarak bir meslek kamu kurumu hâline getirilmesinin sebebi, avukatın yargı fonksiyonunun ifasında yargının diğer unsurlarına yardımcı olması, ferdin yanlış yollara girerek zarara uğramasının engellenmesi ve hakkını hukuk usul ve kurallarına göre savunarak elde etmesine yardımcı olması ile kolektif bir ihtiyacı karşılaması olarak ifade edilmektedir. Ayrıca ferdin yaptığı işlemlerin hukuki değerini ve hukuken geçerli olup olmadığı konusunda ferde yol göstererek yine bir kamu hizmeti yapmış olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Diğer taraftan özel kişiler tarafından özel kişilerin mal varlıklarıyla kurulan ve personeli açısından özel hukuka tabi olan bir tüzel kişinin bazı kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmasının onu kamu tüzel kişisi haline getirmeyeceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede karşılaştırmalı idare hukuku açısından özel hukuk tüzel kişisi olan meslek kuruluşlarının⁴⁸ kamu gücüne dayanarak icrai işlemler yapabileceği, bu işlemlerin idare hukukuna tabi olacağı, bu işlemlerden çıkabilecek ihtilafların da idari yargıda çözüleceği belirtilmektedir. Meslek kuruluşları, belirli bir mesleğe mensup kişilerin bu mesleğe mensup olmalarından kaynaklanan yararları korumak için kurulmuştur. Dolayısıyla kamu yararına değil özel çıkarlara hizmet etmektedir. Bu nedenle bunların kamu tüzel kişisi olmaması gerekir. Ancak avukatlık ve hekimlik gibi bazı mesleklerin meslek ahlakı ve disiplin açısından düzenlenmesi ve denetlenmesi için bir otoriteye ihtiyaç vardır. Bu otorite, merkezi idare içinde veya bağımsız idari otorite olarak teşkilatlandırılabilir⁴⁹.

Barolar, avukatın meslek örgütü olarak kamu tüzel kişiliğini haizdir. Meslek kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olarak Anayasada düzenlemiştir ve Türk idari teşkilatı içinde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları içinde kamu idareleri ve kamu kurumları dışında ayrı bir kategori olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında meslek kuruluşlarının idari teşkilat içindeki yerini belirlerken

⁴⁷ ONAR, Cilt II, s. 907.

⁴⁸ Fransız hukukunda gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında meslek kuruluşlarının kamu hizmeti sunmalarına ve kamu gücüne dayanarak gerçekleştirdikleri işlemlerin yargısal denetiminin idari yargıda yapılmasına rağmen bunların kamu kurumu niteliğinde olmadığı, özel hukuk tüzel kişisi olduğunun kabul edildiği ifade edilmektedir, Bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 7, 373-398, s. 380.

⁴⁹ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt: I, Ekin, Bursa, 2009, s. 611.

bunların yerinden yönetim idareleri içinde kamu idareleri ve kamu kurumlarının dışında ayrı bir kategoriye oluşturduklarına karar vermiştir⁵⁰.

SONUÇ

Avukatlık mesleğinin hak arama hürriyeti ve savunma hakkının kullanılması açısından arz ettiği önem ve adalet dağıtımını hizmetinin ifasına katılması bu mesleğin icrasında kamu yararı olduğunu göstermektedir. Buna göre, avukatlığın kamu hizmeti açısından maddi kıstası sağladığını kabul etmek gerekir. Diğer taraftan avukatların mesleklerini kamu kurumu niteliğindeki baroların gözetim ve denetimi altında yerine getirmelerinin organik şartı karşılığında ifade edilmektedir⁵¹. Ancak avukatlık özel kişiler tarafından yerine getirilen bir faaliyettir⁵² ve bu faaliyet, idareye görev olarak verilmemiştir. Yani faaliyetin asli sorumlusu ve yükümlüsü, idare değildir. Avukatın meslek örgütü olan barolar kamu tüzelkişiliğini haiz ise de baroların avukat üstündeki denetiminin mesleğin etik kurallara uygun olarak yerine getirilip getirilmediğine dair bir disiplin denetimidir. Bu nedenle avukatlık teknik olarak kamu hizmeti değildir.

Avukatlık Kanunu'nda, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu belirtilmektedir. Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinde kanun koyucunun belirlemesinin kurucu rolü olduğu kabul edilmekle birlikte; diğer niteliklerin de aranması gerektiği ifade edilmektedir. Her ne kadar kanunda avukatlık, kamu hizmeti olarak ifade edilmişse de özel kişilerin kurduğu ve yürüttüğü faaliyetler ilke olarak özel faaliyetlerdir. Bu karinenin aksinin ispatı, organik kıstas kullanılarak ortaya konulabilir. Özel bir kişinin gerçekleştirdiği faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için, idare ile sıkı bir bağlantısının bulunması ve bağlantının kolluk denetimini aşan bir nitelikte

⁵⁰ Bkz. AYM, 22.06.2016 Tarihli ve E. 2015/106, K. 2016/128 Sayılı Karar, R.G. 23.9.2016 – 29836, “Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasamızda kamu kurumu niteliğinde birer kamu tüzelkişisi olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla, idari teşkilat bütünü içerisinde kamu idareleri, kamu kurumları yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriye oluşturmaktadırlar. İdari teşkilat bütünü içerisinde yer alan her türlü kurum ve idareler, ayırım yapılmaksızın şu veya bu şekilde değişik etkinlikte Devletin gözetim ve denetimine tabidirler.”

⁵¹ ASLAN, Ali Çetin, **Avukatlık Hukukunda Reklam Yasağı**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013, s. 66.

⁵² Özel kişiler tarafından yerine getirilmesi karine olarak özel faaliyet olduğu anlamına gelmektedir.

olması gerekir. Bu bağlantı, özel kişilerin gördüğü kamu hizmeti ile özel faaliyeti ayırmayı sağlamaktadır. Kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma, bir faaliyetin kamu hizmeti olmasının nedeni değil, sonucudur. Dolayısıyla kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanma, bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin şartlarından biri değildir⁵³.

Yukarıda da belirtildiği gibi, kanun koyucunun iradesinin bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinde kurucu rolü olmakla birlikte; diğer şartların, özellikle de organik şartın sağlanması gerekmektedir. Buna göre, kanun koyucunun kamu hizmeti olarak nitelendirdiği bir faaliyet, diğer şartları sağlamıyorsa kamu hizmeti olarak kabul edilmeyecektir. Avukatlık da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kanun koyucu tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilse de avukatlık, kamu hizmetine ilişkin diğer şartları sağlamadığından kamu hizmeti olarak kabul edilmeyecektir⁵⁴. Avukat, özen yükümlülüğü, reklam yasağı, aracı ile iş kabul etme yasağı gibi mesleğin etik ilkelere uygun yapılması için bazı yükümlülüklerle tabidir. Aynı zamanda savunma ve hukuki yardım görevinin gereği gibi yapılabilmesi için, diğer mesleklerin sahip olmadığı bazı ayrıcalıklara sahiptir. Kamusal rejim, kamu hukuku rejimi kamu gücüne dayalı bir rejim olmakla sadece hak ve ayrıcalıkları değil, aynı zamanda belirli yükümlülükleri de ifade etmektedir. Bu anlamda avukatlığın belirli ölçüde kamusal rejime tabi olduğunda kuşku yoktur. Ancak teknik olarak kamu hizmeti olmayan, bir serbest meslek olan avukatlık için getirilen yükümlülükler ve tanınan ayrıcalıklar avukatlığın gereği gibi yapılmasını sağlamaya yönelik olduğundan bu amacı sağlamaya hizmet ettiği ölçüde hukuka uygun olacaktır. Bu amacın ötesine geçen yükümlülükler hukuka aykırı olacaktır.

Kamu hizmeti, sadece kamu hukukuna tabi değildir. Özellikle ticari ve iktisadi kamu hizmetleri nazarı itibara alındığında özel hukuk hükümleri de uygulanmaktadır. Yani karma bir rejimden söz etmek mümkündür. Mesleğin serbest meslek niteliğine zarar veren veya bu niteliği ortadan kaldıran kamu hukuku yükümlülükleri hukuka aykırı olacaktır⁵⁵.

Avukatın yargının kurucu unsuru olarak yaptığı işte kamu yararı bulunmaktadır. Bu nedenle avukatlık maddi anlamda bir kamu hizmetidir. Buna rağmen avukatlığın, yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle idare

⁵³ GÖZLER / KAPLAN, s. 478.

⁵⁴ GÜLAN, s. 153.

⁵⁵ DURAN, s. 306–307, 308; KARAHANOGULLARI, s. 187.

hukuku açısından kamu hizmeti olarak kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak savunma hakkı ve hak arama hürriyetinin kullanılabilmesindeki önemi nedeniyle yaptığı işte kamu yararı olduğu ve deontolojik açıdan mesleği belirli kurallara bağlama gereği bulunduğu için, avukatlara kamusal yükümlülükler getirilmiş, kamusal hak ve yetkiler tanınmıştır. Özel faaliyetler açısından asıl olan serbestlik olduğundan bu yükümlülüklerin avukatlığın kamu yararı için gerçekleştirilmesi amacını sağlamanın ötesine geçerek serbest meslek niteliğini ortadan kaldıracak nitelikte olmaması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- ADAY, Nejat, **Avukatlık Hukukunun Genel Esasları**, Beta, İstanbul, 1997.
- AKGÜNER Tayfun, "Meslek Kuruluşları ve Ekonomik Kamu Düzeni", *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı Aralık 2014, Cilt 1: 265–281.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNLER, Murat, KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ASLAN, Ali Çetin, Avukatlık Hukukunda Reklam Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2013.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kistasları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 7, 373-398.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- DERBİL, Süheyp. Kamu Hizmeti Nedir?, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3: 28-36.
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 2018.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Cilt I**, Ekin, Bursa, 2009.
- GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 1988, Cilt 9, Sayı 1-3: 147-159.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜNER, Semih, **Avukatlık Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- GÜRLER, Cemalettin, **Avukatlık ve Noterlik Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2013.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti: (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KARSLI, Mehmet Rauf, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt: II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZAY, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- SAV, Atila, "Savunma Mesleği Bir Kamu Hizmetidir", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, Sayı 1: 133-143.
- SUNGURTEKİN, Meral, **Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri**, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 1999.
- ŞAHİN, Cenk, **Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" (ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

- TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1991, 8, 233-252.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku: İdarenin Kuruluşu, Faaliyet Türleri, İşlemleri, Sorumluluğu, Kamu Görevlileri, Kamu Malları, Yargısal Denetim**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ULUSOY, Ali D., **Türk İdare Hukuku: Genel Esaslar ve İdari Teşkilat**, Cilt: I, Yetkin, Ankara, 2017.
- YAŞAR, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta, İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, Turan et al, **İdare Hukuku**, On iki levha, İstanbul, 2018.
- YILMAZ, Dilşat, “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XII, Yıl 2008, Sayı 1-2.
- ZOLLER, Elisabeth, **Introduction to Public Law: A Comparative Study**, Brill, 2008.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/avkanunundayapilacakdegisiklikler.pdf>
- <https://www.kanunum.com/>
- <https://www.kazanci.com.tr/>
- <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

EMLAK VERGİSİ ÖZELİNDE VERGİ GÜVENLİK ÖNLEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Taha Emre ÇİFTÇİ**
Prof. Dr. İbrahim ORGAN***

EVALUATION OF TAX SAFETY PRECAUTIONS IN PROPERTY TAX SPECIAL

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Çiftçi, Taha Emre / Organ, İbrahim: Emlak Vergisi Özelinde Vergi Güvenlik Önlemlerinin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 79-105.

APA: ÇİFTÇİ, T. / ORGAN, İ. (2019). Emlak Vergisi Özelinde Vergi Güvenlik Önlemlerinin Değerlendirilmesi Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 79-105.
DOI:10.15337/suhfd.545160.

** **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 21.02.2019

Kabul Edildiği Tarih: 28.02.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545160>

** Necmettin Erbakan Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Fakültesi Muhasebe ve Finans Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: tciftci@erbakan.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-6548-9017](https://orcid.org/0000-0002-6548-9017)

*** Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: iorgan@pau.edu.tr

ORCID ID: [0000-0003-4986-0805](https://orcid.org/0000-0003-4986-0805)

ÖZ

Vergilemenin öncelikli amacı kamu hizmetlerinin finansmanını sağlamaktır. Vergilemenin kamu harcamalarında finans olma özelliği, mali amacı ortaya çıkarmıştır. Vergilemenin mali amacına ek olarak sosyal devlet anlayışı ile birlikte ortaya çıkan sosyal ve ekonomik amaç vergilemeye farklı görevler yüklenmesine neden olmuştur. Vergilemenin bu görevleri yerine getirebilmesi için vergi alacağının korunması büyük önem taşımaktadır. Vergi alacağının korunması kapsamında yasa koyucu tarafından oluşturulan vergi güvenlik önlemleri gerek Vergi Usul Kanunu'nda gerekse de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'unda düzenlenmiştir. Ayrıca Türk vergi sistemi içinde yer alan vergi türlerine ilişkin olarak kendi kanunlarında özel vergi güvenlik önlemleri için hükümler mevcuttur.

Türkiye'de emlak vergisi yerel idarelerin gelirleri içinde yer alan bir servet vergisi türüdür. Emlak vergisi gelirleri yerel hizmetlerin karşılanması amacıyla gayrimenkullerin vergi değeri üzerinden tahsil edilir. Emlak vergisi alacaklarını korumaya yönelik olarak Emlak Vergisi Kanunu'nda özel güvenlik önlemleri düzenlenmiştir. Bu çalışma, emlak vergisi özelinde düzenlenen vergi güvenlik önlemlerine ilişkin hükümleri incelemektedir.

ANAHTAR KELİMELE: Vergi Alacağı, Vergi Güvenlik Önlemleri, Genel Vergi Güvenlik Önlemleri, Özel Vergi Güvenlik Önlemleri, Emlak Vergisi.

ABSTRACT

The primary objective of taxation is to finance public services. The financial aspect of taxation in public expenditures has revealed the financial purpose. In addition to the financial purpose of the taxation, the social and economic purpose that emerged with the understanding of the social state caused different duties to taxation. In order for taxation to fulfill these duties, it is of utmost importance to maintain the tax receivable. The tax security measures established by the legislator within the scope of the protection of the tax receivable are regulated in the Tax Procedure Law and the Law on the Collection Procedures of Public Receivables. In addition, there are provisions for special tax security measures in their laws regarding tax types within the Turkish tax system.

Real estate tax in Turkey is a kind of wealth tax included in the income of local governments. Real estate tax income is collected on the tax value of real estates in order to meet local services. In order to protect the real estate

tax receivables, private tax security measures were regulated in the Real Estate Tax Law. This study examines the provisions on tax security measures in the form of real estate tax.

KEYWORDS: *Tax Claim, Tax Safety Measures, General Tax Safety Measures, Private Tax Security Measures, Real Estate tax.*

1. GİRİŞ

Devletlerin kamu hizmetlerinin finansmanında en önemli kaynak konumunda vergi gelirleri yer almaktadır. Devletler tam kamusal mal niteliğindeki zorunlu ihtiyaçları genellikle vergi gelirleri ile karşılamaktadır. Ayrıca, devletler vergileme yoluyla ekonomik ve sosyal amaçlarını da gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Devletlerin vergi alacaklarının tahsilatında ortaya çıkabilecek aksamalar, kamu gelirlerinin azalması ile birlikte mali, ekonomik ve sosyal amaçların karşılanmasında sorunlara yol açabilmektedir.

Devletin vergi alacağının doğumu ile birlikte vergilendirme ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Vergilendirme ilişkisi bir süreç içerisinde vergi alacağının doğumundan tahsilatına kadar devam etmektedir. Vergilendirme sürecine ilişkin olarak yasa koyucu, karşılıklı olarak vergi ilişkisi taraflarına kanunlarla bazı yükümlülükler düzenlemiştir. Bu yükümlülüklerden biri de vergi güvenliğini sağlamaya yönelik olarak, vergi borcunun kanunun öngördüğü usul ve sürede mükellef tarafından ödenmesine ilişkindir. Ancak, vergi yükümlülükleri borçlarını çoğu zaman kanunda belirtilen usullere ve sürelerle uyarak doğru ve eksiksiz bir şekilde ödememektedirler. Bu durumda kamu alacaklısı kamu gücüne ve kendiliğinden harekete geçme yetkisi özelliği dolayısıyla alacağını tahsil etmeye çalışmaktadır¹. Diğer bir deyişle, kanunun öngördüğü şekilde hareket etmeyen mükellefe, yine yasa koyucu tarafından oluşturulan güvenlik önlemleri uygulanmaktadır². Yasa koyucunun amacı, devletin vergi alacağını güvence altına almak için tedbirler uygulayarak, vergi alacağının en kısa sürede ve kolay bir şekilde devletin kasasına girmesini sağlamaktır. Buna yönelik olarak ortaya çıkarılan vergi alacağını güvence altına

¹ Karakoç, Yusuf, "Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku", Vergi Sorunları Dergisi, S. 153, Haziran 2001, s. 116;121.

² Karadağ, C., Neslihan, "Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar", Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, s. 239.

alan genel ve özel vergi güvenlik önlemleri, çalışma konusu açısından önem arz etmektedir.

Genel vergi güvenlik önlemleri tüm vergi sistemini ilgilendiren ve mükelleflerin doğru ve eksiksiz bir şekilde yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlayan düzenlemelerdir³. Özel güvenlik önlemleri ise, Türk vergi sistemi içinde bulunan vergi türleri içinde yer alan düzenlemelerdir. Çalışmada özel güvenlik önlemleri kapsamında emlak vergisi özelinde yer alan düzenlemeler ele alınacaktır.

Emlak vergisi, Türkiye sınırları içinde bulunan gayrimenkuller üzerinden alınan bir servet vergisidir. Ödeme gücünün bir göstergesi olarak kabul edilen gayrimenkuller, vergi değerleri üzerinden emlak vergisine tabi tutulmaktadır. Emlak vergisinin tarh, tahakkuk ve tahsili belediyeler tarafından yapılmaktadır. Emlak vergisinde vergi güvenlik önlemleri kapsamında yasa koyucu tarafından Emlak Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiş kurallar bulunmaktadır. Ayrıca, genel vergi güvenlik önlemlerini içeren Vergi Usul Kanunu ve AATUHK hükümlerinin emlak vergisi için de kullanılabileceğine yönelik Emlak Vergisi Kanunu'nda açıkça belirtilmiş hüküm bulunmaktadır.

Çalışmada ilk olarak vergi alacağı kavramı ve vergi alacağının önemi üzerinde durulacaktır. Emlak vergisi gelirleri yerel idare gelirleri arasında yer aldığı için yerel idarelerde vergi alacağı kavramına da değinilecektir. Ayrıca, yasa koyucu tarafından ortaya çıkarılmış olan vergi güvenlik önlemleri açıklanacaktır. Son olarak çalışmada, emlak vergisi özelinde vergi güvenlik önlemlerine yer verilecektir.

2. VERGİ ALACAĞI KAVRAMI

Ekonomi, iki temel yapı taşı olan özel ve kamu ekonomisini içinde barındırmaktadır. Ekonomide özel malların üretimi için finansmanı genellikle fiyatlandırma yoluyla sağlanmaktayken, kamu ekonomisinde üretilen kamusal ve yarı kamusal malların üretiminde finansman genellikle vergileme yoluyla karşılanmaktadır⁴. Devlet vergileme yoluyla hizmet üretiminin finansmanı için vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükleri kamu gücüne dayalı olarak

³ Şanver, Cahit/Oktar, S., Ateş, "Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Vergi Güvenlik Önlemleri ve Mükelleflerin Ba-Bs Bildirimlerine Bakışı Araştırması", Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, Y. 1, C. 1, S. 3, 2013, s. 4.

⁴ Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara, Mart 2010, s. 1.

tek taraflı irade ile salınmalarını, gerektiğinde zorla alınmalarını ve bir yasa ile konulmalarını sağlamalıdır⁵. Bu şekilde kamu hukukundan doğan kamu gelirleri tahakkuk aşamasından sonra tahsil aşamasına gelerek kamu alacağı niteliği kazanmaktadır⁶.

Devletin vergi ve benzeri mali yükümlülükler koyma yetkisi, sınırları içindeki egemenliğine dayalı olarak ortaya çıkan hukuki ve fiili gücünden kaynaklanmaktadır. Devlet kamu hizmetlerinin görülebilmesi amacıyla ihtiyaç duyduğu mali kaynakları vergilendirme yetkisini kullanarak karşılamaktadır⁷. Türkiye’de vergilendirme yetkisi Anayasa’dan alınan yetki ile kanunlar yoluyla gerçekleştirilmektedir. Türkiye’de Anayasa 73. madde 3. fıkrasında vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin yasalar tarafından konulur, değiştirilir ve kaldırılır hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, vergi alacağının yalnızca kanun koyucunun belirlediği vergisel olaylara ilişkin alınabileceğini belirtmektedir. Vergi kanunlarında bulunmayan herhangi bir vergisel olay için devletin vergi alacağı ortaya çıkamaz. Bununla birlikte sadece vergi kanunlarında bulunan vergisel olay, vergi alacağının doğumu için de yeterli değildir. Vergi kanunlarında yer alan vergi alacağına ilişkin hükme ek olarak bütçe kanununun da bu vergi alacağının toplanmasına izin vermesi gereklidir. Buradan sonuçla vergi alacağının ortaya çıkabilmesi için, vergi kanunlarındaki bir vergisel olayın bulunması, bu vergisel olayı gerçekleştiren mükellefin varlığı ve bu vergi alacağının bütçe kanunlarında yer alması gerekmektedir.

Devletin bütçesinde yer alan gelir kalemleri yalnızca vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden ibaret değildir. Devletin 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamı dışında kalan ve akitten doğan “borçlanma” gibi sürekliliği olmayan olağanüstü gelirleri de vardır. Ayrıca devletin özel hukuk tüzel kişisi gibi bazı malvarlığı hakları ve bu haklardan elde ettiği gelirleri de bulunmaktadır. Devletin bu şekilde elde

⁵ Uluatam, Özhan/Methibay, Yaşar, Vergi Hukuku, İmaj Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Ekim 2001, s. 15; Anayasa Mahkemesinin E. 1990/18, K. 1991/4 Sayılı Kararı, RG., 8.5.1991/20865.

⁶ Şener, Hasan, “6183 sayılı Kanunun Uygulama Sorunları ve Yapılan Son Değişiklikler”, Maliye Dergisi, S. 70, Temmuz- Ağustos 1984, s. 11-12; Gerçek, Adnan, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa, Ağustos-2015, s. 2.

⁷ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 33.

edebileceği kamu alacakları, devletin yüküm ya da borç ilişkisi sonucu idari işlemler neticesinde elde ettiği kamu gelirleridir⁸.

Devletin elde edebileceği kamu alacaklarından en önemli gelir kaynağı olarak vergilerin öneminin üzerinde durmak gerekmektedir. Vergi alınması devlet için Anayasal bir yetki ise, vergiyi doğuran olayı gerçekleştiren kişiler için de vergi borcunun ödenmesi Anayasal bir yükümlülüktür. Buradan sonuçla vergi alacağı kavramı açıklanacak olunursa, devletin egemenlik gücüne dayalı olarak kamu harcamaları karşılamak üzere bireylerden zorunlu ve karşılıksız olarak aldığı para şeklinde açıklanabilmektedir⁹.

3. VERGİ ALACAĞININ ÖNEMİ

1929 Dünya Ekonomik Buhranı ile birlikte ortaya çıkan Keynesyen görüş, sosyal devlet anlayışının kapsamında devletlerin gelir ihtiyacının artmasına neden olmuştur. Bu gelişme ile devletler mali amacın yanı sıra ekonomik ve sosyal amacı gerçekleştirmeye yönelik hizmetler sunmaya başlamışlardır. Devletlerin gerçekleştirilen bu hizmetler çerçevesinde görevleri de artmış ve bunun neticesinde gelir ihtiyaçları ortaya çıkmıştır. Yetersiz kamu gelirleri neticesinde bütçe giderlerini karşılayamayan devletlerin borçlanmaya başvurması, ekonomik anlamda sorunların yaşanmasına neden olabilmektedir¹⁰. Bu nedenle devletlerin kamu alacağı; mali, sosyal ve ekonomik anlamda birçok etkileri olan bir maliye politikası aracıdır.

Devletlerin birçok gelir kaynakları bulunmaktadır. Ancak, devletlerin vergi alacağı, kamu alacakları için en önemli paya sahip olan gelir kaynağıdır¹¹. İlk şekli ile hediye gibi uygulanan ancak zaman içinde zorunlu ödeme aracına dönüşen vergilerin uygulanmasında da gelişmeler olmuştur. Kamu gelirlerinin %75-%90'ını oluşturan devletlerin vergi alacakları, zorunlu bir ödeme aracı olmaları, karşılıksız olarak, gerçek veya tüzel kişilerden para şeklinde alınmaları dolayısıyla diğer kamu alacaklarından ayrılırlar¹².

⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 159.

⁹ Mutluer, M., Kamil/Öner, Erdoğan, Mahalli İdareler Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Aralık-2009, s. 9.

¹⁰ Mutluer/Öner, s. 287.

¹¹ Gerçek, s. 3; Karadağ, s. 245.

¹² Akdoğan, Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Gazi Kitapevi, 12. Baskı, Ankara-2007, s. 101.

Devletin vergi alacağına ortaya çıkması ile birlikte vergilendirme ilişkisi de başlamaktadır. Vergilendirme ilişkisinde genellikle iki taraftan söz edilmektedir. Bir tarafta vergi alacağını ödemekle yükümlü olan kişiler yer almaktadır. Bu kişiler kamu borçlusu olarak nitelendirilmekle birlikte vergi yükümlüleri tahsil işlemlerinin muhatabıdır. Diğer tarafta ise kamu alacaklısı olan devlet yer almaktadır. Kamu alacaklısı, vergi alacağını yetkili organları ile tahsil işlemini yürütmektedir. Kamu alacaklısının vergi alacağını tahsil işleminde yetkili organı vergi daireleridir. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 5. maddesi kamu alacağına tahsilatını, alacaklı kamu idaresinin yerel tahsil dairesince yapılacağını belirtmektedir. Bu madde hükmüne göre, yetkili vergi dairesi de alacaklı kamu idaresini yerel dairesi olmaktadır. Aynı kanunun 3. maddesi gereğince, il özel idareleri ve belediyelerin tahsil daireleri de bunların yetkili organlarını oluşturmaktadır¹³.

Vergilendirme ilişkisi bir süreç içinde vergi alacağına tahsilatına kadar devam etmektedir. Vergilendirme süreci içinde vergiyi doğuran olay ile başlayan ve tarh, tebliğ, tahakkuk, tahsil aşamalarında vergi kanunları tarafından hem idareye hem de mükellefe yönelik hak ve yükümlülükler belirlenmiştir. Vergi kanunun öngördüğü usul ve sürede mükellef tarafından ödenmektedir. Ancak, vergi borçluları borçlarını çoğu zaman kanunda belirtilen usullere ve sürelerle uyarak doğru ve eksiksiz bir şekilde ödememektedirler. Bu durumda kamu alacaklısı kamu gücüne ve kendiliğinden harekete geçme yetkisi özelliği dolayısıyla alacağını tahsil etmeye çalışmaktadır¹⁴. Diğer bir deyişle, kanunun öngördüğü şekilde hareket etmeyen mükellefe, yine yasa koyucu tarafından oluşturulan güvenlik önlemleri uygulanmaktadır¹⁵. Burada amaç devletin vergi alacağını güvence altına alınması gerektiren tedbirler uygulanarak, vergi alacağına en kısa sürede ve kolay bir şekilde devletin kasasına girmesini sağlamaktır. Buna yönelik olarak ortaya çıkarılan vergi alacağını güvence altına alan genel ve özel vergi güvenlik önlemleri çalışma konusu açısından önem arz etmektedir.

4. YEREL İDARELERDE VERGİ ALACĞININ ÖNEMİ

Devletlerin tam ve yarı kamusal mal ve hizmetlerinin üretimi ve sunumu yalnızca merkezi idare tarafından karşılanması rasyonel bir davranış olarak

¹³ Öncel/Kumrulu/Çağın, s. 161-162.

¹⁴ Karakoç, s. 116;121.

¹⁵ Karadağ, s. 239.

görülmemekle birlikte, ayrıca hukuki, siyasal ve ekonomik açıdan birtakım gereklere ve gerçeklere aykırı düşmektedir¹⁶. Devlet açısından hizmetlerin vatandaşlara en etkin ve verimli bir şekilde sunulabilecek kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir. Bunun için de yerel nitelikteki ihtiyaçların tespiti ve yürütülmesinde basitlik, ucuzluk, çabukluk gibi nedenlerden dolayı hizmetlerin yerel idareler tarafından yerine getirilmesi rasyonel bir karar olacaktır¹⁷. Bu kapsamda yerel idarelere bazı hizmetlerin karşılanması için görevler verilmektedir. Yerel idareler tarafından karşılanacak olan hizmetlerin finansmanı için gelir ihtiyacı da bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Yerel idareler gelir ihtiyaçlarını iki şekilde karşılayabilmektedirler. Bu kaynaklardan biri, merkezi idare tarafından yerel idarelere aktarılan kaynaklardır. Merkezi idare tarafından yerel idarelere kaynak aktarımında devletin bütçe gelirlerinin doğrudan etkisi vardır. Merkezi idare bütçe gelirlerinin düşük olması yerel idarelere aktarılan gelirlerin de düşük olmasına neden olabilmektedir. Yerel idareler açısından bu tür kaynakların hizmet üretiminin sürekliliği açısından bir dezavantaj oluşturduğu görülebilmektedir. Yerel idarelerin diğer bir gelir kaynağı ise, yerel idarelerin bizzat kendileri tarafından ortaya çıkarılan kaynaklardır¹⁸. Yerel idarelerin ortaya çıkarabildikleri gelir kaynaklarından en önemlilerinden bir vergi gelirleridir. Yerel idarelerin vergi gelirleri, bazen devletlerin vergileme yetkilerinin devri yoluyla gerçekleştirilirken bazen de yerel idarelere vergilerin tarh ve tahsil yetkilerinin verilmesi ile ortaya çıkabilmektedir.

Devletin vergi alacağı, sübjektif ve objektif vergiler şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Sübjektif vergiler, karakteri itibarıyla şahsi vergiler olarak bilinmektedir. Şahsi vergiler, verginin mükellefine göre yapılandırılan vergilerdir. Bu tür vergilerde, mükellef üzerine odalaştırılmaya çalışılan bir vergi alacağı söz konusudur. Objektif vergiler ise, daha çok aynı nitelikteki vergilerdir. Aynı vergiler, odak noktası olarak verginin konusu üzerine yapılandırılmaya çalışılan vergilerdir. Diğer bir deyişle aynı vergilerde vergi alacağı, verginin üzerinden alındığı nesneye göre yapılandırılmaya çalışılır. Devletin vergi alacağına yapılan bu ayırımda sübjektif nitelikteki vergilerin

¹⁶ Nadaroğlu, Halil, Mahalli İdareler Felsefesi, Ekonomisi, Uygulaması, Sermet Matbaası, İstanbul-1978, s. 22.

¹⁷ Tortop, Nuri/Aykaç, Burhan/Yayman, Hüseyin/Özer, M., Akif, Mahalli İdareler, Nobel Yayın, 3. Basım, Şubat-2014, s. 113.

¹⁸ Mutluer/Öner, s. 36-37.

merkezi idare ve objektif nitelikteki vergilerinde yerel idare vergileri olarak kabul edilmesi doğru bir ifade olarak görülse de devletlerin siyasi yapılanmaları ve mali, siyasi, ekonomik amaçları nedeniyle günümüzde farklı uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Devletler sübjektif ve objektif vergi ayırımının niteliklerine bakılmaksızın bazı vergilerin merkezi idare tarafından tarh ve tahsilinin yapılmasını zorunlu kılmıştır. Özellikle vergi hasılatının yüksek olduğu vergilerin tarh ve tahsilini, devletin zorunlu hizmetlerinin karşılanması amacıyla merkezi idare elinde tutmaktadır¹⁹. Ancak genel olarak bölgesel özellikleri ağır basan, verginin konusu yerel idare sınırları içinde kalan ve fayda ilkesini içinde barındıran vergiler yerel idare gelirleri arasında yer almaktadır²⁰.

Türkiye’de Anayasa’nın 127. maddesinde yerel idarelere ilişkin olarak, yerel idarelere görevleri ile orantılı gelir sağlanacağı hükmüne yer vermiştir. Yerel idare gelirin en önemli kaynağı, tarh ve tahsilinin kendilerine verilen vergi gelirlerinin olması gerekmektedir²¹. Ayrıca, sürekliliği olan ve kendi öz gelirlerini oluşturan vergi gelirleri, yerel idarelerin hizmet sunumu açısından oldukça önem arz etmektedir. Yerel idarelerin vergi alacağına doğru ve zamanında tahsili de hizmetlerin sağlanması açısından gerekli bir aşamadır. Bunun için yerel idarelerin vergi alacağına güvenlik önlemlerinin ilgili kanunlarda düzenlemesi gerekmektedir.

5. VERGİ ALACAĞINI GÜVENCE ALTINA ALAN ÖNLEMLER

Hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olan kamu mali yükümlülüklerinin kanuniliği ilkesi, sadece kamu alacağına tarh, tebliği ve tahakkuka ilişkin kanun yoluyla yapılan düzenlemeler değil kamu alacağına tahsili ile de ilgili olan bir ilkedir. Bu ilke kapsamında, kamu alacaklarının doğumu ile başlayan, ödenmesi ile sona eren süreç içerisinde kamu alacaklısı ve borçlusuna kanun yoluyla hak ve ödevler yüklenmektedir. Dolayısıyla mali yükümlülüklerinin kanuniliği ilkesi, kamu alacağına miktar olarak belirlenmesinden tahsil edilmesine kadar tüm aşamalarda ortaya çıkan kanuna aykırı işlemlere karşı kişilere ve devletin kamu alacağına bir güvence oluşturmaktadır²².

¹⁹ Mutluer/Öner, s. 38-39.

²⁰ Çetinkaya, Özhan, Mahalli İdareler Maliyesi, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Bursa-2011, s. 71.

²¹ Mutluer/Öner, s. 250.

²² Karakoç, s. 117.

Devletin vergi yetkisine bağlı olarak gerçekleştirilen vergilemenin temel amacı, optimal hasılatını sağlamaktır²³. Optimal hasılatı ulaşabilmek için yasa koyucunun gerekli olan şartları ve alt yapıyı sağlaması gerekmektedir. Mükelleflerin vergilendirme süreci içinde yasa koyucunun oluşturduğu ortam içinde vergi alacağının en kolay ve eksiksiz bir şekilde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda vergi güvenliği kavramı tanımlanacak olunursa, vergi gelirlerinin yasalarında öngörülen optimal hasılaya yaklaştırılmasının sağlanması şeklinde açıklanabilmektedir. Vergilendirme kapasitesi sınırları içinde veya yasalar çerçevesinde öngörülen vergi hasılatının optimale yaklaştırılması vergi güvenlik önlemleri ile mümkündür²⁴. Buradan sonuçla vergi güvenliğini sağlayabilmek için vergi kayıp ve kaçaklarını azaltmaya, gerçek matrah beyanı sağlamaya ve vergi rekabetini bozucu davranışları ortadan kaldırmaya yönelik yasa koyucu tarafından kuralların oluşturulması gerekmektedir²⁵.

Vergi alacağını güvence altına alan önlemler içinde, genel vergi güvenlik önlemleri ve özel vergi güvenlik önlemleri yer almaktadır. Genel vergi güvenlik önlemleri tüm vergi sistemini ilgilendiren ve mükelleflerin doğru ve eksiksiz bir şekilde yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlayan düzenlemelerdir²⁶. Ayrıca ödevlerini kanunlara uygun bir şekilde yerine getirmeyen mükellefler için de, devletin vergi alacağını en kolay ve kısa sürede tahsiline yönelik düzenlemeleri içinde barındıran kurallardır. Özel güvenlik önlemleri ise, Türk vergi sistemi içinde bulunan vergi türleri içinde yer alan düzenlemelerdir.

5.1. Genel Vergi Güvenlik Önlemleri

Devletin toplumsal ihtiyaçların karşılanmasında en önemli finans kaynağı vergi alacağı olması nedeniyle, bu kamu alacağının tahsilinde özel alacaklara nazaran imtiyazlı kurallar yasa koyucu tarafından oluşturulmuştur. Özel alacaklarda kişinin sadece miktar bakımından kesinleşmiş alacakları için

²³ Şanver/Oktar, s. 2.

²⁴ Öncel, Yenal, "Gelir Vergisinin Vergi Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 39. Seri, 2001, s. 39.

²⁵ Gümüş, Erhan/Bilge, Semih, "5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Vergi Güvenlik Müesseseleri ve Gereklilikleri" Vergi Sorunları Dergisi, 2006, S. 219; Yücel, Mehmet, Bir Vergi Güvenlik Müessesesi Olarak Emsal Kira Bedeli Uygulaması, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2015, s. 132.

²⁶ Şanver/Oktar, s. 4.

koruma önlemleri alınmaktayken, vergi alacaklarında ise tahakkuk etmemiş olsa bile bu alacakları da içine alan daha geniş güvenlik tedbirleri alınmıştır²⁷. Bunun nedenini kamu hukuku ve özel hukuk ayırımına bağlayabilmek mümkündür. Kamu hukukunda kamu yararı gözetilirken, özel hukukta kamu düzeni çerçevesinde kişisel haklar ve çıkarlar daha önceliklidir. Kamu hukukunda, kamu yararı söz konusu olduğu için devlet ile kişiler arasında eşitlikten söz etmek mümkün değilken, özel hukukta tarafların eşitliği söz konusudur. Dolayısıyla, kamu hukukunda kişi ve devlet arasındaki ilişkilerde devletin üstünlüğü ilkesi benimsenmektedir²⁸.

Devletin kamu alacaklarının önemi dolayısıyla kişiler için mali yükümlülükler ortaya çıkarılmıştır. Mali yükümlülüklerin kanunla konulması gerektiği Anayasal bir zorunluluktur. Mali yükümlülüklerin kanunla konulması neticesinde bu mali yükümlülüklerin doğumundan tahsiline kadar tüm süreçler yine kanunlar tarafından düzenlenmektedir. Mali yükümlülüklerin tahsili aşaması diğer tarh, tebliğ ve tahakkuk aşaması kadar oldukça önem arz eden bir süreçtir. Ayrıca, kanun ile konulmuş olan mali yükümlülüklerin tahsili aşamasında gerçekleştirilen eylem ve işlemlerin de hukuka uygun olması gerekmektedir. Çünkü bu aşamada ortaya çıkabilecek keyfilik de hukuki devlet ilkesini zedeleyebilmekte ve bu sebepten kamu alacaklarının tahsilinin kanunlarla düzenlenmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Yasa koyucu da kamu alacağının tahsil aşamasını Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile düzenlemesi için kurallar oluşturmuştur²⁹.

Devletin vergi alacağının ortadan kalkabilmesi, mükellef tarafından vergi borcunun ödenmesi yoluyla ya da mükellefin vergi borcunu ödememesi üzerine ortaya çıkan zorla tahsil yoluyla gerçekleştirilebilmektedir³⁰.

Cebren tahsil yöntemi, kamu alacaklısı tarafından kamu gücüne ve kendiliğinden harekete geçme yetkisine dayanarak ortaya çıkan bir müessesedir³¹. Çünkü kamu gücüne dayanarak konulan ve kamu hizmetlerinin finans kaynağını oluşturan vergi alacaklarının zamanında ödenmemesi

²⁷ Budak, Tamer/Benk, Serkan, "Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme", Business and Economics Research Journal, V. 2, N. 2, 2011, s. 62.

²⁸ Karakoç, s. 125.

²⁹ Karakoç, s. 117.

³⁰ Ay, Hakan/Baran, Tülay, "Kamu Alacaklarının Korunma Yöntemleri ve Bir Değerlendirme", Sosyo Ekonomi, January-June, 2014-1, s. 47-48.

³¹ Karakoç, s. 122.

durumunda devletin sunmak zorunda olduğu hizmetlerin zamanında ve gereği gibi gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle vergi alacaklarının daha kısa sürede ve etkin bir şekilde tahsil edilmesi önem arz etmektedir³².

Cebren tahsil yönteminde, teminatın paraya çevrilmesi, kefil gösterilmişse vergi alacağının kefil yoluyla takip edilmesi, vergi alacağına yetecek miktarda menkul ve gayrimenkul malların haczedilip paraya çevrilmesi ve iflasa tabi kuruluşların gerekli şartların sağlanması ile birlikte iflasının talebine kadar yollara başvurulabilmektedir³³.

Genel güvenlik önlemleri kapsamında buraya kadar açıklanan kısım vergi alacağının tahsiline yönelik hükümleri içermektedir. Genel güvenlik önlemleri kapsamında tahsil aşamasına ek olarak tarh aşamasının öncesi ve sonrasına ilişkin de genel vergi güvenlik önlemlerinden bahsetmek mümkündür. Özellikle Vergi Usul Kanunu'nda yer alan düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Vergi denetimi, genel vergi güvenlik önlemleri için önemli bir müessesedir. Vergi incelemesi yoluyla ortaya çıkarılabilecek matrah farklarının tespiti vergi alacağını korumaya yönelik bir düzenlemedir. Çağdaş vergi sistemlerinde vergi alacağının hesaplanmasında beyana dayalı vergilendirme söz konusudur. Vergi idaresi ilk olarak verilen beyanların doğru olduğunu kabul etmekte, ancak bu beyanların doğruluğunun tespitini ise, vergi incelemesi yoluyla sağlayabilmektedir. Beyan sisteminin yoğunlukla uygulandığı vergi sistemlerinde beyanın doğruluğunun araştırılması ve tespiti vergi idaresinin önemli görevlerinden biridir. Ayrıca, vergi denetim araçlarından yoklama, arama, bilgi toplama, izaha davet gibi müesseseler de vergi güvenliği kapsamında önemli rol üstlenmektedirler³⁴.

Vergi denetimi neticesinde ortaya çıkarılan ve vergi yükümlülüklerine uymayan mükelleflere uygulanan vergi kabahat ve suçlarına ilişkin cezalarda genel vergi güvenliği çerçevesinde ele alınabilir. Vergi cezalarının uygulanması vergi denetiminin etkinliğine bağlı olmakla birlikte, cezaların caydırıcılığı da vergi güvenliği açısından önem arz etmektedir³⁵.

³² Karakoç, s. 125.

³³ Ay/Baran, s. 47; Ay, Hakan/Alpaslan, Mustafa, "Kamu Alacaklarının Takibinde Yeni Tip Ödeme Emrine Karşı Vergi Davası Açılması ve Yürütmenin Durdurulması Problemleri", Vergi Dünyası Dergisi, S. 360, s. 165.

³⁴ Şanver/Oktar, s. 2.

³⁵ Öncel, s. 50.

Son olarak, vergi sorumluluğunun vergi alacağını güvence altına alan düzenlemeleri hem genel vergi hukuku hem de özel vergi hukukunda hükümleri yer almaktadır. Genel vergi güvenlik önlemleri açısından vergi sorumluluğunun genel vergi hukukuna ilişkin düzenlemelerini açıklamak gerekmektedir. Vergi yasaları bazı durumlarda vergi alacağının güvenliği bakımından asıl mükellefle birlikte veya mükellefin yerine üçüncü kişileri sorumlu tutmaktadır. Vergi hukukunda esas olan şahsi sorumluluktur. Her mükellef, kendi adına tarh ve tahakkuk ettirilen vergi borcundan sorumludur. Ancak, bazı durumlarda vergi borçlarından üçüncü kişiler de sorumlu tutulabilmektedir³⁶.

Vergi sorumluluğu için yasa koyucu tarafından vergi kanunlarında farklı sorumluluk türleri düzenlenmiştir. Vergi sorumluluğu kapsamında düzenlenen hükümlerden yola çıkılacak olunursa “vergi sorumlusu”, mükellef adına kesilen verginin vergi dairesine yatırılmasından sorumlu tutulan kişiyi, bazı hallerde vergi mükellefi ile birlikte veya onun yerine geçerek vergiyi kendi malvarlığından ödemek durumunda olan kişiyi, bazı hallerde ise vergileme ile ilgili ödevlerin doğru bir şekilde yerine getirilmesinden sorumlu tutulan kişi ifade edilmektedir³⁷. Bu tür vergi sorumluluğu, vergi alacağını güvence altına alabilmek amacıyla asıl mükellef ile birlikte veya onun yerine sorumluluk yüklenerek vergi kaybını ortadan kaldırmak için konulan düzenlemelerdir.

5.2. Özel Vergi Güvenlik Önlemleri

Türk vergi sistemi içinde yer alan ve her bir verginin içinde vergi alacağını güvence altına almaya çalışan hükümler özel vergi güvenlik önlemleri olarak değerlendirilebilmektedir. Vergi sisteminin etkinliği, vergilemenin mali, ekonomik ve sosyal amaçlarını yerine getirebilmesine ve bu sistemi oluşturan unsurlara bağlı olarak kendi güvenlik önlemlerini içermesine bağlıdır³⁸.

Çalışmanın konusu itibarıyla özel vergi güvenlik önlemleri kapsamında emlak vergisi özelinde bir değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Bu bölüm başlığı devamında Emlak Vergisi Kanunu içinde yer alan hükümlerden yola çıkarak bu kanun kapsamında yer alan güvenlik önlemlerine ilişkin incelemeler yer almaktadır.

³⁶ Öner, Erdoğan, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Şubat 2015, s. 59-60.

³⁷ Öner, s. 60.

³⁸ Şanver/Oktar, s. 3.

5.2.1. Özel Vergi Güvenlik Önlemlerinin Emlak Vergisi Kapsamında Değerlendirilmesi

Sanayileşme sürecinin başlamadığı dönemlerde taşınmazlar üzerinden alınan vergiler, özellikle vergi tekniği açısından kavranmasındaki kolaylık nedeniyle gelir ihtiyacı duyan devletler için oldukça önem arz etmekteydi. Ancak sanayileşme ile birlikte ortaya çıkan yeni gelir kaynakları nedeniyle taşınmazlar üzerinden alınan vergilerin önemini yitirdiği söylenebilmektedir³⁹.

Taşınmazların en eski vergi uygulamalarından olmasının birçok nedenleri vardır. Taşınmazlar, vergi idaresince kolayca saptanabilen bir vergi konusunu oluşturmaktadır. Servet unsurlarından biri olan taşınmazlar, ödeme gücünü en iyi yansıtan göstergelerden biri olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Ayrıca, taşınmazlar nedeniyle kamusal hizmetlerden yararlanması neticesinde ödenecek vergilerin bir karşılığı olarak görülmesi de verginin haklılığını gerekli kılan bir neden olarak gösterilebilmektedir⁴¹. Bu nedenle emlak vergisi, geçmişten günümüze kadar hemen her toplumda uygulamasının görüldüğü servet vergilerinden biridir⁴².

Servet üzerinden alınan vergilerden biri olan emlak vergisi toplumun büyük bir kısmını ilgilendirmekte ve bütün ülkelerde uygulama bakımından geçmişi fazla olan bir ödeme gücü göstergesidir. Emlak vergisi batılı ülkelerde ve Türkiye’de özellikle yerel idarelerin en önemli gelir kaynaklarından biri olmuştur⁴³.

Emlak vergisi birçok devletin yerel idarelere bırakmış olduğu gelir kaynaklarından biridir. Emlak vergisinin yerel idarelere bırakılmasında, verginin konusunun yerel sınırlar içinde olması ve emlak vergisine konu olan bina ve arazilerin yerel hizmetlerin neticesinde değerlerinin artması etkili olmaktadır⁴⁴.

Yerel idareler halka en yakın hizmet üretim birimleridir. Emlak vergisinin yerel idarelere bırakılması, yerel ihtiyaçlar için üretilen hizmetlerin karşılanması için istikrarlı gelir kaynaklarına sahip olunması bakımından

³⁹ Turhan, Salih, Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitapevi, İstanbul-1998, s. 182.

⁴⁰ Uluatam/Methibay, s. 361.

⁴¹ Turhan, s. 372.

⁴² Uluatam/Methibay, s. 361.

⁴³ Öner, Erdoğan, Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Şubat 2015, s. 289.

⁴⁴ Çetinkaya, s. 71.

önemlidir. Buna ek olarak yerel idareler sınırlı amaç ve imkanları nedeniyle, daha çok sürekliliği olan ve düzenli olarak gelir sağlayan vergi kaynaklarına ihtiyaç duyarlar⁴⁵.

Emlak vergisi, Türkiye sınırları içinde bulunan bina, arsa ve arazinin vergi değeri üzerinden alınan bir servet vergisidir. Emlak vergisi, Emlak Vergisi Kanunu'nda yer alan bina ve arazi vergisi adı altında düzenlenmiştir. Emlak vergisinin tarh, tahakkuk ve tahsili belediyeler tarafından yapılmaktadır. Emlak vergisi tarhiyatını gerçekleştirmek için belirlenen vergi değeri, belediyelerce kurulan takdir komisyonları tarafından tespit edilmektedir. Ayrıca emlak vergisinin tahsilatı, her yıl iki eşit taksitle mükelleflerden tahsil edilmektedir.

Emlak vergisinde vergi güvenlik önlemleri kapsamında yasa koyucu tarafından Emlak Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiş kurallar bulunmaktadır. Ayrıca, genel vergi güvenlik önlemlerini içeren Vergi Usul Kanunu ve AATUHK hükümlerinin de emlak vergisi için de kullanılabileceği Emlak Vergisi Kanunu'nun 37. maddesinde hükümlendirilmiştir.

Emlak vergisi özelinde vergi güvenlik önlemleri ile ilgili olarak kanunda yer alan hükümlerden yola çıkarak değerlendirme yapılabilmektedir. Bu değerlendirmeler, çalışmanın amacı açısından alt başlıklar halinde ele alınacaktır.

5.2.1.1. Emlak vergisi mükelleflerinin bildirim yükümlülüğü

2002 yılında 4751 sayılı Kanunla, bina ve arazi için mükelleflerin beyanname verme uygulamasına son verilmiş, bu uygulamanın yerine vergi değiştiren hallerin meydana gelmesi halinde, vergi miktarının hesaplanmasına teşkil edecek bilgilerin mükelleflerce belediyeye bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir⁴⁶. Bu belgede vergi matrahına ilişkin bilginin yer almaması dolayısıyla beyan değil bildirim denilmektedir. Emlak vergisi bildiriminde; mükellefin şahsi bilgileri, ikametgah ve iş adresleri ile binaya ait adres, tapu ve vergilendirmeye (bina tipi, metrekare vb.) ilişkin bilgiler yer almaktadır⁴⁷.

Emlak vergisi mükellefleri tarafından verilmiş olan bildirimler, belediyeler tarafından muhafaza edilerek daha sonraki tarhiyatlarda dikkate alınır (EVK. Ek md. 2). Mükelleflerin emlak vergisine konu olan gayrimenkulleri

⁴⁵ Uluatam/Methibay, s. 362.

⁴⁶ Öner, Türk Vergi Sistemi, s. 291.

⁴⁷ Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan, Türk Vergi Sistemi, Ekin Kitabevi, Bursa-2018, s. 377.

ile ilgili bir daha bildirim yapma yükümlülükleri söz konusu değildir. Ancak, mükellefler tarafından vergilemeye konu olan gayrimenkullere ilişkin olarak aşağıdaki hallerin meydana gelmesi ile birlikte tekrar bildirim yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır (EVK. md. 33).

“Yeni bina inşa edilmesi (Mevcut binalara ilaveler yapılması veya asansör veya kalorifer tesisleri konulması yeni inşaat hükmündedir).

- *Bir binanın yanması, yıkılması suretiyle veya sair sebeplerle tamamen veya kısmen harabolması veya binada mevcut asansör veya kalorifer tesislerinin kısmen veya tamamen kaldırılması;*
- *Bir binanın kullanım tarzının tamamen değiştirilmesi veya bir binanın ikamete mahsus mahallerinden bir kısmının dükkan, mağaza, depo gibi ticaret ve sanat icrasına mahsus mahaller haline kalbedilmesi, (Bu hükmün uygulanmasında bir apartmanın her dairesi bir bina sayılır ve tadil sebebi, yalnız kullanım tarzı tamamen veya kısmen değiştirilen daire için geçerli olur).*
- *Arazinin hal ve heyetinde değişik olması;*
- *Arazinin fidanlandırılması veya ağaçlandırılması, bağ haline getirilmesi;*
- *Fidanlı, ağaçlı veya kütüklü bir arazinin tarla haline getirilmesi veya gelmesi;*
- *Tarım yapılan bir arazinin tabii bir afet veya arıza sebebiyle veya sair sebepler yüzünden tarıma elverişsiz hale gelmesi;*
- *Tarım yapılmıyan bir arazinin tarıma elverişli hale getirilmesi;*
- *Arazinin parsellenmek suretiyle arsalar haline getirilmesi;*
- *Bir binanın mütemmimi durumunda olan arazinin mütemmimlik durumundan çıkması veya bir arazi ve arsanın bina mütemmimi durumuna girmesi;*
- *Bir bina veya arazinin taksim veya ifraz edilmesi veya mükellefinin değişmesi (Araziden bir kısmının istimlak edilmesi de ifraz hükmündedir).*
- *Müteaddit arazi ve arsaların tek bir arazi ve arsa haline getirilmesi veya müteaddit hisseler ayrılmış olan bir binanın bütün hisselerinin birleştirilmesi.”*

Yukarıda belirtilen hallerin gerçekleşmesi durumunda, mükellef tarafından bütçe yılı içinde bağlı olduğu belediyeye bildirimde bulunması gerekmektedir. Taşınmazda meydana gelen vergi değerini değiştiren haller bütçe yılının son üç ayı içinde meydana gelmişse, mükellef tarafından bildirim olayın meydana geldiği tarihten itibaren üç ay içinde verilir. Mükellefler

tarafından bildirim verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde vergi idarece tarh edilmektedir (EVK. m. 32).

Emlak vergisine konu olan taşınmazların vergi değerini değiştiren hallerin meydana gelmesi ile birlikte bildirim ödevinin mükellefler tarafından yerine getirilmesi vergi alacağını güvence altına alan önlemlerden biridir. Belediyeler her bir taşınmazın vergi değerini değiştiren halleri takip ve tespit etmesi oldukça zor bir durumdur. Bu sebepten dolayı bu bildirim ödevinin mükellefe verilmesi ve bu ödevi zamanında yerine getirmeyen mükellefe yaptırımlar uygulanması vergi alacağını güvence altına alan bir tedbir hükmüdür.

5.2.1.2. Emlak vergisinde zamanaşımı müessesesi

Zamanaşımı, ödeme dışında vergi borcunu ortadan kaldıran bir nedendir. Vergi Usul Kanunu 113. madde gereğince zamanaşımı kavramı, kanunda belirtilen sürenin geçmesi suretiyle vergi alacağının ortadan kalkması şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca yine aynı madde kapsamında zamanaşımı için, mükellefin bu hususta müracaatına bakılmaksızın hüküm ifade edeceğini belirtmektedir. Zamanaşımı süresinin geçmesi iki vergisel sonuç doğurur. Birincisi verginin borçlusunu olan mükellef açısından hak kazanma yolunu ortaya çıkartır. Bu durumda mükellef için zamanaşımı süresinin geçmesi ile vergi borcu ortadan kalkar. Diğeri ise, vergi alacaklısı idare bakımından vergi alacağını ortadan kaldıran bir sebebin doğmasına neden olur. Buradan sonuçla, kanunda yazılı sürelerin geçmesi neticesinde hak kazandırıcı zamanaşımı olgusu ve hak düşürücü zamanaşımı olgusu belirir⁴⁸.

Vergi hukukunda zamanaşımı müessesesinin amacı vergi alacaklısı idarenin cezalandırılması değil, kamu yararadır. Zamanaşımı ile birlikte vergiden doğan hukuki ilişkinin uzun süreler boyunca askıda kalması önlenmiş olur. Vergi idaresi de zamanaşımı süreleri içinde vergi alacağını izleme bakımından daha dikkatli olma zorunluluğu duyar. Zamanaşımı müessesesinin vergilendirme işlemlerine bu gibi faydaları olmakla birlikte, vergi borcunu düzenli bir şekilde ödeyen mükellefler aleyhine adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı bir işlem olduğu da söylenebilmektedir. Ayrıca mükellefleri vergi kaçırmaya yönlendirip idarenin vergi alacağında kayıplar yaşanmasına neden olabilir⁴⁹.

⁴⁸ Öner, Vergi Hukuku, s. 106.

⁴⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 132.

Zamanaşımı müessesesi için Emlak Vergisi Kanunu'nda özel düzenleme mevcuttur. Emlak Vergisi Kanunu 40. maddesinde özellikle vergi alacağını güvence altına alabilmek amacıyla tahakkuk zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin özel hüküm söz konusudur. Bu madde, bildirim dışı kalan bina ve arazinin zamanaşımı süresi bakımından, bu bina ve arazinin bildirim dışı bırakıldığının idarece öğrenildiği tarihi takip eden yılın başından itibaren başlamasını öngörmüştür. Bu durumda, emlak vergisi için belediyelerin taşınmazlarla ilgili bilgi sahibi olmasının haricinde zamanaşımının uygulanma olanağının olmadığı görülmektedir. Ayrıca, bina ve arazinin belediyelerce öğrenildiği tarihi ispatlama yükümlülüğü de mükellefe ait olduğundan uygulamada bunun gerçekleşmesi oldukça güç bir durumdur. Bu müessesenin amacı, emlak vergisinde taşınmazları bildirim dışı bırakarak vergi kaçırmaya yönelik bir tutum içinde olan mükelleflerin bu düşüncesini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenlemedir⁵⁰. Bu şekilde Emlak Vergisi Kanunu'nda yer alan düzenleme, bildirim dışı kalmış gayrimenkullerin vergilendirilmesinde zamanaşımının işlememesi belediyeleri her an vergi alabilme olanağına kavuşturmakta, vergi alacağı korunma anlamında ve vergi güvenlik önlemleri kapsamında değerlendirilebilmektedir⁵¹.

5.2.1.3. Emlak vergisine konu olan gayrimenkullerin devri ile birlikte ortaya çıkan sorumluluk kapsamı

EVK 30. madde kapsamında, devir ve ferağ yapılan bina ve arazinin, devir ve ferağın yapıldığı yıl ile geçmiş yıllara ait ödenmemiş emlak vergisi borçlarından, devreden ve devralan müteselsilen sorumlu olarak tutulmaktadır. Devralanın eski yükümlüye rücu hakkı saklıdır. Burada amaç, vergi alacağının güvenliğini sağlayarak devir işlemlerinin kolaylaştırılmasıdır. Yine ilgili madde de yer alan bir hükme göre, tapu dairelerinin devir ve ferağ işlemlerini, işlemin yapıldığı ayı takip eden ayın 15. günü akşamına kadar ilgili belediyelere bilmesi gerekmektedir. Bu hükme göre tapu dairelerine devir ve ferağ işlemleri ile ilgili belediyelere bilgi sağlanması sorumluluğu verilmiştir⁵². Burada vergi güvenliği açısından iki durum ortaya çıkabilmektedir. İlki, gayrimenkulü devralan yeni malikin mükellefiyetlik takibinin yapılabilmesi,

⁵⁰ Uluatam/Methibay, s. 148-149.

⁵¹ Nas, Adil, Belediye Gelirleri, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Ocak-2011, s. 102.

⁵² Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 270.

diğer ise, yeni malikin eski döneme ait ödenmemiş vergi borçlarından dolayı bir an önce takibinin yapılması mümkün hale getirilebilmektedir⁵³.

Emlak vergisinde sorumluluk müessesesi vergi alacağının takip ve kontrolü açısından önemli bir müessesedir. Emlak vergisine konu olan gayrimenkulün devri sırasında ilgili kurum tarafından gayrimenkule ait geçmiş vergi borçlarının tahsilinin yapıp yapılmadığı kontrol edilebilmektedir. Ayrıca yeni mükellefiyetliğin takibinin sağlanması da bu işlem ile birlikte gerçekleşebilmektedir. Ancak, gayrimenkullerin devri her mükellef için sürekli yapılan bir işlem değildir. Bu nedenle vergi alacağının takip ve kontrolünün sürekliliğini sağlayacak ve vergi alacağını güvende tutacak bir tedbirler önem arz etmektedir.

5.2.1.4. Emlak vergisinde mükellefiyetlik kapsamının genişletilmesi

Emlak vergisinde mükellef, Emlak Vergisi Kanunu 3. ve 13. maddelerinde açıklanmıştır. Bu kanun maddelerine göre emlak vergisinin mükellefi, gayrimenkullerin maliki, varsa intifa hakkı sahibi, her ikisi de yoksa ilgili gayrimenkule malik gibi tasarruf edenlerdir.

Emlakın malikine ilişkin medeni kanunda tanım yapılmıştır. Türk Medeni Kanunu 683. madde emlakın malikini, hukuk düzeni sınırları içinde gayrimenkulü üzerinde dilediği gibi kullanım, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip olan kişi olarak tanımlamıştır. Bu kişinin kim olduğunun tespitinde, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tapuya tescille gerçekleştiği için tapu kayıtlarına bakılmaktadır. Ancak tescilden önce de mülkiyetin kazanıldığı hallerde mevcuttur. Bunlar; miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma ile kanunda öngörülen diğer haller mülkiyetin tescilinden önce kazanıldığı durumlara örnek teşkil etmektedir⁵⁴. Emlak Vergisi Kanunu'nda düzenlenen mükellefiyetlik tesisinde, vergi alacağının muhatabı olarak vergiye konu gayrimenkulün malikine öncelik verildiği söylenebilmektedir. Ancak, bazı durumlarda malik yerine intifa hakkı sahibi ya da vergiye konu gayrimenkulü tasarruf eden kişilerin de mükellef olarak kabul edilebildiği yasa koyucu tarafından Emlak Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Emlak vergisi mükellefiyetliğinde bazı durumlarda intifa hakkı sahibine de vergi yükümlülüğü verilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 794 ve izleyen maddelerinde intifa hakkına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu kanun

⁵³ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 387.

⁵⁴ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 372-373.

ve ilgili maddelerinde intifa hakkı için, sahibine konusu üzerinde tam yararlanma hakkı veren bir hak olduğu ve taşınmazların intifa hakkını tapu siciline kayıpla mümkün olabileceğini belirtmektedir⁵⁵. Emlak vergisinde gayrimenkulün maliki yerine intifa hakkı sahibinin mükellef olarak kabul edildiği durumları, yasa koyucu ilgili gayrimenkulün maliki ile birlikte aynı anda intifa hakkı sahibinin de bulunmasına bağlamıştır. Emlak vergisine konu olan gayrimenkulün üzerinde hem malik hem de intifa hakkı sahibi varsa yasa koyucu, verginin mükellefi olarak gayrimenkulden yararlanan kişi olan intifa hakkı sahibini mükellef olarak kabul edilmesini öngörmüştür⁵⁶. Buna göre gayrimenkulden yararlanan kişi olan intifa hakkı sahibi, emlak vergisinin ödenmesinden sorumlu olmaktadır.

Gayrimenkulün maliki ve intifa hakkı sahibinin bulunmadığı durumlarda ve ilgili gayrimenkule ilişkin olarak tapu kayıtlarında da malik ya da intifa hakkı sahibi bulunamaz ise, emlak vergisi mükellefi binayı malik gibi tasarruf edenler olacaktır⁵⁷. Kamu ya da özel mülkiyet sahipliğinin olduğu araziye, gecekondularda olduğu gibi kaçak bina yapılması durumunda inşaatı yapan, binaya malik gibi tasarruf eden sıfatıyla emlak vergisi mükellefi olmaktadır⁵⁸ (Öncel vd., 2010: 362). Vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesinin uygulanması gereği olarak hukuka aykırı eylemlerde de vergilendirme yapılmaktadır. Kendilerine ait olan veya kendilerine ait olmayan arazi üzerine kaçak bina yapılan mükelleflerin de arazi vergisi yükümlülüğü söz konusudur. Bu durumda arazi vergisi mükellefleri, kendilerine ait veya kendilerine ait olmayan arazileri üzerinde kaçak bina yapıldığını öne sürerek vergi mükellefliğinden imtina edemezler⁵⁹.

Emlak vergisinin mükellefiyetlik hükmü için, vergi alacağının tahsilinde mükellefiyet kapsamını genişleten bir düzenleme olduğu açıktır. Emlak vergisi mükellefiyetliğinde malik, intifa hakkı sahibi veya gayrimenkulü tasarruf eden kişilerin verginin ödenmesinden sorumlu tutulmaları, vergi güvenlik önlemi kapsamında değerlendirilebilmektedir⁶⁰.

⁵⁵ Özelge, 2011: B.07.1.GİB.4.34.18.01-006.01-261.

⁵⁶ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 373.

⁵⁷ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 373.

⁵⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 362.

⁵⁹ Nas, s. 71.

⁶⁰ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 269.

5.2.1.5. Emlak vergisi değerinin tespiti

Emlak vergisinde matrah, ilgili gayrimenkulün vergi değeridir. Belediyeler tarafından oluşturulan takdir komisyonları tarafından dört yılda bir olarak gayrimenkullerin değer tespiti yapılmaktadır⁶¹. Gayrimenkullerin dört yılda bir takdir edilmesinin nedeni, ilgili gayrimenkullerin değerinde meydana gelen değişimleri vergi değerine yansıtılabilmektir⁶². Dört yılın arasında yer alan her bir yıl için de bir önceki yılın değerleri yeniden değerlendirilme oranının yarısı nispetinde artırılarak vergilendirilir. Ayrıca, 2017 yılında yürürlüğe giren geçici bir madde ile vergi değerinin tespitine ilişkin değer artışlarında bir sınırlama getirmiştir. İlgili geçici madde 2018 ile 2021 yılları arasında kapsayan bir düzenlemedir. EVK Geçici 23. madde uyarınca, takdir komisyonlarınca 2017 yılında 2018 yılı için takdir edilen asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerleri, 2017 yılında uygulanan birim değerlerinin %50'sinden fazlasını aşarsa 2018 yılının vergi değeri için 2017 yılının asgari ölçüde arsa ve arazi metrekare birim değerlerinin %50 fazlası esas alınır.

Takdir komisyonları tarafından yapılan gayrimenkullerin değer tespiti gerçek değerinden uzaklaşırsa, yani gerçek değerinin altında bir vergi değeri ortaya çıkarsa yerel idarenin vergi alacağına da bir kayıp oluşacaktır. Bu durumda daha önce de belirtilen vergi güvenliği kavramından yola çıkılırsa, vergi alacağının optimal hasıla düzeyine yaklaştırılması ve vergi hasılatının belirli bir sınırın altına düşürülmemesinin sağlanması gerekmektedir. Takdir komisyonları tarafından tespit edilen vergi değeri doğrudan yerel idarelerin emlak vergisi alacağına etki etmektedir. Gayrimenkullerin vergi değerinin de gerçek değerine yaklaştırılması yerel idare gelirleri arasında yer alan emlak vergisi gelirlerinde vergi alacağı kaybını azaltabilmektedir.

Gayrimenkullere ait tespit edilen vergi değeri yalnız emlak vergisi alacağına değil, tapu harçlarına, veraset ve intikal vergisine ve kira bedeli açısından gelir vergisi alacaklarına da etki eden bir değerdir⁶³. Bu nedenle gayrimenkullerin değer tespitinde objektif esaslı bir değerlendirme hem mükellefler hem de vergi alacağına sahip idare açısından oldukça önem arz etmektedir. Gayrimenkullerin değerleri sadece dört yıl içinde değil çok daha kısa sürelerde değer artış veya azalışları meydana gelebilmektedir. Bu

⁶¹ Emlak Vergisi Kanunu, Madde 9/b.

⁶² Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 385.

⁶³ Öner, Türk Vergi Sistemi, s. 289.

bakımdan objektif kriterler ile daha sık yapılacak değer tespitleri vergi alacağı açısından da önem taşımaktadır. Ancak, sık aralıklarla yapılacak değer tespitleri, vergiye konu gayrimenkullerin fazla olması ve değer tespitlerinde emek, zaman kaybı, kırtasiyeciliğe yol açması nedeniyle fayda maliyet açısından çok da uygun görülmemektedir. Buradan sonuçla, vergi alacağını güvence altına alabilmek amacıyla yasa koyucu, gerçek matrahı kavramaya yönelik olarak iki takdir dönemi arasına yeniden değerlendirme oranının her yıl yarısı kadar yıllık endekslemeye gidilmesi esası getirmiştir⁶⁴. Yine, herhangi bir sebep yüzünden bir şehir, kasaba veya köyün tamamında sürekli olmak üzere bina ve arazinin değerlerinde %25'i aşan oranda artış veya azalış olması halinde vergi değeri yeniden tespit edilmektedir⁶⁵. Emlak vergisi alacaklısı ilgili belediye sınırları içinde gayrimenkul değerlerinin %25'i aşan oranda sürekli artış meydana gelmesi ile idare tarafından yeniden değer tespiti yapılmaktadır. Bu durumda da yasa koyucu tarafından vergi alacağını güvence altına alan bir hükümlendirme söz konusudur.

Son olarak EVK 8. maddesinde, yeni inşa edilen bina ve binaların vergisi inşaatın sona erdiği yılı izleyen yıldan itibaren dört yıl süreyle arsanın vergisinden az olamaması gerekliliğine yönelik bir düzenleme mevcuttur. Arsanın vergi değerinin yüksek olması ile emlak vergisi yükünü düşürme çabası içinde olan emlak vergisi mükellefleri, çok yüksek arsa değeri üzerine düşük değerli binaları yaparak yüksek emlak vergisi yükünü azaltma yoluna başvurabilmektedirler⁶⁶. Bu kanun hükmü, yüksek vergi yükünü düşürme eğiliminde olan mükelleflerin bu yola başvurmasını önlemek ve idarenin vergi alacağını güvence altına almak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir.

Emlak vergisi yerel idareler tarafından tarh ve tahsil olunan gelir esnekliği zayıf olan bir vergidir. Gayrimenkullerin değerleri her ne kadar konjonktürel ve şehirleşme hareketlerine göre büyük artışlar yaşansa bile, bu değer artışları zamanında belirlenmediğinde vergi hasılatı milli gelirdeki artışları yansıtamamaktadır⁶⁷. Emlak vergisinde vergi alacağını güvence altına alabilmek için vergi değerlerini gerçek değerlerine yaklaşmasını sağlayan önlemlerin alınması gerekmektedir. Vergi alacağını güvence altına alabilmek amacıyla dört yılda bir yapılan gayrimenkul değer takdirleri arasındaki yıllar

⁶⁴ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 364.

⁶⁵ Emlak Vergisi Kanunu, Madde 33.

⁶⁶ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 369.

⁶⁷ Turhan, s. 183.

içinde her yıl yeniden değerlendirilme oranının yarısı nispetinde artış öngörülmüştür. Vergi değeri bakımından vergi alacağını güvence altına alan bir diğer hüküm ise, belediye sınırları içinde gayrimenkul değerlerinin %25'i aşan oranda sürekli artış meydana gelmesi ile idare tarafından yeniden değer tespiti yapılması yer almaktadır. Ayrıca, yeni inşa edilen bina ve binaların vergisi inşaatın sona erdiği yılı izleyen yıldan itibaren dört yıl süreyle arsanın vergisinden az olamaması gerekliliğine yönelik bir düzenleme vergi alacağını güvenlik altına almaya yönelik bir tedbirdir.

SONUÇ

Yerel idareler halka en yakın hizmet birimleridir. Yerel idarelerin yürütmek zorunda oldukları görevleri vardır. Bu görevleri yerine getirebilmek için kendi sahip oldukları öz gelirleri büyük önem taşımaktadır. Yerel idarelerin öz gelirleri hizmet sunumlarında süreklilik sağlayarak yerel nitelikteki ihtiyaçları etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesine imkan yaratabilmektedir. Emlak vergisi yerel idarelerin öz gelirlerinden biridir. Emlak vergisinin Türkiye'de vergi tabanının genişliği vergi gelirleri açısından büyük bir potansiyel oluşturmaktadır. Bu nedenle emlak vergisi alacağı yerel idareler açısından önemli bir gelir niteliğinde olduğu söylenebilmektedir. Türkiye'de yerel idarelerin öz gelirleri arasında tarh ve tahsiline sahip olduğu vergi gelirlerinin az sayıda olduğu görülebilmektedir. Bunun için yerel vergi gelirleri arasında önemli bir potansiyele sahip olan emlak vergisinin vergi alacağını güvende tutan tedbirlerin düzenlenmesi gerekmektedir.

Vergi güvenliği, vergi alacağını tahsil aşamasından önce ve sonra korumaya yönelik faaliyetler bütünüdür. Vergi güvenliğinde etkinlik sağlanabilmesi için oluşturulan güvenlik tedbirlerinin vergi sistemi ile uyumlu olması gerekmektedir. İyi bir vergi güvenliği için birçok gereklilik söz konusudur. Bu gerekliliklerden biri vergi kanunlarının belirlilik ilkesi kapsamında uygulanmasıdır. Belirlilik ilkesi gereğince, ödenecek vergi miktarının ve zamanının kanunlarda açık bir biçimde yer alması ve mükellefin vergi borcuna ilişkin kurallardan önceden bilgi sahibi olması vergi güvenliği açısından önem arz eden bir husustur. Diğer bir gereklilik, vergi idaresinin vergi mevzuatına hakim olması ve kanunların uygulanmasında mevzuatın gereklerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Aynı şekilde yasa koyucu tarafından oluşturulan vergi denetim mekanizmasının da iyi işlemesi iyi bir vergi güvenliği açısından gereklidir. Vergi denetim faaliyetleri çerçevesinde ve verginin tahsil aşamasında mükelleflere yönelik vergi alacağının takibinin iyi bir şekilde gerçekleştirilmesi yine önem arz eden bir husustur. Son olarak,

yargı sisteminin hızlı ve etkin çalışması iyi bir vergi güvenliği açısından vazgeçilmez bir unsurdur⁶⁸.

Türk vergi sistemi üç ekonomik kaynak üzerine kurulu bir yapıdadır. Gelir, harcama ve servet üç ekonomik kaynağı oluşturan ödeme gücü göstergeleridir. Her bir ekonomik kaynağa ilişkin olarak kendi içlerinde de vergi türleri bulunmaktadır. Gerek Vergi Usul Kanunu'nda gerekse de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da bu vergi türlerine ilişkin genel güvenlik önlemleri için hükümler mevcuttur. Özel vergi güvenlik önlemlerine ilişkin kurallar ise, bu vergi türlerinin kanunlarında düzenlenmiştir. Emlak vergisinin de kendi mevzuatı içinde yer alan özel güvenlik önlemleri kapsamında düzenlenen hükümleri mevcuttur. Bu düzenlemelerden biri emlak vergisi mükelleflerinin bildirim yükümlülüğüdür. Mükelleflere taşınmazlarda meydana gelen vergi değerini değiştiren hallerin belediyelere bildirimde bulunma ödevi verilmiştir. Tapu dairelerine ise, devir ve ferağ yapılan taşınmazların kanunda belirtilen süreler dâhilinde belediyelere bilgi verme ödevi yüklenmiştir. Diğer emlak vergisi özel güvenlik önlemi, zamanaşımı müessesesine ilişkindir. Emlak vergisinde zamanaşımının başlangıç süresi, bina ve arazinin bildirim dışı bırakıldığına idarece öğrenildiği tarihi takip eden yılın başından itibaren başlamaktadır. Bu düzenleme ile birlikte, emlak vergisi için belediyelerin taşınmazlarla ilgili bilgi sahibi olmasının haricinde zamanaşımının uygulanma olanağı olmadığı ve böylelikle vergi alacağı korunarak, belediye gelirleri açısından vergi alacağı güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Emlak vergisine konu olan gayrimenkullerin devri ile birlikte ortaya çıkan sorumluluk kapsamı da özel güvenlik önlemi açısından önemli bir düzenlemedir. Emlak vergisine konu olan taşınmazlarla ilgili devir ve ferağ durumunda sorumluluk, müteselsilen devreden ve devralana yüklenerek vergi güvenliği sağlanmaya çalışılmıştır. Emlak vergisinde mükellefiyetlik kapsamının genişletilmesi özel vergi güvenliği kapsamında değerlendirilebilmektedir. Emlak vergisi alacağının tahsilinde malik, intifa hakkı sahibi ya da gayrimenkulü tasarruf altında tutan kişi olarak mükellefiyetlik kapsamını genişleten bir düzenleme vergi güvenlik önlemi olarak ön plana çıkmaktadır. Son olarak, emlak vergisi değerinin gerçek değere yaklaşmasını sağlayan düzenlemeler vergi güvenliği açısından önem arz eden tedbirlerdir.

⁶⁸ Şanver/Oktar, s. 5.

Emlak Vergisi Kanunu'nda yer alan vergi güvenlik önlemleri bu çalışmada açıklanmaya çalışılmıştır. Emlak vergisi alacağının güvenliği kapsamında, vergi değerinin gerçek değere yaklaştırılmasına yönelik tedbirler halen bir eksiklik olarak görülebilmektedir. 2018 yılında açılan Yeni Ekonomik Program'da bu eksikliğe yönelik bir adım atılmıştır. Yeni Ekonomik Program'da vergi tabanının genişletilmesi kapsamında, emlak vergisi gelirlerine doğrudan etkisi olan taşınmaz değerlendirme sisteminin kurulması kararı alınmıştır. Taşınmaz değerlendirme sisteminin kurulmasıyla gayrimenkul envanterleri çıkarılarak bölgesel fiyatlar tespit edilecektir. Bu sistem, emlak vergisi değerinde gayrimenkulün gerçek fiyatına getirilmesine katkı sağlayarak, olası emlak vergisi kayıplarının azalmasına yol açacaktır.

KAYNAKLAR

- Akdoğan, Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Gazi Kitapevi, 12. Baskı, Ankara-2007.
- Anayasa Mahkemesinin E. 1990/18, K. 1991/4 Sayılı Kararı, RG., 8.5.1991/20865.
- Ay, Hakan/Baran, Tülay, “Kamu Alacaklarının Korunma Yöntemleri ve Bir Değerlendirme”, Sosyo Ekonomi, January-June, 2014-1, ss. 45-68.
- Ay/Baran, s. 47; Ay, Hakan/Alpaslan, Mustafa, “Kamu Alacaklarının Takibinde Yeni Tip Ödeme Emrine Karşı Vergi Davası Açılması ve Yürütmenin Durdurulması Problemleri”, Vergi Dünyası Dergisi, S. 360.
- Budak, Tamer/Benk, Serkan, “Kamu Alacağı: Hukuki Bir Değerlendirme”, Business and Economics Research Journal, V. 2, N. 2, 2011, ss. 61-76.
- Çetinkaya, Özhan, Mahalli İdareler Maliyesi, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Bursa-2011, s. 71.
- Emlak Vergisi Kanunu, Madde 33.
- Emlak Vergisi Kanunu, Madde 9/b.
- Gerçek, Adnan, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, Ekin Yayınevi, 4. Baskı, Bursa, Ağustos-2015.
- Gümüş, Erhan/Bilge, Semih, “5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda Yer Alan Vergi Güvenlik Müesseseleri ve Gereklilikleri” Vergi Sorunları Dergisi, 2006, S. 219.
- Karadağ, C., Neslihan, “Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, ss. 238-255.
- Karadağ, C., Neslihan, “Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, ss. 238-255.
- Karakoç, Yusuf, “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 153, Haziran 2001, ss. 116-135.
- Karakoç, Yusuf, “Kamu Alacaklarının Tahsili: Kamu İcra Hukuku”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 153, Haziran 2001, ss. 116-135.
- Mutluer, M., Kamil/Öner, Erdoğan, Mahalli İdareler Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Aralık-2009.

- Nadaroğlu, Halil, Mahalli İdareler Felsefesi, Ekonomisi, Uygulaması, Sermet Matbaası, İstanbul-1978.
- Nas, Adil, Belediye Gelirleri, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Ocak-2011.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara, Mart 2010.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 18. Bası, Ankara, Mart 2010.
- Öncel, Yenal, “Gelir Vergisinin Vergi Güvenliği Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 39. Seri, 2001, ss. 37-56.
- Öner, Erdoğan, Türk Vergi Sistemi, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Şubat 2015.
- Öner, Erdoğan, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Şubat 2015.
- Özelge, 2011: B.07.1.GİB.4.34.18.01-006.01-261.
- Şanver, Cahit/Okta, S., Ateş, “Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Vergi Güvenlik Önlemleri ve Mükelleflerin Ba-Bs Bildirimlerine Bakışı Araştırması”, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, Y. 1, C. 1, S. 3, 2013, ss. 1-23.
- Şanver, Cahit/Okta, S., Ateş, “Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Vergi Güvenlik Önlemleri ve Mükelleflerin Ba-Bs Bildirimlerine Bakışı Araştırması”, Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, Y. 1, C. 1, S. 3, 2013, ss. 1-23.
- Şener, Hasan, “6183 sayılı Kanunun Uygulama Sorunları ve Yapılan Son Değişiklikler”, Maliye Dergisi, S. 70, Temmuz- Ağustos 1984, s. 11-12;
- Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan, Türk Vergi Sistemi, Ekin Kitabevi, Bursa-2018.
- Tortop, Nuri/Aykaç, Burhan/Yayman, Hüseyin/Özer, M., Akif, Mahalli İdareler, Nobel Yayın, 3. Basım, Şubat-2014.
- Turhan, Salih, Vergi Teorisi ve Politikası, Filiz Kitapevi, İstanbul-1998.
- Uluatam, Özhan/Methibay, Yaşar, Vergi Hukuku, İmaj Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Ekim 2001.
- Yücel, Mehmet, Bir Vergi Güvenlik Müessesesi Olarak Emsal Kira Bedeli Uygulaması, Mali Çözüm Dergisi, Kasım-Aralık 2015.

OSMANLI HUKUKUNDA HUKUKİ EHLİYET ARIZASI OLARAK MARAZ-I MEVT (ÖLÜM HASTALIĞI)*

Arş. Gör. Samed ATASOY**

FATAL DISEASE AS A LEGAL CAPACITY MALFUNCTIONS IN THE OTTOMAN LAW

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Atasoy, Samed: Osmanlı Hukukunda Hukuki Ehliyet Arızası Olarak Maraz-ı Mevt (Ölüm Hastalığı), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 107-135.

APA: ATASOY, S. (2019). Osmanlı Hukukunda Hukuki Ehliyet Arızası Olarak Maraz-ı Mevt (Ölüm Hastalığı). Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 107-135. DOI: 10.15337/suhfd.545162.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:**11.03.2019

Kabul Edildiğı Tarih:25.03.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545162>

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: samedatasoy1109@hotmail.com

ORCID ID: [0000-0002-5379-3978](https://orcid.org/0000-0002-5379-3978)

ÖZ

Makalemizde Osmanlı hukukunda ölüm hastalığı da denilen “maraz-ı mevt” konusu incelenmiştir. Gerek İslâm hukuku kaynaklarından gerekse Mecelle ve kadı sicillerinden örneklere de yer verilerek ölüm hastalığı konusu ele alınmıştır. Öncelikle vücut ehliyeti ve eda ehliyeti kısaca ele alınmıştır. Ardından ise ehliyet arızaları ismen sayılmıştır.

Daha sonra ise semavi ehliyet arızalarından olan ölüm hastalığı tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkarak ölüm hastalığının şartları ortaya konulmuştur. Ölüm hastalığı olmamasına rağmen ölüm hastalığı hükmünde kabul edilen hususlara değinilmiştir. Son olarak ise ölüm hastalığının ehliyete olan etkisi değerlendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Maraz-ı Mevt, Hukuki Ehliyet, Hastalık, Kısıtlılık, Mecelle.

ABSTRACT

In our article, “maraz-ı mevt”, also called fatal disease, was examined. Both the sources of Islamic law and the examples of Mecelle and judge records are included in the subject of fatal disease. Firstly, the lawn capacity and juridical capacity are discussed briefly. Then, the capacity malfunctions are named.

Afterwards, the fatal disease which is one of the capacity malfunctions has been defined. Based on this definition, the conditions of fatal disease are revealed. Despite the fact that there is no fatal disease, the issues accepted as fatal disease are mentioned. Finally, the effect of fatal disease on the capacity was evaluated.

KEYWORDS: Maraz-ı Mevt, Legal Capacity, Disease, Disability, Mecelle.

GİRİŞ

Maraz-ı mevt yani ölüm hastalığı konusu fıkıh kitaplarında önemli bir yer teşkil eder. Maraz-ı mevt, ehliyet arızaları kısmında ayrı bir bölüm olarak ele alındığı gibi ikrar, talak, müzaraa, vasiyet gibi bölümlerin içerisinde de ölüm hastalığında bu işlemlerin geçerliliği hususunda ayrı bir bölüm olarak kendine yer bulmuştur.

İslam hukuku kaynaklarında maraz-ı mevt kavramı ölüm hastalığı, ölümcül hastalık gibi kavramlarla da ifade edilmiştir. Bu sebeple makalemizde

bazı yerlerde maraz-ı mevt, bazı yerlerde ise ölüm hastalığı olarak kullanılmıştır. Osmanlı devleti de İslam hukukunun önem verdiği bu hukuki duruma gereken önemi vermiş ve bu durumu hukuki metinlerine de taşımıştır.

Gerek Hukuk-u Aile Kararnamesi'nde gerek Mecelle'de ölüm hastalığı zikredilmiştir. Ölüm hastalığının şartlarının belirlenmesinde Mecelle'de yer alan tanım ayrıca önem taşımaktadır. Osmanlı devletindeki fetvalarda ve kadı sicillerinde de ölüm hastalığıyla alakalı fetvalar ve hukuki durumlar geniş ölçüde yer almıştır.

Bu makalede ölüm hastalığını, ölüm hastalığının şartlarını, ehliyete etkisini ele almakla yetinilecektir. Bir sonraki makalede ise daha geniş bir konu olan, ölüm hastalığının hukuki işlemlere olan etkisi incelenecektir. Ölüm hastalığı ile ölüm hastalığının hukuki işlemlere olan etkisi beraber değerlendirilmesi gereken bir konudur. Ancak her iki konu tek makale de ele alındığı takdirde konunun genişliği sebebiyle makalenin hacminin çok artacağından dolayı böyle bir ayrıma başvurulmuştur.

I. EHLİYETİN TANIMI VE EHLİYET ARIZALARI

A. Ehliyetin Tanımı

Arapçada "ehl" kökünden türemiş olan ehliyet sözlükte uygunluk, yetki, yeterlilik, layık olmak, yeterli olmak, bir işe ehil olmak, bir işi yapmaya elverişli olmak anlamlarına gelmektedir. Hukuki anlamda ise kişinin hukuki ve dini bakımdan muhatap olarak kabul edilmesini uygun hale getiren niteliklerdir. Ehliyet bir anda ortaya çıkan bir durumu ifade etmez. Ehliyet; kişinin düşünme, anlama gibi yeteneklerinin aşamalı olarak gelişmesini ifade eder.¹ Ehliyet Debusi ile birlikte Hanefilere göre eda ve vücut ehliyeti olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Bu ayrımın Debusi'ye ait olduğuna dair ciddi veriler bulunmaktadır.²

¹ BARDAKOĞLU, "Ehliyet", DİA, C. X, s.534; KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, C.I, s.252; YAMAN, Ahmet-ÇALIŞ, Halit, İslâm Hukukuna Giriş, M.Ü İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınevi, İstanbul, 2014, s.218; ÇALIŞ, Halit, İslâm Hukukunda Ehliyet Teorisi: Ehliyet Arizaları Ekseninde Farklı Bir Bakış, Konya, 2004, s. 115.

² KÖKSAL, A.Cüneyd, "Hanefî Fıkıh Düşüncesinde Vücut-Eda Ehliyeti Ayrımı ve Bu Ayrımla İlişkili İki Mesele", İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, XXV, 2011, s. 106,107.

B. Ehliyet Türleri

1. Vücut Ehliyeti (Hak Eliyeti)

Vücut ehliyeti kişinin hak sahibi olabilmeye ve borç altına girebilmeye ehil olabilmesidir. Vücut ehliyeti tam ve sağ doğmak şartı ile cenin dahil olmak üzere tüm insanların sahip olduğu ehliyet türüdür. Vücut ehliyetinde iki durum vardır. Birincisi hak sahibi olabilme “iltizam” ikincisi ise borçlara ehil olma “iltizam” olmak üzere iki unsuru barındırır. Vücut ehliyetini her ne kadar hak ve borç beraber olarak oluşturuyor olsa da vücut ehliyetinin temelinde haklardan yararlanma yer aldığı, borçlanabilmenin ise vücut ehliyetine sahip kişinin değil de daha ziyade üçüncü kişilerin haklarını koruma altına aldığı için günümüz hukukunda vücut ehliyeti yerine hak ehliyeti de denilmektedir.³

a. Vücut Ehliyetinin Dayanağı

Vücut ehliyetinin dayanağı insandır. Diğer bir ifadeyle hayatta olan insandır. Yani vücut ehliyeti insanın doğumundan hatta cenin döneminden başlayıp hayatının sona ermesine kadar ki süreyi kapsar. Vücut ehliyetine sahip olabilmek için yaş, akli melekeler, tecrübe gibi nitelikler değerlendirilmez. İnsan bu niteliklerinden bağımsız olarak sadece insan olduğu için vücut ehliyetine sahip olur.⁴

b. Vücut Ehliyetinin Türleri

Vücut ehliyetinde kişi sadece lehine olan haklara ehil ise nakis yani eksik vücut ehliyetli kabul edilir. Anne karnındaki çocuk yani cenin annenin bir parçası olması hasebiyle kendine ait zimmeti yoktur. Bundan dolayı eksik vücut ehliyetine sahiptir. Ancak annesinden ayrı bir varlık olarak doğması halinde zimmete sahip olacağından cenin halindeyken dahi miras, nesep gibi sadece lehine olan haklara sahip olma ehliyeti vardır. Ancak kişi hem lehine hem de aleyhine olan haklara yani hem haklara hem de borçlara ehil ise vücut ehliyeti tamdır. Yani kâmil vücut ehliyetine sahiptir. Doğumla beraber eksik ehliyetli olan ceninde artık tam vücut ehliyetli kişi olur.⁵

³ KARAMAN, C.I, s. 252; BARDAKOĞLU, “Ehliyet”, DİA, C. X, s.534.

⁴ ŞABAN, Zekiyüddin: İslâm Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek tercüme eden: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2014, s.296; KÖKSAL, s. 109.

⁵ KARAMAN, C.I, s. 253; UZUNPOSTALCI, Mustafa, “İslâm Hukuku Açısından Ehliyet”, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, VIII,2006, s. 161; CİN, Halil- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s.447.

c. Vücut Ehliyeti Zimmet İlişkisi

Zimmet sözlükte anlaşma, ahid anlamlarına gelir. Fıkıhta ise “İnsanın hukukî anlamda kişilik/şahıs olma özelliği ve bunun bir sonucu ve türevi olarak hukuki kişinin borçlarının belirli bir süre varlıkta kaldığı (sabit olduğu) bir yer ve mahal anlamını taşır”.⁶ Günümüz hukukunda kanuni kişilik olarak da adlandırılabilir. Zimmet Debusi’ye göre; Allahuteala ile insan arasında geçen ilk akde⁷ dayanır.⁸

Fukahadan bazılarına göre zimmet, vücut ehliyeti ile aynı şeyleri kapsar ve birbirinin yerine kullanılabilir. Ancak fukahanın çoğuna göre vücut ehliyeti bir sahip olabilme, kabiliyet niteliği taşırken zimmet ise vücut ehliyetinin iki unsurundan biri olan borçlanabilmenin gerçekleşebildiği bir mekândır.⁹

Allahu teala insanı yaratırken insan hak sahibi olabilsin diye ve sorumluluk alabilsin diye insana akıl ve zimmet vermiştir. Yani bütün insanlar akıl ve zimmet dolayısıyla emaneti yüklenmeye ehil olarak yaratılmıştır. Zimmet bir kap gibidir. Hakları ve borçları bünyesinde bulundurmaya yarayan bir kaptır. Yani hem borçlanmaya hem de karşı tarafı borçlandırmaya yarar.¹⁰

2. Eda Ehliyeti (Fiil Ehliyeti)

“Kişinin dinen ve hukuken muteber olacak tarzda davranmaya ve hukuki işlem yapmaya elverişliliği”¹¹ olarak tanımlanabilir. Eda ehliyeti vücut ehliyetini de kapsayan bir üst kavram olarak değerlendirilebilir. Çünkü vücut ehliyeti hak ve borca ehil olabilmek iken eda ehliyeti ise vücut ehliyeti aracılığıyla kullanmaya ehil olunan hak ve borçları doğuracak işlemlerin yapılmasını içerir.¹²

⁶ KAYA, Eyyüp Said, “Zimmet”, DİA, C:XXXIV, s.424.

⁷ “Hani Rabbin (ezelde) Âdemoğullarının sulplerinden zürriyetlerini almış, onları kendilerine karşı şahit tutarak, “Ben sizin Rabbiniz değil miyim?” demişti. Onlar da, “Evet, şahit olduk (ki Rabbinizsin)” demişlerdi. Böyle yapmamız kıyamet günü, “Biz bundan habersizdik” dememeniz içindir.” ARAF, 7/172.

⁸ ŞABAN, s.296; KÖKSAL, s. 108.

⁹ KARAMAN, C.I, s. 253; zimmet hakkında daha fazla bilgi için bkz. KÖKSAL, “Hanefî Fıkıh Düşüncesinde Vücut-Eda Ehliyeti Ayırımı ve Bu Ayırımla İlişkili İki Mesele”, s. 105-122; KAYA, “Zimmet”, DİA, C. XXXIV, s.424-428.

¹⁰ YAMAN-ÇALIŞ, İslâm Hukukuna Giriş, s.220,221.

¹¹ BARDAKOĞLU, “Ehliyet”, DİA, C. X, s.536.

¹² BARDAKOĞLU, “Ehliyet”, DİA, C. X, s.536; YAMAN-ÇALIŞ, İslâm Hukukuna Giriş, s.225.

a. Eda Ehliyetinin Dayanağı

Vücub ehliyeti için hayatta olmak yeterli iken eda ehliyeti için temyiz kudretinin de var olması gerekmektedir. Vücub ehliyeti zimmete ve hukuki kişiliğe dayanırken eda ehliyeti akla ve temyiz kudretine dayanmaktadır. Yani vücub ehliyetinden farklı olarak eda ehliyetinde sadece hayatta olmak değil gerek geçerli hukuki işlem için gerek dini ve hukuki hükümlere muhatap olabilmek için belirli ölçüde mantığa ve muhakeme yeteneğine sahip olmak şarttır. Vücub ehliyeti pasif bir ehliyetken eda ehliyeti aktif bir ehliyettir.¹³

b. Eda Ehliyetinin Türleri

Eda ehliyeti ikiye ayrılır. Eda ehliyetinde akıl ve mantık baz alındığından bu ayırmada da akıl ve mantığın oluşum süreçleri esas alınmıştır. Temyiz çağına kadar çocuğun eda ehliyeti yoktur. Temyiz çağı ile buluğ çağı arasında nakıs yani eksik eda ehliyeti vardır. Tam eda ehliyeti yani kâmil eda ehliyeti ise akıllı olarak buluğa eren kişinin, yani rüşdüne ermiş olan balığ kişinin sahip olduğu ehliyettir. Akil, balığ ve reşit olma şartlarının hepsini birden taşıyan kişi tam ehliyetli iken bu şartlardan bir tanesi bile eksikse kişi eksik eda ehliyetine sahip olur. Mümeyyiz küçükler, sefihler ve matuhlar (bunak) eksik ehliyetli kabul edilirler.¹⁴

C. Ehliyet Arızaları

Vücub ehliyetinin zimmete ve insan olma özelliğine dayanması sebebiyle her insan doğumundan ölümüne kadar tam vücub ehliyetine sahiptir. Cenin ise eksik vücub ehliyetine sahiptir. Ancak dönemin ve mekânın şartlarına göre zaman zaman bazı sınıflara ve gruplara hak ve borçlar bakımından kısıtlama getirilmiştir. Kölelik bu duruma örnek olarak verilebilir. Ancak bu tarz istisnai durumlar dışında vücub ehliyeti herhangi bir kısıtlamaya

¹³ BARDAKOĞLU, “Ehliyet”, *DiA*, C. X, s.536; ŞABAN, s.296; ÇEKER, Orhan, *İslâm Hukukunda Akidler*, A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul, 2006, s.16.

¹⁴ AVCI, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2017, s.339; KOÇAK, Zeki, “İslâm Fıkıh Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları”, *Diyanet İlmî Dergisi*, XXXIX/4, Ankara, 2003, s. 44; AYDIN, Mehmet Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.212; CİN, Halil - AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Konya, 2016, s.292; ZUHAYLİ, Vehbe, *İslâm Fıkıhı Ansiklopedisi*, Çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, Nurettin Yıldız, vd., İstanbul, 1994, C. V, s.96.

tabi olmaksızın hayat boyu devam eder. Yani ehliyetin kısıtlanması konusu vücut ehliyeti için söz konusu değildir.¹⁵

Ancak akla, temyiz gücüne, muhakemeye, iradeye dayanan eda ehliyeti için birtakım arızalar söz konusu olabilmektedir. Akla, temyize dayanması gerekçesiyle bazı arızalar eda ehliyetini sınırlandırırken bazıları ise tamamen ortadan kaldırılabılır. Buradaki kural eda ehliyetini tamamen kaldıran arızalar kişiyi çocukluk yani temyiz öncesi çağındaki duruma iletirken eda ehliyetini kısıtlayan arızalar kişiyi temyiz çağına yani mümeyyiz küçüklük zamanına iletir.¹⁶

*Avarız

Sözlükte sonradan ortaya çıkan şey anlamına gelen avarız, İslam Hukuku açısından ise hayatın doğal akışında insanda bulunmayan ancak sonradan ortaya çıkarak ehliyeti daraltan veya ortadan kaldıran hallerdir.¹⁷

Tanımlamalardan yola çıkarak ehliyet arızalarında farklı sınıflandırmalar yapmak mümkündür. Kimi fıkıhçılar ehliyet arızalarını geniş olarak değerlendirirken kimi fıkıhçılar bu kapsamı dar bir şekilde değerlendirirler. Ehliyet arızalarını dar bir şekilde ele alan fıkıhçılara göre ehliyet arızası için kişinin tam eda ehliyetine sahip olması gerekir. Daha sonra ise insan olmanın doğal halinden kaynaklanmayan birtakım durumların bulunması ve ayrıca bu durumların ehliyetin unsurlarında olumsuz bir etkiye neden olması gerekir. Ehliyet arızalarını geniş kapsamlı olarak ele alan fıkıhçılar ise daha çok hukuki işlemin neticesini temel alarak ehliyet arızalarını değerlendirir. Bu ayrıma dayalı olarak ehliyet arızalarını dar kapsamda değerlendiren fıkıhçılara göre sarhoşluk, akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve sefehlik dışındaki haller ehliyet arızası olarak değerlendirilmez. Çocukluk hali, hayız, hata, ikrah, yolculuk hali, hezl gibi durumlar avarızın yukarıda verdiğimiz tanımı kapsamında ele alındığında ehliyet arızası olarak kabul edilmezler.¹⁸

Ancak bu makalede ehliyet arızaları sayılırken, tartışmalı olmakla beraber ehliyet arızası olarak kabul edilebilecek olan tüm halleri göstermek

¹⁵ BARDAKOĞLU, "Ehliyet", DİA, C. X, s.538; APAYDIN, H. Yunus, İslâm Hukuk Usulü, Bilay Yayınları, Ankara, 2018, s. 182.

¹⁶ KARAMAN, C.I, s. 263; APAYDIN, s.182.

¹⁷ AYDIN, Mehmet Akif, "Avarız", DİA, C. IV, s. 108.

¹⁸ ÇALIŞ, Halit, İslam Hukukunda Ehliyet Teorisi: Ehliyet Arızaları Ekseninde Farklı Bir Bakış, s.115-130; AYDIN, "Avarız", DİA, C. IV, s. 108.

açısından ehliyet arızaları en geniş bir kapsamda kabul edilerek, ehliyet arızası olabilecek olan tüm haller belirtildi.

Ehliyet arızaları semavi ehliyet arızaları ve müktesep ehliyet arızaları olmak üzere ikiye ayrılır. Semavi ehliyet arızaları meydana gelmesinde kişinin çabasının, seçiminin bulunmadığı arızaları ifade eder. Müktesep arızalar ise insanın çaba ve seçimi sonucu meydana gelen ehliyet arızalarını ifade eder. Bu arızalar fıkıh kitaplarında ayrı ayrı ve detaylı olarak yer almışlardır.¹⁹

1. Semavi Ehliyet Arızaları

Gerçekleşmesi insanın elinde olmayan ehliyet arızalarıdır. Bu ehliyet arızasında kişinin etkisi bulunmaz. *“İnsanın kesbi, irade ve ihtiyarı olmaksızın vücuda gelip ehliyeti vücubunu, ehliyeti edasını tamamen veya kısmen izale eyleyen manalardan ibarettir.”*²⁰

Semavi ehliyet arızaları şunlardır: Akıl hastalığı (cünun), bunama (ateh), bayılma (iğma), uyku (nevm), ölümle sonuçlanan hastalık (maraz-ı mevt), kölelik (rıkk), küçüklük (sığar), unutmama (nisyan), ölüm (mevt), aybaşı hali (hayz), lohusalık (nifas).²¹

2. Müktesep Ehliyet Arızaları

*“İnsanın kesbi, irade ve ihtiyarı ile vücuda gelip ehliyetine az çok tesir eden manalardır.”*²² Gerçekleşmesinde insanın iradesinin etkisinin bulunduğu ehliyet arızalarıdır. Bu ehliyet arızasında kişinin kendisinin veya üçüncü bir şahsın etkisi bulunur. Müktesep ehliyet arızaları şunlardır: Sarhoşluk (sekr), sefahet (sefeh), yolculuk (sefer), bilmemek (cehl), yanılmak (hata), ikrah, gayri ciddi davranmak (hezl), borçluluk, iflas.²³

¹⁹ BARDAKOĞLU, “Ehliyet”, DİA, C. X, s.538; ŞABAN, s.299; AVCI, s.344; ZUHAYLİ, C. V, s.99.

²⁰ BİLMEN, Ömer Nasuhi Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, C. I, s.32.

²¹ KARAMAN, C.I, s. 262; AVCI, s.344, DÖNDÜREN, Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku, Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras, Konya, 1977, s. 68; KELEBEK, Mustafa, “İslam Aile Hukukunda Velayet”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sivas, 1996, s. 33.

²² BİLMEN. C. I, s.32.

²³ KARAMAN, C.I, s. 262; CİN – AKGÜNDÜZ, s.452; AVCI, s.344; DÖNDÜREN, s. 68; KELEBEK, s.33.

Ehliyet arızalarını en geniş şekilde kabul ederek bu makale ele alınmıştır. Ancak sefahlik durumuyla alakalı mezhepler arasında tartışma olması sebebiyle kısaca bu duruma değinilecektir.

II. ÖLÜM HASTALIĞI

A. Hastalık

Hastalık sağlıklı olma halinin, sıhhatin değişmesi durumudur. Hastalık kişinin tüm yaşam dengesini tehdit eden, kişiyi strese sokan bir durumdur. Hastalık dediğimiz bu olay, kısa süreli veya uzun süreli olabilir. Ayrıca; bireyin yaşamını tamamen etkilemeyen bir durum olabileceği gibi sonucu genellikle ölümlle biten yani kişiye ölümlle burun buruna olduğunu hatırlatacak cinsten de olabilir. Genel bir ayırım yapacak olursak hastalık; ölümlle sonuçlanan hastalık ve ölümlle sonuçlanmayan hastalık olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayırımın sebebi hukuken bu iki durumun sonuçlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır.²⁴

1. Ölümlle Sonuçlanmayan Hastalık

Bu hastalık; sıhhatin geçici olarak kesilmesi ve daha sonra sıhhat durumunun geri gelmesini ifade eden hastalıktır. Bu hastalığın sonucu olarak kişi, namazını ayakta kılamayacak durumda ise oturarak, bunu da gerçekleştiremeyecek durumda ise ima ile kılabılır. Orucunu tutamayacak halde ise sağlığına kavuşunca kaza ederek, oruç tutacak hale tekrar gelemese fide vererek bu dini vecibeyi gerçekleştirebilir. Bu kişi mahremiyet sebebiyle yabancı kişilerin görmesinin caiz olmadığı yerlerini hastalığın tedavisi için hekimlere gösterebilir. İşte tüm bu durumlar hasta olan kişiye dinimizin tanıdığı kolaylıklardır.²⁵ Ancak bu makalede ele alınacak konu ölüm hastalığıdır.

2. Maraz-ı Mevt (Ölümlle Sonuçlanan Hastalık)

Maraz hastalık, mevt ise ölüm anlamına gelmektedir. Maraz-ı mevt ise ölüm hastalığı anlamına gelir.²⁶

Hastalık, sözlükte; *“Organizmada birtakım değişikliklerin ortaya çıkmasıyla sağlığın bozulması durumu, rahatsızlık, çor, dert, sayrılık, illet,*

²⁴ SAVA PAŞA, İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, Çev. Baha Arıkan, Söğüt Ofset, İstanbul, C. II, s. 325; OKYAVUZ, Ülgen, “Ölüm ve Ölümcül Hastalık”, Kriz Dergisi, III/1, 1995, s. 185.

²⁵ SAVA PAŞA, C.II, s.325; ÇALIŞ, s.154; APAYDIN, s. 186,187.

²⁶ PAÇACI, İbrahim- KARAGÖZ, İsmail, vd, Dini Kavramlar Sözlüğü, Ankara, 2006, s. 409.

*maraz, maraza, esenlik karşıtı*²⁷ anlamına gelmektedir. Ölüm ise sözlükte; *“Bir insan, bir hayvan veya bitkide hayatın tam ve kesin olarak sona ermesi, ahiret yolculuğu, ebedî uyku, emrihak, irtihal, memat, mevt, vefat*²⁸ anlamına gelmektedir.

Ebu'l-Leys'e göre ölüm hastalığı; *“Hastanın, namazını ayakta kılmaya gücü yetmeyecek durumda olması halidir.”*²⁹

Zuhayli'ye göre ölüm hastalığı; *“Doktorların tespitine göre çoğunlukla ölümün söz konusu olduğu yahut çoğunlukla meydana gelmese bile ölüm ile sonuçlanan hastalıktır. Yani bu konuda kabul edilen esas, çoğunlukla görülmesi dahi böyle bir hastalıktan çokça insanın ölmüş olmasıdır.”*³⁰

Mevsili'ye göre ölüm hastalığı; *“İnsanı aşırı derecede zayıf düşürüp sağlığını kaybettiren ve kendi kendine ihtiyaçlarını yerine getirmekten aciz bırakan hastalıktır.”*³¹

Kadri Paşa'ya göre ölüm hastalığı; *“... Öyle bir hastalıktır ki ekseriya onda ölüm korkusu olduğu halde hasta daha önce dışardaki işlerini yürütebilir haldeyken, hastalık sebebiyle ev dışındaki işlerini yürütemez hale gelmiş ola. Bu hastalığın hastayı döseğe düşürüp düşürmemesi önemli değildir.”*³²

²⁷ TDK Sözlük “Hastalık”

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c7fc60dee2c20.29705528, E.T. 06.03.2019.

²⁸ TDK Sözlük “Ölüm”

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c7fc8ff9ae889.63215598, E.T 06.03.2019.

²⁹ Fetâvâyi Hindiyîye, Çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, C. IX, 1999, s. 332.

³⁰ ZUHAYLİ, C. VI, s. 537. Tanım için bkz. ES-SAĞİRCİ, Esad Muhammed Said, Ter. H. Aldemir-S. Kocabaş- S. Duman, Delilleriyle Hanefi Fıkhı, Polen Yayınları, İstanbul, 2009, s. 917,918

³¹ MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd (ö. 1248), el-İhtiyar li- Ta'lîfî'l-Muhtar, Çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş vd., NuhYayıncılık, İstanbul, 2017, C. III, s. 540.

³² AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986, s. 206; Kadri Paşa, El- Ahvalüş Şahsiyye, md. 266.

Bilmen'e göre ölüm hastalığı; *"Hastayı zayıf düşürüp kendisinde ölüm korkusu bulunan hastalık demektir. Araya sıhhat girmeden bu hastalık kişiyi ölüme götürür."*³³

İslâm hukukunda hastalıktan kasıt genellikle ölüm hastalığıdır. Çünkü ölüm hastalığının hukuki işlemlere etkisi oldukça fazladır. Ölüm hastalığına yakalanan kişi ölüm korkusu içerisinde normalde yapmayacağı davranışları gerçekleştirebilir. Ölüm hastası olan kişi geçmişi telafi etmek, geçmişteki hatalarını affettirmek için son fırsatını değerlendirmek ister. Bu davranışların sebebi kişinin ölüme yaklaşması sonucunda malını sevdiği kişilere daha çok vermeye çalışmak, sevmediği kişilere mal bırakmamak suretiyle onlara zarar vermek, daha fazla sevap kazanmak ve hayır işlemek amacıyla malını sadaka olarak vermek, vakıf kurmak veya malını bağışlamaktır.³⁴ İnsanda ölüm

³³ BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Fıkıh İlmi ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2016, s. 133.

³⁴ AYDIN, s.217; ÇALIŞ, s.155; *Kadı Mevlânâ Abdi b. Eymir ve Râcil el-Hâc Mehmed b. Abdullah nâm kimesneler, vesâyeti bimâ hüve tarîki's-sübût şer'an sâbit olan, âti'z-zikr olan merhûmun Ömer, Ayşe ve Fâtıma nâm evlâdının vasiyy-i muhtârı olan Hamza b. Halil mahzarında, âti'z-zikr olan vakfın mürtezikasından olan Mevlânâ Tahir b. Mehmed'den sâdır olan da'vâ-yı sahiha-i şer'iyede gıbbe'l-istişhâd şöyle şehâdet ettiler ki, bundan akdem mahmiye-i Kostantiniyye'de vâki' merhûm ve mağfûrun-leh Sultan Selim Hân -aleyhi'r-rahme ve'r-ridvân- İmâreti kurbundaki Cebeci başı mahallesinde vefât eden ve sâbikan Ankara kasabasında Medrese-i Seyf 'de müderris olan merhûm Mevlânâ Muslihiddin b. Mahmud maraz-ı mevte yakalanıp başını ölüm yastığına koyduğunda keyfiyyet-i ahvâlini tefekkür ve umûrunu tedebbür edip ecel-i ma'dûdunun tükenip yevm-i mev'ûdun geldiğini idrâk etti. Dâr-ı bekâda azık olsun diye mallarının bir kısmını cihât-ı meberrâta bezl edip bazı emlâkını vücûh-i hayrâta sarf etmek istedi. Muhallefâtından ve mahz-ı menâlinde yüz altınıni ayırıp [nakid vakfını câiz gören] eimme-i müctehidîn kavline binâen vakıf olarak vasiyyet etti. Meblağ-ı mezbûrun senelik eksiksiz fazlasız tâm olarak ona on bir rıbh ile istiğlâlini şart etti. Mu'amelenin rehn-i kavî ve kefil-i melî ile yapılmasını veya haseb-i iktizâ-i hâl birisiyle iktifâ edilmesini şart etti. Allahü te'âlânın rıbh ve galleden rızık verdiğinden yevmî üç akçeyi kırâ'ata kâdir sulehâdan üç kârîye istedikleri yerde ve istedikleri zamân Kur'ân-ı azîm ve furkân-ı kerîmden her gün birer cüz' okumaları şartıyla ta'yîn etti. Cüz'ün birinin okunmasını müddet-i hayâtınca müdde'î-i mezkûra şart etti. Diğer cüz'ün tilâvetini vasiyy-i mezbûra şart etti. Her hafta iki akçeyi salâh ve sedâd ile mevsûf iki kimesneye her birinin pazartesi ve perşembe günleri Kur'ân-ı azîm ve furkân-ı kerîmden bir cüz' okumaları şartıyla ta'yîn etti. Cüz'ün birinin tilâvetini müddet-i hayâtınca, Kara müezzin diye ma'rûf Ankaravî Müezzin Mahmud'a şart etti. Diğer cüz'ün tilâvetini ise kayd-ı hayâtınca Ankaravî Mehmed b. Haydar'a şart etti. Her sene yüz elli akçeyi vakıf mütevellisine ta'yîn etti. Kalanı*

korkusunun sebepleri içerisinde en önde olan durum ölümcül hastalıktır. İnsan ölüm ile burun buruna olduğunu bildiğinde ölüm korkusunu en şiddetli haliyle yaşar.³⁵ Ölüm korkusunun İbni Sina'ya göre yedi sebebi vardır. Bu sebeplerden bir tanesi ise ölüm korkusu yaşayan kişinin arkada bırakacağını düşündüğü mal ve miras için üzüntüye düşmesidir.³⁶ Ölüm hastasında da bu düşünce mevcuttur.

a. Maraz-ı Mevtin Gerçekleşmesinin Şartları

İslâm hukukçularının ölüm hastalığıyla alakalı olarak yapmış oldukları tanımları değerlendirerek ölüm hastalığının şartlarını ortaya koyabiliriz.

* Hastalık kişiyi ölüme götürecektir cinsten olmalıdır. Yani bir hastalığın hukuki anlamda ölüm hastalığı olarak değerlendirilebilmesi için hastalığın ölümcül olması ve kişiyi ölüme götürmesi gerekir.³⁷

* Ölümün, bu hastalıkla alakalı olarak ve araya sıhhat girmeden gerçekleşmesi gerekir. Yani kişi bu hastalığa yakalandıktan sonra yine bu hastalık sebebiyle ölmüş olmalıdır. Hastalık ölümlerle sonuçlanmalıdır. Bu hastalık sonrası kişinin sağlığına kavuşmasına rağmen bu sıhatten kısa bir süre sonra kişinin ölmesi halinde bu kişinin durumu maraz-ı mevt kapsamında

rakabe-i vakf-ı mezbûra şart etti. Vâkıf bu vasiyyeti üzre vefât etti. Sikât ve udûlden olmaları sebebiyle şehâdetleri ba'de şerâiti'l-kabûl inde's-şer' mu'teber ve makbûl oldukdan sonra hâkim meblağ-ı mezbûrun vâkıfı mezbûr Muslihiddin'in sülûs-i malından yapılmış vasiyyet-i mezbûrenin sıhhatine hükmetti. Cerâ zâlîke ve hurrîre fî evâli Şa'bân sene 970. Şuhûdü'l-hâl: Mevlânâ Ali b. Mehmed, Mevlânâ Mustafa b. Mahmud el-müderri, Mevlânâ Mehmed el-kādî, el-Hâc Ferhad b. Abdullah, Yusuf b. Mahmud, Hasan b. Pîr Ahmed, Osman b. el-Hâc Ferhad. İstanbul Kadı Sicilleri, Balat Mahkemesi, 02 Numaralı Sicil, C. 11, s. 138, Hüküm no: 166, Orijinal metin no: [31b-2, Arapça], www.kadısicilleri.org E.T. 02.11.2018. Bu kadı sicilinde ölüm hastası olan kişi, sona yaklaştığını, ölümlerle burun buruna geldiğini anladığından dolayı ölüm hastasının ahiret hayatına katkıda bulunma düşüncesi hat safaya çıkmıştır. Dünya hayatındaki son zamanlarını yaşadığından sevap kazanma arzusuyla malının bir kısmını hayra harcama kararı vermiştir. Bu amaçla da para vakfı kurmuştur. Bu sicil kaydı, ölüm hastasının son zamanlarını yaşamaması sebebiyle sevap kazanma amacıyla yaptığı infaka bir örnektir.

³⁵ KOÇ, Mustafa, "Ölüm Psikolojisi I", Tasavvuf İlimi ve Akademik Araştırma Dergisi, VIII, 2002, s. 125.

³⁶ İBNİ SİNA, Ölüm Korkusundan Kurtuluş Risalesi, Namaz Risalesi, Çev. M. Hazmi Tura, İstanbul, 1959, s. 12, 13, 19, 20.

³⁷ KARAMAN, C.I, s. 266.

değerlendirilmez. Çünkü bu hastalıkla ölüm arasındaki bağlantı, illiyet bağı sıhhat sebebiyle kesilmiştir.³⁸

* Hastada bu hastalık sebebiyle ölüm korkusu ve ölüm kanaati bulunmalıdır. Bu şart İslâm hukukçuları tarafından özellikle dikkat edilen bir husustur. Çünkü kişinin tasarruf işlemlerinin, maraz-ı mevt sebebiyle geçersiz olması için ölüm korkusunun, ölüm hastası olan kişinin iradesini etkilemesi gerekir.³⁹

Bu şartlar İslâm âlimlerinin ölüm hastalığı üzerinde ittifak ettiği şartlardır. Bu net olan şartlar dışında bir de bazı âlimlerin kabul ettiği yani tartışmalı olan şartlar vardır. Ölüm hastalığının süresi bu şartlardan bir tanesidir. Net olarak bir süre belirlenmiş olmamakla beraber Mecelleğe göre ve bazı âlimlere göre ölüm hastalığının bir sene içinde ölümlerle sonuçlanması halinde kişi maraz-ı mevt kabul edilir. Kişinin hastalığı bazen artıp bazen de azalıyorsa bu şekildedir. Ancak kişinin hastalığı sürekli olarak artıyorsa bu kişi bir yıl içinde ölmese dahi maraz-ı mevt sayılır. Ancak maraz-ı mevt kapsamında değerlendirilme süresi ağırların şiddetlenmeye başladığı zaman esas alınarak değerlendirilir.⁴⁰

Tanımlamalardan anlaşılacağı üzere ölüm hastalığı üzerinde birtakım ihtilaflar mevcuttur. Bu ihtilaflardan belki de en önemlisi olarak daha önce belirttiğimiz durum hastalığın artarak devam etmesi halinde bu hastalık hali ile ölüm arasındaki süre bir yılı geçse dahi ölüm hastalığı olarak kabul edilecek midir? Sorusudur. Fakihlerin büyük bir kısmı hastalığın süresi ile alakalı net bir süre ortaya koymamışken, hastalığın Mecelledeki tanımından yola çıkacak olursak hastalığın değişim gösterdiği zamandan itibaren yine bir yıl içinde ölüm şartı vardır. Yani kişinin ölüm hastası olarak kabul edildiği süre yine son bir yılı kapsar. Bu sebeple hastalık süresi bir yılı geçse dahi ölüm hastalığının hukuki işlemlere etkisi bakımından azami olarak son bir yılı kapsayacağı yorumunda bulunulabilir.⁴¹

³⁸ KARAMAN, C.I, s. 267; İBN ABİDİN, Muhammed Emin (ö. 1836), Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar, Çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, C. VI, s.460.

³⁹ BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s.39.

⁴⁰ ŞELLİ, Hatice Kübra, "Maraz-ı Mevt Halinde Yapılan Hukuki Tasarrufların Geçerliliği Problemi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi, Şanlıurfa, 2012, s.46; Ali Haydar Efendi, Hocaemin efendizade (ö.1935), Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, C. IV, s. 102.

⁴¹ BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s.39.

Ayrıca, bir hastalığın ölüm hastalığı olarak kabul edilmesinin şartlarından bir tanesi de erkek hastanın evin dışındaki, kadın hastanın ise evin içindeki işlerini yerine getirememesidir. Erkeğin mescide gidememesi, dükkânına gidememesi gibi sebepler ölüm hastalığının göstergelerindedir. Ancak bu kişi sağlıklı iken de bu fiilleri yaşlılık veya ayağındaki bir kusur sebebiyle gerçekleştiremiyorsa bu belirtiler ölüm hastalığına işaret sayılmaz.⁴²

Mecelle'de bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: *“Maraz-ı mevt ol hastalıktır ki ekseriya anda ölüm korkusu olduğu halde hasta zükûrdan ise hanesi haricinde ve inâstan ise hanesi dahilinde olan mesalihini görmekten âciz olup bu hal üzere bir sene mürur etmeden vefat eyleye; gerek sahib-i firaş olsun ve gerek olmasın. Ve eğer marizin marazı mümted olup da daima bir hal üzere bir sene geçerse ol marizin marazı müştet ve hali müteğayyir olmadıkça sahih hükmünde olup tasarrufatı, sahihin tasarrufatı gibidir. Amma marazı müştet ve hâli müteğayyir olup da bir sene geçmeden vefat ederse vakt-i teğayyürden i'tibaren vefatına dek olan hâli maraz-ı mevt addolunur.”*⁴³

Konu ile alakalı fetvaya göre; *“Zeyd, hasta olup kendi ihtiyaçlarını görmeye kadir olmayıp galip hali ölmesi iken bazı eşyasını karısı Hind'e hibe ve teslim ettikten sonra Zeyd ölüp hastalığının başlangıcından ölümüne kadar dokuz ay geçmiş olsa, diğer verese, hibeye razı olmayıp bu eşyayı mirasa katmaya kadir olurlar mı? ELCEVAP: Olurlar.”*⁴⁴

Bu Fetvada maraz-ı mevtin şartlarının birçoğu görülmektedir. Kişinin ölme ihtimali yaşama ihtimalinden daha fazladır. Kendi ihtiyaçlarını göremeyecek haldedir. Ayrıca, bu halde iken dokuz ay geçtikten sonra vefat etmektedir. Burada dokuz ayın özellikle zikredilme sebebi ölüm hastası olan kişinin hastalıktan itibaren en fazla bir yıl içerisinde vefat eylemesinin gerekliliğidir. Bir yılı geçmesi halinde bu hastalık ölüm hastalığı olarak değerlendirilmeyecektir.

“Zeyd hasta olup lakin galib hali helak olmayıp haric-i beytinde olan mesalihi görmeye kadir iken zevce-i medhûl- bihası Hind'i bayinen tatlik

⁴² İBN ABİDİN, C.VI, s.459; BİLMEN, C. VII, 1970, s.310; FERRUH, Ömer, İslam Aile Hukuku, Sebil Yayın evi, İstanbul, 1994, s. 162.

⁴³ Mecelle md. 1595, Maddelerin sadeleştirilmiş hali için bkz. İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçesiyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.491.

⁴⁴ HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (ö. 1549), Mülteka'l-ebhur, Çev. Mustafa Uysal, İstanbul, C. III, 1973, s. 385.

ettikten sonra iddeti içinde Zeyd fevt olsa Hind Zeyd'e varise olur mu?
ELCEVAP: Olmaz."⁴⁵

Fezviye'deki bu fetva maraz-ı mevtin kapsamına girmeyen hususları çok güzel bir şekilde ortaya koymaktadır. Ölüm ihtimali yaşama ihtimalinden daha zayıf olan bir erkek vardır. Yaşama ihtimali daha yüksek olduğundan bu kişi ölüm hastası olarak değerlendirilmez. Ayrıca ölüm hastalığının Mecelledeki tanımında bulunan, erkek için ev dışındaki işlerini yapamaz halde olma şartı bu fetvadaki durumda bulunmamaktadır. Erkek, ev dışındaki işlerini yapabilmektedir. Bu sebeple de ölüm hastası olarak değerlendirilmez. Fetvada açık bir şekilde bu kişinin ölüm hastası olarak değerlendirilmeyeceği her ne kadar yazılmamışsa da bain talak ile alakalı verilen hükümden bu sonuç çıkarılmaktadır. Maraz-ı mevtin hukuki işlemlere etkisi konusunda görüleceği üzere eğer ki kişi ölüm hastası olarak değerlendirilmiş olsaydı, mirasa hak kazanırdı. Ancak varis olmayacağı belirtildiğinden buradaki kişinin ölüm hastası olarak değerlendirilmeyeceğini anlamış olduk.

Ölüm hastası olan kişinin bir takım hukuki işlemler bakımından kısıtlı olması hususu, hukuki bir durumdur. Ancak, bu kişinin ölüm hastası olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi hususu tıbbi bir konu olup bu hususta uzman olan Müslüman bir hekimin vereceği karar önemlidir. Çünkü ölüm hastalığı her zaman net bir şekilde anlaşılabilir. Anlaşılsa bile bu konuda tartışma bulunabilir. Bu noktada hekimlerin kararı önem arz eder. Hakimler bu hususta hekimlerin yardımına ihtiyaç duyarlar.⁴⁶

Hangi hastalıkların ölüm hastalığı olarak kabul edileceği hususu döneme ve bulunulan coğrafyaya göre farklılık gösterebilir. Çünkü bir hastalığın tedavisi bir zamanlar mümkün değilken daha sonraki bir zamanda tıp ilminin gelişmesi sonucu mümkün hale gelebilir. Bu durumda bu hastalık ölüm hastalığı olmaktan çıkmış olur. Bir hastalığın tedavisi bir bölgede mümkünken diğer az gelişmiş olan bölgelerde mümkün olmayabilir. Bu noktada ise bu hastalığın ölüm hastalığı olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu fukaha ile doktorların ortak kararı ile çözüme ulaştırılmalıdır.

Günümüz hukukunda uygulaması bulunmayan ölüm hastalığı, günümüz hukukuna uyarlanacak olursa çağın teknolojik ve tıbbi gelişmeleri göz önüne

⁴⁵ Şeyhülislam Fezullah Efendi, Fetâvâ-yı Fezviye, Haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009, fetva no:434, s. 63.

⁴⁶ EKİNCİ, Ekrem Buğra, "Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları", Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatirasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 197; ŞELLİ, s. 48.

alınarak uygulama alanı bulabilecek bir ehliyet arızası çeşidi olarak ortaya çıkacaktır. Günümüz hukukunda bazı kanser çeşitleri⁴⁷, organ yetmezliği, kafa travması gibi hususlar ölüm hastalığı kapsamında değerlendirilebilecek hastalıklardandır.⁴⁸

Ölüm hastalığının kişinin ehliyetini sınırlandıran bir konu olarak değerlendirilmesinin sebebi hastanın irade beyanı ile gerçek iradesinin ölüm korkusu sebebi ile örtüşmemesidir. Bu sebeple ölüm hastalığı dışında olmakla beraber ölüm korkusu oluşturan ve ölümlü sonuçlanması kuvvetle muhtemel olan bazı durumlar da ölüm hastalığına kıyasen maraz-ı mevt hükmünde kabul edilir.⁴⁹

b. Maraz-ı Mevt Hükmünde Kabul Edilen Durumlar

*Kendisine denk güçte veya kendisinden daha güçlü bir kişi ile düello veya kavga yapacak olan kişi⁵⁰

*Kıyas veya recm cezasının infazını bekleyen kişi⁵¹

*Geminin parçalanması sonucu denize atılan veya denizin ortasında sadece bir tahta parçasına tutunmuş bir halde olan kişi⁵²

*Yırtıcı hayvanın pençesine düşen kişi⁵³

*Doğum sancısı çeken hamile kadın⁵⁴

Hamile kadın normal şartlar da sağlıklı bir kişi hükmündedir. Ancak, hamile kadının şiddetli bir şekilde doğum sancısı olursa, bu halde ölüm hastası hükmünde kabul edilir. Bazı alimler bu sancının kadın doğuruncaya veya ölünceye kadar devam etmesi şartını aramışken bazı alimlere göre bu sancı,

⁴⁷ Akciğer kanseri, pankreas kanseri ve meme kanseri en sık karşılaşılan ve ölümlü sonuçlanma ihtimali yüksek olan kanser çeşitlerindedir. BAYKARA, Onur, "Kanser Tedavisinde Güncel Yaklaşımlar", Balıkesir Sağlık Bilimleri Dergisi, V/3, Balıkesir, 2016, s. 155.

⁴⁸ ŞELLİ, s. 48.

⁴⁹ BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s.39.

⁵⁰ İBN ABİDİN, C.VI, s.457,458.

⁵¹ SERAHSİ (ö. 1097), Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, Mabsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, C. VI, 2008, s.255; MEVSİLÎ, C. III, s. 541.

⁵² MEVSİLÎ, C. III, s. 541; BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s.40.

⁵³ İBN ABİDİN, C.VI, s.458; MEVSİLÎ, C. III, s. 541.

⁵⁴ MEVSİLÎ, C. III, s. 541.

ara verse de ölüm hastalığı niteliğinde kabul edileceğini söylemiştir. İmam Malik ise hamileliğin altıncı ayı tamamlandıktan sonra kadın ölüm hastası kabul edilir demiştir. Bazı alimlere göre ise hamile kadın ağrı çektiğinde maraz-ı mevt gibi değerlendirilir. Ancak bu durumdan kurtulursa ağrı zamanındaki işlemleri maraz-ı mevt kapsamında değilmiş gibi değerlendirilir.⁵⁵

Bu kişilerin hangi şartlar altında ve hangi tür işlemler için ölüm hastası hükmünde sayılacağı konusu tartışmalıdır. Zahiriler ve İmamiye mezhebinden olan âlimlerinin çoğu bu kişilerin ölüm hastası hükmünde olduğu görüşüne katılmaz. Cumhur'un görüşünün aksine Malikiler fırtınalı havada deniz yolculuğuna çıkmayı, Hanefiler ise ölüm tehlikesi içinde savaşa katılmayı, esir düşmeyi ve zindana atılmayı ölüm hastalığı hükmünde olan durumlardan saymazlar.⁵⁶

Tüberküloz, damla, felç, kötürüm olma, sıtma, romatizma, diyabet gibi hastalıklar, had veya kısas olarak katle mahkûmiyet, savaşa katılma gibi durumlar tartışmalı olmakla beraber ölüm hastalığı hükmünde olmadığı konusunda görüşler daha fazladır. Çünkü bu hastalıklarda ve durumlarda kişinin kurtulma ihtimali, ölüm ihtimalinden daha fazladır. Bu sebeple kişiye tesir eden ölüm korkusu, iradesini değiştirecek ölçüde değildir. Ancak bu hastalıklar veya içinde bulunulan zor durum giderek artıyorsa kişi ölüm hastası hükmünde kabul edilir.⁵⁷

Bir hastalığın veya hastalık hükmünde kabul edilen durumun sonucu genellikle ölüm ile bitiyorsa bu durum ölüm hastalığı olarak kabul edilebilirken, sonucu genellikle ölüme bitmeyen diğer durumlarda kişi ölüm hastası hükmünde olmaz. Örneğin; kısas veya recm cezası almış ve bu cezanın infazı olarak yakın bir süre sonra öldürülecek olan ve bu sebeple meydana çıkarılmış olan kişinin ölme ihtimali yaşama ihtimaline göre çok daha kuvvetlidir. Bu sebeple ölüm hastası hükmündedir. Ancak hapiste bulunan ama öldürülmek için henüz hapisten çıkarılmayan bir kişinin yaşama ihtimali ölme ihtimalinden daha yüksektir. Çünkü bu kişi kurtulabilir. Bu sebeple de ölüm hastası hükmünde değildir. Ölüm hastası hükmünde kabul edilen

⁵⁵ İBN ABİDİN, C.VI, s.470; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 101.

⁵⁶ BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s.40.

⁵⁷ BİLMEN, C. VII, s.311; SERAHSİ, C. VI, s.255; MEVSİLÎ, C. III, s. 541; EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2016, s. 406.

durumlarda eğer kişi ölmezse ve bu durumlardan kurtulursa sağlıklı bir kişinin ehliyetine sahip olarak hayatına devam eder.⁵⁸

Ölüm hastalığı, hasta olan kişinin üzerine vacip olan şeri hükümler üzerinde etki doğurmaz. Yani şeri hükümler konusunda kişi sağlıklı bir kişi gibi ehliyetlidir. Bu şeri hükümler Allah hakkı, kul hakkı, ibadet ehliyetini kapsamaktadır. Bu durumun sebebi ölüm hastalığının kişi üzerinde zimmete, konuşmaya ve akla dair bir etkisinin olmamasıdır. Sadece kişinin iradesinin ölüm korkusu sebebiyle etkilenme ihtimali vardır.⁵⁹

Ölüm hastalığı, akla zarar vermemesi sebebiyle kişinin eda ehliyetini de genel manada sonlandırmaz. Bu sebeple ölüm hastası kişinin evlenme, boşanma, satış, hibe, icâre gibi işlemleri geçerlidir. Ancak ölüm hastasının belirli durumlarda bazı tasarrufları kısıtlanmıştır. Zahiriler ile İmamiyye dışında İslâm hukukçularının büyük bir çoğunluğu ölüm hastalığında veya bu hükümde olan bir durumda bulunan kişinin iradesinin sıhhatli bir kişi gibi olmaması sebebiyle alacaklısı veya varislerinin haklarını ihlal edecek hukuki işlemlerde bulunabileceğinde ittifak halindedir. Bu şekilde bir hak ihlalinin önüne geçebilmek adına ölüm hastası olan kişinin bazı tasarruflarının kısıtlanması gerekmektedir. Ancak bu ihtimal çok kuvvetli olmadığından ölüm hastasının tüm hukuki fiillerinin kısıtlanması gereksiz görülmüştür. Ancak bazı hukuki işlem türlerinde özel olarak ölüm hastasının eda ehliyeti kısıtlanmıştır.⁶⁰

c. Ölüm Hastasının Hukuki İşlemlerinin Kısıtlanmasının Sebepleri

Ölüm hastasının bir takım fiillerinin kısıtlanması hususunda seddi zeria ve mesalihi mürsele⁶¹ gibi deliller büyük önem taşımaktadır.⁶² Sözlükte kapatmak, engellemek anlamlarına gelen sedd-i zeraî; *“Kendi başına mubah olan bir fiilin şer’an sakıncalı bir sonuca götürüleceğinden emin olunması veya bunun kuvvetle muhtemel bulunması sebebiyle yasaklanmasını ifade eder.”*⁶³ Seddi zeraînin görünüm şekli üç farklı durumda ortaya çıkabilir. Ölüm hastalığında, bu üç durumdan bir tanesi olan vasita konumundaki meşru fiilin

⁵⁸ İBN ABİDİN, C. VI, s.459; BİLMEN, C. VII, s.311; SERAHSİ, C. VI, s.255; Ali Haydar Efendi, C. IV, s. 101.

⁵⁹ ZUHAYLİ, C. V, s.104.

⁶⁰ ZUHAYLİ, C. V, s.104; BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s.40.

⁶¹ Daha fazla bilgi için bkz., ŞABAN, s. 170.

⁶² ŞELLİ, s. 33.

⁶³ DÖNMEZ, İbrahim Kafi, “Sedd-i Zerâî”, DİA, C. XXXVI, s.277.

meşru olmayan sonuç veya bu sonucu içeren fiile götürmesinin kuvvetle muhtemel olması durumu söz konusudur. Ölüm hastalığında kişi eğer kötü niyetli ise asıl amacın dışında bir sonuç elde edilmeye çalışarak üçüncü kişiyi zarara uğratır.⁶⁴

Hukuki işlemler bakımından her ne kadar asıl olan iç irade olsa da iç irade dışı yansımadağı takdirde hukuki anlamda herhangi bir sonuç doğurmaz. İç iradenin hukuki bir sonuç doğurabilmesi için beyan ile dışı aktarımı gerekmektedir. Hanefilere göre irade; ihtiyar ve rıza olmak üzere ikiye ayrılır. İhtiyar kişinin beyanı isteyerek yapmasını ifade ederken rıza ise beyan sonucu oluşacak olan hükmü de istemeyi ifade eder. Bu sebeple ihtiyar olmadan rıza olmaz. Ancak, rıza olmadan ihtiyar olabilir. Hanefiler dışındaki cumhura göre ise rıza ve ihtiyar ayrımı yoktur. İç irade rızadır, dış irade ise beyandır. Hanefiler ve Şafiler içi iradeden ziyade dış irade beyanına önem verirken, Malikiler ve Hanbeliler ise iç iradeye daha fazla önem verirler.⁶⁵

Ölüm hastalığında rızaya ihtiyardan daha fazla önem verilir. Kişinin amacının zarar vermek olduğu durumlarda bu sebeple, ölüm hastasının hukuki işlemi kısıtlanmıştır. Ölüm hastalığı durumunda hastanın iradesinin objektif iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde gerçekleşerek iyi niyetli üçüncü kişilere zarar verebileceğinden dolayı hacr (kısıtlılık) altındadır.⁶⁶

Maraz-ı mevtte kişi meşru olan bir fiilde bulunur. Ancak, meşru olmayan amaçla hareket edilmiş olabilir. Bu sebeple ölüm hastası olan kişinin hukuki işlemlerinde birtakım kısıtlılıklar vardır. Bu kısıtlılıkların temelini oluşturan meşru olmayan amaçlardan kasıt; ölüm hastası olan kişinin meşru fiillerle, alacaklılarının ve varislerinin (evlenme ve boşanma ile alakalı işlemlerde eşinin) haklarını zarara uğratma amacının bulunmasıdır. Bu durumda hakkın kötüye kullanılması⁶⁷ söz konusudur. Her ne kadar işlemler meşru olsa da sonuçlar ve gerçek irade meşru değildir. Zarar verme amacı taşımaktadır.

⁶⁴ DÖNMEZ, "Sedd-i Zerâi", DİA, C. XXXVI, s.278; ŞELLİ, s. 36.

⁶⁵ MEYDAN, Ahmet, İslam Hukukunda Muvazaa Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2006, s.4-8; ŞELLİ, s. 31-33; ÇAĞRICI, Mustafa-HÖKELEKLİ, Hayati, "İrade", DİA, C. XXII, s. 385,386

⁶⁶ ÇAĞRICI-HÖKELEKLİ, "İrade", DİA, C. XXII, s. 386.

⁶⁷ "Hakkın verilmiş gayesi dışında veya bir başkasına zarar verme kasdıyla ya da zarar verecek şekilde kullanılmasıdır."; KÖSE, Saffet, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1997, s. 56.

Ancak ölüm hastasının her işleminin zarar taşıdığını ve her işlemde ölüm hastasının kısıtlılık altında bulunması gerektiğine karar vermek kişilik haklarına aykırıdır. Çünkü; ölüm hastasının zarar amacı taşımayan işlemleri de bu kapsamda engellenirse diğer hak sahiplerinin de hakları zarara uğratılmış olur. Bu sebeple ölüm hastasının tüm hukuki işlemleri değil belirli bir takım hukuki işlemleri kısıtlanmıştır.

d. Maraz-ı Mevtin Psikolojik Etkisi

Ölüm hastası olan kişi öldükten sonra nereye gideceği, başına nelerin geleceği, dünya zevklerinden ayrı kalacağı, arkada bıraktığı kişileri bir daha görüp göremeyeceği gibi belirsizlikler yaşar. Bu belirsizlikler, ölüm hastası olan kişinin psikolojisini etkileyen, kişiyi normal bir kişinin davranışlarından farklı davranışlara sevk eden sebeplerden birkaç tanesidir.⁶⁸

Ölüm hastası olan kişi bu durumları düşünür ve iradesinde farklılıklar meydana gelir. Bu irade değişimi kişinin kısıtlılık altına alınması için gerekli bir sebep gibi görünmese de bu kişinin alacaklıları, mirasçıları, yakınları gibi kişilerin sahip olması gereken birtakım hakların korunması gerekliliği, ölüm hastasının kısıtlılık altına alınmasını gerektirir.

Ölüm hastalığında olan kişi öncelikle durumu kabullenmez, reddeder. Daha sonra öfkelenir, pazarlığa gider, ruhsal bir çöküntü yaşar en son evrede ise durumu kabullenir. Ölüm hastalığındaki bu evreler genellikle bu sırayı takip eder. Bu evrelerin her biri için ölüm hastası kişinin psikolojisi değişim gösterir.⁶⁹

Kişi normalde yapmayı düşünmediği, ölüm korkusu ve ölüme yaklaşma sebebiyle iradesinde birtakım değişimlerle yani kişinin sağlıklı iken yapmayacağı şeyleri bu durumda yapması, ölüm hastası kişinin iradesinin, bazı hukuki işlemlerinin sağlıklı olduğu zamanki gerçek iradesi ile aynı doğrultuda olmadığını en büyük göstergesidir. Ölüm hastasının bu işlemleri ile mirasçılarının veya alacaklılarının hakları zarara uğrayabilir. İslâm hukuku da bu durumu önlemek ve ölüm hastası olan kişinin malında bir şekilde hakkı bulunan üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla ölüm hastasının bazı hukuki işlemlerini sağlıklı kişilerin hukuki işlemlerinden ayırmak suretiyle bir takım hukuki düzenlenmeler yapmıştır.

⁶⁸ HÖKELEKLİ, Hayati, "Ölüm ve Ölüm Ötesi Psikolojisi", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, III/3, Bursa, 1991, s. 157.

⁶⁹ OKYAVUZ, s. 188.

Maraz-ı mevt, hukuki işlemlerin bazıları dışında kişinin kısıtlama altına alınmasını gerektirmez. Yani belirli hukuki işlemler için maraz-ı mevt olan kişi kısıtlıdır. Ancak o işlemler dışındaki hiçbir şey için kısıtlılık altında bulunmaz.

Ölüm hastalığının psikolojiye etkisi noktasında tartışılabilir olan bir nokta da ölüm hastası olan kişiye ölümcül bir hastalığı olduğunun söylenmemesi veya ölüm hastasının ölümcül bir hastalık taşıdığını bilmemesi halinde bu hastalığın kişinin iradesine etkisi var mıdır? Yoksa kişi bu hastalığı bilmediğinden dolayı psikolojik olarak sağlıklı bir birey ile aynı durumda mı kabul edilir?

Bu noktada ölüm hastası olan kişi, hastalığından bi haber olduğundan, kasıtlı olarak varislerine veya alacaklılarına bir zarar verme eğilimine girmeyecektir. En azından ölüme bu denli yakın olduğunu bilmediğinden ölüm korkusu iradesini etkilemeyecektir. Böyle bir korku bulunmadığından dolayı, ölüm hastası olan kişi ölüm hastası olduğunu bilmemesi halinde ölüm hastasının, hukuki işlemler bakımında kısıtlılık altında bulunmayacağı düşünülmektedir. Ancak bu noktada da hekimlerin ve psikologların görüşlerinin alınması ve hakimnin bu görüşler ışığında karar vermesi daha doğru bir yol olacaktır. Çünkü hastanın ölüm hastası olduğunu bilmemesine rağmen, yine de işlerini yapma noktasındaki eksiklikler onun iradesini etkileyebilir. Ayrıca hastanın yakınlarının haberinin olması halinde hasta üzerinde bu yakınlar, tahakküm kurarak hastanın iradesini etkileyebilirler.

e. Maraz-ı Mevtin Ehliyete Etkisi

Ölümcül olmayan hastalıkların ehliyete bir etkisinin olmadığını daha önce belirtmiştik. Ölüm hastalığı ise gerek eda gerek vücut ehliyetine engel değildir. Ancak belirli konularda ölüm hastası olan kişinin bazı fiillerinin kısıtlanmasını gerektirecek bir haldir. Ölüm hastalığındaki kısıtlamada ölüm hastasının iradesinin etkilenmesi sonucu kendisine zararı olacak işlemlerin engellenmesi durumu söz konusu değildir. Kişi bu haldeyken etrafındaki kişilerin bazılarının yararına bazılarının ise zararına olacak işlemleri sırf bu hastalık halinden dolayı yapabileceği sebebiyledir. Burada asıl korunan kişiler mirasçılar, alacaklılar gibi kimselerdir.⁷⁰

Ölüm hastasının bu işlemler yapılmadan önce kısıtlılık altına alınması mümkün olamamaktadır. Çünkü bir kişinin ölüm hastası olarak kabul

⁷⁰ AYDIN, s.217; ÇALIŞ, s.155; ŞELLİ, s. 51-53; BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s.39.

edilebilmesi için faklı görüşler olmakla beraber cumhura göre hastalık en fazla bir yıl devam etmeli ve sonucunda ölüm olmalıdır. Genel görüşe göre kişinin ölüm hastası olduğu ancak kişi öldükten sonra ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple de ölüm hastası kabul edilen kişinin azami olarak son bir yıl içindeki işlemleri geriye dönük olarak kısıtlanabilir. Yani kişinin iradesindeki sorun onun kısıtlanmasına sebep değildir. Burada belirli kişilerin zararına olacak türdeki işlemlerin önüne geçmek amaçtır.⁷¹

Başka bir görüşe göre ölüm hastalığı, bu hastalığın ölümcül olduğu anlaşıldığı anda geriye etkili olarak hastalığın başlangıcından itibaren gerçekleştirilen işlemler üzerinde etki doğurur. Yani hastalığın ölüm hastalığı olduğu an illa kişinin ölümü üzerine anlaşılır. Bu kişi ölmeden önce bu durum anlaşılabilir. Bu sebeple de kişinin işlemleri geriye dönük olarak kısıtlanmak zorunda değildir. Kişinin ölüm hastası olduğu anlaşıldığı anda hastalığın başlangıcından başlamak üzere bu kişi kısıtlılık altına alınabilir. Bu hastalığın etki doğurduğu işlemler üzerinde kısıtlılık bulunur.⁷²

Ancak genel kanı ölüm hastası olan kişinin sağ iken kısıtlanamayacağı şeklindedir. Yani geriye dönük olarak tasarrufların iptali söz konusudur. Konu ile alakalı fetvaya göre; *“Hind maraz-ı mevtinde cemi rızkını kardeşine ednâ baha ile bey eylese Hind’in zevci ve oğlu biz kabul etmeyiz bizden kaçırıp bey eyledi deseler şer’an kabul etmemek ellerinden gelir mi? Cevap: Gelmez.”*⁷³ Fetvadana da anlaşılacağı üzere ölüm hastası ölmediğinden,

⁷¹ EKİNCİ, “Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları”, s. 190,191, 197,198; ŞELLİ, s. 52,53; AKTAŞ, MuhammedAli, “Önceki Hukukumuzda Hacr”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018, s. 58,59; CİN- AKGÜNDÜZ, s. 455; Cumhur’a göre ölüme bağlı tasarruflar geriye doğru etkili olmak üzere son bir yıl için kişi maraz-ı mevt kapsamında kısıtlılık altında sayılır. Ancak Malikilere göre ölüm hastalığında geriye doğru kısıtlılık söz konusu değildir. Ölüm hastasının bu konudaki tasarrufları askıda hükümsüzdür. Yani Malikilere göre ölüm hastasının yapmış olduğu teberru işlemleri emniyet altında olmayan mallar bakımından teberru işlemi anında geçerli olmaz. Terekenin üçte birinden az miktarda olsa dahi hastanın ölecek olması veya hayatta kalacak olması net bir şekilde ortaya çıkmadan teberru geçerli olmaz. Ancak bu hükmün istisnası, değişiminden korkulmayan mallardan olan ev, ağaç gibi akarlardır. ZUHAYLİ, C.VI, s.538; AKTAŞ, s. 59.

⁷² SAVA PAŞA, C. II, s.326.

⁷³ N, v. 45a- 46b, 56a, Aktaran; İbni Kemal; İNANIR, Ahmet, “İbn Kemal’in Fetvaları Işığında Osmanlıda İslâm Hukuku”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 182.

yapılan işlem için dava açılmıyor. Ancak ölüm hastası öldüğünde varisine düşük bedel ile mal sattığı için geriye dönük olarak dava açılabilir.

Türk hukuk sisteminde yer almayan, yalnız İslam Hukukuna has olan bu ehliyet arızasını ve bu durumun hukuki işlemlere olan etkisine Osmanlı Devleti de önem vermiş ve bu duruma hukuki sonuçlar bağlamıştır. Ayrıca Mecelle’de bu konuya geniş ölçüde yer verilmiştir. Ölüm hastalığının bir takım hukuki işlemlere etkisinin olması İslam Hukukunun insan psikolojisine verdiği önemi gözler önüne sermektedir. Çünkü ölüm hastalığının bir ehliyet arızası olarak değerlendirilmesindeki asıl sebep kişinin kendisini ölüme yakın görmesi sebebiyle alacaklılarına veya varislerine fazladan birtakım haklar verme veya onlardan bazılarının sahip oldukları hakları noksanlaştırma amacıdır. Ölüm hastalarının bu sebeple psikolojilerinin normal bir kişiye göre etki altında olduğu düşünülür. Bu sebeple de ölüm hastalığı dört mezhep tarafından bir ehliyet arızası olarak kabul görür.⁷⁴

f. Maraz-ı Mevtin Hukuki İşlemlere Etkisi

Bir sonraki makalede ele alınacak olmasına rağmen, çok kısa bir şekilde ölüm hastalığının hukuki işlemler üzerindeki etkisine de değinmek gerekiyor. Ölüm hastası olan kişinin mali işlemleri dışındaki tasarrufları normalde herhangi bir kısıtlamayı gerektirmez. Ölüm hastalığında olan kişinin mali tasarrufları dışındaki işlemleri sağlıklı bir kişinin işlemleri gibi hüküm doğurur. Ancak mali işlemlerden olmamasına rağmen, sonucu itibariyle mali zararlara neden olabilen birtakım işlemleri de farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ölüm hastalığı içerisinde vakıf, vasiyet, hibe gibi teberru işlemleri; bey, icare, müzaraa, müdarebe gibi doğrudan mali sonuçları olan işlemler konusunda farklı değerlendirmeler söz konusudur. Ayrıca sonucu itibariyle mali birtakım etkileri olan evlenme ve talak konusunda da ölüm hastasının bazı işlemleri kısıtlılık altındadır.

Bu işlemlerle alakalı kısa bir bilgi vermemiz gerekirse; ölüm hastasının teberru gibi ivazsız işlemleri, ölüm hastasının varisleri için geçersizdir. Geçerli olabilmesi için diğer varislerin tamamının onayı gerekir. Varis dışındaki bir kişi için ise ölüm hastasının mallarının üçte biri oranında geçerlidir. Üçte biri aşan kısım varislerin onayına bağlıdır. Buradaki üçte birlik oranın sebebi ölüm hastalığının vasiyete kıyas edilmesidir. Ölüm hastasının terekesi borca batık

⁷⁴ EKİNCİ, “Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları”, s.192, 193.

ise varise veya yabancı birisine teberru işlemi alacaklıların iznine bağlıdır. Alacaklılar izin vermediği sürece işlem geçersizdir.⁷⁵

Ölüm hastasının ivazlı olan tasarrufları geçerlidir. Bu tasarrufun varislerden bir tanesi ile yapılması halinde diğer varislerin tamamının onayı olmadığı müddetçe işlem geçersizdir. Ebu Hanife'ye göre işlem emsal bedelle yapılsa dahi varisle yapılan işlem geçersizdir. Çünkü itham şüphesi devam etmektedir. İşlem yapılan kişi varislerden bir tanesi değil de yabancı bir kişi ise; emsal değerden aşağı olan satımlarda emsal değer ile satım değeri arasındaki farkın, ölüm hastasının borçları haricinde ki mal varlığının üçte birinden az olması gerekir. Aradaki fark daha fazla ise işlemin geçerliliği için varislerin bu işlemi onaylaması veya tasarrufta bulunan kişinin aradaki farkı karşılaması gerekir.⁷⁶

İcare, müzara, müdarebe gibi menfaate dayalı işlemler için ise menfaati hak olarak kabul etmeyen Hanefilere göre durum farklı, menfaati hak olarak kabul eden diğer mezheplere göre ise durum farklıdır. Hanefiler menfaati mal olarak kabul etmediğinden bu işlemlerde aradaki farka bakılmaksızın işlemin geçerliliği kabul görür.⁷⁷

Evlilik ve talak konusunda ise ölüm hastası ehliyetlidir. Ancak sonucu itibariyle birtakım sonuçlar olduğundan bu işlemlerde de bazı durumlarda kısıtlılık söz konusu olur. Talak ile alakalı olarak bain talakta iddet müddeti içerisinde mirasa hak kazanma durumu vardır. Ayrıca evlilikte de bu şekilde birtakım farklılıklar mevcuttur. Ölüm hastalığı sırasında mehri mislin üzerindeki mehre konu olan evliliklerle alakalı olarak sıhhatli kişi ile ölüm hastası olan kişi arasında fark bulunmaktadır.⁷⁸

III. SONUÇ

Sonucu genellikle ölüm ile başlayan hastalıklar yani ölüm hastalıkları İslâm hukukunda, hukuki açıdan ayrı bir önem arz eder. Ölümcül olmayan hastalıklardan farklı olarak ölüm hastalığı, kişinin iradesinde birtakım farklılıklara sebep olur. Bu farklılıklar kişinin alacaklılarının ve varislerinin haklarını zarara uğratabilecek cinsten olabilir. Bu hak kayıplarını engellemek için

⁷⁵ BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s.40.

⁷⁶ EKİNCİ, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, s. 407.

⁷⁷ ZUHAYLİ, C. V, s. 105, BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C:XXVIII, s.40.

⁷⁸ BAKKAL, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, C. XXVIII, s.41; İBN ABİDİN, C.XIII, s.289,290; BİLMEN, C. VII, s.315.

varislerin ve alacaklıların haklarını korumak için İslâm hukuku, ölüm hastası olan kişinin bir takım hukuki işlemlerini kısıtlamıştır.

Ölüm hastasının bazı işlemlerinin kısıtlanması diğer ehliyet arızaların birçoğunda olanın aksine, arızanın sebebi olan kişiyi korumak değil de daha ziyade ölüm hastasının mirasçılarının ve alacaklılarının haklarını koruma amacı taşımaktadır. Ölüm hastalığında kişinin borcu malvarlığından fazla ise alacaklıların hakkının korunması, malvarlığı borcundan fazla ise mirasçılarının hakkının korunması devreye girmektedir. Ve bu sebeple de birçok bakımdan kısıtlı kabul edilmeyen, yaptığı hukuki işlemler geçerli olan ölüm hastasının bir takım hukuki işlemleri kısıtlanmıştır.

Ölüm hastası olan kişi yalnızca, birilerine zarar vermek için hukuki işlemlerde bulunmaz. Varislerinden birilerine veya sevdiği kişilere normalden daha fazla hak sağlama isteği de hasil olabilir. Ancak burada da asıl hak sahiplerinin haklarını tecavüze uğratma durumu söz konusuysa ölüm hastasının işlemleri kısıtlıdır. Ancak, bu işlemleri yapması halinde geriye dönük olarak bu hukuki işlemlerin iptalini talep etme hakkı ölüm hastasının alacaklıları ve varislerinde bulunur.

Aslında Müslümanlar için ölüm bir son değil bir başlangıçtır. Bu sebeple ölüm sonrası hayata ve adalete inanmayan insanlara nisbeten Müslüman olan kişilerin ölüm korkusunun daha az olması gerekmektedir. Ölüm korkusunun azlığı doğal olarak ölüm hastası olan kişinin iradesindeki etkiyi de azaltır. Ancak ortadan kaldırmaz. Bu şekilde ahiret inancı olan insanlar da ölüme yaklaşma sonucu iyilik yapma, teberrularda bulunma, sadaka verme gibi faaliyetler artış gösterebilir. Her ne kadar bu faaliyetler ve ibadetler, gerekli de olsa asıl hak sahibi olan kişilerin haklarının korunması daha önceliklidir. Bu sebeple aşırıya kaçmadan, daha doğrusu hak sahiplerinin haklarına tecavüz etmeden, bu gibi fiiller yapılmalıdır.

Ölüm hastalığının hukuki olarak değeri ve önemi İslâm hukukunda olduğu gibi Osmanlı devletinde de devam etmiştir. Mecelle’de, Hukuki Aile Kararnamesi’nde, kadı sicillerinde ve fetvalarda bu durum net bir şekilde görülmektedir. Ancak bu kayıtlar maraz-ı mevtin hukuki işlemlere etkisi ile alakalı olduğundan bu makalemizde bu kayıtlara yer verilmemiştir. Günümüz hukukunda yer almayan İslam Hukukuna has olan bu ehliyet arızası insan psikolojisine verilen önemi ve alacaklıların ve varislerin haklarının ne kadar büyük bir önem taşıdığını gözler önüne sermektedir.

KAYNAKLAR

- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986.
- AKTAŞ, MuhammedAli, “Önceki Hukukumuzda Hacr”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade (ö.1935), Dürerü’l Hukkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, Osmanlı Yayınevi, İstanbul.
- APAYDIN, H. Yunus, İslam Hukuk Usulü, Bilay Yayınları, Ankara, 2018.
- AVCI, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2017.
- AYDIN, Mehmet Akif, “Avarız”, DİA, C. IV, s. 108.
- AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- BAKKAL, Ali, “Maraz-ı Mevt”, DİA, C. XXVIII, s.39-41.
- BARDAKOĞLU, Ali, “Ehliyet”, DİA, C: X, s.533-539.
- BAYKARA, Onur, “Kanser Tedavisinde Güncel Yaklaşımlar”, Balıkesir Sağlık Bilimleri Dergisi, V/3, Balıkesir, 2016, s. 154-165.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Fıkıh İlmî ve İslam Hukuku Terimleri Sözlüğü, Haz. Abdullah Kahraman, Nizamiye Akademi, İstanbul, 2016.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi (ö. 1971), Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1970.
- CİN, Halil - AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
- CİN, Halil - AKYILMAZ, Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2016.
- ÇAĞRICI, Mustafa- HÖKELEKLİ, Hayati, “İrade”, DİA, C. XXII, s. 384-387.
- ÇALIŞ, Halit, İslam Hukukunda Ehliyet Teorisi: Ehliyet Arızaları Ekseninde Farklı Bir Bakış, Konya, 2004.
- ÇEKER, Orhan, İslam Hukukunda Akidler, A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- DÖNDÜREN, Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku (Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras), Konya, 1977.
- DÖNMEZ, İbrahim Kafi, “Sedd-i Zerâi”, DİA, C. XXXVI, s. 277-282.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, “Eski Hukukumuzda Ölüm Hastasının Tasarrufları”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 189-220.

- EKİNCİ, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2016.
- ES-SAĞİRCİ, Esad Muhammed Said, Ter. H. Aldemir-S. Kocabaş- S. Duman, Delilleriyle Hanefi Fıkhı, Polen Yayınları, İstanbul, 2009.
- FERRUH, Ömer, İslam Aile Hukuku, Sebil Yayınevi, İstanbul, 1994.
- Fetâvâyi Hindiyeye, Çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, 1999.
- HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim (ö. 1549), Mülteka'l-ebhur, Çev. Mustafa Uysal, İstanbul, 1973.
- HÖKELEKLİ, Hayati, "Ölüm ve Ölüm Ötesi Psikolojisi", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, III/3, Bursa, 1991, s. 151-165.
- İBN ABİDİN, Muhammed Emin (ö. 1836), Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar, Çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul.
- İBNİ SİNA, Ölüm Korkusundan Kurtuluş Risalesi, Namaz Risalesi, Çev. M. Hazmi Tura, İstanbul, 1959.
- İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçesiyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- İNANIR, Ahmet, "İbn Kemal'in Fetvaları Işığında Osmanlıda İslâm Hukuku", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KAYA, Eyyüp Said, "Zimmet", DİA, C. XXXIV, s.424-428.
- KELEBEK, Mustafa, İslam Aile Hukukunda Velayet, Yüksek Lisans Tezi, Sivas, 1996.
- KOÇ, Mustafa, "Ölüm Psikolojisi I", Tasavvuf İlmi ve Akademik Araştırma Dergisi, VIII, 2002, s. 117-146.
- KOÇAK, Zeki, "İslam Fıkıh Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları", Diyanet İlmi Dergisi, XXXIX/4, Ankara, 2003, s. 31-54.
- KÖKSAL, A.Cüneyd, "Hanefî Fıkıh Düşüncesinde Vücut-Eda Ehliyeti Ayırımı ve Bu Ayırımla İlişkili İki Mesele", İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, XXV, 2011, s. 105-122.
- KÖSE, Saffet, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1997
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd (ö. 1248), el-İhtiyar li- Ta'lîl'l-Muhtar, Çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş vd., Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- MEYDAN, Ahmet, İslam Hukukunda Muvazaa Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2006.

- OKYAVUZ, Ülgen, “Ölüm ve Ölümcül Hastalık”, Kriz Dergisi, III/1, 1995, s. 185-189.
- PAÇACI, İbrahim- KARAGÖZ, İsmail v.d, Dini Kavramlar Sözlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006.
- SAVA PAŞA, (ö.1904) İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, Çev. Baha Arıkan, Söğüt Ofset, İstanbul.
- SERAHSİ (ö. 1097), Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed: Meksûr, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- ŞABAN, Zekiyüddin: İslam Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek tercüme eden: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2014.
- ŞELLİ, Hatice Kübra, “Maraz-ı Mevt Halinde Yapılan Hukuki Tasarrufların Geçerliliği Problemi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Harran Üniversitesi, Şanlıurfa, 2012.
- Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Fetâvâ-yı Fezziye, Haz. Süleyman Kaya, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2009.
- UZUNPOSTALCI, Mustafa, “İslam Hukuku Açısından Ehliyet”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, VIII,2006, s. 149-182.
- YAMAN, Ahmet-ÇALIŞ, Halit, İslam Hukukuna Giriş, M.Ü İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınevi, İstanbul, 2014.
- ZUHAYLİ, Vehbe, İslam Fikhi Ansiklopedisi, Çev. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız, İstanbul, 1994.

İNTERNET KAYNAKLARI

İstanbul Kadı Sicilleri, www.kadısicilleri.org, E.T. 02.11.2018.

TDK Sözlük “Hastalık”

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c7fc60dee2c20.29705528, et 06.03.2019.

TDK Sözlük “Ölüm”

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c7fc8ff9ae889.63215598, et 06.03.2019.

KISALTMALAR

Bkz.	:Bakınız
Md.	:Madde
C.	:Cilt
s.	:Sayfa
Vd.	:Ve diğerleri
Ter.	:Tercüme eden
Çev.	:Çeviren
Haz.	:Hazırlayan
TDK.	:Türk Dil Kurumu

Makaleler

Özel Hukuk

MÜLKİYET VE ZİLYETLİK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER*

Dr. Öğr. Üyesi Betül Özlük**

CONSIDERATIONS ON OWNERSHIP AND POSSESSION

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Özlük, Betül: Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s.139-166.

APA: ÖZLÜK, B. (2019). Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 139-166. DOI: 10.15337/suhfd.545164.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.01.2019

Kabul Edildiği Tarih: 04.02.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545164>

** TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

E-mail Adresi: btiryaki@etu.edu.tr

ORCID ID: [0000-0002-8241-4535](https://orcid.org/0000-0002-8241-4535)

ÖZ

Toplumların ekonomik ve sosyal yapılarından etkilenen, bu yönüyle göreceli ve değişime açık bir kavram olan mülkiyet, günümüzde başta Avrupa Birliği olmak üzere pek çok hukuk sisteminde farklı şekilde ele alınmaya başlanmıştır. Yeni mülkiyet kavramı, ekonomik değeri olan neredeyse tüm varlıkları kapsayacak şekilde geniş anlaşılmakta, bu kapsamında yer alan yetkilerin ve özellikle bu yetkilerden zilyetliğin de mülkiyet hakkından bağımsız hale getirilmesi ve malik dışındaki kişilere özgülenmesi olağan görülmektedir.

Çalışmada, mülkiyet hakkının hukukumuzdaki anlam ve kapsamı ile karşılaştırıldığında son derece geniş anlaşılan yeni mülkiyet kavramı inceleme konusu yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: Mülkiyet, Sınırlı Aynî Haklar, Ayni Haklar, Zilyetlik, Malvarlığı

SUMMARY

Ownership, which is affected by the societies' economical and social structure and relative and open to change from this aspect, has begun to be addressed in a different way in many law systems primarily in the European Union. The new ownership concept is considered in a broad manner so as to cover almost all things, which have an economic value, and the liberalisation of the powers within this scope of the ownership from the ownership right and the allocation of these powers, especially power of possession is deemed usual.

In this study, the new ownership concept, which is considered in a very broad manner when compared with the meaning and the coverage of the ownership right in our law, has been reviewed.

KEYWORDS: Ownership, Restricted Real Rights, Real Rights, Possession, Property

GİRİŞ

Geçmişten günümüze kadar mülkiyet, hukuk alanında olduğundan çok daha fazla ekonominin ve sosyal politikanın meşgul olduğu bir konu olmuştur. Toplumların değişen ekonomik ve siyasal yapılarına paralel olarak mülkiyet de

değişmiş ve hukuki kapsamı buna göre belirlenmiştir.

Mülkiyetin sosyal ve ekonomik gelişmelerle olan bu ilişkisi, son yüzyılda da farklı bir mülkiyet anlayışının doğmasına neden olmuştur. Yeni mülkiyet kavramının konu itibariyle kapsamı artık çok daha geniştir ve eşya dışında parayla ölçülebilen pek çok varlık mülkiyetin konusu olarak görülebilmektedir. Ayrıca, bu geniş kapsamda yer alan pek çok yetkinin mülkiyet hakkından bağımsız hale getirilerek hak sahibi dışındaki kişilere tanınması da olağan hale gelmiştir. Burada belki de en dikkat çekici yenilik, her biri ayrı birer hak olan mülkiyete ait yetkilerin ayrılması yanında özellikle mülkiyetin önemli bir parçası olan “zilyetlik”in diğer yetkiler gibi “hak” olarak bir başka kişiye tanınabilirliğinin tartışılmaya başlanmasıdır¹.

I.GENEL OLARAK MÜLKİYET HAKKI

A. Medenî Hukukta Mülkiyet Hakkı

Toplumların ekonomik ve sosyal yapılarından etkilenen ve tarihsel gelişmelere göre değişime uğrayan mülkiyet kavramının tanımı yapmak son derece zordur. Aslında, “göreceli” ve “değişime açık” bir kavram olduğundan mülkiyetin bir tanımının bulunmaması isabetlidir². Bununla birlikte, mülkiyet en basit tanımıyla, hukuk düzeninin belirlediği sınırlar içinde kişiyle eşya arasındaki doğrudan doğruya mevcut hâkimiyet ilişkisinin diğer kişilere karşı korunmasını sağlayan, sahibine eşyayı hâkimiyeti altında tutma, kullanma, ondan dilediği gibi yararlanma ve onun üzerinde tasarruf etme yetkisini veren aynî bir haktır. Aynî haklar, mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Mülkiyet, belli sınırlamalara tabi olsa ve sahibine tanıdığı yetkiler dışında ödevler yüklese de, “eşya üzerinde en geniş yetkileri sağlayan aynî hak”tır³.

¹ **Walter**, Felix: Eigentumsökonomik im europäischen Rechtsvergleich: Eine Untersuchung des Eigentumsbegriff des deutschen, englischen und sowjetischen Rechts, ZEuP 2017, s. 863-889, s. 869 vd; **Rühl**, F. H. Ulli: Der intelligible Besitz- und nicht Eigentum-als rechtsmetaphysischer Fundamental begriff in Kants “Privatrecht”, Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, Vol. 18, 2010, s. 563-580, s. 564 vd.

² **Rühl**, s. 564; **Walter**, s. 886; **Basedow**, Jürgen: Die Entwicklung des Eigentumsrechts in der Europäischen Union, ZEuP 2016, s. 573-590, s. 574.

³ **Gürsoy**, T. Kemal/ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 352; **Sirmen**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 243; **Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 4 ; **Akipek**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, (Aynî Haklar),

Roma Hukukundan bugüne mülkiyet hakkı sahibine kullanma (Jus utendi), yararlanma (Jus fruendi) ve tasarruf (Jus abutendi) olmak üzere temel üç yetki vermektedir. Bu yetkiler gereğince, malik eşyasını elinde bulundurabilir (Jus possidendi), dilediği gibi fiilen kullanabilir, ürünlerinden yararlanabilir, şeklini değiştirebilir, tüketebilir⁴. Ayrıca, malik, eşyanın değerinden de onu kira gibi kullanma ve yararlanma hakkının devrine ilişkin borçlandırıcı sözleşmeler yaparak veya eşya üzerinde sınırlı aynî haklar kurarak ya da başkalarına devrederek (Jus disponendi) faydalanabilir⁵. Son olarak başkalarının müdahalelerine karşı mülkiyet hakkını koruma yetkisine de (Jus prohibendi) sahiptir⁶. Malik, üçüncü kişilerden eşya üzerindeki hak ve yetkilerinin ihlal edilmemesini, ihlal edenlerin durdurulmasını ve zarar oluşmuşsa bunun tazminini talep edebilir.

Mülkiyet hakkının yasal bir tanımına yer vermeyen Türk Medenî Kanunu'nun 683. maddesinde de, bu yetkiler düzenlenmiş, *"Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir."* ifadeleriyle mülkiyet hakkının içeriği belirlenmiştir. Söz konusu hükme göre, bir eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, eşyayı dilediği gibi kullanabilir, eşyadan yararlanabilir, eşya üzerinde tasarrufta bulunabilir ve diğer kişilerin

İkinci Kitap, Mülkiyet, Ankara 1971 (Akipek, İkinci Kitap), s. 4; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, Mülkiyet), s. 28; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 272; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017, s. 212; ; **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2017, s. 179.

⁴ **Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, 1. Bası, Ankara 2000, s. 83-84; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 341-342; **Sirmen**, s. 243; **Eren**, s. 17-18; **Örücü**, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976, s. 88; **Akipek**, İkinci Kitap, s. 11; **Karahasan**, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Birinci Cilt, 2007, s. 60; **Akipek**, Jale G./**Akintürk**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s 382; **Oğuzman**,/**Seliçi**/**Oktay-Özdemir**, s. 272-273; **Ertaş**, s. 212; **Esener**/**Güven**, s. 179; **Serozan**, Rona: Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 204-205; **Antalya**, Gökhan: Eşya Hukuku, C. I, İstanbul 2017, s. 79-80.

⁵ **Basedow**, s. 575.

⁶ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 341-342; **Sirmen**, s. 243; **Eren**, s. 17-18; **Örücü**, s. 88; **Von Bar**, Christian: Grundfragen europäischer Sachenrechtsverständnisses, JZ 18/ 2015, s. 845-900, s. 845.

müdahalelerinden eşyayı koruyabilir. “Dilediği gibi” ifadesi, bir veya daha çok kişiye özgülenmiş eşya üzerinde mutlak bir kullanma ve tasarrufta bulunma hakkına işaret etmektedir. Bununla birlikte, malik “kullanma ve yararlanma hakkı” bakımından özel hukuk veya kamu hukukundan doğan birtakım kısıtlamalara tabidir. “Tasarrufta bulunma” hakkı bakımından ise bu tür kısıtlamalar getirilmiş değildir. Kamu yararı düşüncesiyle, alışverişe konu olamayan (res extra commercium) hiçbir şekilde tasarruf edilemeyecek ya da sınırlı şekilde tasarrufa konu olabilecek (uyuşturucu gibi) mallar istisnadır⁷. TMK m. 683’e göre, mülkiyet hakkının konusu, ilk paragrafta “şey” olarak, ikinci paragrafta “mal” olarak ifade edilmiştir. Şey, dış âlemi meydana getiren, insan dışında her türlü maddî ve maddî olmayan varlıkları ifade eder⁸. Mal ise, para ile ölçülebilen ve başkalarına devredilebilen şeyler olarak tanımlanmaktadır⁹. Diğer bir ifadeyle, “mal” haklara konu olabilen şeylerdir. Mallar, maddî ve maddî olmayan mallar olmak üzere iki türdür. Maddî mallar, cismi olan, sınırlandırılmış, üzerinde fiilî hâkimiyet kurmaya elverişli olan, belli miktarda satışa sunulabilen ve bir şekilde iletilebilen şeylerdir¹⁰. Maddî mallara hukukta “eşya” denir¹¹. Buna karşılık, maddî olmayan mallar, zekâ ve düşünce ürünü olan şeyler, diğer bir deyişle, fikir ve sanat eserleri, patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar ve bilgisayar programlarıdır¹².

MK m. 683’de her ne kadar “şey” ve “mal” kavramları kullanılmış olsa ve mal kavramı eşya dışında maddî olmayan pek çok varlığı kapsayacak şekilde tanımlansa da, eşya hukuku alanında mülkiyet hakkının sadece taşınır ve taşınmaz eşya üzerinde bulunabileceği kabul edilmekte, mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler de bu ayrıma uygun olarak “taşınır mülkiyeti” ve “taşınmaz mülkiyeti” başlıkları altında incelenmektedir.

B. Anayasa Hukukunda Mülkiyet Hakkı

⁷ Serozan, s. 203; Walter, s. 873-874.

⁸ Akipek, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, Ankara 1972 (Akipek, Birinci Kitap), s. 32; Sirmen, s. 4, dnp. 9.

⁹ Saymen, F. Hakkı: Türk Medeni Hukuku, Umumi Prensipler, 2. Bası, C. I, İstanbul 1966, s. 227; Bilge, Necip: Hukuk Başlangıcı Dersleri, 12. Bası, İstanbul 1998, s. 179; Çelebican, s. 15.

¹⁰ BGH ZIP 2009, 1013 Rn. 8.

¹¹ Eşya kelimesi, arapça “şey” kelimesinin çoğuludur. Ertaş, s. 5.

¹² Tekinalp, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 1-2; Çelebican, s. 15.

Medenî Hukukta aynı bir hak olarak nitelendirilen mülkiyet, Anayasa Hukukunda bir insan hakkı olarak görülmekte, ulusal ve uluslararası düzenlemelerde mülkiyetin temel bir hak olduğu belirtilmektedir¹³.

Mülkiyet hakkı, Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasasında da temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 35. maddesi, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğunu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceğini belirtmiş, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını vurgulamıştır. Ancak, sözü edilen düzenlemelerde mülkiyetin tanımına yer verilmemekte, mülkiyetin konu ve sağladığı yetkiler itibariyle kapsamı Anayasa hukuku bakımından belirsizlik taşımaktadır. Bu halde, Anayasal anlamda mülkiyet hakkının konusunun ve kapsamının belirlenmesi Yargıya bırakılmış görünmektedir¹⁴.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, ikili bir ayırım yapılmakta; mülkiyet hakkının sağladığı “yetkiler” ve “konusu” bakımından farklı bir yaklaşım sergilenmektedir.

Öncelikle, mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı “yetkiler” bakımından MK m. 683 esas alınmaktadır. Mahkemenin bir kararında¹⁵ yer alan “Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren temel bir haktır.” ifadesi; başka bir kararında¹⁶ kullandığı “... mülkiyet hakkı, sahibine mülkiyete yapılacak saldırıları önleme ve temin etme hakkı sağladığı” ifadesi bu tutumun göstergesi sayılabilir.

Mülkiyet hakkının “konu” itibariyle kapsamı ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, Medenî Kanun anlamında mülkiyet kavramından oldukça farklı, taşınır veya taşınmazlar üzerindeki hâkimiyetten çok daha fazlasını ifade eden, tüm malvarlığı değerlerini kapsayan bir mülkiyet kavramı

¹³ **Akça**, Kürşat: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, Yıl 2015, s. 543-596, s. 544.

¹⁴ Aynı görüşte, **Akça**, s. 555; **Ertaş**, Şeref: Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların, Sınırlamaların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi 2016, C. 11, Sa. 145-146, s. 59-93 (Ertaş, Mülkiyet), s. 59-60.

¹⁵ AMK, 2013/108 E.; 2014/15, K.; 29.01.2014 T. (AMKBB).

¹⁶ AMK, 2009/58E.; 2011/52 K., 17.03.2011 T. ; AYM, 2015/39 E., 2015/62 K., 1.7. 2015 T. ; AMK 2016/196 E., 2018/34 K., 28.3.2018 T., (AMKBB).

benimsenmektedir¹⁷. Bu anlayış, Anayasanın 35. maddesinin gerekçesinde yer alan maddenin parayla ölçülebilen tüm değerleri kapsadığı şeklindeki açıklama ile de ötüşmektedir. Mahkemenin bir kararında¹⁸, “Mülkiyet hakkının konusunu, maddî ve gayrimaddî mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddî mallar kapsamında iken, fikri ve sınaî mülkiyet hakları gayrimaddî mallar kapsamında yer almaktadır” ifadeleriyle fikri ve sınaî hakların da mülkiyet hakkının konusuna gireceğini kabul etmiş; başka bir kararında¹⁹ “sinema eserleri üzerindeki fikrî haklar da mülkiyet hakkı kapsamındadır”; diğere bir kararında ise, “mülkiyet hakkı kapsamında bulunan alacak haklarının” ifadelerini kullanarak, mülkiyetin tüm malvarlığını kapsayan bir hak olarak gördüğünü belirtmiştir²⁰.

Malvarlığı, bir kişinin para ile ölçülebilen; eşya üzerindeki haklarını, alacak haklarını ve kişinin borçlarını ifade etmektedir²¹. Bu anlamda, alacak hakları (ticari bir faaliyetten doğan alacaklar, manevi tazminat alacakları, sigorta alacakları, kredi alacakları, kira hakkı vb.) fikri ve sınaî mülkiyet hakları (telif hakkı, marka, patent hakları vb.) ile taşınır ve taşınmaz eşya ve bunlar üzerindeki aynı haklar (mülkiyet, rehin) hatta zilyetlik malvarlığı unsurlarındandır²². Anayasa Mahkemesinin taşınır veya taşınmaz mülkiyeti dışında diğere malvarlığı değerlerini de kapsayan mülkiyet anlayışı, günümüzün modern mülkiyet anlayışına²³ da uygundur. Anayasanın parayla ölçülebilen tüm değerleri kapsamına alması ve mülkiyet kavramını mümkün olduğunca geniş algılaması, söz konusu değerlerin anayasal korumadan faydalanmasını, temel birer hak olarak korunmalarını sağladığından son derece isabetlidir²⁴.

II. GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI

¹⁷ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 360; **Eren**, s. 11; **Ertaş**, Mülkiyet, s. 61.

¹⁸ AMK, 2004/81 E., 2008/48 K., 31.01.2008 T. (AMKBB).

¹⁹ AMK, 2010/73 E.; 2011/176 K., 29.12.2011 T. (AMKBB).

²⁰ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 360; **Eren**, s. 11.

²¹ **Esener**, Turhan: Hukuk Başlangıcı-Genel Hukuk Bilgisi, 5.Baskı, İstanbul, 2002, s.147-148; **Larenz**, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, s. 304.

²² **Basedow**, s. 575; von Bar, s. 846.

²³ **Örücü**, s. 5; **Ertaş**, Mülkiyet, s. 61.

²⁴ **Ertaş**, Mülkiyet, s. 61.

Ülkelerin ekonomik ve sosyal yapılarındaki değişimler, pek çok hukuk sisteminde mülkiyet kavramını da değiştirmiş, eskisine nazaran geniş bir anlam ifade eden mülkiyet hakkını yaratmıştır.

Avrupa Birliği hukuku bu sistemlerin başında gelmektedir. Avrupa Birliğinde, pek çok hukuki kurum bakımından olduğu gibi “mülkiyet” bakımından da bağımsız (otonom) anlayış hâkimdir²⁵. Bu anlayış, ulusal hukuk sistemlerinden farklı olarak mülkiyetin “kapsamını” ve “boyutlarını” oldukça geniş algılamaktadır.

A. Mülkiyet Hakkının Genişleyen Kapsamı

Avrupa Birliği hukukunda mülkiyet hakkı tanımlanmış değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilk metninde bahsi bile geçmeyen mülkiyet hakkının sözleşmenin kapsamına girmesi 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe giren Ek 1 Nolu Protokol²⁶ ile mümkün olmuştur. Söz konusu Protokol ülkemizde “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”²⁷ ile yürürlüğe girmiş, kanunda, her gerçek veya tüzel kişinin “mallarının” dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, bu hakkın sınırlanabileceği ve kullanımının düzenlenebileceği kabul edilmiştir.

“Mülkiyetin Korunması” (Protection of Property) başlığını taşıyan Protokolün 1. maddesinin orijinal metninde ise, tanımı verilmese de, her gerçek veya tüzel kişinin “zilyetliğinin” (possession) dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddede geçen İngilizce “possession” kavramının Türkçe karşılığı esas itibarıyla “zilyetlik”tir. Possession sözcüğünün aynı zamanda, “malik olma” anlamı da bulunmakla beraber, madde metni içinde başlıkta olduğu gibi temel anlamı mülkiyet olan

²⁵ Avrupa Birliğinde temeli sözleşmelerle kurulan hukuki kavramlar, iç market, rekabet ve tüketicinin korunması gibi özel alanlar dikkate alınarak oluşturulmakta ve işlerlik kazanmaktadır. Bu nedenle, mülkiyet ilişkilerinin de sözü edilen alanlara özgü şekilde yeniden oluşturulması gerekmiştir. **Ramaekers**, Eveline: What is Property Law?, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 3 (2017), s. 588-617, s. 590.

²⁶ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006377c> (27.12.2018)

²⁷ 10 Mart 1954 tarih ve 6366 Sayılı Kanun.

İngilizce “property” kelimesinin tercih edilmemesi dikkat çekicidir²⁸ ve bu tercih mülkiyet kavramının mümkün olduğunca geniş anlaşıldığına ilişkin bir işaret olarak değerlendirilmeye müsaittir.

Ayrıca, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi²⁹ nin “Mülkiyet Hakkı” başlığını taşıyan 17. maddesinde de tanım yoktur. Bununla birlikte maddede mülkiyet “possession” kavramı ile ifade edilmiş, her kişinin hukuka uygun şekilde zilyetliği kazanılmış olması kaydıyla hakkı kullanabileceği, tasarruf edebileceği miras yoluyla kazanabileceği ve devredebileceği belirtilmiştir. Böylece, mülkiyetin sınırlarının belirlenmesi işi yargıya kalmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına bakıldığında, mülkiyet kavramının son derece geniş tanımlandığı³⁰, Roma Hukukundan beri kabul edilen mülkiyet kavramının tamamen farklı şekilde ele alındığı, ekonomik değeri olan neredeyse tüm varlıkların “mülk” olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu anlamda, eşya üzerinde sahip olunan “zilyetlik”, “müşteri çevresi” ve “hisse senetleri” gibi pek çok varlık mülkiyet hakkının konusu sayılmaktadır³¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi verdiği pek çok kararda³², mülkiyetin ulusal hukuk sistemlerinde kabul edilen mülkiyet kavramına indirgenemeyen, bağımsız bir kavram olarak farklı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 Protokol’ün 1. maddesi anlamında sadece maddî malların değil, aynı zamanda malvarlığında bulunan diğer

²⁸ Benzer bir tespit için bkz. **Özmen**, Münci: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Mülkiyet Hakkı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 2, Sa. 1, s. 211-218, s. 213.

²⁹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ 18.12.2000, C 364 1. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf(27.12.2018)

³⁰ **Sirmen**, s. 247; **Gemalmaz**, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, 2. Tıpkı Basım 2017, s. 124; **Akilloğlu**, Tekin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, C. 15, Sa. 2, s. 9-27, s. 11.

³¹ **von der Groeben**, Hans/ **Schwarze**, Jürgen/**Hatje**, Armin: Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015 (Groeben, von der/Schwarze/ Ferdinand Wollenschläger GRC Art. 17) Rn. 10; **Dinç**, Güney: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 124, Ankara 2007, s. 11-13; **Ertas**, s. 212.

³² *Broniowsky v. Poland*, Başvuru No: 31443/96, 22.06.2004, s. 47; *Iatridis v. Greece*, Başvuru No: 31107/96, s. 17, <http://hudoc.echr.coe.int>.; 25.12.2018; *Beyeler v. Italy*, Başvuru No: 33202/96, s. 23, <http://hudoc.echr.coe.int>.; (25.12.2018.)

hakların, ekonomik faydaların ve hatta “zilyetlik”in mülkiyet hakkının konusu olduğu vurgulanmıştır. Mahkemenin 1999 yılında verdiği bir kararda³³, dava konusu eşya finansal kiralama dolayısıyla zilyetliğinde bulunduran kişi ve 2004 yılında verdiği bir kararda³⁴ sadece bir kısmına sahip olduğu bir arazide süreklilik arz edecek şekilde zilyet olduğunu ispat eden kişi tüm arazinin “maliki” sayılmıştır.

Avrupa Birliği'nin benimsediği ulusal hukuk sistemlerine nazaran oldukça esnek ve gelişime açık malvarlığı kavramı ile birlikte anılan mülkiyet kavramı, eşya hukukunun konusu olamayacak, ancak ekonomik bir değer ifade edebilecek, diğer bir deyişle satılabilecek veya değiştirebilecek herhangi “bir şey”i veya sadece “bir durum”u kapsamaktadır. Böylece, ekonomik değeri olan tüm varlıklar “mülkiyet” olarak değerlendirilmektedir³⁵. Bu anlamda, ilginç bir örnek olarak temeli ABD hukukuna dayanan “Emisyon Hakları”³⁶ verilebilir. Avrupa Birliği'nde de 2003 yılı³⁷ itibariyle yoğun uygulaması olan emisyon hakkı, atmosfere yıllık belli bir oranda karbon gazı bırakma hakkına sahip olan bir ülkenin bu hakkın sınırlarını aşabilmek için, başka bir ülkenin hakkını devralabilmesine imkan tanımaktadır. Emisyon hakkı olarak nitelendirilen hak, maddî olmayan mallar üzerinde mülkiyet olarak nitelendirilmektedir. Mülkiyet hakkının genişleyen kapsamına ilişkin bu örnek, süreklilik arz ettiği düşünülen şeyler üzerinde kurulabilecek olan mülkiyetin, geçici bir süreyle var olabilen maddî olmayan bir şey üzerinde de bulunabileceğinin göstergesidir. Ayrıca, zaman içinde ortadan kalkacak bir objenin üzerinde hiçbir zaman mülkiyet hakkı bulunmadığı ve bulunamayacağı da iddia edilemez. Aksi halde, tüketilebilen eşyanın mülkiyetinden de bahsedilemezdi³⁸.

³³ *Iatridis v. Greece*, Başvuru No: 31107/96, [http://hudoc.echr.coe.int.\(25.12.2018\)](http://hudoc.echr.coe.int.(25.12.2018)).

³⁴ *Broniowsky v. Poland*, Başvuru No: 31443/96, [http://hudoc.echr.coe.int.\(22.06.2004\)](http://hudoc.echr.coe.int.(22.06.2004)).

³⁵ **Basedow**, s. 575; **Von Bar**, s. 848; **Ramaekers**, s. 596.

³⁶ Emisyon hakkı kavramı, Birleşmiş Milletler Çerçeve Sözleşmesi içinde 1997'de imzalanan ve 2005'te yürürlüğe giren Kyoto Protokolü ile başlayan emisyon ticaretinin ortaya çıkardığı bir kavramdır.

³⁷ Bu tarihte, 2003/87/EC Sera Gazı Emisyon Ticaretine İlişkin Yönerge (OJ L 275/32)'nin yürürlüğe girmesi ile.

³⁸ **Woerdman**, Edwin: *Tradable Emission Rights*, The Elgar Companion to Law and Economics, Second Edition, 2005; **Ramaekers**, s. 602-604.

Pek çok ulusal özel hukuk düzenlemesinde, mülkiyetin eşya dışındaki ekonomik değeri olan tüm varlıkları kapsayacak şekilde anlaşılmasına olanak verecek şekilde geniş yorumlanması oldukça zor olsa da, Fransa gibi ülkelerde maddî olmayan mallar üzerinde de mülkiyet hakkının kurulabileceği kabul edilmektedir. İspanya hukukunda da maddî olmayan mallarında mülkiyet konusu olabileceği kabul edilmekte, eşya hukukunda numerus clausus ilkesi terk edilmiş bulunmaktadır. Bunun anlamı, kişilerin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılamaya elverişli yeni mülkiyet hakları yaratabileceğidir. İspanya’da kişilerin yaratmak istedikleri hakların üçüncü kişilere karşı etkili olmasını sağlamak üzere tapu siciline benzer bir sicile tescili talep haklarının bulunduğu da dikkat çekmek gerekir³⁹. Ayrıca, İngiltere’de olduğu gibi, farklı mülkiyet kurallarının uygulandığı bir eşya hukuku sisteminin de benimsendiği görülmektedir. Bu sistemde, taşınmaz mallar için taşınmaz hukuku kuralları uygulanırken; zilyetlik, maddî veya maddî olmayan mallar için kişisel mülkiyet hukuku kuralları uygulanmaktadır⁴⁰.

Mülkiyet hakkının konusunu nelerin oluşturabileceği aslında çok uzun zamandan beri ABD’de tartışma konusudur. Hohfeld’e göre⁴¹, aynî hak konusu olabilecek şeyler mülkiyet hakkına konu olabilirken; Honore, mülkiyetin sadece aynî haklarla sınırlanamayacağını ve kişiler arasındaki ilişkiler dolayısıyla bir durumun avantajlarından yararlanılması, bir şeyin niteliği ve kullanımının doğurduğu sonuçların mülkiyet konusu olabileceğini savunmaktadır⁴². Bu anlamda, maddî mallar-maddî olmayan mallar; misli mallar-misli olmayan mallar; kişinin kendisinin veya başkasının emeği üzerindeki mülkiyetten, kullanma mülkiyetinden veya sadece mülkiyet yetkisinden bahsedilebilir. Bazen taşıdığı objektif önem nedeniyle ortalama bir korumadan çok daha fazla koruma “aile konutu” gibi bazı mülkiyet türleri için öngörülmüş olabilir⁴³.

von Bar ise, ekonomik değeri olan tüm varlıkların “mülkiyet” hakkının kapsamında değerlendirilmesine karşı çıkmakta, eşyayı “gerçek eşya” ile

³⁹ Ramaekers, s. 595-596.

⁴⁰ Ramaekers, s. 603.

⁴¹ Hohfeld, W. Newcomd: Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, The Yale Law Journal, Vol. 26, No. 8, 1917, s. 710-770, s. 740.

⁴² Smith, E. Henry: Property As The Law Of Things, Harward Law Review, Vol. 125, No. 7, 2012, s. 1691- 1726, s. 1693.

⁴³ Ramaekers, s. 592.

“normatif eşya” şeklinde ikiye ayırarak normatif eşyanın eşya hukukunun konusu olamayacağını belirtmektedir. Yazara göre, maddî bir varlığı olan klâsik anlamdaki eşya, gerçek eşya; müşteri çevresi, good will ve alacak hakları gibi değerinden faydalanılabilecek her şey normatif eşya olarak nitelendirilmelidir. Roma hukukundan bu yana normatif eşya mülkiyet hakkından bağımsız olarak ele alınmış, kendilerine özgü düzenlemeler çerçevesinde korunmuştur. Bir alacak hakkı veya bilimsel bir metin, hikâye, roman, melodi, teknik bir probleme ilişkin çözüm maddî varlıkları olmayan, bir taşınmaz veya taşınır gibi birine ait olabileceğinden bahsedilmesi zor kavramlardır. Bu nedenle, bunlar üzerinde ancak “fıkrî mülkiyet”in varlığından bahsedilebilir⁴⁴.

Hukukumuzda olduğu gibi İsviçre ve Alman hukukunda da Roma Hukukundaki bu anlayış devam etmekte, eşya hukukunun sadece maddî malların hukuku olduğu ve mülkiyetin de maddî mallar üzerinde kurulabileceği kabul edilmektedir.

Bununla beraber, eşya hukukundaki değişim ve dolayısıyla mülkiyet hakkı bakımından yaşanan gelişim inkâr edilemez. Üzerinde durulan tüm düzenlemeler, “mülkiyet hakkının” özel hukuk alanında da değişime uğradığını ve borçlar hukukunun tersine yüzyıllardır değişmeyen eşya hukukunun dar kalıplarının aşıldığını göstermektedir.

Klâsik anlamda taşınır ve taşınmaz eşya üzerindeki mülkiyeti kabul etmeye devam eden hukuk sistemleri yanında Eşya Hukukunu son derece geniş bir alan olarak algılayan İspanya, Fransa, ABD⁴⁵ ve Avrupa Birliğinde normatif eşya ve hatta sadece zilyetlik “bir ekonomik değer taşıdığı sürece” mülkiyetin kapsamında görülmektedir⁴⁶.

B. Mülkiyet Hakkının Genişleyen Boyutları

1. Genel Olarak

Aynî hakların başında gelen “mülkiyet”, diğer haklardan farklı olarak ikili ilişkilerden bağımsız olmasına, eşya ile kişinin ilişkisine odaklanmasına rağmen artık bu anlayışın değiştiği görülmektedir. Mülkiyet hakkının sadece kapsamı değil, boyutları da genişlemiş, kapsamında yer alan yetkilerin farklı kişilere dağıtılması nedeniyle, bu yetkilere sahip olan her kişi malik gibi değerlendirilmeye başlanmıştır.

⁴⁴ Von Bar, s. 852.

⁴⁵ Von Bar, s. 845.

⁴⁶ Basedow, s. 581; Ramaekers, s. 604.

Gerçi bu durum hukukumuzda yabancı değildir. Sınırlı aynî hakların tesisi yoluyla taşınmaz üzerindeki mülkiyetin sahibine tanıdığı yetkilerin bölünmesi, birer mutlak hak olarak başkalarına tanınması mümkündür.

Böylece, mülkiyet hakkının bünyesinde bulunan hakların her biri farklı kişilere ait olabilir ve bu halde, kullanma hakkı ve sağlayacağı faydalar, malın üzerinde zilyet olan kişi ile paylaşılırken, ürün elde edebilecek kişi bir başkası olabilir ve bu iki kişiye rağmen başka bir kişinin de malı devretme, mal üzerinde aynî veya nisbî başka haklar kurma yetkisi var olmaya devam edebilir.

Sınırlı aynî hakların varlığı doktrinde iki farklı teori ile açıklanmaya çalışılmaktadır. Bunlardan “bölünme” teorisine göre, sınırlı aynî haklar mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerin bölünmesi, bunların mülkiyet hakkından bağımsızlaştırılarak ayrı bir aynî hak olarak özgülenmesi anlamına gelir⁴⁷. Kaynağını Fransız hukukundan alan bu teorinin başlangıç noktası mülkiyetin bölünebilir birçok yetkiyi içermesi ve bu yetkilerin başka kişilere tanınarak onların “sınırlanmış mülkiyet hakkı” na sahip kılınmasıdır. Sınırlanmış mülkiyetin içeriğini ise, türetildiği mülkiyetin bir veya birkaç parçası diğer bir deyişle yetkisi oluşturmaktadır⁴⁸. Böylece, eşya birden fazla kişinin menfaatine hizmet edebilir. Hâkim olan “yükleme” teorisine göre ise, sınırlı aynî haklar mülkiyet hakkının sınırlanmasından ibarettir. Mülkiyet hakkının içeriğindeki yetkilerin daraltılması söz konusu değildir⁴⁹. Diğer bir ifadeyle, mülkiyet hakkının verdiği yetkiler aynî hak sahibi ile paylaşılmış sayılmaz ve mülkiyet hakkı en geniş yetkileri veren mutlak hak niteliğini korumaya devam eder⁵⁰.

Hâkim görüş, her ne kadar yetkilerin bağımsızlaştırılıp farklı kişilere özgülenmesini kabul etmiyor olsa da, sınırlı aynî hak sahiplerinin, özellikle intifa ve rehin hakkı sahiplerinin bir malik gibi istihkak ve elatmanın önlenmesi davalarını açabileceğini kabul etmektedir⁵¹. Ayrıca, intifa hakkının tanınması gibi hallerde sadece “çıplak mülkiyete” sahip malîğin, yetkilerini aynî hak sahibi ile paylaşmadığı sonucuna varmak zor görünmektedir. Son olarak, sınırlı

⁴⁷ **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. III, Sınırlı Aynî Haklar, 8. Bası, Ankara 2017 (Ayan, Sınırlı Aynî Haklar), s. 23; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 765; **Antalya**, s. 78-79.

⁴⁸ **Ramaekers**, s. 600.

⁴⁹ **Sirmen**, s. 510; **Serozan**, s. 204-205; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 765.

⁵⁰ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 740.

⁵¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 279; **Eren**, s. 39; **Serozan**, s. 213, 215; **Akipek/Akıntürk**, s. 634.

aynî hakkın kurulduktan sonra mülkiyet hakkından tamamen bağımsızlaştığı ve mülkiyet terk gibi bir nedenle sona erse dahi varlığını sürdürdüğünü⁵² dikkate alındığında, “bölünme” teorisine üstünlük tanınmaması için bir neden yoktur. Aslında malik dışında kişilere mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin tanınması ve dolayısıyla sınırlı aynî hakların kurulması “sınırlanmış mülkiyet hakkı”dır⁵³.

Mülkiyetin içeriğindeki yetkilerin diğer kişilere tanınması konusu, common law’un temel tartışmalarından birini teşkil etmektedir. Mülkiyetin tek ve bütünlük bir kavramdan ibaret olduğu görüşü karşısında, geleceğin piyasasında bir “hak demeti olarak mülkiyetin” (bundle of sticks) hâkim olacağı ve mülkiyetin kapsamındaki yetkilerin aynı anda pek çok kişi tarafından “malik olarak” kullanılabilmesi savunulmaktadır⁵⁴. Mülkiyetin kapsamındaki yetkilerin tek başlarına hak sayılabildiği, kısıtlı kaynakların uygun şekilde kullanılabilmesine zemin hazırlayan geleceğin mülkiyet kavramı, numerus clauses ilkesine tabi olmayan katı formlardan bağımsız ve değeri parayla ölçülebilen herşeyi konu alabileceğinden esnek yapıdadır⁵⁵. Bunlara örnek olarak, taşınırlar, taşınmazlar, tek başına zilyet kılınmış olma, ürün elde etme yetkisi, geniş yönetim yetkileri verilebilir⁵⁶.

Burada öncelikle, mülkiyetin bir parçası olarak görülebilecek hakların neler olabileceği belirlenmelidir. Daha sonra ise, mülkiyet kavramının içeriğinin, malın kullanılması ve tasarrufta bulunma hakkı olmak üzere ikiye ayrılmasının ve iki farklı hukuk sujesine özgülenmesinin mümkün olup olmadığını tespit edilmelidir⁵⁷.

Farklı kombinasyonlar aynî hakkın sınırlanması sonucunu doğuracaktır. Bir kişinin mal üzerinde zilyetliğe, dolayısıyla kullanım hakkına sahip olması, o

⁵² **Sirmen**, s. 510-511.

⁵³ **Serozan**, “sınırlanmış mülkiyet hakkı” kavramını kullanmamakla beraber, “bölünme” teorisinin kabulü ile sınırlı aynî hakları “mülkiyetin türevleri” olarak ifade etmektedir. **Serozan**, s. 203.

⁵⁴ **Merrill**, W. Thomas/**Smith**, E. Henry: What Happened to Property in Law and Economics, Yale Law Journal, Vol. 111, 2001, s. 357-398, s. 376; **Claeys**, Eric R.: Use And the Function of Property, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 63, No. 2 (2018), s. 221-258, s. 230.

⁵⁵ **Render**, M. Meredith: The Concept of Property, University of Pittsburg Law Review, Vol. 78, 2017, s. 439-492, s. 440 vd.; **Claeys**, s. 225.

⁵⁶ **Claeys**, s. 226.

⁵⁷ **Walter**, s. 872-873.

kişiyi irtifak hakkı, özellikle eşya üzerinden üst hakkı veya oturma hakkı tanınması suretiyle sağlanabilir. Tasarruf hakkının tanınması ise, taşınmaz rehni, taşınır rehni veya taşınmaz yükü kurulması yoluyla mümkündür. Tasarruf hakkının tanındığı bu hallerde, kural olarak mal üzerinde hak sahibi değil teminatı veren kişi zilyettir. Rehin veren eşyası üzerinde zilyet olsa da bu kullanım sınırlıdır ve tasarruf hakkı da şarta bağlanmış durumdadır. Böylece, malikin ekonomik olarak malı kullanması mümkün olmayacak şekilde mülkiyet hakkı sınırlanmaktadır⁵⁸. Uygulamada, teminat amaçlı yapılan inanca devirler de, ipotekte olduğu gibi mülkiyetin ve zilyetliğin inanan ve inanılan arasında paylaşılması sonucunu doğurmaktadır. Bu halde, inanca devri yapan kişi genellikle zilyet olarak kalırken, inanılan kişi geçerli şekilde mülkiyet hakkını kazanmakta⁵⁹, ancak onun mülkiyeti de teminat amacıyla sınırlı (Gebundenes Eigentum) sayılmaktadır⁶⁰.

Sınırlı aynî hak kurma dışında, bir taşınmaz üzerindeki tamamlanmış yapının kat, daire, depo gibi bağımsız bölümleri üzerinde kurulabilen kat mülkiyeti ile de mülkiyet hakkının bünyesindeki yetkilerin bağımsız bölüm maliklerine tanınabilmesi, devre mülk hakkında ise, bir adım daha ileri gidilerek, bir yapı veya bağımsız bölümün ortak maliklerinin birer mutlak hak olarak zamansal paylaşım hakkına sahip olabilmeleri mümkün bulunmaktadır.

Sözü edilen geniş olanakların ve olasılıkların varlığı, mülkiyet hakkına ilişkin yapılan düzenlemeler bakımından da dikkate alınmalı ve mülkiyet hakkının kapsamındaki yetkilerin farklı kişilere dağılımı da bu doğrultuda değerlendirilmelidir.

Mülkiyetin sağladığı yetkilerin tek bir kişiye ait olması günümüzde neredeyse istisnai bir durum olarak görülmektedir. Sözü edilen olasılıklar, asıl olan tek kişiye ait mülkiyet kuralını tersine çevirmiş, bir mal üzerinde malik dışında pek çok kişi tabiri caizse “hukuki durum” olarak mülkiyete sahip görülmeye başlanmıştır⁶¹.

Geniş kapsamlı yeni mülkiyet anlayışına göre, örneğin kullanım ödüllü sözleşmeleri ve özellikle kredi sözleşmelerinde, malın sahibinden farklı bir kişi

⁵⁸ **Walter**, s. 874; **von Bar**, s. 847, 854.

⁵⁹ **Walter**, s. 874, dpn. 36.

⁶⁰ **Serozan**, s. 206.

⁶¹ **Von Bar**, 847.

olan “malı kullanan kişi”nin de “hukuki durum” olarak malik sayılması olağan hale gelmektedir.

Zilyetliğin mülkiyetin önemli bir parçası olduğu düşünüldüğünde bu sonuç ilk bakışta hukuken kabul edilebilir görünmemektedir. Bununla beraber, bir değer üzerinde zilyet olmadan onun üzerinde tasarruf edebilmek hukuk düzenine yabancı değildir. Buna örnek olarak rehin hakları verilebilir. Bu şekilde malı kullanan kişi ile mal üzerinde tasarrufta bulunabilecek kişi (devletin yetkili organları vasıtasıyla) farklı kişiler olabilmektedir⁶². Bununla birlikte, mülkiyetin kapsamında yer alan yetkilerden zilyetliğin, malikten başka bir kişiye tanınması halinde onun malik gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ayrıca ele alınmalıdır.

2. Mülkiyet Kapsamındaki Yetkilerden Zilyetlik

Zilyetlik⁶³, pek çok tanımı bulunmakla beraber en basit şekliyle “bir malı elinde tutma, bulundurma, onu kullanma”⁶⁴ veya doktrinde genel olarak “bir eşya üzerinde fiilî hâkimiyete sahip olma”⁶⁵ şeklinde tanımlanmaktadır. TMK m. 973’te de, zilyetlik “*bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte, bu tanım eksik bulunmakta, bir şey üzerinde zilyet olabilmek için sadece fiilî hâkimiyetin yeterli olmadığı, aynı zamanda zilyetlik iradesinin de bulunması gerektiği belirtilmektedir⁶⁶. O halde, zilyetlik, bir kişinin bir eşya üzerinde zilyet kurma iradesine sahip olarak fiilî hâkimiyet kurması olarak tanımlanabilir. Roma hukukundan farklı olarak, şeyi elinde bulduran kişinin malik olma arzusu olmasına da gerek yoktur. Eşyayı elinde bulduran ödünç alan, emanetçi gibi sıfatlarla elinde buldursa dahi zilyet sayılır. Oysa, Roma Hukukunda bu kişiler elleri altında bulunan eşyanın başkasına ait olduğunu kabul ettiğinden

⁶² Walter, s. 872.

⁶³ Arapça kökenli zilyetlik kelimesinin anlamı “elsahipliği”dir. Bkz. Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, (Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili), 6. Baskı, Ankara 2012, s. 125.

⁶⁴ Akipek, Birinci Kitap, s. 137.

⁶⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 72; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 47; Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 39; Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara, 2016 (Ayan, Zilyetlik), s. 67; Sirmen, s. 46; Esener/Güven, s. 67; Ertaş, s. 28.

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 48; Akipek/Akıntürk, s. 112; Sirmen, s. 42.

zilyet sayılmamakta, sadece “detentio” (naturalis possessio/vaziülyet) sıfatına sahip kabul edilmekteydi⁶⁷.

Bu açıklamalara rağmen, zilyetlik hukuki niteliği henüz belirlenememiş bir kavramdır. Zilyetliğin, mülkiyet bakımından ne derece önemli olduğu, hatta mülkiyet için temel bir unsur olup olmadığı, bir eşyanın zilyedi olmanın bir olgu mu yoksa bir hak mı olduğu Alman doktrininde uzun süre tartışılmıştır⁶⁸. Zilyetlik, hak demeti niteliğindeki mülkiyetin önemli bir parçası kabul edilmiş⁶⁹, ancak bir şeyi elde bulundurma, onun üzerinde hâkimiyet kurma olgusunun “hak” seviyesine çıkarılmasına şüpheyle yaklaşmıştır⁷⁰.

Hukumumuzda ise uzun bir süre zilyetliğin bir hak olduğu savunulmuş, buna gerekçe olarak zilyetliğin haklar gibi hukuk düzenince korunan kişisel bir menfaat teşkil ettiği, devredilebildiği ve miras yoluyla geçebildiği gösterilmiştir⁷¹. Hatta zilyetliğin herkese karşı ileri sürülebilir olması nedeniyle hakkın niteliğinin “bir aynî hak” olduğu belirtilmiş⁷², Yargıtay zilyetliğin bu niteliğini bir içtihadı birleştirme kararında⁷³ dile getirmiştir.

Ancak, mevcut düzenlemeler bu görüşün kabul edilmesine engel teşkil eder. Her şeyden önce, aynî haklarda sınırlı sayı ilkesi kabul edilmektedir ve

⁶⁷ **Çelebican**, s. 97; **Gürsoy**, Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970, s. 24; **Esener/Güven**, s. 67; **Moriya**, Kenichi: Savignys gedanke im “Recht des Besitzes”, 2003, s. 11 (**Walter**, s. 875’den naklen).

⁶⁸ **Säcker**, F. Jürgen/ **Rixecker**, Roland/**Oether**, Hartmut/**Limperg**, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, München 2017 (MüKoBGB/Wagner BGB, § 823), Rn. 287.

⁶⁹ **Walter**, s. 876; **Rühl**, s. 864; **Westphal**, R. Kenneth: Do Kant’s principles Justfy Property or Usufrucht? Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 5, 1997, s. 141-194, s. 146; **Ramaekers**, s. 601.

⁷⁰ Savigy tarafından savunulan, zilyetliğin aynı zamanda hem hak hem de bir fiilî durum olduğuna ilişkin görüşler bugünkü zilyetliğin temellerini oluşturmuştur. **Moriya**, s. 5-25 (**Walter**, s. 874-875’den naklen).

⁷¹ **Akipek**, s. 156; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 80; **Akipek/Akıntürk**, s. 109; Hak saymamakla beraber “hakka benzeyen bir görüntü biçimi” olduğunu savunan görüş için bkz. **Tekinay**, S. Sulhi/**Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla: Eşya Hukuku, c. I, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 37.

⁷² **Akipek**, s. 156.

⁷³ 9.10.1946 tarih ve 12 sayılı (RG. 20.6.1947, s. 6637).

zilyetlik bunlar arasında belirtilmemektedir⁷⁴. Ayrıca, taşınmazlara ilişkin aynı hakları sıralayan ve tescili düzenleyen MK m. 1008'de zilyetlik sayılmamıştır.

Hak görüşünü savunan bazı yazarlar ise zilyetliği şahsi hak olarak nitelendirmiştir⁷⁵. Oysa, zilyetlik herkese karşı ileri sürülebilir, sadece taraflar arasındaki bir ilişkiden ibaret değildir. Ayrıca, zilyetliğin eşya üzerinde fiilî hâkimiyet kurmuş olma şartıyla, bir hak olduğunu ve bu hakkın kendine özgü mutlak bir malvarlığı hakkı olduğu da savunulmuştur⁷⁶.

Bugün için hâkim görüşler, zilyetliği ya bir "hukuki bir durum"⁷⁷ ya da sadece "fiilî bir durum"⁷⁸ olarak değerlendirmektedir⁷⁹.

Zilyetliği hukuki durum olarak kabul edilen görüşe göre, eşya üzerindeki fiilî hâkimiyetinden bir başkasına şahsi bir hak veya aynı bir hak tanımak suretiyle vazgeçen malik zilyet kalmaya devam etmektedir. Aksi halde, yani zilyetlik sadece fiilî bir durum olarak görülseydi, bu sonuca ulaşmak mümkün olmazdı⁸⁰.

Zilyetliği fiilî bir durum olarak kabul eden görüş ise, Medenî Kanunumuzdaki düzenlemeden yola çıkmakta, bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimsenin onun zilyedi olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır (MK m. 973/1)⁸¹.

⁷⁴ MüKoBGB/Wagner BGB, § 823, Rn. 287; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 53; **Sirmen**, 45.

⁷⁵ **Gürsoy**, s. 27; Bkz. ayrıca **Ünal/Başpınar**, s. 139.

⁷⁶ **Akipek/Akıntürk**, s. 125.

⁷⁷ **Akipek**, s. 139; **Çelebican**, s. 94; **Sirmen**, s. 45; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 52; **Ayan**, Zilyetlik, s. 74; **Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2017, s. 11; **Antalya**, Gökhan: Eşya Hukuku, C. II, Zilyetlik, İstanbul 2017 (Antalya, Zilyetlik), s. 15.

⁷⁸ **Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, s. 28; **Aybay/Hatemi**, s. 39; **Karahasan**, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, İkinci Cilt, 2007, s. 314; İsviçre Federal Mahkemesi ise, sadece "fiilî hâkimiyet" olarak görmektedir. Bkz. **Ünal/Başpınar**, s. 140; **Ertaş**, s. 27; **Serozan**, s. 101.

⁷⁹ Ayrıca hem fiilî hem de hukukî bir durum değerlendirmesi yapan görüş de savunulmaktadır. **Ünal/Başpınar**, s. 141.

⁸⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 52; **Ayan**, Zilyetlik, s. 74-75.

⁸¹ **Aybay/Hatemi**, s. 39.

Alman hukukunda da bu son görüşe benzer şekilde zilyetlik fiilî bir durumdan (faktum) ibaret görülmekte⁸² ve bir şey üzerinde mülkiyet veya bir sınırlı aynî hak ya da sadece kira sözleşmesinden doğan alacak hakkı gibi herhangi bir hak olmaksızın sadece eşya üzerindeki egemenlik nedeniyle zilyetliğin korunması gerektiği kabul edilmektedir⁸³.

Ancak, zilyetliğin “eşya üzerinde fiilî hâkimiyet” olarak tanımlanması dolaylı zilyetliğin açıklanmasını güçleştirmektedir. Mal üzerindeki fiilî hâkimiyetin başkası aracılığıyla sürdürülmesi anlamına gelen dolaylı zilyetlikte (MK. m. 975)⁸⁴, eşya üzerinde fiilen, fiziksel bir hâkimiyet bulunmamasına rağmen, hâkim durumdaki kişi zilyet (intelligible besitz) sayılmaktadır⁸⁵. Bu nedenle, zilyetliğin tanımına rağmen “kanundan doğan bir sahip olma hakkı” olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁸⁶. Böylece, mirasçının zilyetliğinin de açıklaması mümkün hale gelir. Bu görüşü, zilyetliğin bağlı olduğu haktan bağımsız olarak, sadece “hakka karine” olma⁸⁷ dolayısıyla korunuyor olması da desteklemektedir. Hak karinesinden bahsedilemeyen haller ise bu kapsamda değildir. Kamu düzeninin korunması amacıyla bir fiilî durumun korunmasından ibaret bu hallerde, sadece kuvvet kullanılarak veya iade davası açılarak zilyetlik korunabilir (MK m. 981 vd/ § 858 ff. BGB), hak karinesi dayanan bir talep olan taşınır davası açılmaz⁸⁸.

3. Zilyetliğin Bir “Hak” Olarak Mülkiyetten Ayrılması Problemi

Zilyetliğin, mülkiyetin içeriğini oluşturan yetkilerin sınırlanması şeklinde ortaya çıkan diğer sınırlı aynî haklardan, neden ayırt edildiği ve onlar gibi

⁸² **Bamberger**, Georg/**Roth**, Herbert/**Hau**, Wolfgang/**Poseck**, Roman (Gesamt-Hrsg.): Beck’scher Online-Kommentar, BeckOK, 47. Edition, München 2018 (BeckOGK/Fritzsche BGB § 854), Rn. 3, 14; MüKoBGB/**Wagner** BGB, § 823, Rn. 288.

⁸³ Savıgy tarafından savunulan, zilyetliğin aynı zamanda hem hak hem de bir fiilî durum olduğuna ilişkin görüşler bugünkü zilyetliğin temellerini oluşturmuştur. **Moriya**, s. 5-25 (**Walter**, s. 874-875’den naklen).

⁸⁴ **Sirmen**, s. 50; **Aybay/Hatemi**, s. 43; **Ertaş**, s. 35.

⁸⁵ **Rühl**, s. 565.

⁸⁶ BeckOGK/**Fritzsche** BGB § 854, Rn. 16.

⁸⁷ MK m. 986’da, eşyanın mevcut zilyedi başta mülkiyet olmak üzere iddia ettiği hakka sahip sayılır.

⁸⁸ **Walter**, s. 875-877.

mülkiyetin bağımsız hale gelebilen parçası olarak görülmediği Alman hukukunda sorgulanmıştır⁸⁹.

Önceleri sadece geçici bir hak verip vermediği veya şahsi bir hak olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılan zilyetliğin, şimdi neden bir mutlak hak olarak kabul edilmediği tartışılmaktadır. Burada ikili bir ayırım yapılmakta, eşya üzerinde basit bir fiilî hâkimiyet sağlayan kişinin değil, kendisine tanınan herhangi bir hak temelinde fiilî hâkimiyete sahip olan kişinin, diğer bir deyişle zilyetliği hak karinesine dayanarak korunabilecek kişinin aslında “mutlak bir hakka” sahip olduğu dile getirilmektedir. Bu bağlamda, örneğin bir finansal kiralama sözleşmesinde kiracı, eşya üzerinde sahip olduğu zilyetlik nedeniyle, bu eşyayı edinme nedeni olan şahsi haktan bağımsız “mutlak hak” sahibi olarak görülebilecektir⁹⁰.

Zilyetlik, kullanım hakkının içeriğinde yer almaktadır ve bu hak malın ürünlerinden yararlanma hakkından farklıdır. Kullanma hakkının irtifak olarak mülkiyetten ayrıldığı tüm haller, savunulan görüşe göre zilyetliğin ayrı bir hak olarak mülkiyetten bağımsız düşünülebileceğini göstermektedir. Böylece, mülkiyetin kapsamındaki yetkilerin nisbî bir hak olarak veya aynî bir hak olarak ayrılmasında olduğu gibi zilyetlik de farklı bir hak olarak başka bir kişiye özgülenebilir⁹¹.

Zilyetlik, zilyedin gerçekte hak sahibi olup olmamasından bağımsız olarak korunmakta, hırsızın zilyetliğinin korunmasında olduğu gibi, zilyetliğin korunma nedeni sadece toplumdaki huzuru sağlamak olarak görülmektedir. Zilyetliğin sadece fiilî hâkimiyet olarak korunması bakımından (söz konusu korumayı sağlayan MK m. 981/1 gereğince kuvvet kullanma yoluyla zilyetliğin korunması ve MK m. 982 ve 983 gereğince açılacak zilyetlik davaları veya taşınmazlara ilişkin zilyetliğin idari yoldan korunması) zilyedine sağladığı bir “hukukten korunmuş menfaat” dolayısıyla bir hak değildir. Hak, hukuk kuralına dayanan, hukukten korunan yetki veya menfaat anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle hak, kişi bakımından ayrıcalıklı bir konumdur. Hak aynı zamanda

⁸⁹ **Walter**, s. 875; BeckOGK/**Fritzsch**e BGB § 854, Rn. 16; **Soergel**, Hans-Theodor/**Stadler**, Astrid (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 14, Sachenrecht 1, § 854-984 BGB, Rn. 1.

⁹⁰ BeckOGK/**Fritzsch**e BGB § 854, Rn. 17; *Iatridis v. Greece*, Başvuru No: 31107/96, [http://hudoc.echr.coe.int.\(25.12.2018\)](http://hudoc.echr.coe.int.(25.12.2018)).

⁹¹ **Walter**, s. 876.

dinamik bir kavramdır, kapsamı değişmeğe ve genişlemeğe müsaittir⁹². Ancak, hak karinesinden faydalanan zilyet dikkate alındığında (MK m. 989 gereği taşınır davası açabilecek zilyet) gerçekten de onun açısından korunan bir “menfaat” vardır. Eşyanın zilyedi, fiilî hâkimiyeti dolayısıyla hukuken korunur, belli davaları açarak zilyetliğini koruyabilir, zilyetlik miras yoluyla geçebilir ve zilyetliğin devri halinde mülkiyetin bir üçüncü kişi tarafından kazanılması sağlanabilir. Söz konusu menfaat peki hala bir “hak” olarak görülebilir⁹³.

Hukumumuzda mevcut düzenlemeler karşısında zilyetlik bir aynî ya da şahsi hak sayılamasa da Alman hukukunda savunulduğu gibi en azından zilyetliğin “kanundan doğan bir sahip olma hakkı” olduğu kabul edilebilir. Bu kabul, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesinin 17. maddesinde “hukuka uygun şekilde kazanılmış olması kaydıyla” zilyetliğin temel birer hak olarak korunması ile de desteklenmektedir.

Bu noktada, mülkiyetin eşya hukuku anlamında bir aynî haktan ibaret olması ve zilyetliğin üzerindeki tartışmalara rağmen eninde sonunda “haklı durum” olarak korunması sözü edilen görüşe karşıdır. Bununla birlikte, ekonomik ve sosyal gelişmelerden etkilenen, son derece değişken ve görece bir kavram olan mülkiyetin eşya hukukunun dar kalıplarından çıkmaması gerektiğinde de ısrar edilemez. Mülkiyet hakkı sadece eşya hukukuna özgü bir kavram olarak görülemez ve dünyadaki gelişmelerden bağımsız ele alınamaz⁹⁴.

Böyle bir sonuç kabul edildiğinde, malın kullanımı ve mal üzerinde tasarrufta bulunma hakkının farklı kişilere bir hak olarak tanınabilmesi de mümkün hale gelmektedir. Birer malik olarak kabul edilmeseler bile malik gibi dava açabilecekleri kabul edilen intifa hakkı ve rehin hakkı sahipleri gibi korumadan faydalanmalarının yolu açılmış olur. Bu özellikle, mülkiyetin kapsamındaki yetkilerden malın değerinden faydalanmanın işlevsel olarak kullanımını sağlar ve malik bakımından kredi alımını kolaylaştırır. Bir borcun alacaklısı, malik karşısında eşyanın zilyetlik hakkını elde ettiğinde, diğer bir

⁹² **Serozan**, Rona: Medeni Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku), İstanbul 2011 (Serozan, Medeni), s. 187.

⁹³ BeckOGK/**Fritzsche** BGB § 854, Rn. 18; **Gürsoy**, s. 27.

⁹⁴ Zevkliler tarafından bu düşünce, mülkiyet hakkının açıklaması bakımından “sadece medeni hukuka bağlı kalınarak sağlıklı sonuca ulaşılamaz” ifadesiyle dile getirilmiştir. **Zevkliler**, Aydın: Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, Ankara 1977, s. 365-388, s. 600.

deyişle mülkiyetine sahip olamasa da alacağıнын teminatını da elde etmiş olacaktır⁹⁵. Üstelik, malik zilyetliği alacaklısına sağlamış olsa halen tasarruf yetkisine sahip olduğundan eşyayı bir başkasına devredebilecek, eşyanın üzerinde intifa hakkı veya eşya bir taşınmaz ise rehin hakkı kurabilecek⁹⁶ ya da eşyayı diğer sınırlı aynî hakların konusu da yapabilecektir.

SONUÇ

Hukuk alanında olduğundan çok daha fazla ekonominin ve sosyal politikanın meşgul olduğu bir konu olan mülkiyet, toplumların değişen ekonomik ve siyasal yapılarına paralel olarak değişmiş ve hukuki çerçevesi de buna göre belirlenmiştir. Bu yönüyle göreceli ve değişime açık bir kavram olan mülkiyet, Avrupa Birliğinde farklı şekilde ele alınmaya başlanmıştır.

Roma Hukukundan beri kabul edilen, sadece taşınır eşya ve taşınmaz eşya üzerinde bulunabilecek mülkiyet kavramının tersine, ekonomik değeri olan neredeyse tüm varlıklar “mülk” olarak değerlendirilmekte, bu anlamda, eşya üzerinde sahip olunan “zilyetlik”, “müşteri çevresi” ve “hisse senetleri” gibi pek çok varlık mülkiyet hakkının konusu sayılmaktadır.

Özel hukuk düzenlemeleri, mülkiyetin eşya dışındaki ekonomik değeri olan tüm varlıkları kapsayacak şekilde anlaşılmasına olanak verecek şekilde geniş yorumlanamaz. Ancak, dünyadaki gelişmeler “mülkiyet hakkının” özel hukuk alanında da değişime uğradığını ve borçlar hukukunun tersine yüzyıllardır değişmeyen eşya hukukunun dar kalıplarının aşıldığını göstermektedir.

Mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin farklı kişilere dağıtılması suretiyle, bu kişilerin “hukuki durum” olarak mülkiyete sahip görülmesi de yaşanan diğer önemli gelişmedir. Mülkiyet hakkı sahibi, hakkın bünyesinde bulunan yetkileri başka kişilere onlar lehine sınırlı aynî hak kurarak tanıyabilir. Hukukumuzda hâkim görüş tarafından sadece mülkiyet sınırlanması kabul edilen sınırlı aynî haklar, dünyada artık mülkiyetten ayrılarak bağımsız hale getirilen haklar olarak nitelendirilmekte, hak sahibi kişiler “hukuki durumları” itibariyle malik statüsünde görülmektedir.

Yeni ekonomik düzende, bununla da yetinilmemekte, hâkim görüşün fiilî veya hukuki bir hâkimiyetten ibaret gördüğü zilyetlik, mülkiyetin önemli

⁹⁵ Basedow, s. 583.

⁹⁶ Taşınmazlarda rehin hakkının kurulması tapu kütüğüne yapılan tescil ile gerçekleşir. Rehlin alacaklısının rehin konusu eşya üzerinde zilyetlik kurması gerekmez.

bir parçası olarak, mülkiyetin sağladığı diğer yetkiler gibi “hak” olarak bir başka kişiye tanınabilirliği de kabul edilmektedir.

KAYNAKLAR

- Akça**, Kürşat: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C. 1, Yıl 2015, s. 543-596.
- Akıllıoğlu**, Tekin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı ve Kazanılmış Hak Üzerine Bazı Gözlemler, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, C. 15, Sa. 2, s. 9-27.
- Akipek**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku, (Aynî Haklar), İkinci Kitap, Mülkiyet, Ankara 1971 (Akipek, İkinci Kitap).
- Akipek**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Birinci Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Bası, Ankara 1972 (Akipek, Birinci Kitap).
- Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Antalya**, Gökhan: Eşya Hukuku, C. I, İstanbul 2017.
- Antalya**, Gökhan: Eşya Hukuku, C. II, Zilyetlik, İstanbul 2017 (Antalya, Zilyetlik).
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. III, Sınırlı Aynî Haklar, 8. Baskı, Ankara 2017 (Ayan, Sınırlı Aynî Haklar).
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, Zilyetlik).
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, Mülkiyet).
- Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Bamberger**, Georg/**Roth**, Herbert/**Hau**, Wolfgang/**Poseck**, Roman (Gesamt-Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar, BeckOK, 47. Edition, München 2018 (BeckOGK/Fritzsche BGB § 854).
- Basedow**, Jürgen: Die Entwicklung des Eigentumsrechts in der Europäischen Union, ZEuP 2016, s. 573-590.
- Bilge**, Necip: Hukuk Başlangıcı Dersleri, 12. Bası, İstanbul 1998.
- Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, 1. Bası, Ankara 2000.
- Claeys**, Eric R.: Use And the Function of Property, The American Journal of Jurisprudence, Vol. 63, No. 2 (2018), s. 221-258.
- Dinç**, Güney: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 124, Ankara 2007.
- Eren**, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017.

- Ertaş**, Şeref: Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların, Sınırlamaların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu, Bahçeşehir Hukuk Fakültesi Dergisi 2016, C. 11, Sa. 145-146, s. 59-93 (Ertaş, Mülkiyet).
- Esener**, Turhan: Hukuk Başlangıcı-Genel Hukuk Bilgisi, 5.Baskı, İstanbul, 2002.
- Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2017.
- Gemalmaz**, H. Burak: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, 2. Tıpkı Basım 2017.
- Gürsoy**, Kemal Tahir: Türk Eşya Hukukunda Zilyedlik ve Tapu Sicili, Ankara 1970.
- Gürsoy**, T. Kemal/ **Eren**, Fikret/ **Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, Birinci Cilt, 2007.
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu Eşya Hukuku, İkinci Cilt, 2007.
- Larenz**, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989.
- Merrill**, W. Thomas/**Smith**, E. Henry: What Happened to Property in Law and Economics, Yale Law Journal, Vol. 111, 2001, s. 357-398.
- Moriya**, Kenichi: Savignys gedanke im "Recht des Besitzes", 2003.
- Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2017.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.
- Örücü**, Esin: Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul 1976.
- Özmen**, Münci: Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Mülkiyet Hakkı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, C. 2, Sa. 1, s. 211-218.
- Ramaekers**, Eveline: What is Property Law?, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 37, No. 3 (2017), s. 588-617.
- Render**, M. Meredith: The Concept of Property, University of Pittsburg Law Review, Vol. 78, 2017, s. 439-492.
- Rühl**, F. H. Ulli: Der intelligible Besitz-und nicht Eigentum-als rechtsmetaphysischer Fundamental begriff in Kants "Privatrecht",

- Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, Vol. 18, 2010, s. 563-580.
- Säcker**, F. Jürgen/ **Rixecker**, Roland/**Oether**, Hartmut/**Limperg**, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, München 2017 (MüKoBGB/Wagner BGB, § 823).
- Saymen**, F. Hakkı: Türk Medenî Hukuku, Umumi Prensipier, 2. Bası, C. I, İstanbul 1966.
- Saymen**, Ferit H./**Elbir**, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.
- Serozan**, Rona: Eşya Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Serozan**, Rona: Medenî Hukuk (Genel Bölüm, Kişiler Hukuku), İstanbul 2011 (Serozan, Medenî).
- Sirmen**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Smith**, E. Henry: Property As The Law Of Things, Harward Law Review, Vol. 125, No. 7, 2012, s. 1691- 1726.
- Soergel**, Hans-Theodor/**Stadler**, Astrid (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mir Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), Band 14, Sachenrecht 1, § 854-984 BGB.
- Tekinalp**, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Tekinay**, S. Sulhi/**Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla: Eşya Hukuku, c. I, 5. Bası, İstanbul 1989.
- Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, (Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili), 6. Baskı, Ankara 2012.
- Von Bar**, Christian: Grundfragen europäischen Sachenrechtsverständnisses, JZ 18/ 2015, s. 845-900.
- von der Groeben**, Hans/ **Schwarze**, Jürgen/**Hatje**, Armin: Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, 2015 (Groeben, von der/Schwarze/ Ferdinand Wolenschläger GRC Art. 17).
- Walter**, Felix: Eigentumsökonomik im europäischen Rechtsvergleich: Eine Untersuchungdes Eigentumsbegriff des deutschen, englischen und sowjetischen Rechts, ZEuP 2017, s. 863-889.
- Westphal**, R. Kenneth: Do Kant’s principles Justfy Property or Usufrucht? Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 5, 1997.
- Woerdman**, Edwin: Tradable Emission Rights, The Elgar Companion to Law and Economics, Second Edition, 2005.

Zevkliler, Aydın: Mülkiyetin Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen'e Armağan, Ankara 1977, s. 365-388.

KISALTMALAR

AIHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK	:Anayasa Mahkemesi Kararı
AMKBB	:Anayasa Mahkemesi Kararları Bilgi Bankası
Aufl.	:Auflage
Bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
EC	:European Commission
f.	:Fıkra
L	:Legislation
OJ	:Official Journal of the European Communities
RG	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
Sa.	:Sayı
T.	:Tarih
v.	:versus
Vol.	:Volume
ZEuP	:Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

**TİCARET ŞİRKETLERİNDE ORTAKLARIN KİŞİSEL
ALACAKLILARININ ŞİRKETE YÖNELTEBİLECEKLERİ
HACİZ TALEPLERİ***

Arş. Gör. Çağatay Serdar ŞAHİN**

**ATTACHMENT REQUESTS AGAINST COMMERCIAL
COMPANIES OF INDIVIDUAL CREDITORS OF
SHAREHOLDERS**

Makaleye Atıf

Klasik Usul: Şahin, Çağatay Serdar: Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kişisel Alacaklılarının Şirkete Yöneltebilecekleri Haciz Talepleri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 1, 2019, s. 167-211.

APA: ŞAHİN, Ç. (2019). Ticaret Şirketlerinde Ortakların Kişisel Alacaklılarının Şirkete Yöneltebilecekleri Haciz Talepleri. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27 (1), 167-211. DOI:10.15337/suhfd.545166.

* **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 13.07.2018

Kabul Edildiği Tarih: 23.01.2019

DOI Numarası: <https://dx.doi.org/10.15337/suhfd.545166>

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

E-mail Adresi: sahincagatay58@gmail.com

ORCID ID : [0000-0003-4849-9050](https://orcid.org/0000-0003-4849-9050)

ÖZ

Bir alacaklının borçlu aleyhine başlatacağı ilamlı ya da ilamsız icra takiplerindeki haciz usullerine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'ndaki genel düzenleme yanında Türk Ticaret Kanunu'nda da bir ticaret şirketindeki ortağın şahsi alacaklısının şirkete başvurma usulleri düzenlenmiştir. Bu kapsamda kanun, ortağın kâr payı ve faiz alacağı gibi birçok mali hakkının haczine imkan vermektedir.

Bu çalışmamızda söz konusu düzenlemeyi içeren Türk Ticaret Kanunu'nun 133. maddesi önce genel olarak incelenecek; ardından maddedeki sırayı takip eder şekilde önce şahıs sonra da sermaye şirketlerinde şahsi alacaklının hangi malvarlığı unsurlarına haciz koyabileceğine, bunun usullerinin neler olacağına ve bu kapsamdaki tartışmalara değinilecektir. Adi ortaklıklar ise tüzel kişilik oluşturmadıkları ve İcra ve İflâs Kanunu'nda da elbirliği ile mülkiyete ilişkin haciz usulleri altında değerlendirildiği için çalışmamızın kapsamı dışındadır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Şahıs şirketleri, sermaye şirketleri ortakların mali hakları, haciz, şahsi alacaklılar*

ABSTRACT

In addition to the general provisions about attachment in execution without judgment or based on a court decision; Turkish Commercial Code also regulates the procedures that individual creditors can apply against the commercial companies. The Code gives opportunity to attach financial rights such as dividends or interests.

In this study, first Article 133 of Turkish Commercial Code will be examined. Then likewise the article, attachable financial rights in the partnerships and capital companies will be detailed in reference to the procedure and debates. However, unincorporated associations are not in the scope of this study, because they don't have legal personalities and Execution and Bankruptcy Law regulates the attachment procedure in these associations under joint ownerships.

KEYWORDS: *Partnerships, capital companies, financial rights of shareholders, attachment, individual creditors*

I. KONUYA İLİŞKİN GENEL DÜZENLEME

Türk Ticaret Kanunu'nun 133. maddesi, "Ortakların Kişisel Alacaklıları" başlığı ile ortakların şahsi alacaklılarının haklarını düzenlemiştir. Bu kapsamda madde, "bir şahıs şirketi" şeklinde başlamakta ve TTK m. 124/2'ye göre kollektif ve adi komandit şirketler açısından uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre bir şahıs şirketi devam ettiği sürece şirket ortaklarının kişisel alacaklıları, alacaklarını şirketin bilançosuna göre o ortağa düşen kâr veya şirket sona ererse tasfiye payından alırlar. Bilançonun düzenlenmemiş olması durumunda ise alacaklılar bilançonun düzenlenmesi hâlinde ortağa düşecek kâr veya tasfiye payına haciz koydurmak suretiyle tatmin edilebilecektir (Karşılaştırma için bkz. Mülga Türk Ticaret Kanunu m. 145/1).

Türk Ticaret Kanunu'nun 133. maddesinin 2. fıkrası ise anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler için ortağa düşen kâr veya tasfiye payı yanında, senede bağlanmış olup olmaması önem arz etmeksizin İİK hükümleri uyarınca ortağın payının da haczettirilebileceğini ifade etmektedir. Maddenin haciz taleplerinin kapsamını yukarıda sayılan malvarlığı değerleri ile sınırlamadığı da üçüncü fıkradan çıkarılabilir. Zira bu fıkroda, alacaklıların ortakların şirketten olan diğer alacaklarına da başvurabileceği açık şekilde düzenlenmiştir. Elbette alacaklıların, ortakların şahsi mallarına başvurma imkânı da devam etmektedir.

Bütün bunlara ek olarak, koperatifler açısından da Kooperatifler Kanunu'nun 19. maddesi uygulama alanı bulacaktır ki bu da aşağıda ayrıca incelenecektir. Kooperatifler açısından haciz uygulaması anonim şirketlere bazı benzerlikler göstermektedir.

II. KOLLEKTİF ŞİRKETLERDE HACİZ

Kollektif şirket, bir ticari işletmeyi, bir ticaret ünvanı altında işletmek amacıyla gerçek kişiler tarafından kurulan ve şirket borçlarından dolayı ortakların hiçbirinin sorumluluğu sınırlandırılmamış olan şirkettir (TTK m. 211). Tanımdan da anlaşıldığı gibi kişisel özelliklerin bu kadar ön planda olduğu bir şirketin ortaklarının kişisel alacaklıları ortağın şahsi mallarına başvurma hakkı saklı kalmak kaydıyla, ortağın haczi kabil mallarına başvurabilir (TTK m. 133/3). Bu mali haklar, kâr payı, tasfiye payı, ücret ve faiz ve masraf alacaklarıdır. Bu kapsamda borçlu genel haciz yolu ile takibe gidebileceği gibi borçlu ortak iflâsa tabi kişilerden ise iflâs yoluyla takibe ya da alacağı rehinle teminat altına alınmış ise rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişebilir. Elbette ilâmlı icra takibi kapsamında da bu malların haczi mümkündür.

A. Ortağın Şirketteki Mali Haklarının Haczi

a. Kâr Payının Haczi

Kollektif şirkette ortakların kâr payı, TTK'da "Kâr Payı ve Zarara Katılma" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre (TTK m. 218 uyarınca görevlendirilmiş olan) yönetici, hesap yılı sonunda finansal tabloları hazırlamak ve ortaklar kurulunun onayına sunmak zorundadır (TTK m. 227). Bu finansal tablolar, şirketin ticari defterlerine uygun olarak düzenlenen bilanço ile kâr zarar hesabını ve envanteri de kapsar. Bu tablolar ortakların oyçokluğu ile vereceği kararla kesinleşir ve bu toplantıda kârın dağıtımını da kararlaştırılır. Zaten TTK m. 228, her ortağın bilanço düzenlenmesini ve buna göre kâr payının tespiti ile kendisine düşen payın ödenmesini isteyebileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu noktada TTK m. 227, kâr payının bölüşülme esaslarını ortakların (aslan payı ortaklığı caiz olmamakla beraber¹) şirket sözleşmesi ya da sonradan alacakları bir kararla serbestçe tayin etmelerine ya da bu işi hakem-bilirkişi² niteliğindeki paylaştıricılara bırakmalarına imkân vermiştir. İfade edilen bu yollardan hiçbiri tatbik edilmemiş ise TTK m. 227 uyarınca ortakların koydukları sermayenin miktar ve çeşidi göz önüne alınmaksızın kâr eşit olarak paylaştırılır³ (bkz. TBK m. 623). İşte bu usullere göre belirlenecek kâr payı, bilanço henüz düzenlenmemiş olsa dahi haczedilebilir.

Borçlu ortağın bu kâr payı, borçlunun üçüncü şahıs elinde olup, kıymetli evraka bağlı olmayan para alacağı ve sair bir talep hakkının haczini düzenleyen İİK m. 89 uyarınca haczedilebilir⁴. Buna göre alacaklının talebi üzerine ortağa

¹ "Kazanç paylaşmak bakımından bir ortağa ciddi olmayan bir pay verilir ise, diğeri veya diğeri lehine aslan payı ortaklığı var demektir ve müşterek gaye unsuru bakımından ortaklık sakattır." POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin, (2014), Ortaklıklar Hukuku C. I, 13. Baskı, İstanbul, s. 25. Aynı yönde BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, (2013), Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, s. 158.

² PULAŞLI Hasan, (2015), Şirketler Hukuku Şerhi C. I, 2. Baskı, Ankara, s. 372; ŞENER Oruç Hami, (2015), Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara, s. 223. Örnekler için bkz. İMREGÜN Oğuz, (1989), Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, 1. Baskı, İstanbul, s. 61.

³ ARSLANLI Halil, (1960), Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Baskı, İstanbul, s. 215; KARAYALÇIN Yaşar, (1973), Ticaret Hukuku II: Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, s. 260 vd.

⁴ "İcra ve İflas Kanunu m. 89 kapsamında kalan alacaklar, maaş ve ücret dışında kalan alacaklar ile maaş ve ücretlerdir. Bunun kapsamına bankadaki para, üçüncü kişiye vermiş olunan para, taşınmazın kirası, borçlunun şirketteki kâr payı veya tasfiye payı

düşecek kâr payı icra dairesince haczedilerek bu husus haciz tutanağına geçirilir. Bu tutanağın düzenlenmesi ile haciz gerçekleşmiş olur. Bir diğer deyişle İİK m. 89 uyarınca üçüncü kişiye gönderilecek olan ihbarname haczin tekemmülü için bir şart değildir⁵. Zaten İİK m. 89 da “Mahcuz Malları Muhafaza Tedbirleri” üst başlığında düzenlenmiş olup bir muhafaza tebdiri niteliğindedir⁶.

Bunun üzerine icra dairesi şirkete birinci haciz ihbarnamesi göndererek ortağın kâr payına haciz konulduğunu, bundan böyle kâr payının ancak icra dairesine ödeneceğini, eğer şirket hesap yılı sonunda düzenlenecek bilançoya göre zarar ettiği yani dağıtılacak bir kâr bulunmadığı iddiasındaysa bunu 7 gün içinde icra dairesine bildirmesi gerektiğini, aksi halde borcun zimmetinde sayılacağını bildirir⁷. Bu ihbarname borçlunun alacağının bulunduğu şirketin

ile adi ortaklıktaki kâr payı verilebilir.” KURU Baki, (2017), İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, Ankara, s. 172; KARSLI Abdürrahim, (2014), İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, s. 290; YILDIRIM M. Kâmil, DEREN-YILDIRIM, (2016), İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, s. 166 vd;

- ⁵ JAEGER Carl, (1911), Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 2. Auflage, Zürich, s. 89; “İİK'nin 88. maddesinin üst başlığı "mahcuz malları muhafaza tedbirleri"dir. İİK'nin 89. maddesi de aynı üst başlık altında düzenlenmiştir. Kanun'un bu düzenleniş biçimine göre; bankaya İİK'nin 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesi gönderilmesi, bankadaki paranın borçluya ödenmesini önleyen bir muhafaza tedbidir. Bu sebeple bankadaki paranın haczi için haciz yazısı dışında, bankaya ayrıca İİK'nin 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesinin tebliği şart değildir.” Yargıtay 4. HD., E. 2015/11619 K. 2016/2810 T. 03.03.2016. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2007/23620, K. 2008/1734, T. 01.02.2008; Yargıtay 12 HD., E. 2016/20027, K. 2017/11660, T. 28.09.2017 emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 01.07.2018.
- ⁶ MUŞUL Timuçin, (2017), İcra ve İflas Hukuku Esasları, 6. Baskı, Ankara, s. 375; ARSLAN Ramazan, (2016), “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi ve Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, s. 3218; DOMANIÇ Hayri, (1970), “Kıymetli Evraka Bağlanması Mümkün Hakların Haciz Kabiliyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 4, s. 756.
- ⁷ PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, ÖZEKES Muhammet, (2017), İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, İstanbul, s. 166; BERKİN Necmeddin M., (1980), Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, 1. Baskı, İstanbul, s. 245. TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, (2009), “Ticaret Şirketlerinde Şirket Ortaklarının Şahsi Alacaklılarının Durumu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan Özel Sayısı, s. 1332.

merkezinde tebliğ edilir. Şirketin bu ihbarnamesi tüm birimleri kapsayacak şekilde beyan etmesi de kanuni bir zorunluluktur (İİK m. 89/7).

Şirket eğer birinci haciz ihbarnamesine kendisine verilen süre içerisinde itiraz etmemişse, borçlu ortağın kendisinden alacağı olan bir kâr payı olduğunu kabul etmiş sayılacaktır. Bunun üzerine icra dairesi şirkete ikinci haciz ihbarnamesi göndererek⁸, birinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz edilmediğini ve bu sebeple kâr payının şirketin zimmetinde sayıldığını, şirketin ikinci ihbarnamenin tebliğinden itibaren 7 gün içinde borçlu olmadığına dair itirazda bulunulabileceğini, aksi takdirde zimmetinde sayılan payın icra dairesine ödenmesi gerektiğini ihtar eder⁹. İkinci ihbarnameye de süresinde itiraz edilmemiş ve borç da icra dairesine ödenmemiş ise, kâr payının şirketin zimmetinde sayıldığı hususu kesinleşmiş olur¹⁰. Akabinde gönderilecek üçüncü ihbarname ile şirkete, bu ihbarnamenin kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde kâr payını icra dairesi hesabına ödemesi veya menfi tespit davası açması, aksi hâlde kâr payını ödemeye zorlanacağı bildirilir (İİK m. 89/3)¹¹. Bu usûl sonucunda üçüncü kişi durumundaki şirket, itirazda bulunmamış ve dava da açmamış ise hak icra dairesinin emrine verilmiş

⁸ Birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmeyen şirkete ikinci haciz ihbarnamesinin gönderilmesinin anlamsız olacağı ve kâr payının varlığı şirket tarafından kabul edilmiş olacağından bunu ödemeye zorlanabileceği görüşü için bkz. MUŞUL, (2017), Esaslar, s. 376. Ayrıca, haciz ihbarnamelerine itiraz durumunda ne yapılacağına dair hükümlerin gereksiz olduğu ve bu durumda doğrudan İİK m. 120 hükmünün uygulanması gerektiği hakkında bkz. ÇATALKAYA Cevdet, BANDAKÇIOĞLU İhsan, (1967), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara, s. 330.

⁹ İkinci haciz ihbarnamelerinin içeriği hakkında bkz. KARSLI, (2014), s.291; ARSLAN, (2016), s. 3223; KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, (2013), İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara, s. 255 vd.; Yargıtay 12. HD., E. 2016/29605, K. 2018/2898, T. 21.03.2018; İstanbul BAM. 21. HD., E. 2017/1027, K. 2017/1006, T. 14.06.2017; Ankara BAM. 23. HD., E. 2017/65, K. 2017/175, T. 02.03.2017; Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 05.12.2018.

¹⁰ KURU Baki, (2003), “İcra ve İflâs Kanununun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, S. 47, s. 64; UYAR Talih, (2005), “Borçlunun Üçüncü Kişideki Kıymetli Evrakı Bağlı Olmayan Hak ve Alacaklarının Haczi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 3, S. 35, s. 4008.

¹¹ Üçüncü haciz ihbarnamesi gönderilmesi yönündeki düzenlemenin eleştirisi için bkz. KARSLI Abdürrahim, (2004), “İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, s. 413.

olacağından ileride bu hakla ilgili olarak çıkarılması muhtemel senetler ve kıymetli evrak da ayrıca bir prosedüre gerek kalmadan icra dairesi emrinde bulundurulacaktır¹².

Haciz ihbarnamelerinin kanunda belirtilen bu içeriğine ek olarak tartışma konusu olan bir nokta ise üçüncü kişiden olan alacağın miktarının ihbarnamede gösterilmesinin gerekip gerekmediği hususudur. Doktrinde bir görüşe göre¹³, alacak miktarının ne olduğu da haciz ihbarnamesinin bir unsuru olduğundan bunun da açıkça yazması gerekmektedir. Zira eğer bu miktar belirtilmezse, ihbarname eksik olacağından ihbarnameye muhatap olan üçüncü kişi şirket itirazda bulunmasa dahi buna bağlanan menfi sonuçlar doğmaz. Ancak bizim de katıldığımız bir diğer görüş¹⁴, uygulamada bu hususun haciz ihbarnamesinde aranmamasını da göz önüne alarak, alacaklıların borçlunun üçüncü kişideki alacağının ne kadar olduğunu bilmesinin son derece güç olduğunu ve alacak tutarının haciz ihbarnamesi neticesinde belli olması sebebiyle yazılmasının gerekmediğini ifade etmektedir.

Mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 145. maddesinden farklı olarak TTK m. 133, henüz bilanço düzenlenmemiş olsa dahi bilanço düzenlenince ortağa düşecek kâr payına haciz konulabileceğini ifade etmiştir¹⁵. eTTK'daki hüküm uyarınca bu durumda ancak ihtiyati haciz istenmesi mümkün idi. Ancak şu an aksi yönde hükmün varlığı müstakbel alacağın haczinin nasıl olacağı sorusunu doğurmaktadır. Doktrinde çoğunlukla müstakbel alacakların haczinin caiz olduğu ifade edilerek¹⁶, bu haciz bazı şartlara bağlanmıştır. Buna göre haczi

¹² DOMANIÇ, (1970), Haciz Kabiliyeti, s. 753.

¹³ ÜSTÜNDAĞ Saim, (2004), İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul, s. 197; POSTACIOĞLU İlhan E., ALTAY Sümer, (2010), İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul, s. 538-539; POSTACIOĞLU İlhan E., (1982), İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul, s. 452. Maddede bu yönde açık bir ifade yer almamasının, İİK m. 85 hükmü göz önüne alındığında, doğru olmadığı yönünde bkz. ÇATALKAYA, BANDAKÇIOĞLU, (1967), s. 329.

¹⁴ KURU Baki, (2013), İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 3. Baskı, Ankara, s. 460; ARSLAN Ramazan, (1974), "Borçlunun Üçüncü Kişideki Menkul Mal ve Alacaklarının Haczi", Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara, s. 48; YAVAŞ Murat, (2005), Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, 1. Baskı, İstanbul, s. 24.

¹⁵ Yargıtay 12. HD., E. 2014/31053, K. 2015/6499, T. 19.03.2015; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.12.2018.

¹⁶ Ancak ileride tahakkuk edecek hakların haczinin, intizam içinde alınan ücretler ve maaşlar hariç olmak üzere, caiz olmadığı yönünde bkz. BERKİN Necmeddin M.,

caiz bir müstakbel alacaktan söz edilebilmesi için alacağın temelindeki hukuki ilişkinin mevcut ve alacak cinsi ile borçlunun da belli olması gerekir; alacağın miktarının belli olmaması ya da alacağın doğmama ihtimalinin bulunması önem arz etmez¹⁷. Dolayısıyla ortaklık ile ortak arasındaki ilişki belli olduğu ve bu kâr payı alacağının borçlusu sabit olduğuna göre, hesap yılı sonunda düzenlenecek bilançoya göre şirket kâr payı dağıtacak durumda olmasa dahi, müstakbel alacak bilanço düzenlenmeden önce haczedilebilir. Bu haczin nasıl yapılacağı hususunda ise Yargıtay daireleri arasında tartışma mevcuttur. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi müstakbel alacaklarının haczinin İİK m. 89 uyarınca¹⁸, 12. Hukuk Dairesi ise İİK m. 88 (taşınırların haczine ilişkin muhafaza tedbirleri) yoluyla¹⁹ haczedebileceğini ifade etmiştir. Uygulamada ise henüz

(1948), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Bası, İstanbul, s. 235; ANSAY, Sabri Şakir, (1954), Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 3. Bası, Ankara, s. 88. Yine Yargıtay bir kararında İİK m. 89 uyarınca bir alacağın haczedilebilmesi için alacağın kesinleşmiş v muaccel olması gerektiğini ifade etmiştir bkz. Yargıtay 12. HD., E. 2016/7120, K. 2016/15450, T. 01.06.2016; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 07.12.2018.

¹⁷ OSKAY Mustafa, KOÇAK Coşkun, DEYNEKLİ Adnan, DOĞAN Ayhan, (2007), İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara, C. II, s 2595-2596; GÜMAN Nihat, (2010), Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, İstanbul, s. 233; UYAR Talih, UYAR Alper, UYAR Cüneyt, (2016), İcra Hukukunda Haciz, 3. Baskı, İzmir, s. 256; ARSLAN, (2016), s. 3220; Yargıtay 12. HD., E. 2017/9416, K. 2018/5340, T.28.05.2018; Yargıtay 23. HD., E. 2015/1685, K. 2017/439, T. 16.02.2017; Ankara BAM. 23. HD., E. 2017/209, K. 2017/231, T. 21.03.2017; Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.07.2018.

¹⁸ “İcra ve İflas Kanunu’nun 89. maddesi kural olarak borçlu ile üçüncü kişi arasındaki bir hukuki ilişkiden kaynaklanacak (müstakbel) alacaklar için de uygulanabilir...Üçüncü kişinin elindeki paranın İİK’nın 89. Maddesine göre değil de taşınır haczine ilişkin 88. Maddesine göre haczedilmesinde, tıpkı taşınırlarda olduğu gibi paranın somut olarak üçüncü kişi elinde bulunması gerekir.” Yargıtay 23. HD., E. 2014/375, K. 2014/2007, T. 17.03.2014. Aynı yönde bkz. Yargıtay 23. HD., E. 2014/9352, K. 2015/7940, T. 07.12.2015; Yargıtay 23 HD., E. 2017/2718, K. 2018/3503, T. 04.06.2018; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

¹⁹ “Alacaklı borçlunun 3. Kişi nezdinde doğması muhtemel bir alacağını haczettirmek istiyorsa bu amacına, İİK.nun 88. Maddesine göre haciz yazısı göndermek suretiyle ulaşabilir...Doğmamış alacaklar yönünden İİK.nun 88. Maddesine göre tebliğ edilen haciz ihbarı üçüncü kişinin bu maddeye göre sorumluluğunu doğurmayacağı gibi, muhtemel alacakların haciz yazısı yazılmak suretiyle haczi de mümkün olduğundan üçüncü kişi şikayetinin bu aşamada dinlenme olanağı yoktur.” Yargıtay 12. HD., E. 2013/30570, K. 2013/39931, T. 13.12.2013. Bu haczin İİK m. 78 uyarınca haciz müzekkeresi gönderilmek suretiyle yapılabileceği yönünde bkz. Yargıtay 12. HD., E.

bilanço düzenlenmediği dönemde İİK m. 89 hükmünden yararlanılmaktadır ki madde içeriği dikkate alındığında bunun doğru bir uygulama olduğu görüşüne katılmaktayız²⁰.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesi hükmüne göre yapılan bu haczin, İİK m. 94 hükmüne göre de gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. "İştirak halinde tasarruf edilen mallar" başlığını taşımakla beraber İİK m. 94/1 "Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf edilen bir mal hissesi haczedilirse..." ifadesi ile şirket paylarının haczini de düzenlemiştir. Her ne kadar maddede şirket paylarından söz ediliyor ve TTK m. 133 ortakların şirketteki paylarının değil kâr veya tasfiye payının haczine yer veriyor olsa da mali hakların haczinde, şirketteki payın birer uzantısı olmaları sebebiyle, İİK m. 94 hükmünün de uygulanabileceği ifade edilmiştir²¹. Buna göre borçlunun bir kolektif şirketteki kâr payını haczedene icra müdürü, bunu adresi bilinen üçüncü kişiler (bu durumda şirket) ve diğer ortaklara tebliğ eder. Bu ihbar ile artık borçlu ortağa yapılacak tüm tebligatların icra dairesine yapılması, borçlu ortağa ödenmesi gereken kâr payının icra dairesine ödenmesi ve borçlu ortağın muvafakatinin arandığı durumlarda icra dairesine başvurulması gerektiği ihtar edilir. Böylelikle ortağın şirket payı ve kâr payı üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış ve gerekli muhafaza tedbirleri de alınmış olacaktır²².

2017/9035, K. 2018/511, T. 23.01.2018; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 01.07.2018

²⁰ ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, TAŞPINAR AYVAZ Sema, (2017), İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, s. 263; AKİL Cenk, (2013), Borçlunun Üçüncü Kişideki Mal ve Alacaklarının Haczi, 1. Baskı, Ankara, s. 327; KURU Baki, (2002), Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 2. Baskı, Ankara, s. 23.

²¹ PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES, (2017), s. 163; GÜMAN, (2010), s. 235; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, (2009), s. 1334; KURU, (2017), s. 167; UYAR Talih, (2016), "Kollektif ve Komandit Şirketlerde "Şirket"ten ve/veya "Şirket Ortağı"ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin "Şirket"i ve/veya "Şirket Ortağı"ni Takip Hakkının Kapsamı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 2, s. 95 vd.; POSTACIOĞLU, ALTAY, (2010), s. 386.

²² DOMANIÇ, (1970), Haciz Kabiliyeti, s. 753; KURU, (2013), El Kitabı, s. 453; KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, (2013), İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara, s. 246.

b. Tasfiye Payının Haczi

Kollektif şirketin sona ermesi ile birlikte tasfiye süreci başlar. Tasfiye kısaca, ortaklığın safi malvarlığının tespiti ve ortaklara dağıtılması için icrası gereken işlemleri ifade etmektedir²³. Tasfiye kapsamında şirketin alacaklıları toplanıp borç ve yükümlülüklerin ifası, tasfiye için gerekli defterlerin tutulması, şirketin mal ve haklarının korunması için önlemler alınması, şirketin temsili ve tasfiye bilançosunun yapılması süreçlerinden geçilir²⁴. Tasfiye memurlarınca gerçekleştirilecek bu işlemler sonucunda şirketin malvarlığı ile hem ortaklara hem de üçüncü kişilere yönelik borç ve taahhütler ifa edilebiliyorsa, ortaklara sermaye iadesi yapılır²⁵. Buna ek olarak artı değer kalıyorsa tasfiye bakiyesi olan bu artı değer, sözleşmede ya da ortakların alacakları bir kararda aksi belirtilmedikçe para olarak ortaklara dağıtılır (TTK m. 300). Burada tasfiye bakiyesi ya da tasfiye artığının sermayeyi kapsamadığı, zira sermayenin ortakların yatırımı olduğu ve bakiyenin şirketin borç ve taahhütleri yanısıra pay bedellerinin ödenmiş kısımlarının geri verilmesinden sonra kalan miktar şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁶.

Türk Ticaret Kanunu'nun 133. maddesindeki genel hüküm yanında kollektif şirketler için tasfiye payının haczi özel olarak TTK m. 249'da düzenlenmiştir. Buna göre bir ortağın kişisel alacaklısı, alacağını borçlunun kişisel mallarından ve şirketteki kâr payından alamazsa, tasfiye sonunda borçlu ortağa düşecek paya haciz koydurmaya yetkilidir. Madde metninde açıkça

²³ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 245. "Tasfiye, iç ve dış ilişkide var olan hukuki ve mali bağların çözülmesidir." bkz. BİLGİLİ, DEMİRKAPI, (2013), s. 176. "Tasfiye sona eren bir şirketin, aktifinin tahsili ve kıymetlendirilmesi, borç ve yükümlülüklerinin yerine getirilmesi, kâr ve zarar tarzında teşekkül edebilecek bakiyenin ortaklar arasında dağıtılması ile şirketin sicilden terkinini ihtiva eden muamelelerin heyeti umumiyesidir." bkz. DOMANIÇ Hayri, (1988), *Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler*, 4. Bası, İstanbul, s. 428.

²⁴ BAHTİYAR Mehmet (2017), *Ortaklıklar Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, s. 97-98; PULAŞLI Hasan (2017), *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Ankara, s. 215; ÇELİKTAŞ İlyas, (2013), *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, (Ed. KARAHAN Sami), Konya, s. 305-306.

²⁵ ÇEVİK Orhan Nuri, (1978), *Kollektif Şirketler*, 1. Baskı, İstanbul, s. 369 vd; TÜRKER Kaya, (1980), *Türk Hukukunda Kollektif Şirket*, 1. Baskı, Ankara, s. 44-45; ARSLANLI, (1960), *Kollektif Şirketler*, s. 565 vd.

²⁶ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 204; PULAŞLI, (2015), *Şerh*, C. I, s. 373; TEKİL Fahiman, (1981), *Şirketler Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, s. 178; DOMANIÇ Hayri, (1988), *Şirketler Hukuku Şerhi* C. I, 1. Baskı, İstanbul, s. 740.

ifade edilmemiş olsa da tasfiye payına haciz uygulanabilmesi için, alacaklının borçlu ortak hakkındaki takibinin kesinleşmiş olması ve kesin haciz isteme yetkisinin de gelmiş olması gerekmektedir. Zira takip kesinleşmeden ve kesin haciz yerine getirilmeden malların satılması kural olarak mümkün olamaz²⁷. Ayrıca alacaklının önce ortağın şahsi mallarına daha sonra ortağın tasfiye payı dışındaki diğer mali haklarına başvurmuş olması ve buna rağmen alacağın tamamını elde edememiş olması gerekmektedir²⁸. Bu hususun aciz belgesi ya da haczedilebilir bir malın olmadığına dair düzenlenecek tutanakla da tespit edilmesi gerekmektedir²⁹. Söz konusu şartlara uyulmaksızın tasfiye bakiyesinin haczedilmesi de bu kurallar kamu düzeninden sayıldığından³⁰ süresiz şikayete tabi olacaktır (İİK m. 16).

Bu şartlar gerçekleşirse alacaklı tasfiye payına haciz koyulmasını isteyebilmesinin yanısıra, 6 ay önceden ihbarda bulunmak ve hesap yılı sonu için hüküm ifade etmek üzere, şirketin feshini de isteyebilmeye yetkilidir (TTK m. 249/1). Burada yukarıda ifade edildiği gibi alacaklının borçlunun diğer mallarına ve mali haklarına başvurduktan sonra, bunlara ilişkin takibin semeresiz kalmış olması gerekir. Ayrıca fesih ihbarının da en az 6 ay önceden yapılması ve tasfiyenin hesap yılı sonuna denk getirilmiş olması gerekmektedir³¹. Böylece hesap yılı sonuna rastlansa dahi 6 aydan daha az bir ihbar müddeti yeterli olmayacağı gibi, hesap yılı sonuna 6 aydan daha az bir

²⁷ YILDIRIM, DEREN-YILDIRIM, (2016), s. 212; KARSLI, (2014), s. 336; ÜSTÜNDAĞ, (2004), s. 238-239.

²⁸ DOĞANAY İsmail, (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, İstanbul, s. 739-740; DOMANIÇ, (1988), Kollektif Şirketler, s. 382; ARSLANLI, (1960), Kollektif Şirketler, s. 420.

²⁹ TÜRKER, (1980), s. 93; ÇELİKTAŞ, (2013), s. 290; “Davalı şirket ortağının davacı bankaya olan borcundan dolayı şahsi malları üzerinde yapılan hacizlerin borcunu karşılamadığı, haciz tutanaklarının da aciz belgesi niteliği taşıdığı, TTK m. 191’deki koşulların davacı lehine olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davalı şirketin fesih ve tasfiyesine...” Yargıtay 11. HD., E. 2003/11865, K. 2004/6054, T. 31.05.2004; Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 01.07.2018.

³⁰ GÜMAN, (2010), s. 236.

³¹ Yargıtay 11. HD., E. 2013/17097, K. 2014/6141, T. 28.03.2014; Yargıtay 12. HD., E. 2011/7724, K. 2011/24920, T. 24.11.2011; Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.12.2018.

süre kalmış ise bu bildirim bir sonraki hesap yılı için hüküm ifade eder³². Borçlu ortağın sermaye ve tasfiye bakiyesinin haczini talep etmesine istinaden icra memuru ortağın şirketteki sermaye ve tasfiye payına haciz konulduğunu İİK m. 89'a göre düzenlediği haciz ihbarnamesinde bildireceği gibi borcun ödenmemesi hâlinde alacaklının şirketin feshini isteyebileceğini de bildirir³³. Usulüne uygun olarak düzenlenen haciz ihbarnamesi neticesinde fesih ihbarında bulunulması hâlinde, bu ihbar ortaklığı sona erdirici etkisini ancak diğer ortaklar çıkarma hakkını kullanmadıkları takdirde doğuracaktır³⁴.

Ortağın kişisel alacaklısının yöneltebileceği fesih ihbarı sonucunda şirketin sona ermesi ihtimaline karşılık TTK m. 249/2'de mahkeme tarafından feshe karar verilmeden önce, şirketin veya diğer ortakların borcu ödemeleri hâlinde fesih davasının düşeceği hükmüne de yer verilmiştir. Bu da kolektif şirket açısından şirketin devamlılığını sağlayan önemli bir unsurdur.

Tıpkı kâr payı haczinde olduğu gibi sermaye ve tasfiye payının haczinin de İİK m. 94 uyarınca yapılması mümkündür³⁵. Bu durumda haczin şirkete ve diğer ortaklara bildirilmesi ve ödenmesi gereken tasfiye payının icra dairesine ödenmesi gerektiğinin bildirilmesi gerekir. Fakat TTK m. 249, alacaklının tasfiye payını haczettirmesi için daha önce yapılan takibin semeresiz kalmasını ararken; İİK m. 94 uyarınca yapılacak hacizlerde böyle bir şart aranmamaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce, TTK m. 249'da öngörülen usulün takibi çok uzattığı açık olup, maddenin İİK m. 94'e göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu bahiste son olarak, şirketin iflâsı hâlinde şirket alacaklılarının durumu önem arz etmektedir ki bu da TTK m. 239'da yer almaktadır. Bilindiği üzere iflâs, borcunu ödemediği için belirli usuller dâhilinde iflâsına karar verilen borçlunun iflâs masasına giren tüm hak, mal ve alacaklarının paraya çevrilerek, bilinen tüm alacaklıların tatmin edilmesini sağlayan külli bir icra yoludur³⁶.

³² ÇELİKTAŞ, (2013), s. 290; DOMANIÇ, (1988), Kolektif Şirketler, s.383; UYAR, UYAR, UYAR, (2016), s. 432; Yargıtay 11. HD., E. 2001/2874, K. 2001/5081, T. 04.06.2001; Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 01.07.2018.

³³ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, (2009), s. 1340.

³⁴ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 239.

³⁵ GÜMAN, (2010), s. 235; KURU, (2013), El Kitabı, s. 452; TOPUZ Gökçen, (2009), Hisse Hacı ve Satışı, 1. Baskı, Ankara, s. 190.

³⁶ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, (2017), s. 429; MUŞUL Timuçin, (2018), İflâs ve Konkordato Hukuku, 1. Baskı, Ankara, s. 49; ÜSTÜNDAĞ Saim, (1975), İflâs Hukuku

Fakat TTK m. 133 kapsamında alacaklıların ortakların şirketteki mali haklarına da başvurma imkânı kabul edildiğinden, iflâs masasına ortakların kişisel alacaklılarının alacak yazdırmaları sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda TTK m. 239, şirket alacaklılarının alacaklarını tahsil etmedikçe, kişisel alacaklıların şirket mallarına başvurmasını engellemiştir. Fakat tam aksi durumda yani ortaklardan birinin iflâsı hâlinde ortakların kişisel alacaklıları ile şirket alacaklıları arasında bir imtiyaz hakkı veya öncelik olmayıp sadece kanunen rüçhan hakkı bulunan kişisel alacaklıların bu hakları saklıdır (TTK m. 240/2).

c. Ücret Alacağıın Haczi

Kural olarak kolektif ortaklar şirketteki çalışma ve emeklerine karşılık herhangi bir ücret veya tazminat isteyemezler; zira şirketin yönetimine katılmak ve onu dış ilişkide temsil etmek onlar için bir görevdir³⁷. Ancak kanunlarda aksine düzenleme yoksa, şirket sözleşmesi ile ortağın çalışmasına karşılık bir ücret verilmesi kararlaştırılabilir³⁸ (TTK m. 132, TTK m. 228). Ücretin özelliği şirketin kârı ile herhangi bir ilişkisinin bulunmaması olup, şirket zararda olsa dahi ücret talep edilebilir³⁹. Borçlu ortağa bir ücret verilmesi kararlaştırılmış ise bunun haczi İİK m. 83'e göre kişisel alacaklı tarafından talep edilebilir ve haciz gerçekleşince icra dairesi bunu şirkete bir yazı ile bildirir (İİK

Dersleri, 1. Baskı, İstanbul, s.1; BERKİN Necmeddin M., (1972), İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul, s. 13; KURU Bakı, (1992), İflâs ve Konkordato Hukuku, 3. Baskı, Ankara, s.2; "...iflasta, borçlunun bütün alacaklılarının, borçlunun haczedilebilen bütün malvarlığından tatmin edilmesi söz konusudur. Cüz'i icrada, borçlunun malları, alacaklıların alacağına yetecek oranda haczedilir. Oysa iflasta, borçlunun (müflisin) iflas açıldığı zaman sahip bulunduğu haczedilebilen bütün mal ve haklarına el konur; yani, bu mal ve hakların tümü iflas masasını teşkil eder." Yargıtay 12. HD., E. 2017/1196, K. 2018/6129, T. 08.06.2018; Yargıtay HGK., E. 2017/23-849, K. 2018/773, T. 11.04.2018; Yargıtay 11. HD., E. 1991/132, K. 1991/2415, T. 05.04.1991; Yargıtay 19. HD., E. 1993/6975, K. 1993/7800, T. 19.11.1993; Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 05.12.2018.

³⁷ BAHTİYAR, (2017), s. 83; TÜRKER, (1980), s. 42.

³⁸ ÇEVİK, (1978), Kollektif, s. 368; DOMANIÇ, (1988), Kollektif Şirketler, s. 323; DOMANIÇ, (1988), Şerh C. I, s. 593.

³⁹ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 205.

m. 83/2, İİK m. 355)⁴⁰. Bu bildirim üzerine şirket, ücret miktarını bir hafta içinde icra dairesine bildirmek ve borç bitinceye dek haczedilen ücret miktarını derhal icra dairesine göndermeye mecburdur (İİK m. 355/1).

d. Faiz ve Masraf Alacağıın Haczi

Kollektif şirketlerde esasen sermayeye faiz işletilmemekle beraber, bunun aksi şirket sözleşmesi ile kararlaştırılabilir (TTK m. 132). Faizin ödenmesi de kârın varlığına tabi olmayıp tek şart ortağın iştirak payı hesabının aktif olmasıdır⁴¹.

Ortağın şirket işleri için bazı masraflar yapmış olması hâlinde de, bunları eğer yönetici ortaksa TBK m. 627'ye göre; aksi hâlde vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep edebileceği kabul edilmektedir⁴².

Bu kapsamda borçlu ortağın faiz ve masraf alacağı İİK m. 89 proseüdür ile haczedilebileceği gibi icra müdürü tarafından borçlu ortağın payı haczedildikten sonra bu haczin İİK m. 94/1'e göre haczin şirkete ve ortaklara tebliğ edilmesi suretiyle yapılması ve bunların icra dairesine ödenmesinin istenmesi de mümkündür⁴³.

III. KOMANDİT ŞİRKETLER

Türk Ticaret Kanunu, iki farklı komandit şirket düzenlemiş ve bunlara ilişkin hükümleri farklılaştırmıştır. Buna göre adi komandit şirket TTK m. 124/2 uyarınca şahıs şirketi iken, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket ise bir sermaye şirketi olup anonim şirketlere daha çok benzemektedir.

A. ADİ KOMANDİT ŞİRKETLER

Adi komandit şirket, bir ticari işletmeyi, bir ticaret ünvanı altında işletmek amacıyla kurulan ve şirket borçlarından dolayı bir veya birkaç orağı

⁴⁰ MUŞUL Timuçin, (2013), İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 6. Baskı, Ankara, s. 557; YAVAŞ, (2005), s. 162; İYİLİKLİ Ahmet Cahit, (2012), Haciz İhbarnameleri, 1. Baskı, İstanbul, s. 195.

⁴¹ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 205; TÜRKER, (1980), s. 43; HANDSCHIN Lukas, (2010), Swiss Company Law, (Çev. Cecilia Subido), Basel, s. 10

⁴² İMREGÜN, (1989), Kollektif Ortaklıklar, s. 63; ARSLANLI, (1960), Kollektif Şirketler, s. 224; ÇEVİK Orhan Nuri, (1994), Uygulamada Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, s. 436.

⁴³ KURU, (2013), El Kitabı, s. 452.

sınırsız, diğer ortak veya ortakları sınırlı sorumlu olan bir şirkettir⁴⁴. Bu tanım kapsamında şirkette iki tür ortak vardır. Bunlardan ilki olan “komandite” ortak, kolektif şirket ortağı gibi olup şirket borçlarından dolayı sınırsız sorumludur ve ortaklığı yönetim ve temsilde yetkilidir⁴⁵. Diğer tür olan “komanditer” ortak ise anonim şirket ortağı gibidir ve şirket borçlarından sınırlı olarak sorumludur. Böylelikle komanditer ortak, şirketin başarısı ile ilgilenir ve sermaye yönetimini komanditelere bırakmıştır⁴⁶.

Adi komandit şirketler de hem komandite hem de komanditer ortağın şahsi alacaklısının durumu kolektif şirketlerde olduğu gibidir. Zira TTK m. 133, “bir şahıs şirketi” şeklinde başlarken herhangi bir ayırım yapmamıştır. Ayrıca özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, TTK m. 305/1, kolektif şirkete ilişkin hükümlerin adi komandit şirketlere de uygulanacağını ifade etmiştir. Burada da komanditer ortakların şahsi alacaklıları açısından bir istisna bulunmadığından, hem komanditer hem komandite ortakların şahsi alacaklıları; ortakların hem şahsi mallarına hem de şirketteki mali haklarına başvurabilecek, dahası şirketin feshini de isteyebileceklerdir.

B. SERMAYESİ PAYLARA BÖLÜNMÜŞ KOMANDİT ŞİRKET

Bu tür şirketler, sermaye şirketi olmakla beraber şirket borçlarından dolayı sınırsız sorumluluğu kabul edilmiş komandite ortakları ve sınırlı sorumlu olan komanditer ortakları içerir. Kanuni tanıma göre, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, sermayesi paylara bölünen ve ortaklardan bir veya birkaçının kolektif, diğerlerinin anonim şirket ortağı gibi sorumlu oldukları türden şirkettir (TTK m. 564). Bu tür şirketlerin adi komanditlerden farkı, sermayenin paylara bölünmüş ve payların kıymetli evrak niteliğinde olmaları, ayrıca komanditer ortakların paylarını serbestçe devredebilmeleridir⁴⁷. Anonim şirketlerden farkı ise şirket borçlarından sınırsız sorumlu komandite

⁴⁴ HANDSCHIN, (2010), s. 10; ARSLANLI, (1960), Kolektif Şirketler, s. 593.; LENGAUER Daniel, SCHAAD Martin, AMSTUTZ Therese, BRÜGGER Denise, FATZER Peter, HOLDEREGGER Mirjam, JOWETT Ben, WIDMER Kurt, Company Law in Switzerland, (2009), Zurich, s. 13.

⁴⁵ PULAŞLI, (2015), Şerh, C. I, s. 432; BAHTIYAR, (2017), s. 99; POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 257.

⁴⁶ PULAŞLI, (2017), Genel Esaslar, s. 223; POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 255.

⁴⁷ SOYGÜR Nevin, (1989), Şirketler Hukuku, 1. Basım, İstanbul, s. 127; ÇEVİK, (1994), Uygulama, s. 436.

ortakların bulunması ve şirketi yönetim kurulunun değil komandite ortakların yönetmesidir⁴⁸.

Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler, sermaye şirketi olduğundan TTK m. 133/2 uyarınca ortağın şahsi alacaklısı, ortağın şirketteki mali haklarına başvurabileceği gibi payının haczini de isteyebilir. Anonim şirketlere ilişkin hükümler burada da uygulanır.

IV. ANONİM ŞİRKETLER

Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu olan şirkettir. Pay sahipleri, taahhüt etmiş oldukları sermaye paylarıyla ve şirkete karşı sorumludurlar (TTK m. 329)⁴⁹. Anonim şirketlerde ortakların kişisel alacaklıları, TTK m. 133/2 uyarınca alacaklarını kâr veya tasfiye payından almak yanında borçlulara ait olan payı da haczettirebilir. Bunun dışında yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre alacaklılar borçlu ortağın şirketteki diğer mali haklarına başvurabilir. Mali haklar, anonim şirketin malvarlığından kaynaklanan ve para ile ölçülebilen bir değere sahip olan haklardır ve ortağa anonim şirketin malvarlığı üzerinde tasarruf hakkı vermeyip bu mallardan çeşitli şekillerde yararlanma imkânı sunar⁵⁰. Bunlar kâr payı hakkı, tasfiye payı hakkı, bedelsiz payları edinme hakkı, yeni payları edinmede rüçhan hakkı, tesislerden yararlanma hakkı ve hazırlık dönemi faizidir.

A. Ortağın Şirketteki Mali Haklarının Haczi

a. Kâr Payının Haczi

Anonim şirketlerde kâr payının ne anlama geldiği hususunda doktrin ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre kâr payının ilk olarak vazgeçilmez hak cephesi vardır ki bu, şirketin iktisadi değer elde etme ve bunu paylaşırma amacı izleme zorunluluğundan kaynaklanır⁵¹. Kâr payının ikinci anlamı ise

⁴⁸ BECCHIO Bruno, WEHINGER Urs, FARHA S. Alfred, SIEGEL Stanley, Swiss Company Law, 2. Edition, The Hague 1996, s. 25; ÇEVİK (1994), Uygulama, s.436 vd.

⁴⁹ Söz konusu tanımın aslında anonim şirketi limited şirketlerden ayıran yönlerini ifade etmediği ve eksik olduğu doktrinde ifade edilmiştir. Tanımın eleştirisi için bkz. MOROĞLU Erdoğan, (2012), Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, 1. Bası, İstanbul, s. 125.

⁵⁰ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 615.

⁵¹ Vazgeçilmez haklar pay sahibinin rızası olmasına rağmen sınırlandırılmayan, pay sahibinin yoksun bırakılamayacağı, kanunen tanınan ve korunan, anonim şirketin temel niteliklerine sıkı surette bağlı haklardır ve kâr payı alma hakkı da bu

güçsüz nisbi müktesep hak⁵² olmasıdır ki bu da kanunda belirtilen şartlarla ortağın dağıtılan yıllık kâra veya yedek akçelere katılma hakkını ifade eder⁵³.

Kâr payının dağıtılmasına karar verme yetkisi genel kurula aittir (TTK m. 408). Pay sahibinin kâr payı alma hakkı, genel kurulun kâr payı dağıtımına karar vermesi ile alacak hakkına dönüşür⁵⁴. Bu hakkın haczinin nasıl olacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bir görüş, “Bir taşınmazın haczi hâsılat ve menfaatlerine de şamildir.” şeklindeki İİK m. 92 hükmünün burada da kıyasen uygulanacağını ve böylece pay haczine buna ilişkin her türlü hak ve menfaatin

kapsamdadır; GÜRBÜZ USLUEL Aslı Elif, (2016), Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, 1. Baskı, Ankara, s. 97; TEKİNALP Ünal, (2011), Tek Kişilik Ortaklık I Tek Paysahipli Anonim Ortaklık, 1. Baskı, İstanbul, s. 233; PULAŞLI, (2015), C. II, s. 1280.

⁵² Müktesep haklar, pay sahibinin izni olmadan sınırlandırılmayan veya ortadan kaldırılamayan, ancak pay sahibinin rızası ile sınırlandırılabilen ve kanun tarafından genel kurul ve yönetim kurulunun tasarruflarına karşı korunmakta olan haklardır; TEKİNALP Ünal, (2012), Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, İstanbul, s. 198. Söz konusu bu müktesep haklar da eğer sahibinin rızası olmadan değiştirilebiliyorsa mutlak haklardır. Bir diğer deyişle, mutlak müktesep haklar pay sahiplerine tanınmış veto haklarıdır. Nispi müktesep haklar ise, sadece özü korunan ve buna karşılık ortaklık menfaatleri gereğince sınırlandırılabilen haklar olup, bu hakkın sınırlandırılabilme imkânı onun güçlü veya güçsüz olduğunu gösterir; CANÖZÜ Salih, (2016), Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Baskı, İstanbul, s. 29.

⁵³ Kâr payının özüne dokunulmaksızın sınırlanabildiği, nispi müktesep bir hak olduğu yönünde bkz. TURANLI, Hüsnü, SEYMAN KORKMAZ, Seda (2015), “Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Alma Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, s. 22; TEKİL Fahiman, (1988), Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul, s. 390; TEOMAN Ömer, (1978), Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri, 1 Baskı, İstanbul, s. 221 vd.; KAYAR İsmail, (2003), “Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO’larda Kâr Dağıtımı”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan C. I, 1. Baskı, İstanbul, s. 459; ARSLANLI Halil, (1961), Anonim Şirketler IV-V, 1. Baskı, İstanbul, s. 131.

⁵⁴ BAHTİYAR, (2017), s. 294; TEKİNALP Ünal, (2015), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul, s. 353; TEKİL, (1988), Anonim Şirketler, s. 283; BİLGİN Yüksel, (1982), Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı ve Kâra Katılan Kişiler, 1. Baskı, Ankara, s. 37-38; Yargıtay HGK., E. 1992/11-276, K. 1992/365, T. 03.06.1992; Yargıtay 11. HD., E. 1997/9240, K. 1998/2211, T. 26.03.1998; Kazancı Hukuk İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 02.07.2018.

de gireceğini ifade etmektedir⁵⁵. Fakat buna karşın başka bir görüş, İİK m. 92 hükmünün istisna bir hüküm olduğunu ve İİK m. 94'te paraya çevirme işleminin taşınır hükümlerine göre yapılacağı ifade edildiğinden kâr payının hisse haczi kapsamına girmeyip ayrıca haczedilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁶. Her ne kadar ikinci görüşü ifade eden yazarların İİK m. 94'teki ifadenin İİK m. 92 hükmünü dışladığı yönündeki yorumuna katılsak da netice açısından farklı olarak, ortağın payı haczedilirse bunun kapsamına kâr payının da gireceğini düşünmekteyiz. Ancak bu görüşümüze temel teşkil eden nokta TTK m. 477'deki payın bölünmezliği ilkesidir. Buna göre, anonim şirket payının sağladığı haklar birden fazla kişi tarafından kullanılamayacak ve hakların bir kısmı başka bir kimseye devredilemeyecektir⁵⁷. Buradan hareketle, İİK m. 92'nin değil fakat TTK m. 477'nin uygulanması suretiyle müstakbel kâr payının, hisse haczine dahil olduğunu fakat genel kurulun kârı paylaşmaya yönelik karar alması neticesinde alacak hakkına dönüşmüş kâr payının (ve diğer mali hakların) İİK m. 89 hükmüne göre bağımsız olarak haczedilebileceğini düşünmekteyiz⁵⁸. Bir diğer deyişle kanaatimizce, kâr payını dağıtma kararı alınmadığı dönemde, her ne kadar müstakbel alacağın haczi normalde caiz ise de, payın bölünmezliği ilkesi gereği kâr payı hisseden bağımsız haczedilemez. Ancak kâr payı ve diğer mali haklar eğer alacak hakkına dönüşmüşse bunların haczi İİK m. 89 hükümleri çerçevesinde mümkündür⁵⁹.

⁵⁵ DÖNMEZ Murat, (2011), Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 2. Baskı, İstanbul, s. 127.

⁵⁶ YENİOCAK Umut, (2009), Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, 1. Baskı, İstanbul, s. 43; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, (2009), s. 1348.

⁵⁷ UÇAR Sercan, (2017), Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları, 1. Bası, İstanbul, s. 17; PEKDİNÇER Remzi Tamer, (1993), Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Devri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 10; HİRŞ Ernst, (1948), Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul, s. 279.

⁵⁸ Benzer yönde bkz. TOPAL, Önder (2016), "Senede Bağlanmamış Anonim Şirket Payının Haczi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, s. 2994; UYAR, UYAR, UYAR (2016), s. 445; TOPUZ, (2009), s. 242; İYLİKLİ, (2012), s. 217.

⁵⁹ Ancak paya sahipliği ile iç içe olan kâr payı veya tasfiye bakiyesi gibi mali ve diğer şahsi unsurların paydan bağımsız olarak hiçbir şekilde haczedilemeyeceği, hisselerin ancak kül olarak haczedilebileceği yönünde bkz. HİRŞ, (1948), s. 279.

Bunun dışında, anonim şirketlerde kâr payı dağıtımını kolaylaştırmak amacıyla kâr payı kuponları çıkarılabilir ve bunlar pay senetlerine eklenir⁶⁰. Bu halde kuponlarla hisse senedi arasında bir ana senet yan senet ilişkisi bulunur ve kupon kâr payını içeren hamiline yazılı kıymetli evrak niteliğindedir⁶¹. Kuponun pay senedinden ayrı olarak devri mümkün olduğu gibi bunun için kâr payı dağıtımına karar verilmiş olması gerekmez⁶². Dolayısıyla bu kuponlar pay senedinden bağımsız olarak haczedilebilir⁶³. Ancak bu kuponlar İİK m. 89 kapsamında değil, aşağıda pay senetlerine ilişkin açıklamalarda detaylandırılacağı gibi İİK m. 88 hükmüne göre haczedilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 509. maddesinin atıf yaptığı "Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ" uyarınca kâr payı avansı dağıtım için de genel kurulun bu yönde karar alması gerekir⁶⁴. Yine halka açık anonim şirketlerde de kâr payı avansının, eğer şirket sözleşmesinde bu yönde bir hüküm varsa dağıtılabileceği ve bunun da genel kurul kararı ile yapılacağı ifade edilmektedir (SerPK m. 20). Bu açıklamaya göre ortakların şahsi alacaklıları bağımsız alacak niteliğine dönüşmüş kâr payı avansını İİK m. 89 uyarınca haciz ihbarnamesi göndermek suretiyle haczettirebilir⁶⁵.

b. Tasfiye Payının Haczi

Anonim şirket sona erer ve tasfiyeye girerse, aksi esas sözleşmede kararlaştırılmadıkça, tasfiye bakiyesi ortaklar arasında sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılır (TTK m. 507/1). Tasfiye payı, şirketin tasfiyesi

⁶⁰ ANSAY Tuğrul, (1975), Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara, s. 222; ARSLANLI Halil, (1958), "Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 28, S. 3-4, İstanbul, s. 288.

⁶¹ GÜRBÜZ USLUEL, (2016), s. 231; KILIÇ Mehmet, (2009), "Anonim Şirketlerde Pay Rehni", Bankacılar Dergisi, S. 71, s. 72.

⁶² GÜRBÜZ USLUEL, (2016), s. 231; ARSLANLI Halil (1960), Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, s. 175 vd.

⁶³ TOPUZ, (2009), s. 243.

⁶⁴ RG., T. 09.08.2012, S. 28379. Kâr payı avansı, pay sahiplerine hesap yılı sonunda dağıtılacak kâr payına mahsuben ve o yıla sınırlı olmak üzere genel kurul tarafından önceden yapılan ödemelerdir; TEKİNALP Ünal, (1977), "Anonim Ortaklıklarda Kârın Dağıtım Konusuna İlişkin Bazı Sorunlar", İktisat ve Maliye Dergisi, C. 24, S. 9, s. 388; CANÖZÜ, (2015), s. 47; ÜÇİŞİK Güzin, ÇELİK Aydın, (2018), Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul, s. 552.

⁶⁵ UYAR, UYAR, UYAR, (2016), s. 452.

geciktirici şartına bağlı ve kullanımı kanun ve esas sözleşmede şartlara bağlanmış bir haktır⁶⁶. Bu pay, söz konusu geciktirici şartın gerçekleşmesi ve son tasfiye bilançosunun genel kurul tarafından tasdiğiyle alacak hakkına dönüşür; şirket devam ettiği sürece bu hak ileri sürülemez⁶⁷. İşte ortağın şahsi alacaklısı bu alacak hakkına, İİK m. 89 uyarınca şirkete haciz ihbarnamesi gönderilmek suretiyle haciz koydurabilir⁶⁸. Ancak tasfiye payının haczinde şirketin fesih ve tasfiyesine ilişkin davanın neticelenmesinin beklenmesi gerektiği Yargıtay içtihatlarında ifade edilmektedir⁶⁹.

c. Hazırlık Dönemi Faizinin Haczi

Türk Ticaret Kanunu anonim şirketlerde esas sermaye için faiz ödenmeyeceğini düzenlemiştir (TTK m. 509/1). Fakat bu yasağın istisnası olarak işletmenin tam bir şekilde faaliyete başlamasına dek geçecek olan hazırlık dönemi için pay sahiplerine belirli bir faiz ödenebilir⁷⁰. Bu hak TTK'da "faiz" olarak yer alsada doktrinde hakim görüş, bu hakkın şirket sona erinceye kadar anonim şirkete tahsis edilmiş katılma payının karşılığı olarak kâra benzeyen bir alacak hakkı olduğu yönündedir⁷¹. Dolayısıyla bu başlıkta da kâr payının haczi ile ilgili görüşlerimiz aynen geçerli olup, oraya atıf yapmakla yetiniyoruz⁷².

d. Önerilmeye Muhatap Olma ve Rüçhan Hakkının Haczi

Rüçhan hakkı, pay sahiplerinin esas sermayenin artırılması dolayısıyla çıkarılan yeni payları, sermayeye katılma oranları ölçüsünde öncelikli olarak

⁶⁶ İMREGÜN Oğuz, (1989), Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul, s. 303; PULAŞLI, (2015), C. II, s. 1430; BİLGİLİ, DEMİRKAPI, (2013), s. 523 vd.

⁶⁷ PULAŞLI, (2017), s. 620. Fakat aksi yönde, tasfiye payının genel kurul kararı ile değil, tasfiye memurunun dağıtım kararı ile alacak hakkına dönüşeceği görüşü için bkz. POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin, (2017), Ortaklıklar Hukuku C. II, 13. Baskı, İstanbul, s. 2.

⁶⁸ YAVAŞ, (2005), s. 165.

⁶⁹ KALKAN Onur, (2004), Anonim Şirketlerde Hisse Haczi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 75; ÖĞÜTÇÜ A. Tahir, ÇİTOĞLU Ali, (1977), Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, C. I, Ankara, s. 481.

⁷⁰ FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, (1996), Schweizerisches Aktienrecht, Bern, s. 499-500.

⁷¹ TEKİNALP, (2015), s. 361; PULAŞLI, (2017), Genel Esaslar, s. 621; YENİOCAK, (2009), s. 46; BİLGİLİ, DEMİRKAPI, (2013), s. 525;

⁷² bkz. IV, A, a.

edinme hakkıdır⁷³ (TTK m. 461). Önerilmeye muhatap olma hakkı da (TTK m. 466 vd.), TTK'da şarta bağlı sermaye artırımlarında rüçhan hakkının yerine ikame edilen yeni bir pay sahipliği hakkı olup, rüçhan hakkı ile aynı amacı güder⁷⁴. Türk hukukuna göre bu haklar, paydan ve pay sahipliğinden ayrılmayan bir kök hak olsa da⁷⁵ sermaye artırımı kararı ile somut bir alacak hakkına dönüşür ve bu andan itibaren İİK m. 89 uyarınca haczedilebilir; ancak pay haczedilmiş ise onun kapsamında kalır⁷⁶.

Rüçhan hakkının haczinde uygulama açısından sorun teşkil eden bir nokta ise hacziden sonra hakkın kim tarafından kullanılacağıdır. Rüçhan hakkı bir kök hak olarak kabul edildiği için ancak pay sahibi tarafından kullanılabilir. Ancak rüçhan hakkı haczedilirse, bu hakkın yine pay sahibi borçlu tarafından kullanılması olumsuz sonuçlara yol açabilir. Zira sermaye artırımı sonucunda rüçhan hakkının kullanılmaması gibi bir durumda payın itibari değerinin düşme olasılığı mevcuttur ki, bu da alacaklıya zarar verir. Dolayısıyla, borçlu ortağın rüçhan hakkını kullanmaması durumunda icra müdürünün alacaklıya da bu hakkı kullanma imkanı vermesi yönündeki görüşün⁷⁷ yerinde olduğu kanaatindeyiz.

e. Bedelsiz (Gratis) Pay Edinme Hakkı

Bu hak, şirketteki yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme fonunun esas sermayeye dahil edilmesi, bir diğer deyişle iç kaynaklardan sermaye artırımı

⁷³ TEKİNALP, (2015), Sermaye, s. 361; ANSAY, (1975), s. 203; İMREGÜN, (1989), Anonim Ortaklıklar, s. 304.

⁷⁴ PULAŞLI, (2017), Genel Esaslar, s. 622; BİÇER Levent, (2010), Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, 1. Baskı, İstanbul, s. 230; SARAÇ Tahir, (2009), Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, 1. Baskı, Ankara, s. 174 vd.; KAYA Mustafa İsmail, (2009), Şartlı Sermaye Artırımı, 1. Baskı, Ankara, s. 146; TTK Tasarısı Gereği m. 466; www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf, e.t. 01.07.2018.

⁷⁵ YILDIZ Zükrü, (1996), Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, s. 135; BİLGİLİ, DEMİRKAPI, (2013), s. 526; "...rüçhan hakkının kök payın genişlemesi niteliğinde bir hak olması karşısında kök paya kim sahipse rüçhan hakkı da onun tarafından kullanılır." bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2015/1142, K. 2015/7284, T. 29.05.2015; Yargıtay 11. HD., E. 2014/6070, K. 2015/3692, T. 17.03.2015; Yargıtay 11. HD., E. 2015/12283, K. 2016/2237, T. 01.03.2016; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 06.12.2018. Önerilmeye muhatap olma hakkının bir kök hak niteliğinde olduğu yönünde bkz. SARAÇ, (2009), s. 176.

⁷⁶ TOPUZ, (2009), s. 247; İYİLİKLİ, (2012), s. 218.

⁷⁷ DÖNMEZ, (2011), s. 351.

sonucu oluşan yeni pay ve pay senetlerinin şirket ortağı tarafından bedelsiz olarak edinilmesidir⁷⁸. Bu hak, kök hak niteliğinde olduğundan paydan bağımsız bir ekonomik niteliği yoktur. TTK m. 462/3, iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımının tescil edildiği anda pay sahiplerinin bedelsiz payları kendiliğinden iktisap edeceklerini düzenlemiştir. Dolayısıyla bu hakkın haczi de rüçhan hakkının haczi gibi olacaktır⁷⁹.

f. Tesislerden Yararlanma Hakkının Haczi

Kanunda öngörülmeyen bu hak, esas sözleşmede yer alması veya bu konuda genel kurulda bir karar alınması halinde tanınabilen ve ancak tanınması zorunlu olmayan bir hak olarak⁸⁰ kanaatimizce ekonomik bir nitelik taşımadığından haczi mümkün olmayıp, pay sahibi dışında kullanılamaz

g. Ücret Alacağıın Haczi

Anonim şirket esas sözleşmesinde, belirli hizmetleri karşılığında ortaklara ücret ödeneceği kararlaştırılmış ise, borçlu ortağın bu alacağı tıpkı kolektif şirketlerdeki ücret alacağıın haczi gibi⁸¹ İİK m. 83 uyarınca haczolunur.

B. Ortağın Şirket Payının Haczi

a. Anonim Şirketlerde Pay Kavramı

Anonim şirketlerde pay kavramı teknik bir kavram olup, anonim şirketler hukukunun merkez noktasını oluşturur. Pay olmadan anonim şirket olması da mümkün değildir. TTK m. 486/1 uyarınca pay, anonim şirketin kuruluşunda esas sözleşmesinin veya sermaye artırımlarında artırılan sermayenin ticaret siciline tescil edilmesi ile doğar. Bu kapsamda pay kavramının farklı anlamları bulunur:

• Birinci anlamda pay, şirket sermayesinin belli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasını ifade eder ki, bu da payların toplam değerinin

⁷⁸ YENİOCAK, (2009), s. 45; PULAŞLI (2015), Şerh, C. II, s. 1446; BAHTİYAR, s. 297; İMREGÜN, (1989), Anonim Ortaklıklar, s. 450; DOMANIÇ, (1988), Şerh, C. II, s. 1016; MOROĞLU Erdoğan, (2018), Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul, s. 154.

⁷⁹ UYAR, UYAR, UYAR, (2016), s. 452; YENİOCAK, (2009), s. 45.

⁸⁰ VON BÜREN Roland, STOFFEL Walter A., WEBER Rolf H., (2007), Grundriss des Aktienrechts, 2. Auflage, Basel, s. 187.

⁸¹ bkz. II, A, c.

şirket sermayesine eşit olmasını zorunlu kılar⁸².

• İkinci anlamda pay, pay sahipliği mevkiidir. Yani pay, pay sahibinin anonim şirketteki mali ve hukuki ilişki, hak ve borçlarının tamamıdır⁸³.

• Üçüncü anlamda pay, kendisinden doğan hak ve borçların kaynağını teşkil eder. Zira anonim şirket malvarlığı tüzel kişiliğe ait olup, ortaklar ancak şirkete yaptıkları yatırım nedeniyle tüzel kişilik karşısında birtakım haklar elde ederler⁸⁴.

• Son anlamda pay, pay senede bağlanmış ise senedi ifade etmektedir. Anonim şirket payını temsil eden bir pay senedi çıkarılırsa, bu senede bağlı hakların kullanımı ve devri senet üzerindeki zilyetliğe bağlanmış olur ve hakkın içeriğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez⁸⁵.

Bu kapsamda hem Türk Ticaret Kanunu hem de İcra ve İflâs Kanunu, pay haczi usûllerini belirlerken payın son anlamına göre bir değerlendirme ve tasnif yapmıştır.

b. Payın Senede veya İlmuhabere Bağlanmış Olması Hâlinde Haciz

aa. Senedin ve İlmuhaberin Borçlu Elinde Olması Hâlinde

Anonim şirketlerde pay, kıymetli evrak niteliğindeki senede bağlanabilir. Bu pay senetleri, devir şekilleri açısından nama veya hamiline yazılı pay senedi olabilir. Her ne kadar TTK m. 484'te yalnızca hamiline yazılı senetlerden bahsediliyor ise de nama, bağlı nama ve gerçek nama yazılı pay senetleri şeklinde türlerin de var olduğu kabul edilmektedir⁸⁶. Bu noktada TTK m. 486,

⁸² KIRCA İsmail, ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, MANAVGAT Çağlar, (2013), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, 1. Baskı, Ankara, s. 98; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU (2014), s. 545; BİLGİLİ, DEMİRKAPI, (2013), s. 471

⁸³ İMREGÜN, (1989), Anonim Ortaklıklar, s. 273; ARSLANLI, (1958), s. 248.

⁸⁴ PULAŞLI, (2015), Şerh, C. II, s. 1272; KIRCA, ŞEHİRALİ ÇELİK, MANAVGAT, (2013), s. 109.

⁸⁵ BÖCKLİ Peter, (2005), Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Basel, s. 435 vd.; WYLER Siegfried, WATTER Rolf, WYLER Juerg, (1994), Swiss Company Law in the European Context, The New Swiss Company Law and the Euro-Council Directives, St. Gallen, s. 22 vd.; DÖNMEZ, (2011), s. 9

⁸⁶ BAHTİYAR, (2017), s. 322; POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU (2017), s. 123 vd.

belirli şartlarda payın senede bağlanma zorunluluğunu öngörmüştür⁸⁷. Buna göre paylar hamiline yazılı ise şirket yönetim kurulu pay bedelinin tamamen ödenmesinden sonra 3 ay içinde pay senetlerini bastırıp dağıtmak zorundadır. Nama yazılı paylar açısından ise aynı işlemin uygulanması azınlık pay sahiplerinin istemesi hâlinde gerekli görülmüştür (TTK m. 486)⁸⁸. Bunun dışında SerPK m. 12 de pay senedi çıkarma zorunluluğunu öngörmüş ve kaydi sistemi de düzenlemiştir (SerPK m. 13).

Bu şartlarla çıkarılan pay senetlerini nama veya hamiline yazılı olması fark etmeksizin⁸⁹, İİK m. 88'deki taşınırın haczine ilişkin hükümlere göre haczedilebilecektir⁹⁰ (TTK m. 133). İİK m. 88/1, hamiline ait ve cirosu kabil senetler ile kıymetli şeylerin haczini düzenlemektedir. Buna göre icra dairesi tarafından bu pay senetlerine fiilen el konulması haczin geçerlilik şartı olup, alacaklının muvafakati dahi olsa bir başkasına yediemin olarak senetlerin teslim edilmesi mümkün değildir (İİK m. 88/1).

Bunlara ek olarak, ileride çıkarılacak pay senetleri ile değiştirilmesi için, bu pay senetlerine özdeş olarak kıymetli evrak niteliğinde geçici senetler çıkarılabilir ki bunlar ilmuhaberlerdir⁹¹. Yargıtay'ın müstakar içtihatlarına göre

⁸⁷ Bu zorunluluğun halka kapalı anonim şirketler açısından eleştirisi için; BAHTİYAR Mehmet, (2005), "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, s. 79.

⁸⁸ Hamiline yazılı senetlerde bu zorunluluğun var olmasına rağmen nama yazılı senetler açısından bunun öngörülmemesinin, hamiline yazılı senetlerin dolaşım amacıyla alakalı olduğu hakkında bkz. KENDİGELEN Abuzer, (2011), Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 1. Baskı, İstanbul, s. 340.

⁸⁹ "Her ne kadar maddede "Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetlerle altın, gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder" şeklinde bir ifade yer alsada ve nama yazılı senetleri kanunen emre yazılı kıymetli evrak kabul edildiğinden, nama yazılı senetler de bu kapsama girmektedir."; YENİOCAK, (2009), s. 69; POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU (2017), s. 123.

⁹⁰ KURU, (2013), El Kitabı, s. 448; PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES (2017), s. 164; MUŞUL (2017), Esaslar, s. 364; DOMANIÇ (1970), Haciz Kabiliyeti, s. 757; ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ (2017), s. 250; POSTACIOĞLU, ALTAY, (2010), s. 386.

⁹¹ PULAŞLI, (2015), Şerh C. II, s. 1713; YASAMAN Hamdi, (1992), Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, s. 50; AYTAÇ Zühtü, (1988), Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, 1. Baskı, s. 191; DOMANIÇ, (1988), Şerh, C. II, s. 1277; Ancak doktrinde ilmuhaberlerin kıymetli evrak olmadığı yönünde bir görüş de bulunmaktadır; İMREGÜN, (1989), Anonim Ortaklıklar, s. 360.

TTK m. 486/2 hükmünden hareketle, nama yazılı pay senetlerine ilişkin hükümler kıyasen ilmuhaberlere de uygulanacağından, bunların da İİK m. 88 hükmü uyarınca haczi gerekmektedir⁹². Dolayısıyla eğer pay senedi veya ilmuhaber borçlu elinde ise bunun üçüncü şahsa tebliğ ile haczi mümkün değildir⁹³.

bb. Senedin veya İlmuhaberin Üçüncü Kişi Olması Hâlinde Haciz

İcra ve İflâs Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre taşınır muamelesi gören pay senetleri ve ilmuhaberlerin rehin, vedia veya vekalet ilişkisi gibi mülkiyet dışı bir hukuki sebep ile üçüncü kişi elinde olması hâlinde Yargıtay, İİK m. 89 uyarınca bu malı elinde bulunduran üçüncü kişiye haczi ihbarnamesi gönderilmek suretiyle haczin yapılabileceğini kabul etmektedir⁹⁴. Yargıtay'ın bu yaklaşımı, İİK m. 89 "borçlunun üçüncü kişi elindeki taşınır bir malının" haczini de kapsadığı için doğrudur. Bu hâlde haciz, icra müdürünün haciz kararı vermesiyle tamamlanacak ancak haciz ihbarnameleri ile gerekli muhafaza tedbirleri alınmış olacaktır.

Uygulama açısından önem arz eden bir nokta, borçlu ortağın pay senedinin banka kiralık kasasında bulunması durumunda haczin ne şekilde yapılacağıdır. Söz konusu soruna çözüm bulmak için öncelikle kiralık kasa sözleşmesinin niteliğinin incelenmesi gerekir. Kiralık kasa sözleşmesi, banka ile müşteri arasında kurulan ve bir ivaz karşılığı müşteriye ait eşyanın korunması ve saklanması için kiralık kasa dairesinde bulunan kasayı müşterinin kullanımına sunmayı amaçlayan, kira akdi unsurlarının ağır bastığı, vedia ile vekaletin fer'i unsurlarını taşıyan karma bir sözleşmedir⁹⁵. Doktrinde bir görüş⁹⁶, bir ayırım yapmaksızın üçüncü kişi elinde olan tüm taşınırların İİK

⁹² Yargıtay 12. HD., E. 2017/9254, K. 2018/6420, T. 20.06.2018; Yargıtay 12. HD., E. 2016/20019, K. 2017/11666, T. 28.09.2017; Yargıtay 12. HD., E. 2016/10096, K. 2017/2499, T. 23.02.2017; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

⁹³ Benzer yönde BELGESAY Mustafa Reşit, (1948), İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara, s. 208; OLGAÇ Senai, (1978), İcra-İflâs, C. I, Ankara, s. 778.

⁹⁴ Yargıtay 19. HD., E. 1996/6382, K. 1996/10663, T. 28.11.1996; AKİL, (2013), s. 286.

⁹⁵ KAPLAN Mehmet, (1996), Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I, 1. Baskı, Ankara, s. 210; ELÇİN GRASSINGER Gülçin, (1996), Kasa Kirası Sözleşmesi, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, s. 152.

⁹⁶ MUŞUL, (2017), Esaslar, s. 364; PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES (2017), s. 166; KURU, ARSLAN, YILMAZ, (2013), s. 263; KURU, (2013), El Kitabı, s. 433.

m. 89 hükmüne göre haczedileceğini ve kiralık kasada bulunan malların da buna dahil olduğunu ifade etmektedir. Fakat kiralık kasa sözleşmesinin niteliği göz önüne alındığında bunun mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu sözleşmelerde banka, kanaatimizce asli ya da fer'i zilyet değildir. Çünkü genel işlem koşulları şeklinde hazırlanan sözleşmelere de bakıldığı zaman⁹⁷, banka kasayı tek başına açamayacağı gibi müşteriyi de buna zorlayamamakta; ancak emniyet için belirli kontrolleri yapabilmektedir. Ayrıca müşteri, kasa içindekileri değiştirme yetkisine bizzat sahip olduğuna göre, burada senedin veya ilmuhaberinin kasa içinde bulunması hâlinde de zilyet, borçlu ortak olacaktır. Dolayısıyla borçlu ortağın alacaklısı, kasa içindeki pay senedini haczetmek istediğinde, icra müdüründen haciz ihbarnamesi göndermesini istemeyecek ve bu haciz yine İİK m. 88 uyarınca el koyma suretiyle yapılacaktır. Bir diğer deyişle icra müdürü bankaya, kiralık kasa içindeki pay senedinin haczedildiğini ve bunların muhafaza altına alınması için borçlu ortağın kasadaki evraka ulaşmasının engellenmemesi gerektiğini, aksine harekette İİK m. 357 uyarınca bankanın sorumlu olacağını içeren bir muhtıra yazmalı ve söz konusu senedi gerektiğinde İİK m. 80'deki yetkileri kullanarak muhafaza altına almak suretiyle haczi gerçekleştirmelidir⁹⁸.

c. Kaydileştirilmiş Pay Senetlerinin Haczi

Kaydi sistem, sermaye piyasası araçları ile bu araçlara ilişkin Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, senet çıkarılması yerine, payların bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibaryile tutulduğu ve bu araçlara ilişkin hukuki işlemlerin MKK nezdindeki hesaplar üzerinden kayden yapılan değişiklikler yoluyla gerçekleştirildiği merkezi saklama sistemidir⁹⁹. Halka açık anonim şirketlerde, paylar kayden izlenir. Bu kaydileştirme, yani fiziki ortamda basılmış senetlerin elektronik sisteme kaydı ve yeni payların da bu yolla ihracı Sermaye Piyasası Kanunu m. 13'te düzenlenmiştir. Bu maddenin yedinci fıkrası, "*Kayden izlenen sermaye*

⁹⁷ Örnek bir kiralık kasa sözleşmesi için; <https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Contracts/KiralikKasaSozlesmesi.pdf>., Erişim Tarihi: 02.07.2018.

⁹⁸ AKYOL Şener, (2001), Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül, İstanbul, s. 143; KAPLAN, (1996), s. 226; UYAR, UYAR, UYAR, (2016), s. 160; DÖNMEZ, (2011), s. 303-304.

⁹⁹ MANAVGAT Çağlar, (2001), "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, s. 170.

piyasası araçlarına ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran MKK'nın üyeleri tarafından yerine getirilir. İlgili kanunlar uyarınca elektronik ortamda tebligatı yapılan alacakların takip ve tahsiline ilişkin hükümler saklıdır." şeklinde açık bir düzenleme ile kaydi payların haczinin mümkün olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu payların haczi ise Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-13.1 sayılı "Kaydileştirilen Sermaye Piyasası Araçlarına İlişkin Kayıtların Tutulmasının Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ" in 22. maddesinde yer almaktadır¹⁰⁰. Fakat söz konusu hükümde haczin hangi usulle yapılacağından ziyade, haczin MKK'ya bildirimine ilişkin düzenleme yapıldığından doktrinde, bu haczin İİK m. 94 uyarınca yapılması gerektiği kabul edilmiştir¹⁰¹. Burada payın haczedildiğinin tebliğ edileceği makamın paya ilişkin işlemleri yerine getirmekte yetkili olan MKK olduğu açıktır. Bunun dışında icra müdürü, alacaklının talebi ile haciz yazısını aracı kurumlara ya da hisseyi ihraç eden kurumlara da gönderebilmelidir. Haciz kararını alan kurum bu durumu, SerPK m. 10/A uyarınca üçüncü kişiler açısından MKK kayıtları esas olacağından derhal MKK'ya bildirmelidir¹⁰². Bunlar dışında doktrinde MKK'ya

¹⁰⁰ İlgili madde şu şekildedir: "Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin her türlü haciz ve tedbir işlemi, ilgili yatırımcı, katılımcı ve ortak hesaplarında ayrı bir alt hesap oluşturulması sureti ile MKK üyelerince uygulanır. Üyeler kendilerine gelen her türlü haciz ve tedbir taleplerini karşılamak üzere, öncelikle MKK nezdindeki kayıtlarda gerekli değişiklikleri yapmakla yükümlüdürler. Adli veya idari merciler tarafından, haciz ve tedbir taleplerinin doğrudan MKK'ya da bildirilmesi halinde ise, MKK hesabı hareketsizleştirir ve nihai işlem tesisine esas hak sahipliği durumunu teyit için ilgili üyeye bildirimde bulunur. İlgili üyeden teyit alınmasını müteakip teyit doğrultusunda işlem tesis edebilir. Şu kadar ki, MKK tarafından üyeye iletilen teyit talebinin, izleyen iş günü saat 12:00'ye kadar üye tarafından MKK'ya bildirilmemesi durumunda MKK kendi kayıtlarında görünen kıymetler üzerinde işlem tesis eder. Söz konusu teyide ilişkin şekil, usul ve esaslar MKK tarafından belirlenerek üyelerine duyurulur. Hareketsizleştirme ile haciz ve tedbir kararını kaldırma işlemlerinin MKK kayıtlarında gerçekleştirilme usul ve esasları MKK tarafından belirlenir. Kurul tarafından MKK'ya bildirilen işlem yasakları MKK tarafından derhal ilgili hesaplara işlenir. Kurul tarafından işlem yasağı getirilen kişilerin hesaplarında 19 uncu madde ve bu madde kapsamında yapılan işlemler, MKK tarafından derhal Kurula bildirilir."; (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/04/20050415-12.htm>., Erişim Tarihi: 03.07.2018).

¹⁰¹ TOPAL, (2016), s. 305; TOPUZ, (2009), s. 236 vd.

¹⁰² YENİOCAK, (2009), s. 73.

lik m. 89 uyarınca haciz ihbarnamesi gönderilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁰³.

Söz konusu kaydi payın, İİK m. 79/2 c. 3 hükmüne göre haczi de akla gelebilir. Bu maddede resmi sicile kayıtlı malların haczinin kayda işlenmek suretiyle doğrudan yapılabileceği de kabul edilmektedir. Ancak SerPK m. 3/1-p, MKK'yı özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir anonim şirket olarak tanımladığı ve böylece tuttuğu kayıtlar da resmî sicil olamayacağı için, İİK m. 79 hükmünün burada uygulanması mümkün değildir.

d. Çıplak Payın¹⁰⁴ Haczi

Kıymetli evrak niteliğinde bir pay senedine veya ilmuhabere bağlanmamış olan anonim şirket paylarına çıplak pay denir¹⁰⁵. Bu çıplak payların haczi İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesinde değişiklik yapan 4949 sayılı kanundan önce tartışmalı iken¹⁰⁶, söz konusu değişiklikte beraber çıplak pay haczinin bu madde hükmüne göre yapılacağı hususu kesinlik kazanmıştır.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca çıplak pay, icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir. İcra müdürü, çıplak payın hacize karar verirse, bu hacizle ilgili muhafaza tedbirlerinin alınması için şirket merkezine gitmek zorunda değildir¹⁰⁷. İcra müdürü, anonim şirkete bir

¹⁰³ KALKAN, (2004), s. 59; DÖNMEZ, (2011), s. 314.

¹⁰⁴ Her ne kadar doktrinde SerPK uyarınca kayden izlenen payların da çıplak pay olduğu ifade edilse de (BAHTİYAR, (2017), s. 319), kaydi payların haczi özel usullere bağlı olduğu için başka bir başlık altında incelenmiştir.

¹⁰⁵ KENDİGELEN Abuzer, (2004), "Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi-İİK 94 Hükmünde Yapılan Değişikliğe İlişkin Hukuki Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 62, S. 1-2, s. 390, dn. 1; POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 548 vd.

¹⁰⁶ Bu dönemde Yargıtay 12. HD., çıplak payın haczedilebileceğini fakat paraya çevrilemeyeceğini; bu durumda ortağın kişisel alacaklısının ancak ortağın şahsi malvarlığı ile kâr ve tasfiye payından tatmin edileceğini ifade etmiş, daha sonraki kararlarında ise görüş değiştirerek payların hem İİK m. 94 hem de İİK m. 89 hükmüne göre haczedilebileceğini belirtmiştir; PEKCANİTEZ Hakan, (2003), "4949 Sayılı Kanun'la İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 49, s. 150; KALKAN, (2004), s. 39; KENDİGELEN, (2004), Çıplak Pay, s. 391.

¹⁰⁷ KURU, (2013), El Kitabı, s. 449; DÖNMEZ, (2011), s. 99; OSKAY, KOÇAK, DEYNEKLİ, DOĞAN, (2007), C. II, s. 2768; YILMAZ Ejder, (2017), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara, s. 538; Yargıtay 12. HD., E. 2016/22087; K. 2017/13736, T. 07.11.2017;

ihbarname göndermekle yetinir (İİK m. 94/1 c.3). Bu ihbarnamede, borçlunun şirketteki çıplak payının haczedildiği, bu haczin pay defterine işlenmesi ve ileride pay senedi çıkarılırsa bunların icra dairesine teslim edilmesi gerektiği, çıplak payı ile ilgili borçluya yapılacak tüm tebligatların artık icra dairesine yapılması ve gerektiğinde icra dairesinden muvafakat alınması ihtar edilir; çıplak pay üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış ve gerekli tedbirler alınmış olur¹⁰⁸.

Bu ihtar üzerine şirket, borçlunun çıplak payının haczedildiğini şirket pay defterine işlemek zorundadır. Ancak haciz deftere işlenmemiş olsa dahi, şirkete tebliğ edildiği tarihte haciz yapılmış sayılır (İİK m.94). Aynı maddeye göre haciz, tescil edilmek üzere ticaret siciline de bildirilir. Bu durumda hacizli payın devri alacaklının haklarını ihlâl ettiği ölçüde batıldır (İİK m. 94/1). Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir. Bu kapsamda, payın haczinde paydan kaynaklanan tüm hakların borçlu ortak tarafından kullanılmaya devam edeceği ve paydan kaynaklanan hakların kullanımında teşhise yarayan pay defterine kayda ihtiyaç olmadığı ifade edilmiştir¹⁰⁹. Fakat bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre¹¹⁰ pay hazine, payın bölünmezliği ilkesi gereği, mali haklar da dâhildir. Dolayısıyla pay defterine işleme, hacizden sonra borçlu ortağın örneğin ücret alacağını şirketten istemesi durumunda, ödemenin ona değil icra dairesine yapılması açısından önemlidir. Fakat şu da belirtilmelidir ki pay defterine yapılacak kayıtların muhafaza tedbiri niteliğinde olup bildirici nitelik taşıdığı, ancak İİK m. 94'teki "zorunludur" ifadesinin İİK m. 133/2'deki haczin istek üzerine pay defterine işleneceği hükmü ile çeliştiği görüşüne¹¹¹ katılmaktayız.

Bu kapsamda getirilen tarafından getirilen bir diğer eleştiri de İİK m. 94/1 c. 5'te yer alan çıplak payın haczinin ticaret siciline bildirilmesinin yerinde

Yargıtay 12. HD., E. 2016/21556, K. 2017/662, T. 19.01.2017; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018

¹⁰⁸ ARSLAN, YILMAZ, TAŞPINAR AYVAZ, (2017), s. 251; KARSLI, (2014), s. 295; TOPAL, (2016), s. 2995; Yargıtay 12. HD., E. 2015/7998, K. 2015/11868, T. 30.04.2015; Yargıtay 12. HD., E. 2015/4464, K. 2015/14455, T. 26.05.2015; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

¹⁰⁹ KENDİGELEN, (2004), Çıplak Pay, s. 390 vd.

¹¹⁰ TOPUZ, (2009), s. 215-216.

¹¹¹ KURU, (2017), İstinaf, s. 166; POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2017), s. 131; PULAŞLI, (2015), Şerh, C. II, s. 1578.

olmadığı yönündedir¹¹². Buna gerekçe olarak, ticaret siciline kaydedilecek hususların neler olduğunun (TTK m. 354) eTTK m. 300'de açıkça sayıldığı ve bunlar arasında pay sahiplerine ilişkin herhangi bir ifadenin olmadığı gösterilmektedir. Ayrıca bu görüş, İİK m. 94'ün mefhum-u muhalifinden ticaret siciline tescilden önce hacizli payın iyiniyetle iktisabının mümkün olduğu gibi bir sonuç çıktığını ifade etmiş ve çıplak payın alacağın temlik hükümlerine göre devredildiğini, bu devirde iyiniyetin korunmayacağını belirtmiştir. Gerçekten Yargıtay içtihatlarında da çıplak payın alacağın temlik hükümlerine göre devredileceği kabul edilmiştir¹¹³. Buna göre haciz borçlunun tasarruf yetkisini sınırlandırıldığından haciz isteyen alacaklının mütesep hakkı korunur ve pay devredildiğinde devralan payı hacizle beraber alır¹¹⁴. Dolayısıyla bu eleştiride belirtildiği gibi İİK m. 94'ün yazım tekniği yanlış anlamalara neden olacak nitelikte olup değiştirilmelidir. Zira, eğer bir pay hacedilmiş ise bu pay borçlu tarafından üçüncü bir kişiye devredilse dahi söz konusu hacizden doğan haklar ortadan kalkmayacaktır.

Son olarak çıplak payın haczinin İİK m. 89 uyarınca yapılmasına da herhangi bir engel yoktur¹¹⁵. Zira İİK m. 89 ile İİK m. 94 arasında herhangi bir çelişki olmadığı gibi, iki madde de haczin şirkete tebliğini ve tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını amaçlamaktadır.

V. LİMİTED ŞİRKETLER

Limited şirketler TTK m. 124/2 uyarınca sermaye şirketi olup, TTK m. 573'e göre "Bir veya daha çok gerçek ya da tüzel kişi tarafından, bir ticaret ünvanı altında kurulan, esas sermayesi belirli olan ve sermayesi esas sermaye paylarından oluşan, ortakların sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olan" bir ticaret şirkettir. Bu sebeple TTK m. 133 uyarınca limited şirket

¹¹² KENDİGELEN, (2004), Çıplak Pay, s. 392 vd.

¹¹³ Yargıtay 11. HD., E. 2005/12046, K. 2005/9633, T. 12.10.2005; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 03.07.2018.

¹¹⁴ YENİOCAK, (2009), s. 57.

¹¹⁵ KURU, (2013), El Kitabı, s. 451; UYAR, UYAR, UYAR (2016), s. 451; İYİLİKLİ, (2012), s. 216; İPEKÇİ Nizam, (2003), Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı-Örneklî İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatı (Şerh), 1. Baskı, Ankara, s. 647; Yargıtay 12. HD., E. 2015/25455, K. 2015/25553, T. 22.10.2015; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018. Ancak doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında bu durumda haczin yalnızca 94. maddeye göre yapılabileceği de ifade edilmektedir bkz. POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2014), s. 551; Yargıtay 12.HD., E. 2010/23934, K. 2011/3365, T. 14.03.2011; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

ortaklarının kişisel alacaklıları, limited şirketteki paylara senede bağlı olsun veya olmasın haciz koydurabilecek; bunun dışında çeşitli mali haklarına da başvurabilecektir. Bu hacizler çok büyük oranda anonim şirketteki esaslara tabi olsa da bazı farklılıklar da vardır ki bunlara aşağıda değinilecektir.

A. Ortağın Mali Haklarının Haczi

a. Kâr Payının Haczi

Limited şirketlerde şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça ortaklar, sermaye borçlarını yerine getirdikleri ortanda yıllık bilançoya göre elde edilmiş net kârdan pay alırlar (TTK m. 608)¹¹⁶. Kâr payı net dönem kârından veya bunun için ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabilir. Ortakların kâr talep edebilmesi için bilançonun kesinleşmiş olması ve genel kurulun kârın dağıtımına ilişkin bir karar almış olması gerekmektedir (TTK m. 616/1-e). İşte bu hâlde ortakların kâr payı, bir alacak hakkına dönüşmüş olur¹¹⁷. Benzer şekilde TTK m. 644/1-b uyarınca kâr payı avansı dağıtımına ilişkin TTK m. 509 hükmü burada da kıyasen uygulanır. Dolayısıyla, anonim şirketlerdeki kâr payı ve kâr payı avansı haczine ilişkin hususlar yine geçerli olacak ve somut alacak hakkına dönüşmüş kâr payı İİK m. 89 hükmüne göre haczedilebilecektir¹¹⁸.

b. Tasfiye Payının Haczi

Türk Ticaret Kanunu'nda limited şirketlerde tasfiye haklarına ilişkin özel bir hüküm bulunmayıp, sadece ortaklığın sona ermesi hususunda anonim şirket hükümlerinin uygulanacağına dair TTK m. 636/5 hükmü bulunmaktadır. Buna göre yukarıda ifade ettiğimiz gibi, şirketin sona ermesiyle yapılan tasfiyenin sonuçlanması ve genel kurulun kapanış bilançosunu tasdik etmesi halinde tasfiye payı alacak hakkına dönüşür¹¹⁹. Dolayısıyla yine bu pay da, bu andan itibaren İİK m. 89 hükmüne göre haczedilebilir.

¹¹⁶ BİLGİLİ, DEMİRKAPI, (2013), s. 723; ALTAŞ Soner, (2015), Limited Şirketler, 6 Baskı, Ankara, s. 295; ARSLANLI Halil, DOMANIÇ Hayri, (1989), Limited Şirketler Hukuku Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler, TTK Şerhi-III, 1. Baskı, İstanbul, s. 451 vd.

¹¹⁷ PULAŞLI, (2017), Genel Esaslar, s. 825; ARSLANLI Halil, (1963), Türk Ticaret Kanunu Şerhi İkinci Kitap Yedinci Fası, Limited Şirketler, (Madde 503-556), İstanbul, 1. Baskı, s. 340.

¹¹⁸ İYİLİKLİ, (2012), s. 202; AKİL, (2013), s. 319; YILDIRIM, DEREN-YILDIRIM, (2016), s. 163

¹¹⁹ TEKİNALP, (2015), Sermaye, s. 574; PULAŞLI, (2015), Şerh, C. II, s. 2264.

c. Rüşhan Hakkı ve Hazırlık Devresi Faizi Hakkının Haczi

Rüşhan hakkı (TTK m. 591) ile hazırlık devresi faizi hakları (TTK m. 609) ile ilgili limited şirketlerdeki düzenlemeler, anonim şirketlerdeki hükümlerle aynıyet gösterdiğinden, bunların haczi ile ilgili olarak anonim anonim şirketler bahsi altındaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz¹²⁰.

d. Ücret Alacağıın Haczi

Şirket sözleşmesi ile işletme konusunun gerçekleştirilmesine hizmet eder nitelikte yan edim yükümlülüklerinin öngörülebilir (TTK m. 606). Söz konusu maddenin gerekçesinde yan edimler payların bir kısmına veya tamamına yönelik yapma, yapmama, katlanma ya da kullandırma edimleri olarak tanımlanmış olup; bu edimler paya bağlı ve karşılıksız değildir¹²¹. Dolayısıyla yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ile doğacak olan ücret alacağı da İİK m. 83 hükmüne göre haczedilebilir¹²². Ayrıca payın haczinden sonra oluşan ücret alacağı da pay haczi kapsamına girecektir.

B. Limited Şirket Payının Haczi

Türk Ticaret Kanunu'nun 133. maddesi uyarınca, limited şirket ortaklarının şahsi alacaklıları da şirketteki paya taşınır hükümlerine göre haczi koydurabilir. Limited şirket payları da tıpkı anonim şirketler de olduğu gibi

¹²⁰ bkz. IV, A, c; IV, A, d.

¹²¹ Türk Ticaret Kanunu m. 606 Hükümet Gerekçesi- "(1) Yan edim yükümlülükleri limited şirketin bir taraftan kişisel öğelerden oluşabilen yanını ortaya çıkaran diğer taraftan onu, kooperatife yaklaştıran bir kurumdur. Yan edimler de esas sermaye payına bağlıdır. İkincil (tâli) sıfatıyla da nitelendirebileceğimiz yan edimler bir kısım esas sermaye paylarına veya pay kategorilerine yüklenebilen veya payların tümüne yönelik olan yapma, yapmama, katlanma, kullandırma edimleridir. Süt, pancar, şeker kamışı, meyve gibi ham ve/veya işlenmiş ürünlerin teslimi, park yeri veya depo yeri sağlanıp kullandırılması, taşıma gibi hizmetlerin sunulması ve benzeri edimler yan edimlerin konusunu oluşturabilir. Bu edimler, şirketin konusunu gerçekleştirilmesine, ortaklarının bileşiminin (meselâ, süt veya meyve üreticilerine özgülenmiş olmak gibi) korunmasına ve şirketin başka şirketlerin hâkimiyeti altına girmemesine hizmet eder. Hem mevcut hem de yeni hukukumuzda anonim şirketler için de öngörülmüş bulunan yan edimler kural olarak karşılıksız değildir. (2) Hüküm, edimlerin açık ve belirli olmalarını sağlamak amacıyla öngörülmüştür. Her iki nitelik de hükmün öngörülme gayesinin vazgeçilmez gereğidir. (3) Üçüncü fıkrada öngörülen nakdî ve aynî edimler ya karşılıksız oldukları ya da uygun olmayan bir karşılıkları bulunduğu için ek ödeme yükümlüğüne ilişkin hükümlere bağlanmıştır." (www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf, Erişim Tarihi: 03.07.2018)

¹²² TOPUZ, (2009), s. 285.

senede bağlanabilir. Ancak anonim şirketlerde çıplak payın İİK m. 89 ve İİK m. 94 hükmüne göre, senede bağlı payın ise İİK m. 88 uyarınca haczedilebileceği ifade edilmiş ise de limited şirketlerde bunu söylemek her zaman mümkün olmayacaktır.

İlk olarak alacaklının, borçlu ortağın senede bağlanmamış payını İİK m. 94 uyarınca şirkete haciz yazısı tebliğ edilmesi veya İİK m. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi suretiyle haczettirmesi mümkündür. Zorunda olmamakla beraber icra memuru, şirket merkezine giderek haczi tebliğ edip bu hususu pay defterine işleyebilir¹²³.

Ancak limited şirket payının senede bağlanması durumunda, bu senedin taşınır sayılmasından bahisle İİK m. 88 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Şöyle ki TTK m. 593/2 c. 1, "Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir." şeklinde bir hüküm içermektedir. Bu maddenin yazılı biçiminden, nama yazılı pay senetlerinin anonim şirketlerde olduğu gibi payın devrine imkân tanıyacak nitelikte olduğu gibi bir anlam çıkarılabilir. Fakat aynı maddenin gerekçesinde, esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılmasının paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamayacağı ve bu imkânın limited şirket payını anonim şirket payına yaklaştırmayacağı ifade edilmiştir¹²⁴. Yine gerekçede, bu senedin sadece ispat aracı olduğu ve ancak belirli hallerde TTK m. 595 hükümleri uygulanmaya devam etmek suretiyle devir için bazı kolaylıklar sağlayacağı vurgulanmıştır. Buna göre esas sermaye payının devri, yazılı şekilde yapılmak ve tarafların imzaları noterce onaylanmak suretiyle geçerli olmaya devam edecektir (TTK m. 595/1 c.1). Dolayısıyla limited şirkette nama yazılı senet çıkarılması durumunda, senet paya devir kolaylığı sağlamayacağından¹²⁵, bunun haczi İİK m. 88 uyarınca yapılamayacak; senedin haczi ve muhafazası payın haczi

¹²³ Yargıtay 12. HD., E. 2013/30403, K. 2013/37960, T. 02.11.2013; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 05.07.2018. İİK m. 94'teki usulün uygulanarak haczin pay defterine işlenmesine ilişkin eleştiri ve görüşler de burada aynen uygulanacaktır.

¹²⁴ Madde gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, Erişim Tarihi: 03.07.2018.

¹²⁵ Bu kapsamda limited şirketlerde düzenlenen nama yazılı pay senetlerinin kıymetli evrak olup olmadığı yönündeki tartışmalar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. SEZGİN HUYSAL Ayşegül, (2016), Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senedinin Hukuki Niteliği, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, s. 317 vd.

manasına gelmeyecektir¹²⁶. Sonuç olarak limited şirkette borçlu ortağın esas sermaye payı, senede bağlı olsa da olmasa da, anonim şirket çıplak payı gibi ya şirket merkezine gidip haczin pay defterine işlenmesi ya da şirkete haciz ihbarnamesi tebliği yoluyla haczedilebilecektir¹²⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nun 596. maddesine göre esas sermaye payı icra yolu ile ortağın alacaklısına geçtiğinde, tüm haklar ve borçlar da genel kurul onayına gerek olmadan bu payı iktisap eden alacaklıya geçer. Fakat şirket bu iktisabı öğrenmesinden itibaren üç ay içinde, esas sermaye payının geçtiği kişiyi; kendi adına, bir veya birden fazla ortak adına ya da göstereceği üçüncü kişi hesabına gerçek değeri üzerinden devralmayı önermek suretiyle, iktisabı reddedebilir (TTK m. 596). Şirket üç ay içinde açıkça ve yazılı olarak sermaye payının geçişini reddetmemişse buna onay vermiş sayılır. Böylelikle şirkete yabancı ortakların girmesi ve ortağın mali durumundaki bozulmanın şirketi olumsuz etkilemesi engellenmiş olur ve bu esasen kanuni bir önalım hakkı niteliğindedir¹²⁸.

VI. KOOPERATİFLER

Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi kooperatifleri, tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar şeklinde tanımlamıştır. Kooperatiflerde bireyin ekonomisini geliştirmek amaçlanır, yani ticari amaç güdülmeden doğrudan ortaklara yönelim esastır¹²⁹. Kooperatiflerde bir ortağın kişisel alacaklısı, ortağın şahsi mallarına başvurabileceği gibi KoopK m. 19 uyarınca ortağa ait gelir gider farklarından ortağa düşecek miktarı ve kooperatifin dağılmasında ona ödenecek payı haczettirebilir.

¹²⁶ Yargıtay 12. HD., E. 2013/22119, K. 2013/30474, T. 30.09.2013; Yargıtay 12. HD., E. 2013/7955, K. 2013/17423, T. 07.05.2013; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

¹²⁷ Yargıtay 12. HD., E. 2016/30527, K. 2016/23256, T. 10.11.2016; emsal.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.07.2018.

¹²⁸ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2017), s. 420; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, (2009), s. 1373.

¹²⁹ POROY, TEKİNALP, ÇAMOĞLU, (2017), s. 589.

A. Gelir Gider Farkının Haczi

Kooperatiflerde ticari amaç güdülmendiğinden kâr mevzubahis değildir. Burada söz konusu olan tek husus faaliyet sonucunda kooperatifin hesaplarında olumlu ya da olumsuz fark olmasıdır. Fark olumlu ise kâr, yoksa zarar varmış gibi düşünülür¹³⁰. İşte kanun bu gelir ile gider farkını risturn şeklinde tanımlamıştır. KoopK m. 38/1 uyarınca bu gelir gider farkının paylaştırılmaması esas olup, bir yıllık faaliyet sonucu elde edilen hasılatın tamamı yedek akçelere eklenir. Ancak kooperatifin esas sözleşmesinde aksine bir hüküm varsa bu paylaşım yapılabilir (KoopK m. 38/2). Söz konusu paylaşım sonunda ortağa düşecek miktara İİK m. 89 hükmüne göre haciz koyulabilir¹³¹.

B. Tasfiye Payının Haczi

Kooperatifler Kanunu'nun 83. maddesine göre, kooperatifin borçları ödendikten ve ortakların pay bedelleri geri verildikten sonra kalan malvarlığı, ana sözleşmede böyle bir husus öngörülmüş ise, ortaklar arasında paylaştırılabilir; aksi takdirde tasfiye artığı amacına uygun olduğu ölçüde kullanılmak üzere Türkiye Milli Kooperatifler Birliği'ne bırakılır. Dolayısıyla kooperatif ortağının kişisel alacaklısı bu yönde bir karar varsa, payı İİK m. 89 hükmüne göre haczettirebilir¹³².

C. Sermaye Payına Ödenecek Faiz Alacağının Haczi

Kooperatiflerde gelir-gider farkının en az % 50'si ortaklara dağıtıldıktan sonra, ortakların sermaye paylarına genel kurul kararı ile devlet tahvillerine verilen en yüksek faiz haddini geçmemek üzere faiz ödenebileceği ana sözleşme ile hükme bağlanabilir (KoopK m. 38/3). İşte genel kurul faiz dağıtımına karar vermiş ise, bu alacak da İİK m. 89 hükmü kapsamında haczedilebilecektir¹³³.

SONUÇ

Ortakların ticaret şirketlerindeki mali hakları ve paylarının haczi uygulamada sıklıkla başvuru olan bir yoldur. Dolayısıyla TTK m. 133'ün doğru bir şekilde anlaşılması, icra hukukunun amacı kapsamında hem alacaklı hem de borçlu menfaatlerinin korunması açısından önem arz etmektedir. Bu yönden değerlendirildiğinde madde her ne kadar şahıs ve sermaye şirketleri açısından

¹³⁰ TAŞPOLAT TUĞSAVUL, (2009), s. 1375.

¹³¹ AKİL, (2013), s. 335; TOPUZ, (2009), s. 303.

¹³² UYAR, UYAR, UYAR, (2016), s. 461.

¹³³ AKİL, (2013), s. 335.

ikili bir ayırım yaparak açık bir düzenleme getiriyor gibi gözükse de madde metni istenilen amacı sağlayacak nitelikte değildir. Zira maddenin hem TTK'nın diğer maddeleri hem de İİK'nın ilgili hükümleri ile tam anlamda uyum içinde olduğu söylenemez. Bu kapsamda şahıs şirketlerinde özellikle tasfiye payının haczinde bu uyumsuzluk ön plana çıkmaktadır ki bu sorunun kaynağı da şahıs şirketleri yönünden TTK m. 249 hükmüdür. Zira TTK m. 249, tasfiye payının haczini çok uzun bir prosedüre bağlamaktadır. Ancak İİK m. 94 hükmü, bu prosedüre göre çok daha kolay bir süreci içerdiğinden hem alacaklılar hem de icra daireleri için daha çok başvurulabilecek bir hüküm olup, TTK m. 249'un değiştirilmesi ve İİK sistematiğine uygun hâle getirilmesi gerekmektedir. Bunun dışında uygulamada tereddüt yaratan bir başka nokta ise TTK m. 133'te de imkân verilen müstakbel alacakların haczidir. Zira bu alacakların haciz usulünün ne olacağı konusunda Yargıtay daireleri arasında çelişki bulunmaktadır. Dolayısıyla bunun ya içtihatları birleştirme yoluyla ya da yapılacak bir kanun değişikliği ile açıklığa kavuşturulmasının faydalı ve bu alacakların İİK m. 89 uyarınca haczinin sağlanmasının doğru olduğu kanaatindeyiz.

Sermaye şirketlerinde ise pay hacizleri özellikle anonim şirketlerde ön plana çıkmaktadır. Pay haczi usulleri her ne kadar 4949 sayılı kanun ile değişik İİK m. 94'te hükme bağlanmaya çalışılsa da madde metninin ihtilafları kesin olarak giderir nitelikte olduğu söylenemez. Zira çıplak payların haczinde haczin pay defterine işlenmesi zorunluluğu yanında şirkete yapılacak tebligatın haciz tarihinin belirlenmesinde yeterli sayılması maddedeki önemli bir çelişkidir. Kanaatimizce pay defterine işleme, üçüncü kişilerin haklarının korunması için de önemli bir unsur olup, kanun koyucunun bu kapsamda açık bir tercih yapması ve pay defterine işleme tarihini esas alınması gerekmektedir. Yine maddedeki ticaret siciline bildirimle ilişkin hükmün doktrinde ifade edildiği gibi yanlış anlaşılmalara yol açabilecek bir düzenleme olduğu dikkate alındığında bu bildirim yapılması zorunluluğunun kaldırılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz. Zira maddenin bu düzenlemesi ticaret siciline ilişkin TTK hükümlerini göz ardı etmektedir. Dolayısıyla hem tebligattan kaynaklanan masrafların azaltılması hem de TTK'ya uygunluğun sağlanması açısından bu hususların yeni bir kanun düzenlemesinde göz önüne alınması gerekir. Ayrıca TTK m. 133'te de sermaye şirketlerindeki payları her şekilde taşınır hükümlerine göre haczedileceğinin ifade edilmiş olması icra hukuku kavram ve yöntemleri ile bağdaşmamaktadır. Kanaatimizce bilinçli bir tercih olmayan bu hatanın da giderilmesi, pay senetlerinin haczinde taşınır hükümlerine atf

yapılırken; çıplak payların haczinde İİK m. 94 ve İİK m. 89 hükmünün vurgulanması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- AKİL Cenk, (2013), Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, 1. Baskı, Ankara.
- AKYOL Şener, (2001), Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül, İstanbul.
- ALTAŞ Soner, (2015), Limited Şirketler, 6. Baskı, Ankara.
- ANSAY Sabri Şakir, (1954), Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 3. Bası, Ankara.
- ANSAY Tuğrul, (1975), Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Ankara.
- ARSLAN Ramazan, (2016), "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağına Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, s. 3217-3242.
- ARSLAN Ramazan, (1974), "Borçlunun Üçüncü Kişideki Menkul Mal ve Alacaklarının Haczi", Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, s. 81-114.
- ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, TAŞPINAR AYVAZ Sema, (2017), İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, İstanbul.
- ARSLANLI Halil, (1958), "Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 28, S. 3-4, s. 248-290.
- ARSLANLI Halil, (1960), Anonim Şirketler I Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul.
- ARSLANLI Halil, (1961), Anonim Şirketler IV-V, 1. Baskı, İstanbul.
- ARSLANLI Halil, DOMANIÇ Hayri, (1989), Limited Şirketler Hukuku Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler, TTK Şerhi III, İstanbul.
- ARSLANLI Halil, (1960), Kollektif ve Komandit Şirketler, 2. Baskı, İstanbul, (Kollektif Şirketler).
- ARSLANLI Halil, (1963), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Kitap Yedinci Fasıl Limited Şirketler (Madde 503-556), İstanbul.
- AYTAÇ Zühtü, (1988), Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, 1. Baskı, İstanbul.
- BAHTİYAR Mehmet, (2005), "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 61, s. 47-106.
- BAHTİYAR Mehmet, (2017), Ortaklıklar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul.
- BECCHIO Bruno, WEHINGER Urs, FARHA Alfred S., SIEGEL Stanley, (1996), Swiss Company Law, 2. Edition, The Hague.
- BELGESAY Mustafa Reşit, (1948), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara.

- BERKİN Necmeddin M., (1948), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2. Bası, İstanbul.
- BERKİN Necmeddin M., (1972), İflâs Hukuku, 4. Bası, İstanbul.
- BERKİN Necmeddin M., (1980), Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, 1. Baskı, İstanbul.
- BİÇER Levent, (2010), Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye, 1. Baskı, İstanbul.
- BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, (2013), Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa.
- BİLGİN Yüksel, (1982), Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı ve Kâra Katılan Kişiler, 1. Baskı, Ankara.
- BÖCKLİ Peter, (2005), Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Basel.
- CANÖZÜ Salih, (2016), Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Baskı, İstanbul.
- ÇATALKAYA Cevdet, BANDAKÇIOĞLU İhsan, (1967), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara.
- ÇELİKTAŞ İlyas, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, (Ed. KARAHAN Sami), Konya.
- ÇEVİK Orhan Nuri, (1978), Kollektif Şirketler, 1. Baskı, İstanbul, (Kollektif)
- ÇEVİK Orhan Nuri, (1994), Uygulamada Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, (Uygulama).
- DOĞANAY İsmail, (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, İstanbul.
- DOMANIÇ Hayri, (1970), “Kıymetli Evraka Bağlanması Mümkün Hakların Haciz Kabiliyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S. 4, 1970, s. 750-771, (Haciz Kabiliyeti).
- DOMANIÇ Hayri, (1988), Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul, (Kollektif Şirketler).
- DOMANIÇ Hayri, (1988), Şirketler Hukuku Şerhi C. I, 1. Baskı, İstanbul, (Şerh).
- DÖNMEZ Murat, (2011), Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 4. Baskı, İstanbul.
- ELÇİN GRASSİNGER Gülçin, (1996), “Kasa Kirası Sözleşmesi”, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan, İstanbul s. 152-165.
- FORSTMOSER Peter, MEIER-HAYOZ Arthur, NOBEL Peter, (1996), Schweizerisches Aktienrecht, Bern.
- GÜMAN Nihat, (2010), Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, 1. Baskı, İstanbul.

- GÜRBÜZ USLUEL Aslı Elif, (2016), Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, 1. Baskı, Ankara.
- HANDSCHIN Lukas, (2010), Swiss Company Law, (Çev. SUBİDO Cecilia), Basel.
- HİRŞ Ernst, (1948), Ticaret Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara.
- İMREGÜN Oğuz, (1989), Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul, (Anonim Ortaklıklar).
- İMREGÜN Oğuz, (1989), Kollektif, Komandit ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar, 1. Baskı, İstanbul, (Kollektif Ortaklıklar).
- İPEKÇİ Nizam, (2003), Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı-Örnekli İcra ve İflâs Kanunu Tatbikatı (Şerh), 1. Baskı, Ankara.
- İYİLİKLİ Ahmet Cahit, (2012), Haciz İhbarnameleri, 1. Baskı, İstanbul.
- JAEGER Carl, (1911), Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 2. Auflage, Zürich 1911.
- KALKAN Onur, (2004), Anonim Şirketlerde Hisse Haczi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- KAPLAN Mehmet, (1996), Banka Sözleşmeleri Hukuku C. I, 1. Baskı, Ankara.
- KARAYALÇIN Yaşar, (1973), Ticaret Hukuku II: Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara.
- KARSLI Abdürrahim, (2004), “İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. Maddesinde 4949 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, s. 411-417.
- KARSLI Abdürrahim, (2014), İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul.
- KAYA Mustafa İsmail, (2009), Şartlı Sermaye Artırımı, 1. Baskı, Ankara.
- KAYAR İsmail, (2003), “Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO’larda Kâr Dağıtımı, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I, 1. Baskı, İstanbul, s. 455-494.
- KENDİGELEN Abuzer, (2004), “Anonim Şirketlerde Çıplak Payın Haczi-İİK 94 Hükmünde Yapılan Değişikliğe İlişkin Hukuku Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 62, S. 1-2, 2004, s. 381-402, (Çıplak Pay).
- KENDİGELEN Abuzer, (2011), Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, 1. Baskı, İstanbul.
- KILIÇ Mehmet, (2009), Anonim Şirketlerde Pay Rehni, Bankacılar Dergisi, S. 71, , s.

- KIRCA İsmail, ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal, MANAVGAT Çağlar, (2013), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, 1. Baskı, Ankara.
- KURU Baki, (2003), “İcra ve İflâs Kanununun 89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, S. 47, s. 59-82.
- KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder, (2013), İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara.
- KURU Baki, (2002), Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 2. Baskı, Ankara.
- KURU Baki, (2013), İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, (El Kitabı).
- KURU Baki, (1992), İflâs ve Konkordato Hukuku, 3. Baskı, Ankara.
- KURU Baki, (2017), İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, (İstinaf).
- LENGAUER Daniel, SCHAAD Martin, AMSTUTZ Therese, BRÜGGER Denise, FATZER Peter, HOLDEREGGER Mirjam, JOWETT Ben, WIDMER Kurt, (2009), Company Law in Switzerland, Zurich.
- MANAVGAT Çağlar, (2001), “ Sermaye Piyasası Kanunu’nun 10/A Maddesi Hükmüne Göre Kaydi Sistemin Esasları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 2, s. 159-191.
- MOROĞLU Erdoğan, (2018), Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul.
- MOROĞLU Erdoğan, (2012), Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları Değerlendirme ve Öneriler, 1. Bası, İstanbul.
- MUŞUL Timuçin, (2013), İcra ve İflâs Hukuku, C. I-II, 6. Baskı, Ankara.
- MUŞUL Timuçin, (2017), İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. Baskı, İstanbul, (Esaslar).
- MUŞUL Timuçin, (2018), İflâs ve Konkordato Hukuku, 1. Baskı, Ankara.
- OLGAÇ Senai, (1978), İcra-İflâs C. I, Ankara.
- OSKAY Mustafa, KOÇAK Coşkun, DEYNEKLİ Adnan, DOĞAN Ayhan, (2007), İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Ankara.
- ÖĞÜTÇÜ A. Tahir, ÇİTOĞLU Ali, (1977), Uygulamalı İcra ve İflâs Kanunu, C. I, Ankara.
- ÖZTÜRK DİRİKKAN Hanife, (2005), Limited Şirket Ortağının Ayrılması ve Ayrılma Payı, 1. Baskı, İstanbul.

- PEKCANITEZ Hakan, (2003), “4949 Sayılı Kanunla İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 49, s. 137-158.
- PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral, ÖZEKES Muhammet, (2017), İcra İflâs Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, İstanbul.
- PEKDİNÇER Remzi Tamer, (1993), Anonim Ortaklıklarda Hisse Senetlerinin Devri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin, (2014), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul.
- POROY Reha, TEKİNALP Ünal, ÇAMOĞLU Ersin, (2017), Ortaklıklar Hukuku II, 13. Baskı, İstanbul.
- POSTACIOĞLU İlhan E., ALTAY Sümer, (2010), İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul.
- POSTACIOĞLU İlhan E., (1982), İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul.
- PULAŞLI Hasan, (2017), Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara, (Genel Esaslar).
- PULAŞLI Hasan, (2015), Şirketler Hukuku Şerhi, 5. Baskı, Ankara, (Şerh).
- SARAÇ Tahir, (2009), Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, 1. Baskı, Ankara.
- SEZGİN HUYSAL Ayşegül, (2016), “Limited Şirketlerde Nama Yazılı Pay Senetlerinin Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, s. 317-346.
- SOYGÜR Nevin, (1989), Şirketler Hukuku, 1. Basım, İstanbul.
- ŞENER Oruç Hami, (2015), Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, (2009), “Ticaret Şirketlerinde Şirket Ortaklarının Şahsi Alacaklılarının Durumu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan Özel Sayısı, s. 1323-1386.
- TEKİL Fahiman, (1988), Anonim Şirketler Hukuku, 2. Bası, İstanbul, (Anonim Şirketler).
- TEKİL Fahiman, (1981), Şirketler Hukuku, 3. Baskı, İstanbul.
- TEKİNALP Ünal, (1977), “Anonim Ortaklıklarda Kârın Dağıtımını Konusuna İlişkin Bazı Sorunlar”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. 24, S.9, 1977, s. 387-392.

- TEKİNALP Ünal, (2015), Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, (Sermaye).
- TEKİNALP Ünal, (2011), Tek Kişilik Ortaklık I Tek Payscaleli Anonim Ortaklık, 1. Baskı, İstanbul.
- TEKİNALP Ünal, (2012), Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, 2. Baskı, İstanbul.
- TEOMAN Ömer, (1978), Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri, 1. Baskı, İstanbul.
- TOPAL Önder, (2016), “Senede Bağlanmamış Anonim Şirket Payının Haczi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, s. 2977-3016.
- TOPUZ Gökçen, (2009), Hisse Haczi ve Satışı, 1. Baskı, İstanbul.
- TURANLI Hüsnü, SEYMAN KORKMAZ Seda, (2015), “Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Alma Hakkı”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, s. 7-44.
- TÜRKER Kaya, (1980), Türk Hukukunda Kollektif Şirket, 1. Baskı, İstanbul.
- UÇAR Sercan, (2017), Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları, 1. Bası, İstanbul.
- UYAR Talih, (2005), “Borçlunun Üçüncü Kişideki Kıymetli Evraka Bağlı Olmayan Hak ve Alacaklarının Haczi”, Legal Hukuk Dergisi, C. 3, S. 35, s. 3999-4022.
- UYAR Talih, (2016), “Kollektif ve Komandit Şirketlerde “Şirket”ten ve/veya “Şirket Ortağı”ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin “Şirket”i veya “Şirket Ortağı”nı Takip Hakkının Kapsamı, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 2, s. 95-115.
- UYAR Talih, UYAR Alper, UYAR Cüneyt, (2016), İcra Hukukunda Haciz, 3. Baskı, İzmir.
- ÜÇİŞİK Güzin, ÇELİK Aydın, (2018), Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımı, 1. Baskı, İstanbul.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, (2004), İcra Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, (1975), İflâs Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul.
- VON BÜREN Roland, STOFFEL Walter, WEBER Rolf H., (2007), Grundriss des Aktienrechts, 2. Auflage, Basel.

- WYLER Siegfried, WATTER Rolf, WYLER Juerg, (1994), Swiss Company Law in the European Context, The New Swiss Company LAW and the Euro-Council Directives, St. Gallen 1994.
- YASAMAN Hamdi, (1992), Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, 1. Baskı, İstanbul.
- YENİOCAK Umut, (2009), Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, 1. Baskı, Ankara.
- YILDIRIM M. Kâmil, DEREN-YILDIRIM Nevhis, (2016), İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul.
- YILDIZ Şükrü, (1996), Anonim Ortaklıkta Yeni Pay Alma Hakkı, 1. Baskı, İstanbul.
- YILMAZ Ejder, (2016), İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 6. Baskı, Ankara.

KISALTMALAR CETVELİ

BAM.	:Bölge Adliye Mahkemei
bkz.	:bakınız
C.	:Cilt
c.	:cümle
dn.	:dipnot
E.	:Esas Numarası
Ed.	:Editör
eTTK	:6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (mülga)
HD.	:Hukuk Dairesi
HGK.	:Hukuk Genel Kurulu
İİK	:2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu
K.	:Karar Numarası
KoopK	:1163 sayılı Kooperatifler Kanunu
m.	:madde
MKK	:Merkezi Kayıt Kuruluşu
RG.	:Resmi Gazete
s.	:sayfa
S.	:Sayı
SerPK	:6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	:Sermaye Piyasası Kurulu
T.	:Tarih
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	:ve devamı

YAYIN ŞARTLARI

AŞAĞIDAKİ ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECEKTİR.

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, **gizli tutulan** hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde yazarın talebi üzerine eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar, DergiPark üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suhfd>) sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve **beş adet anahtar kelimenin (Key Words)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **Kaynaklar** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6’şar cm; yanlardan 4,5’ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “adı SOYADI” biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

Haberleşme Adresi:

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 Selçuklu / KONYA

İnternet Adresi:

* <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

* <http://dergipark.gov.tr/suhfd>

E-Posta:

* hukukdergi@selcuk.edu.tr

* alperuyumaz@gmail.com

* pasaogluozge@gmail.com