

Kâni Paşa-Zâde Rif’at Bey’in “Hukuk-ı Umûmiyye” (İstanbul, 1290) Kitabı

Kâni Pasha-Zâde Rif’at Bey’s Book Of “Hukuk-ı Umûmiyye”
(Istanbul, 1290)

Rukiye AKKAYA KİA*

Öz

19. yüzyılda Osmanlı İmparatorluğu ve Batı arasındaki siyasi-ekonomik ilişkiler yoğunlaşırken, bürokratik görevdeki pek çok kişi çeşitli nedenlerle Avrupa’yı ziyaret etme, orada bir süre yaşama ya da eğitim görme olanağını bulmuşlardı. Özellikle yüksek diplomasi çalışanları, Batı siyasi düşüncesinin temel kavramlarını, Osmanlı kültür dünyasına taşıyan kanallardan biridir.

Bu çalışmada; Kâni Paşa-zâde Rif’at Bey’in, M. P. Pradier Fodéré’nin *Principes généraux de droit de Politique et de Legislation* (Paris,1869) adlı eserini, “*Hukûk-ı Umûmiyye*” başlığı ile Osmanlı Türkçesine çevirdiği kitabı incelenmiştir. Henüz Darülfünun Hukuk Mektebinde, bir ders olarak müfredata girmeden önce, Osmanlı Türkçesinde Kamu Hukuku ve “Genel Kamu Hukuku” adından bahseden kitap, bu kavramları “nakletmesi” ve dersin içeriği ile ilgili bilgi vermesi bakımından önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Kâni Paşa-zâde Rif’at Bey, M. P. Pradier Fodéré, Genel Kamu Hukuku, Osmanlı Türkçesi

Abstract

In 19th century, while the political and economical relationships with the West were intensifying, many people in bureaucratic positions had found the opportunity to visit Europe, and to live or to study there for a while for various reasons. Especially high diplomatic officials were one of the main channels that transfer the basic concepts of Western political thought to Ottoman cultural environment.

In this study, Kâni Pasha-zâde Rif’at Bey’s translation into Ottoman Turkish of M. P. Pradier Fodéré’s *Principes généraux de droit de Politique et de Legislation* (Paris, 1869) under the title of “*Hukûk-ı Umûmiyye*” is examined. Before entering the curriculum as a course at Darülfunun Law School, the book, which refers to Public Law and “General Public Law” in Ottoman Turkish, is important in terms of “transferring” these concepts and providing information about the content of the course.

Keywords: Kâni Pasha-zâde Rif’at Bey, M. P. Pradier Fodéré, General Public Law, Ottoman Turkish

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. rakkaya@marmara.edu.tr.
(ORCID: 0000-0002-0010-4083).

GİRİŞ

Kâni Paşa-zâde Rif'at Bey, M. P. Pradier Fodéré'nin *Principes généraux de droit de Politique et de Legislation* (Paris,1869) adlı eserini, “*Hukûk-ı Umûmiyye*” adı ile Paris'te yaşadığı yıllarda çevirmiş ve yayınlamıştır. İki cilt olarak yayınlanan bu eserin ilk cildi 1869'da, Paris'te yayınlanmıştır. Bundan beş sene sonra, ilk cilt genişletilmiş olarak ikinci cildi ile birlikte İstanbul'da tekrar basılır. Eserin İstanbul'daki baskısında, Rif'at Bey, eserin isminden başlayarak, çeviri sırasında, çok ciddi terim sorunlarıyla karşılaştığından çalışmasını sonuna bir hukuk sözlüğü eklemek zorunluluğu duymuştur.¹

Kitabın adı ve içeriği bize gösteriyor ki “*Hukuk-ı Umûmiyye*” (günümüz karşılığı ile Kamu Hukuku/ Âmme Hukuku) kavramı, Darülfünun'da bir ders adı olmadan daha önce, düşünce dünyamıza Fransızcadan yapılan bu çeviri eser aracılığı ile 1869 yıllarında girmiştir. Rif'at Bey'in yakın arkadaşı olan Namık Kemal kitabın yayınlanmasından sonra, Ebuzziya Tevfik'e hitaben, bu çeviri eserin adı ve içeriği üzerine eleştirilerini anlatan kapsamlı mektuplar yazmıştır. Ebuzziya Tevfik sonraları, Namık Kemal'in bu mektubunu Muharrir gazetesinde “*Hukuk-ı Umûmiyye*” başlığı ile yayınlar.

Bilindiği gibi; Namık Kemal, siyasi içerikli yazılarında Batılı kavramları, İslami referanslar ve Türk toplumunun geleneksel yaşam kuralları ile karşılaştırarak yoğun biçimde tartışmıştır. “*Hukuk-ı Umûmiyye*” kavramı da Namık Kemal'in kafa yorduğu bir kavramdır. Ancak bu kavramın, kendisi tarafından üretilmemiş olduğunu; Kâni Paşa-zâde Rif'at Beyin kitabından alıntılanmış olduğunu ve bu alıntıdan hareketle, kavramın içeriğine dair bir tartışma açtığını görüyoruz. Fevziye Abdullah Tansel, muhabatına ulaştıktan sonra; bir makale şeklinde gazetede yayımlanan bu mektupların yazılış amacını anlatırken, bize oldukça ilginç bir bilgiyi aktarmaktadır. Namık Kemal, arkadaşı Rif'at Bey tarafından daha önce yayınlanmış ve aynı ismi taşıyan, söz konusu tercüme eser üzerine eleştiri yapmak, bazı kavramların Türkçedeki karşılıklarını doğru olarak göstermek ve bu yolla mütercime ağır bir ders vermek niyetindedir. Tam da bu nedenle Namık Kemal'in ünlü “*Hukuk-ı Umûmiyye*” başlıklı makalesi, Ebuzziya Tevfik'e yazdığı eleştiri mektuplarındandır. Namık Kemal, henüz mektubunun başında; bir çalışmanın yararlı olabilmesini, o eserin içeriği bakımından okuyucuların yaşam biçimine ve inanç ilkelerine uyumlu olmasına bağlar. Bununla da kalmaz; Paris'deki Ermeni Okulundan başka bir kürsü yüzü görmemiş Pradier Fodéré'nin, Avrupa siyasi tarihine ve evrensel hukuk ilkelerine değinen eserinin; “Avrupa ile ihtilafı olan Osmanlı diline aktarılmasının ne lüzumu var (!) diyerek; “tercüme işini” de eleştirir.²

Mektubunda Namık Kemal'in, “*Hukuk-ı Umûmiyye*” kavramı da dâhil olmak üzere, Rif'at Bey'in kitabından pek çok ve yer yer geniş alıntılar yaptığı görülür. Daha sonra bu alıntılar üzerinde, bazen satırları bazen kelimeleri tekrar tekrar anarak, İslam hukuku ve Osmanlı dil dağarcığı üzerinden eleştirilerini sıralar. Dolayısı ile makalede yer alan eleştiriler ve görüşler, doğrudan eseri tercüme eden Kâni Paşa-zade Rif'at Bey'e hitaben yazılmamıştır. Ebuzziya Tevfik daha sonra, Namık

1 Ali Adem Yörük, “İlk Hukuk Lügatlerimiz (1870-1928), Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 2, 2006, s.105.

2 Fevziye Abdullah Tansel, Namık Kemal'in Mektupları, C IV, TTK Yayınları, Ankara, 1986, s.637-638.

Kemal'in bu mektubunu, Muharrir gazetesinde "Hukuk-ı Umûmiyye" başlığı ile yayınlamıştır. Bu bilgiden yola çıkarak Namık Kemal'in kendi mektubuna aslında bu başlığı vermediği ama Ebuzziya Tevfik'in mektubu "Hukuk-ı Umûmiyye" başlığı ile yayınladığı anlaşılmaktadır. İçeriği ve tartıştığı konu, tamamen tercüme edilen esere özgülünmüş bu mektuplar, Ebuzziya Tevfik'in "Hukuk-ı Umûmiyye" başlığı ile makale halinde; ama aynen yayınlanmasından sonradır ki; kültür dünyamızda Kemal'in "Hukuk-ı Umûmiyye" makalesi olarak bilinmeye başlamıştır. Dolayısı ile "Hukuk-ı Umûmiyye" makalesinin tamamı Namık Kemal'in kaleminden bir mektup olarak çıkmış olsa da kavramlar ve tartışmalar Kâni-paşa-zâde Rif'at Bey'in eserinden alıntılanmıştır³. Namık Kemal'in Muharrir gazetesinde "Hukuk-ı Umûmiyye" başlığı ile yayınlanan makalesinin metnin tamamının, kendi düşüncesinin ürünü gibi sunulmasından uzaklaşmak için bu önemli ayrıntıya dikkat çekmek istedik.

I. Kâni paşa-zâde Rif'at Bey ve Kitabı; Hukuk-ı Umumiyye, İstanbul, 1290 (1875)

Kâni paşa-zâde Rif'at Bey (Ahmet Rif'at Bey, İstanbul 1844-1891) Maliye Nâzırı Vezir Kâni Paşa'nın oğludur. 1864'te, Petersburg Elçiliğinde Türkçe Başkâtipliğine tayin olmuşken, 1865'te Adile Sultan'ın Sadrazam Mehmed Ali Paşadan dünyaya getirdiği Hayriye Sultanla evlenmiştir. Damat olunca, kendisine feriklik rütbesi verilmiş ve Dâr-ı Şurây-ı Âskeri üyeliğine atanmıştır. Ancak 6 ay sonra bilinmeyen bir nedenle nikâhı fesih edilmiş, feriklik rütbesi ve şura üyeliği de sona erdirilmiştir. Bu olayın ardından, 1866'da Paris elçiliğine kâtip olarak atanmıştır. ⁴ 1867'de, bu memuriyetten istifa ederek, 1868'de, Avrupâda bulunan Ziya Paşa ve Namık Kemal'in başını çektiği Yeni Osmanlılar grubuna katılmış ama kısa bir süre sonra gruptan ayrılarak bireysel çalışmalarına dönmüştür.⁵ Rif'at Bey, hukuk alanında gördüğü eğitimin ve okuduğu eserlerin etkisiyle, 19.yüzyılın sonlarında, Fransâda önemli bir evrilme süreci geçiren Kamu Hukuku çalışmalarını, çeviriler yoluyla Osmanlı Türkçesine aktararak kalıcı bir iz bırakmak istemiştir. Rif'at Bey'in, çeviri eserler yoluyla halkı aydınlatma, Batılılaşmanın siyasi düşüncelerin yayılmasıyla birlikte yürütülmesine ilişkin tavrı, Babıâli'de oluşan muhalif kanadın beraberinde olgunlaşan bir sürece dayanmaktadır.⁶ İstanbul'a dönüşünün ardından; bir süre Kahire'de yaşadktan sonra 1884'te İstanbul'a tekrar gelir ve bu defa Konya ve Bursa'da Reji müdürlüğü görevlerine atanır. 1891'de, Heybeliada'da vefat eden Rif'at Bey, edebiyatçı ve şair olarak da bilinir. Seçme eserleri, 1891'de, "Bârikay-ı Edeb" adıyla Bursa'da yayınlanmıştır.⁷

3 Rukiye Akkaya Kia, Bir Ders Konusu Olarak Devlet, Beta Y., İstanbul, 2016, s.234-237. Fevziye Abdullah Tansel, Namık Kemal'in Mektupları, C IV, TTK Yayınları, Ankara, 1986, s.629 vd. Tansel'in daha önce basılan transkripsiyonlar ile karşılaştırmalar yaptığı ve mektuplar üzerine açıklamada bulunduğu kısım ve mekubun Latince harflerle transkripsiyonu için bkz. Tansel, s.637-650. Bkz. Hilmi Ziya Ülken, Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi, Ülken Yayınları, İstanbul, 1992, s.102.

4 *Türk Ansiklopedisi*, Ankara, 1978, Cilt XXVII, s.323.

5 Ebuzziya Tevfik, *Yeni Osmanlılar Tarihi*, Türkçeye Uyarlayan Şemsettin Kutlu, Hürriyet Y., 1973, s.256 vd.

6 Ali Budak, *Münif Paşa*, Kitabevi Y., İstanbul, 2004, s.XXXVI.

7 *Türk Ansiklopedisi*, s.323.

Padişah iradesi ile Paris'e eğitim için gönderilen Kâni Paşa-zade Rif'at Bey'in, burada geçirdiği zaman içinde bütün dikkatini hukuk alanına yoğunlaştırdığı anlaşılmaktadır. Hukuk eğitimi almak için, Pradier Fodéré'nin derslerine devam etmiştir. Bir süre sonra, hocası Pradier Fodéré'nin, "*Principes Généraux de Droit de Politique et de Legislation*" adlı kitabını Osmanlı Türkçesine çevirmiştir. İlk cildini, 1868'de Paris'te bastırdıktan sonra, ikinci cildi "*Hukuk-ı Umumiyye*" başlığı ile 1875'te (1290) İstanbul'da basılmıştır. Daha sonra yine 1875'te iki cildi de içeren, gözden geçirilmiş yeni baskı "*Hukuk*" başlığı ile İstanbul'da yayınlanmıştır.⁸ II. Meşrutiyetin, başlangıçta herkesi heyecanlandıran, coşkulu entelektüel sağanağında; Rif'at Bey'in kitabı; "*Hukuk*" başlığı ile birinci ve ikinci cildi birleştirilerek, tek bir kitap halinde, yine İstanbul'da 1329'da (1913) yeniden basılmıştır.

Kemal Paşa-zâde Said Beyin 1882 tarihinde *Tercüman-ı Hakikat* gazetesinde yeni Türk edebiyatçıları ve onların eserleri, dayanışmaları ve yayınları üzerine yazdığı "yazı dizisinde", Rif'at Bey'in adını da anarak; "*Rifat Bey, edebiyattan ziyade hukuk tahsili ile uğraşır 'Hukuk' nâm eserini iptida orada çıkarmıştır.*"⁹ der.

Said Bey'in bahsettiği, "Hukuk" başlığını taşıyan eserin, Paris-1869 baskısı, elimizde mevcuttur. ***Hukuk-ı Umumiyye, Kanizâde Ahmed Rifat; İBB Atatürk Kitaplığı K.03096*** demirbaş kaydı ile esere ulaşmak mümkündür. 1869-Paris baskısı; taş baskı yapılmış olup, bu eser de arşivlerimizde mevcuttur ve inceleme imkânı vardır. Kitabın kapağında; "***Hukuk-ı Umumiyye; Tercüme Rifat, cüz-ü evvel, Paris, 1285*** ifadesi bulunmaktadır. İç kapakta "***Cüz-ü evvel; Usul-ü Hukuk-ı Siyasiyye***"; ifadesi vardır; metin 126 sayfadır. "Besmele" ile başlayan "Giriş" niteliğindeki kısmı oldukça uzun tutulmuştur. 1285 tarihi Paris "matbu" bakısında ise eserin "Giriş" niteliğindeki kısmı aynen korunmuştur. Ana metin, 1.cildin, 1 ve 2. bablarını içermektedir. Bu yüzden "***Hukuk-ı umumiye cüz-ü sâni 1290***" tarihli baskı 4. kısımdan devam etmektedir. Bu da bize Rif'at Bey'in, tercüme eseri, yeni baskıyı hazırlarken çalışmasını genişlettiğini göstermektedir.

Rif'at Bey, kendisinden ders aldığı ve görüşlerinden yararlandığı hocası Fodéré'nin eserini, hem tanıtmak hem de Kamu Hukuku üzerine yazılmış bu eseri, Türk düşünce dünyasına kazandırmak amacı ile tercüme etmiştir. Kendi kaleminden; hukukun alt dallarının belirlendiğini gördüğümüz birinci bölümde, o dönemde kabul görmüş hukuk müfredatı ve hukuk eğitiminin bazı bölümleri hakkında bilgi vermektedir.

Kitabın henüz başlangıcında; insanın yaşamının iki tür hukuk ile çerçevesi olduğu belirtilmiş ve bu iki tür bildiğimiz ana ayırma özgülenmiştir. Bunlardan birincisi; *Ahkâm-ı Şer'iyye* diğeri ise *Ahkâm-ı Aklıyye*'dir. Osmanlı dünyasında *Ahkâm-ı Şer'iyye*'nin karşılığı *İlm-i Fıkıh*'tır. *Ahkâm-ı Aklıyye* ise; biri *Hukuk-ı Hususiyye* diğeri *Hukuk-ı Umûmiyye* olarak ikiye ayrılır. Ayrıca *Hukuk-ı Umûmiyye de "Dâhil-i Hukuk-ı Umûmiyye"* ve "*Harici Hukuk-ı Umûmiyye*" olarak iki bölümden oluşur. Hukuk-ı Umûmiyye olarak anılan bu eserin yani Fodéré'nin kitabından bahisle; birinci

8 Fevziye Abdullah Tansel, *Namık Kemal'in Hususi Mektupları I*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s.41 ve s.353.

9 Said, "*Abdülhakhamid Bey'e Cevab*", Yeni Türk Edebiyatı Antolojisi, Cilt IV, s. 606.

cildinde *Dâhil-i Hukuk-ı Umûmiyye*, ikinci cildinde *Harici Hukuk-ı Umûmiyye* konularına yer verilmiştir. Bu iki ciltlik eser, içerik bakımından *İlm-i Siyasiyye'nin* tamamını oluşturmaktadır¹⁰.

Arapça bir kelime olan "umumî, umûmiyye"; herkese ilişkin, herkesle ilgili anlamına gelmektedir¹¹. Bu, hiç şüphesiz, Cicero'nun kullandığı anlamı ile "res publica/res populi" kavramının karşılığıdır. "Res publica", hükümet şekli ne olursa olsun, devletin halka ait ve hukukla düzenlenmiş bir siyasi varlık olduğunu anlatmaktadır. Cicero, bu kavram ile Yunan dünyasında, insanı saran, insanı aşan "polis" in aksine; siyasal varlığın üzerinde bir hukukun, yasa yapan ya da siyasete yöne veren kurumların da uyması gereken hukuk kurallarının varlığına işaret etmekteydi. Antik Yunan'ın, "polis"inde olduğu gibi; yaşamasını ve devamlılığını her değer önkoşulu olarak alan ve toplumu "amaç" bakımından analiz eden siyasal toplumun yerini, hukukla düzenlenmiş ve hukukla denetlenen bir siyasal toplum alacaktır. Rif'at Bey, o günün dil dağarcığındaki imkânları kullanarak, bugün çok bilindik cümlelerle tekrar ettiğimiz durumu şematize etmek ve açıklığa kavuşturmak istemiştir: Kamu Hukuku ikiye ayrılır; birincisi iç kamu hukuku, diğeri ise dış kamu hukukudur ve bunların her ikisi de siyasal bilimlere oluşturur. Buradaki ayırımların, o dönemde Fransâda hukuk eğitim programındaki ayırımlara göre yapıldığını gözden uzak tutmamak gerekir. Fransâdaki incelemeleri ve tercüme ettiği bu eser ile Kâni Paşa-zâde Rif'at Bey "*Hukuk-ı Umumiyye*" ve "*İlm-i Siyâsiyye*" kavramlarını Osmanlı dil dünyasına kazandıran kişilerdendir.

A.Hukuk-ı Umumiyye; Tecüme Rifat, Cüz-i Sâni, İstanbul, 1290 (1874-1875 civarı)

Eserin başlangıcında; "*Makâle-i Mütercim*" yer almaktadır. Rif'at Bey, kitabın ikinci cildini oluşturan bu çalışmanın içeriği ve konusu hakkında bazı bilgilere yer vermiş ve tanımlamalarda bulunmuştur:

"Cüz-i evveli acizânede tertib olunan mukaddimedede beyân olunduğu veçhiyle şu cüz-i sâninin mevzu-ı bahs; "*hukuk-ı düveliyle*" tabir ettikleri (*harici hukuk-ı umumiyye*) dir ki; devletlerin gerek harbde gerek vakt-i selimde hukuk-ı vezâifi mutekâbiliyesini tayin eden kavâidin mecmuaidir" diye tarif olunmuştur.

Cüzc-ü evvelde, ilm-i siyasetin şedid-i irtibatına binâ-i medeniyeti cedidenin tafsilî tarihçesi sırasıyla gözden geçirildiği gibi burada da her hukuk-ı düveliyenin suret-i zâhir ve intişarından bir nebzecek bahsetmek iktizâ eder. Fakat ondan evvel hukuk-ı düzevliyyenin vücudunun sahih olub olmadığı meselesini tetkik edelim."

"Haddi zatında; dünya biliyor ki her devlet; kendi ahâliyesinin hukuku-ı medeniyesini kendi tayin ederek, kavanin-i mevzuayla o hukuka riâyet ettirmek iktidarına dahi hâiz olduğu halde, devletler yekdiğeriyle muamelatında bir kudret-i hâkimeye tabi olmayıp müa'hedatıyla tertib edilen mükellefiyetlerinden mâada; hukukunu ve vezâifini tanıdığından ahidin meriyetiyle daimâ ahidi

10 Tansel, s.630-631.

11 Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, Ankara,1997, s.1121, Mustafa Nihat Özön, *Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, İnkılâp ve Aka Kitabevi, İstanbul,1979, s.876.

ihitiram eden tarafların iktidar ve nüfuzuyla mütenâsib olduğundan hukuk-ı düveliye hukuk-ı medeniye ile mikyas olmayıb adeta ismine müsemma gibidir.”¹²

Rif’at Bey, “devletlerin kendi hukuk-ı medeniyesini kendi tayin etmekle”, ifadesi ile, açıktır ki devletlerin egemenliğinden bahsetmektedir. Devletler arasındaki hukukun; devletlerarası akitlerin yapılmasında, uygulanmasında ve takibinde, başka türlü usul ve esasların geçerli olduğunu söylemektedir. Arkasından; “*şimdi hukuk-ı düvelliyenin tarihçesine atf-ı nazar edelim*”¹³ sözleri ile devletlerin tabii olduğu uluslararası hukukun, nasıl ortaya çıktığını açıklama yoluna gitmiştir. Bu kısımda; Platon’dan (Eflatun) başlayarak, Antik dünyanın siyasi durumuna kısa anlatımlarla değindikten sonra; bir hükümlerliliğin hukuk ve insan dışında vatan unsuru ile bir bütün olduğunu; aksi halde ortaya çıkan “*hâlin*” devletler hukukunun bir parçası olamayacağını söylemektedir. Makedonyalı Büyük İskender, Zenon, Çiçero gibi Antik dünyanın önemli isimlerinin yer aldığı bu bölüm, Avrupa siyasi tarihinin ve devlet düzeninin kısa bir özeti gibidir. Grotius, Machiavelli ve Voltaire’nin düşüncelerinin Avrupa devletler sisteminin gelişimindeki etkisi vurgulanmıştır.¹⁴

1789 Fransız İhtilali’nin gerçekleşme koşulları ve yazılı anayasaların doğuşuna ilişkin yine özet bir anlatımdan sonra, Avrupa devletler sistemini oluşturan uluslararası anlaşmalara değinilmektedir.

Rif’at Bey, “*Makâle-i Mütercim*” kısmında; sayfa 31’den itibaren 1856 Paris Muahadesi ve 1810 Viyana Kongresi ve Viyana Anlaşmaları’nın Avrupa’ya nasıl şekillendirdiğinden bahisle Anlaşma metnini madde madde incelemiştir. Kitabın devamında; “*Akvamın istidadı içtimâr*” başlığı ile devletin manevi şahsiyeti açıklanmıştır; “*devlet bir vücuda müstağnidir ki; kendine mahsus bir takım mesâili ve menâfi hükümeti vasıtasıyla malum olur bir irade-i zatiyesi vardır.*”¹⁵ Hukuk-ı düveliye; hukuk-ı düvelliyeyi tabii ve hukuk-ı düveliye-i mevzua’ olarak ayrılmıştır, bundan sonra “*akvamın musavat ve hürriyeti*”, “*vatan*”, “*maliye*” gibi başlıklarla devletlerin iç egemenlik konuları ve “*diplomasi*”, “*anlaşmalar*” gibi başlıklarla da dış egemenliklerine ilişkin konular dağınık biçimde ele alınmıştır.

Bu çalışma; Osmanlı aydınlarının, modern devleti şekillendiren somut siyasi kurumları kavradıklarını; ancak kendilerince yorum getirmeksizin o dönemdeki Osmanlı siyasi gündemine aktarım yoluyla tanıtmak istediklerini göstermektedir. Modern devleti oluşturan unsurlar bakımından; Osmanlı dünyasındaki hukuki dönüşüm gözlemlendiğinde bu eserin tercümesini önemli bir adım olarak görmekteyiz. Çünkü bilindiği gibi; Osmanlı dünyasının modern hukuki kavramlarla tanışması Tanzimat’la başlar. Henüz bir Anayasa hazırlanmamışken, Batı tarzı modern örgütlü toplumun temel aygıtları ve kurumsal niteliğini belirten kanunlar hazırlanmıştır. Dahası modernleşme döneminde bir başlangıç kabul edilen Sened-i İttifak’ta “ulusal” bir ordudan bahsedilmiş olması (2.madde)¹⁶ ya da 1868 Osmanlı Vatandaşlık Kanunu düşünüldüğünde

12 *Hukuk-ı Umumiyye*; Tecüme Rifat, Cüz-i Sâni, İstanbul, 1290, s. 3-4.

13 *Hukuk-ı Umumiyye*, Cüz-i Sâni, 1290, s. 6.

14 *Hukuk-ı Umumiyye*, Cüz-i Sâni, 1290, s. 20-21.

15 *Hukuk-ı Umumiyye*, Cüz-i Sâni, 1290, s. 41.

16 Niyazi Berkes, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı Yayınları, İstanbul, s. 132-137.

modern siyasal kavramların evrilme süreci çok iyi görülebilir. Yine 1875'te, Sultan Abdülaziz döneminde ilan edilen Adalet Fermanı (Ferman-ı Adalet) unutulmamalıdır. Ferman, ilk kez yargı ve yürütme arasındaki görev ve fonksiyonların adaletin sağlanması adına yeniden düzenlenmesinden bahsetmektedir.

B.Hukuk, Tercüme Rifat, Cüz-ü evvel ve sâni, Maarif Nezareti celilesinin ruhsatıyla tab olunmuştur, İstanbul, 1290

Besmele ile başlayan "önsöz" niteliğindeki bölümde; tercüme edilen eserin içeriğine çok kısa değinilmektedir:

*"Hâli erbâb-ı fazlın şeref methiyle değil ise her halde ehemmiyeti itibârıyla fazl-ı maruf-u medhine sayeste gösterdiği (ilm-i siyasiyye) maddi tatbiki ile o derece irtibattadır ki; düvel-i mütemeddinenin icrâtı ve muamelâtını değil belki ilmin her günkü vukuâtını anlayabilmek mutlaka az çok o uluma intisaba mütevakkıftır (bağlıdır). Hatta bunun içindir ki; o revsanın hemen her birinde gerek hükümette bir memuriyete nail olmak isteyenler gerek menafi-i müteallik hizmetlerde bulunacak olanlar behemehal (her durumda) ulum-u siyasiyyeden birini tahsil etmiş bulunmağı kanun-ı mecburdur."*¹⁷

Rif'at Bey; saltanat-ı seniye'nin sayesinde ıslahat yolunda bir an önce; devletin "kavaid-i esasiyyesine" icabet etmesi için; devrin koşullarını teyid etmek amacıyla bu tercüme işine giriştiğini anlatmaktadır. "Kavâid-i siyasiyenin" anlaşılması için, bir hizmeti gerçekleştirmek arzusu ile Prodié Fodéré'nin "hukuk-ı umumiyyeye" dair cildini, beş yıl önce tercüme ederek I.cildini tamamladığını; II. cildini tercüme edip yayınlanmasına bir türlü zaman bulamadığını söyler. Bu fırsatla yayınlanan I. ciltteki hataları da düzeltme imkânı bulduğunu ekler.¹⁸

"Mukaddime-i mütercim"

*"İnsanın dâhil olduğu toplumun; gerek şahsı gerek heyet-i ve hakk-ı istiklali mâli olan sâir cemiyetlerle terki eden efradın mecmuâsıyla olan rabt-ı münasebetinin bir usulü vardır. İnsanın riâyet ve icrasıyla mükellef olduğu usülün kaffesi maksad ve gâye-i icrâsiyle müttehid olduğu işlerde merbud oldukları esasa nazaran; (ahkam-ı şerâid) ve (ahkam-ı âkliye) itibariyle iki kısma tefrik olunabilir. Birincisi vasita-i resül ve enbiya ile nas'a tebliğ olunan şeria' ve ikincisi her insanın muhtac olduğu adaletin temini için tabiat-ı beşeriyyeye bi-l-mütâlâ istinad olunan mücece ve delâil-i akliyyeye ve hem de adaletin ahlak ve adet-i mahsusaya göre binâsı, teyid-i icrası için vevzuu olan kavâid-i beşeriyyeye müsteniddir".*¹⁹

17 **Hukuk**, Tercüme Rifat, Cüz-ü evvel ve sâni, Maarif Nezareti celilesinin ruhsatıyla tab olunmuştur, İstanbul, 1290, s. 1. (Eserin, I.cildi olarak basılan "Hukuk-ı Umumiyye" ile karıştırılmaması için aşağıdaki dipnotlarda, kitabın ismine ve yayın yılına ayrıca yer verilmiştir. ç.n.)

18 **Hukuk**, Cüz-ü evvel ve sâni, 1290, s. 2-3.

19 **Hukuk**, Cüz-ü evvel ve sâni, 1290, s. 4.

“Bizde *ahkâm-ı şeriyeyi bildiren (ilm-i fikh) der ki; adliye meclisinin mukaddimesinde şu vecihle tarif ve tefhim olunmuştur. “mesel’i fikhîye ya emr-i âhirete tâlik eder ki; ahkâm-ı ibadettir veyahud emr-i diniyeye taaluk eder ki (münakat) ve (muamelat) ve (ukubat) kısımlarına taksim olunur.”*²⁰

Sayfa 6’dan itibaren “Mukaddime-i Ahkâm-ı Adliye – Makale-i Evvel” başlığı ile ahkâm-ı akliyeye ilişkin açıklamalar yapılmıştır:

“*Ahkâm-ı akliyeye gelince, bunlar dahi müellif kitabın atide tarif ettiği ilm-i tahsiliyye ve siyasiyenin (ilm-i hukukun) mevzusudur. Ahkâm-ı akliye; muamelat-ı nası ve nas’ın men-hisse’ül mecmuai revâbit ve münasebetine talik etmesi hesabıyla iki türlü adlolunmağla ilm-i hukuku dahi (hukuk-ı hususiye) ve hukuk-ı umumiyye itibariyle ikiye taksim ederler; ve çünkü bir heyet-i içtimâiyenin revâbit ve muamelâtı ya kendi efradıyla veya kendi gibi heyetlerle münâsebette bulunmasına göre iki nokta-i nazardan bakılabildiği için hukuk-ı umumiyye de iki cihet itibar olunarak; birine (dâhili hukuk-ı umumiyye) ve diğerine (hârici hukuk-ı umumiyye) derler. İşte hukuk-ı umumiyyenin ism-i evveli, bu kitabın ve ikincisi cüz-ü sâninin mevzuu olub, usu-ü ilm-i siyâsiyye dahi bunlardan ibarettir.”... “İlm-i siyaset, medeniyet-i ceddideye o derece merbuttur ki çıkardığı inkılâbâtı anlamak için bu günkü günde Avrupa’nın, hususiyle ceht-i garbiyesinde gördüğümüz hal-i refâhı ve intizamı husul eden terakki-i mütevelliyeyi sırasıyla nazar-ı mütâlâya almayı kifâyet eder.”²¹*

Rif’at Bey; “Giriş” niteliğindeki bölümünde; hukukun dallarını ve siyaset bilimi ile ilişkisini açıkladıktan sonra Avrupa’da modern devlete giden süreci kısaca özetlemiştir.

“*medeniyet-i cedide*”, her ne kadar bize çok yakın ve kıtalar mahsulü gibi görünse de farklı bir zamansal gelişmişliğin ürünüdür. Roma imparatorluğunun yıkılmasından sonra, Avrupa’da yaşanan gelişmeler, ekonomik ve siyasi bir çözüme sonucunu yaratmış, Avrupa’da “feodalite” denilen bir evre baş göstermiştir. Avrupa’da papalığın siyasi aktör olarak etkisi ve merkezi krallıkların kurulmasının ardından, coğrafi keşiflere kadar geçirdiği gelişimde ticaret, siyaset, hukuk yeniden şekillenmiş ve Avrupa’da merkezi kırarlıkların kurulması “muhafaza-i vatan” konusunda pek çok gelişmenin öncü adımı olmuştur. Küçük devletler, büyük devletlere karşı askeri ittifaklar yapmaya başlayınca devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen “Avrupa devletleri usul-ü muvazenesi ve onunla birlikte muamelatı düvelliyeye” doğmuştur. ²² Devletler kendi muhtariyetine sahip bir siyasi yapı olunca, birbirleri ile ilişkilerinde imtiyazlar da dâhil olarak ticaret ve diğer münasebetlerini “ahitnâmeler” ile yapmaya başlamışlardır.”²³

Uzun bir Avrupa siyasi tarihinin anlatımından sonra, tahta çıkış sırasına göre Osmanlı padişahlarının Avrupa devletleriyle yaptığı anlaşmalara ve kapitülasyonlara değinilmiştir. Bu kısımda, Osmanlı İmparatorluğu’nun Avrupa devletleri ile kurduğu ilişkilerle, aslında Avrupa devletler düzeninin bir parçası olduğunu teyit etmeye çalışan bir üslup hâkimdir.

20 *Hukuk*, Cüz-ü evvel ve sâni, 1290, s. 5.

21 *Hukuk*, Cüz-ü evvel ve sâni, 1290, s. 6.

22 *Hukuk*, Cüz-ü evvel ve sâni, 1290, s. 24.

23 *Hukuk*, Cüz-ü evvel ve sâni, 1290, s. 25 vd. Tarafımızdan günümüz Türkçesine uyarlanmıştır.

Sayfa 99'dan itibaren eserde; "Hükümet'in şubeleri" başlığı ile "kuvvetler ayırımı"ndan bahsedildiğini görüyoruz:

"Ekseriya hükümet iki büyük şubeye taksim edilir. Birine "kudret-i tanzimiye" birine "kudreti tenfiziyeye" derler. Bu taksim, tabiât-ı eşyadan istinbâd olunmuştur. Gerek ferdin ve gerek akvamın şahsiyetini terki eden iki esasın makamındadır ki; birine "irade" biri de "hareketdar" kudret tanzim eder. Hukuk veyahud tahmil-i vezâif eden kavâid hareket temin eder. Hülasa kanunları tanzim eder. "Kudret-i tenfiziyeye" (hüküm yürüten) ise bu kavanini icra eder. Tatbik eder. Hülasa hareket eder. Ancak bunların ikisi de ayrı bir baş olmayıp hükümetin iki cüzüdür. Bu iki şubenin taksimi ve tefriki, hüsn-ü hareketlerinin şart-ı kefilî olduğu gibi..her birinin diğerinden müstakil olması şarttır..bunlar o kadar müstakil olurlar ki; birinin memurları diğerinin memurlarından ne bir latife ve ne bir gazab bekleyebilir. [Fakat bu] istiklâ-i adem-i mesuliyet demek değildir... Kudret-i tanzimiye, kanunları yapmağa memurdur." ²⁴

II. Rif'at Bey'e ilham veren kaynak eser; M.P. Pradier-Fodéré'nin, *Principes généraux de Droit, de Politique et de Législation, (Paris, 1869)*

Rif'at Bey'in yayınladığı tercümenin, içeriğini ve kapsamını daha net görebilmek için kaynak metin olan "**M. P. Pradier-Fodéré, *Principes généraux de Droit, de Politique et de Législation, (Paris, 1869)***" başlıklı kitabına da ulaşarak, genel hatlarına değinmek, o dönemde Paris'te okutulan Kamu Hukuku derslerinin ana konularını görmek açısından aydınlatıcıdır. Kaynak eserde, Osmanlı imparatorluğu üzerine yapılan yorumları özellikle sunmak isteriz.

Kitap, modern devletin ortaya çıkışını tartışma içine alan geniş bir önsöz ile başlamaktadır. Burada Fodéré; "elbette Fransa'nın ulus, ulusçuluk, haklar ve özgürlükler konusunda Aydınlanma çağında ortaya koyduğu düşünsel birikim ve umut inkar edilemez"²⁵ sözleri ile eleştirel bir yaklaşımı hemen ortaya koyar. Zira 1789 Fransız Devrimi'nin, "felsefenin feodal baronları"nın yarattığı atmosferde, aslında bir siyasal birikimin patlaması olduğu unutulmamalıdır. Halk tarafından gerçekleştirilen bir devrim olmasına rağmen; Monarşiye karşı "özgürlük misyoneri olan düşünce elitleri"nin kazandığı bu zaferin, halk adına hiçbir anayasal garantisi ve koruması yoktur. ²⁶

Fodéré, daha sonraki satırlarında, 1848'den beri Avrupâda yaşanan siyasal gelişmeleri, çeşitli ülkelerin anayasalarına değinerek; insan hakları konusunda kaydedilen ilerlemeleri özetlemektedir. Modern hukukun ortaya koyduğu; siyasi iktidarın sınırlandırılması, yasa yapma iktidarının meşruiyetinin halkın rızasına dayandırılması ve kamu gücünün çeşitli kurumlar arasında yetki ve görev bakımından dağıtılması gibi gökyüzünden yeryüzüne indirilen egemenlik nosyonunun insanoğluna adeta bir metamorfoz yaşattığını ifade etmektedir. ²⁷

24 **Hukuk**, Cüz-ü evvel ve sâni, 1290, s. 99-100.

25 M. P. Pradier-Fodéré, *Principes généraux de Droit, de Politique et de Législation*, Paris, 1869, Önsöz, s. 10.

26 Fodéré, s. 14.

27 Fodéré, s. 17-19.

Kitapta, sayfa 183'ten itibaren Kamu Hukuku (le Droit Public) kavramının temellerinden başlayarak, kavramsal açıklama ve tanımlama yapıldığını görüyoruz. Fodéré'ye göre; Kamu Hukuku, birincisi devlet ve birey arasındaki karşılıklı ilişkileri düzenleyen ve belirleyen hukuk alanıdır. İkincisi; her birinin, birer egemen birey olduğu siyaseten ve ahlaken kabul edilen egemen devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Klasik sınıflamalar ve ayırımlarla, iç kamu hukuku "siyasal hukuku" ya da anayasa hukuku (*droit politique ou constitutionnel*), idare hukuku, ceza hukuku olarak çeşitli branşlara ayrılır. Fodéré'ye göre; Kamu Hukuku, her şeyden önce, insanı sosyal bir varlık olarak aldığından siyasal toplum ve bu toplumun örgütlenmesi onun çıkış kaynağıdır.²⁸

Şeyler ve onların köklerini, zaman ve uzam ile ilişkilerini tarihsel gelişim çizgileri ile veren Fodéré; nihayetinde doğal hukuk, ırk, ulus, ulusçuluk, Avrupa halklarının kökenlerine kadar giden geniş tarihsel açıklamalara yer vermektedir. Eser, Alman ulusal birliği, Slav birliği, İskandinav birliği, ulusçuluk gibi dönemin ruhunu yansıtan bir anlatım içindedir. "Köken, doğaldır; doğa ile kurulan bağıdır, ulus siyasal somut bir dinamikle kurulur, vatandaşlık karşılıklı ödev ve sorumluluk duygusu ile devletle kurulan bağıdır"²⁹ diyerek, toplumsal örgütlenme ve hukuk ilişkisine vurgu yapılmaktadır.

Kitabın; "Droit politique ou constitutionnel"³⁰ başlığı altında; egemenlik, egemenliğe ilişkin çeşitli teoriler, sosyal sözleşme teorisi, Westphalya ve Viyana anlaşmalarının ortaya koyduğu egemenlik anlayışı; kurucu iktidar, anayasa yapımı ve yazılış teknikleri, anayasal kurumlar, kuvvetler ayrımı, yasamanın sınırları, insan hakları bildirileri, hükümet şekilleri, hükümetin oluşumu gibi çok çeşitli konuları tanımlanmaktadır. Kamu hukukunun, Orta Çağ'a kadar kralın soyut kişiliğini ve iradesini ifade ettiğini, ancak 19.yüzyılın başlarından itibaren yeni bir kamu hukuku nosyonu ile karşılaştığımızı; çünkü uluslararası hukukun doğuşu ile hiçbir devletin mutlak güç sahibi olmadığı ve monarşilerin gücünün yerine ulusların gücünün aldığı açıklanmıştır. 1791 Fransız Anayasası'nın hazırlanması ile iç kamu hukukunun halk egemenliği, insan hakları ve yönetim biçimi üzerine odaklandığı ve diğer devletlerin kendi anayasa yazım şekillerinde bu biçimi örnek aldığı ifade edilmektedir.³¹ Daha sonraki bölümlerde, çeşitli devletlerin gerek yönetim biçimlerine gerek yazılı anayasalarına değinerek, siyasal doku etrafında özet bilgiler verilmektedir.

Eser'de, Avrupa monarşilerinin genel yapısına değinilen, bölüm içinde Osmanlı imparatorluğunun yönetim biçimi ve devlet kurumları üzerine bir başlık açılmıştır.³² Burada, Avrupa feodal ilişkiler ağı ve ekonomik yapısı ve siyasal dokusu arasında tarihsel karşılaştırmalar yapılırken, çok farklı ve çok ilginç bir yoruma yer verilmektedir. Fodéré, Osmanlı toplum yapısının tüm Avrupadaki diğer monarşilerden daha demokratik ve daha eşitlikçi sisteme sahip olduğunu vurgulamaktadır.

"Osmanlı toplumunda kurumsal bir aristokrasi yoktur, insan hizmeti ile vardır ve çalışması ile var olur; bu bakımdan onun tekil varlığı ile iktidar arasındaki ilişki doğrudandır. Sultan ve tebası

28 Fodéré, s. 183.

29 Fodéré, s. 188.

30 Fodéré, s. 199.

31 Fodéré, s. 203-223 vd.

32 Fodéré, s. 280 vd.

arasındaki ilişkide, başka bir sınıfa da iktidarın gücünü temsil eden bir halka yoktur, insan insana bağımlı değildir, unvanlar ve kişisel onuru, görevi ifade eden statüler belli bir sınıfa ait değildir ve miras yoluyla geçmez.”³³

Bu açıklamalarla, Osmanlı toplumunda hiçbir zaman Avrupa toplumlarında, özellikle Orta Çağ'da yaşanan feodal ilişkiler ağının olmadığı ve mülk devlet yapısına rağmen, merkezi siyasi iktidar karşısında, bireyin daha özgür olduğu vurgulanmaktadır. Siyasi iktidarın kaynağına, divan-ı hümayun kurumuna ve yasama gücünün geleneksel yapısına değinildikten sonra kısaca Tanzimat dönemi politikası, Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı'na değinilmiş ve bu gelişmelerin kısa tarihsel aşamaları ele alınmıştır.³⁴

Bölümün sonlarına doğru, bir ansiklopedik bilgi sıralaması gibi Osmanlı imparatorluğunun genel olarak idari yapısı, mülkiyet hakkı, vergi sistemi ve dinsel toplumsal doku anlatılmaktadır. Ayrıca Tanzimat dönemini takip eden süreçte Osmanlı hukuk yapısındaki kısmi değişikliklere, yapılan yeni yasalara ve idari yapıdaki bürokratik dönüşüme genişçe yer verilmiştir. Ayrıca, Osmanlı İmparatorluğu'nun uyguladığı kapitülasyonlara, Osmanlı parasının değerine, ticaret hayatında ve günlük yaşamda uygulanan ölçü/tartı birimlerine ve ulaşım haberleşme gibi değişik konulara da yer verildiği görülmektedir.³⁵

SONUÇ

Genel Kamu Hukuku dersinin, ilk bilimsel kaynaklarının ve bu kaynakların içeriklerinin izlerini sürdürdüğümüz çalışmalarımızda; Kâni Paşa-zâde Rif'at Bey'in, Fransızcadan çevirerek "*Hukûk-ı Umûmiyye*" başlığı ile ve daha sonra "*Hukuk*" başlığı ile yeniden yayınladığı eserler; yayımlandığı yer ve döneme göre, bize hukuk müfredatının temel ölçütlerini göstermesi bakımından önemlidir. Kitap, henüz Darülfünun Hukuk Mektebinde, bir ders olarak müfredata girmeden, Kamu Hukuku, Siyaset Bilimi gibi, o dönemlerde Fransa'da 19.yüzyılın sonlarında iyice kristalize olan Özel Hukuk-Kamu Hukuku-Siyaset Bilimi alanlarının tanımlarını, devlet ile birey arasında kurulan bağın siyasi-hukuki yönünü içermektedir.

Çeviride, Rif'at Bey'in, kaynak kitaba sadık kalmakla birlikte; Osmanlı İmparatorluğu ve Avrupa devletleriyle olan ilişkilere geniş yer verdiği görülmektedir. Kendisinin de bir diplomat olduğu hatırlandığında, Rif'at Bey, İmparatorluğun Avrupa'daki egemenler dünyasının bir parçası olduğunu gösterme gayretindedir. Rif'at Bey'in; kuvvetler ayırımından, "ahkâm-ı akliye"nin (akıl ve iradeden türeyen hukuk ç.n.) yanı sıra Tanrısal hukuktan bağımsız bir tabii hukukun varlığından söz etmesi, 1876 Anayasası hazırlanmadan evvel Osmanlı entelektüellerinin kafasında; Batılılaşma, anayasal kurumlar ve hukuk arasında, ilksel bir arka planın olduğuna işaret etmektedir.

33 Fodéré, s. 281vd.

34 Fodéré, s. 284.

35 Fodéré, s. 399-427.



حقوق عمومیه

ترجمہ رفعت

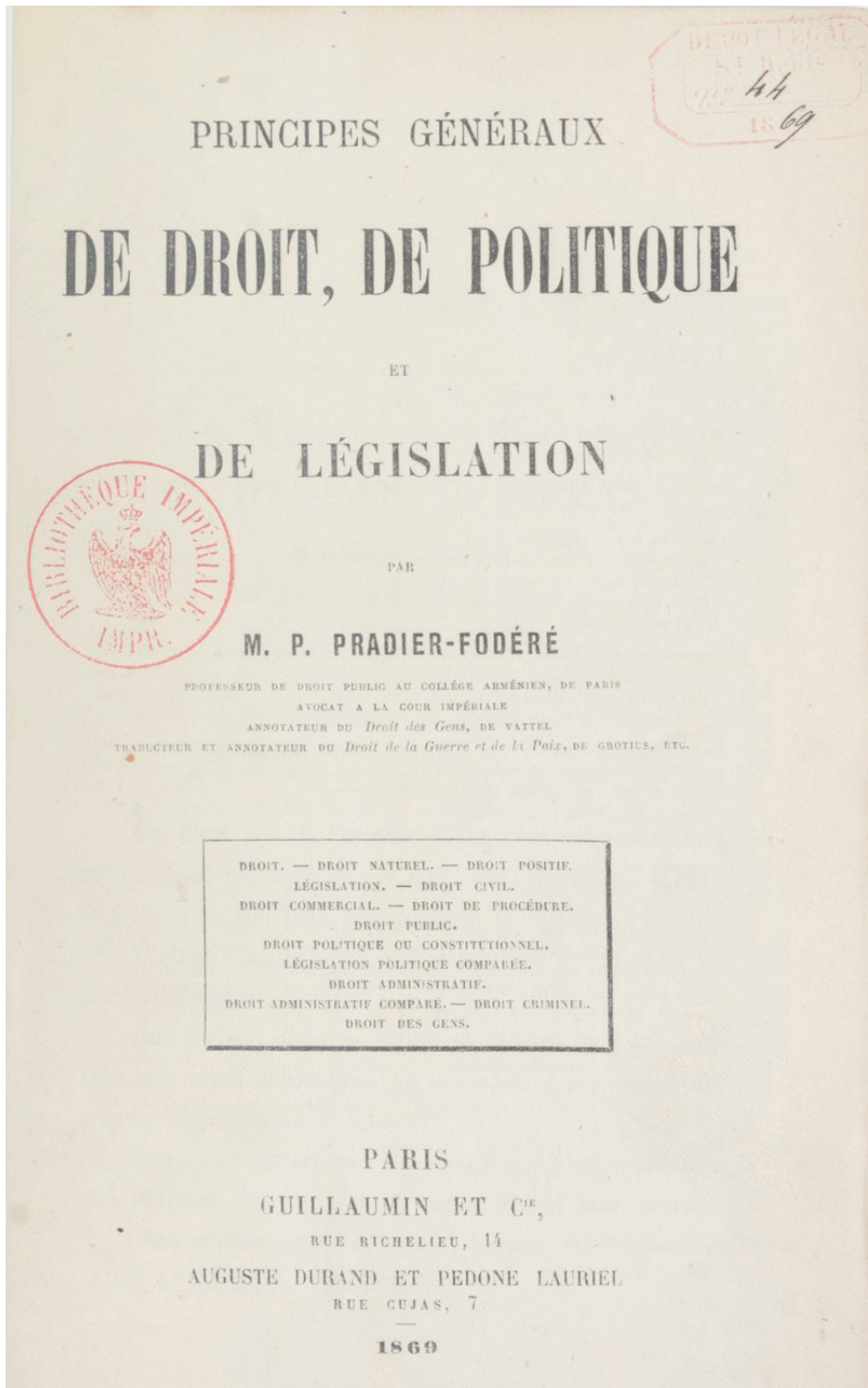


جزو ثانی

İSTANBUL
BÜYÜKŞEHİR
BELEDİYESİ
ATATÜRK KİTAPLIĞI

استانبول

۱۲۹۰



2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Öngörülen Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi: Geçici 9. Madde

Gül ÜSTÜN*

Öz

7103 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa eklenen Geçici 9. maddeyle Kanuna yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi eklenmiş ve Ankara İdare Mahkemeleri bu olağanüstü yargı yolunda yetkili ve görevli kılınmıştır. Eklenen hükümde bu yola başvurmak için özel süreler de öngörülmüş olup, çalışmamızda bu süreler ve sebepler incelenmiş, usule ve hükmün uygulanışına ilişkin meselelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler:Yargılamanın yenilenmesi, tarafsız ve bağımsız mahkeme, adil yargılanma hakkı, iç hukuk yollarının tüketilmesi, yetki-görev

Abstract

With the provisional Article 9 added to the Administrative Procedure Code No. 2577, the reason for the retrial was added to the Law. Ankara Administrative Courts are the competent courts for this cumulative remedy. In addition to this, special periods are foreseen. In this study, these periods and reasons are examined, the procedures and issues related to the implementation of the provision are undertaken.

Keywords:Retrial, Independant and impartial court, right to a fair trial, exhaustion of domestic remedies, jurisdiction

GİRİŞ

7103 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa eklenen Geçici 9. madde şu hükümleri ihtiva etmektedir:

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla¹, kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı başvuru derdest olanlar, bu tarihten itibaren üç ay içinde Ankara idare mahkemelerinden yargılamanın

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Öğretim Üyesi, Doç.Dr., (ORCID: 0000-0002-5081-1771).

Bu çalışmayı kaleme almama vesile olan ve karar temininde yardımcı olan kürsü arkadaşım Ar. Gör. Alican Bulut’ a teşekkür ederim.

¹ Yürürlük tarihi, 27.03.2018’ dir. R.G. 27.03.2018, S.30373 (2. Mükerrer).

yenilenmesini isteyebilirler. Bu süre içinde istemde bulunmayanlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren üç ay içinde de istemde bulunabilirler. Süresinde istemde bulunulması halinde yargılama yeniden yapılarak karar verilir”.

Yargılamanın yenilenmesi ise 2577 sayılı Kanun 53. maddesinde düzenlenmiş olup, hangi hallerde bu yola başvurulacağı, bu talebin süresi ve hangi mahkemede karara bağlanacağı açıkça ifade edilmiştir:

“Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir.

- a) Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması,
- b) Karara esas olarak alınan belgenin, sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması,
- c) Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması,
- d) Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi,
- e) Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması,
- f) Vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması,
- g) Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması,
- h) Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması.
- i) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi.

2. Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır.

3. Yargılamanın yenilenmesi süresi, (1) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için on yıl, (1) numaralı fıkranın (ı) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl ve diğer sebepler için altmış gündür. Bu süreler, dayanılan sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlatılarak hesaplanır”.

Kanunun Geçici 9. maddesinde görüleceği üzere, yargılamanın yenilenmesi için özel bir sebep öngörülmüş olup, bu sebeple söz konusu talebin yapılması halinde talebi karara bağlayacak mahkeme ve talebin süresi farklı olarak düzenlenmiştir. Bu durum söz konusu maddenin özel bir düzenleme olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

A-GEÇİCİ 9. MADDENİN UYGULANMA ŞARTLARI

Geçici 9. maddede öngörülen yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoluna başvurabilmek için öncelikle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde davası görülmüş biri olmak ve bu mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapmış olmak gerekmektedir. Bu şartı sağlayan kişilerin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmesi için kanun koyucu tarafından üç aylık bir süre getirilmiş olup, bu sürenin başlaması için iki olanak tanınmıştır: 27.03.2018 tarihinden itibaren üç aylık süre veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren üç aylık süre. Son şart olarak da yargılamanın yenilenmesi talebinin Ankara İdare Mahkemesine yapılması öngörülmüştür.

1. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurunun derdest olması

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkıdır. Zira, anılan maddede, her şahsın müstakil ve tarafsız bir mahkemede davasının dinlenilmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Bu kapsamda, sadece olağan mahkemeler değil, disiplin kurulları, uzmanlık kurul ve mahkemeleri de yer almakta², bağımsızlık ve tarafsızlık şartı yerine getirildiği sürece mahkeme üyelerinin tamamının veya bir kısmının profesyonel yargıç olmaları şartı aranmamaktadır. Ancak, mahkeme üyelerinin atanmaları, görev süreleri, dış baskılara karşı güvenceleri ve bağımsız bir görünüme sahip olup olmadıkları AİHM kararlarında ayrıca irdelenmektedir³.

Nitekim, adil yargılanma hakkının (tarafsız mahkeme) ihlali gerekçesiyle yapılan başvurularda, yargıçların niteliği de AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) tarafından değerlendirilmekte olup, yargı yerinin bağımsızlığına ilişkin güvencelerin olup olmadığı, yargı işlevini yerine getirirken kamu otoritelerinden talimat alıp almadıkları (Ettl and others/Austria, Appl. No: 9273/81, 23.04.1987; Erkner and Hofauer/Austria, Appl. No: 9616/81, 23.04.1987; Poiss/Austria,

2 Karar veren organın kanunla kurulmuş olması, uyumsuzluğu hem maddi hem hukuki açıdan inceleme, bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olması gerektiği hakkında ve bu konudaki örnek AİHM kararları için bkz. İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul, 2005, s.158-166.

3 Detaylı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, s. 168 vd.

Appl. No: 9816/82, 23.04.1987.), davanın taraflarından birinin astı konumunda olup olmadıkları (Sramek/Austria, §§ 41-42.) Mahkeme tarafından incelenmektedir.

Örneğin, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye Başvurusunda, Komisyon tarafından, iki sivil, iki askeri yargıç ile meslekten olmayan subay üyeden kurulu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesinin askeri yargıçların kariyer ilerlemelerinde hiyerarşik amiri olan subayların olumlu sicil vermeleri şartının aranmasının bağımsız olmadıklarını gösterdiği; subay üyenin ise, her halükarda bağımsız olmadığı, dolayısıyla mahkemenin bağımsız ve tarafsız olamayacağı ifade edilmiş (15530/89, 15531/89, Komisyon kararı, 8.12.1994), AİHM tarafından (Yakış/Türkiye Kararı, B. No: 33368/96), yargıçların atanma biçimleri, görev süreleri, dış baskılara karşı güvencelerinin olup olmadığı, mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediği, bakımlarından yaklaşarak, askeri yargıçların statülerinin kimi yönlerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını kuşku kıldığı sonucuna varmıştır. Askeri yargıçlar yönünden, yürütmenin emrinde ve ordu mensubu oldukları, bu itibarla askeri disiplin ve sicile tabii oldukları, atanmalarıyla ilgili kararların idari makamlar ve ordu tarafından alındığı; subay üyenin ise, komutanın emri altında olduğu ve hiçbir biçimde bağımsız olmadığı sonucuna varmıştır.

Türkiye'deki askeri ceza mahkemelerine ilişkin İbrahim Gürkan/Türkiye Kararında (B. No: 10987/10, 03.07.2012, § 19), AİHM, askeri ceza mahkemesi heyetinde bulunan subayın ordunun hizmetinde çalıştığını ve askeri disipline tabi olduğunu kaydetmiş, üstleri tarafından yargıç olarak görevlendirildiklerinin ve diğer askeri yargıçlara sağlanan anayasal önlemlerden yararlanamadıklarının altını çizmiş ve adil yargılanma hakkı bakımından ihlal kararı vermiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne yönelik verdiği kararında (Tanışma/Türkiye, §§ 83-84. Aynı yönde Sürer/Türkiye, B. No: 20184/06, 31.05.2016, §§. 45 – 47) ise, heyette bulunan kurmay subayların güvencelerini incelemiştir. Mahkemeye göre kurmay subayların askeri hakim olan Yüksek Mahkeme üyeleri ile aynı kurallara tabi olmalarına rağmen maaşlarına, sosyal haklarına ve terfilerine ilişkin konuları düzenleyen ordunun hizmetinde olduklarını belirtmiş, muvazzaf subayların terfilerinin hiyerarşik üstleri tarafından önerildiği ve askeri hakim olan diğer üç üye için öngörülen anayasal güvencelerden tam olarak yararlanamadıklarını kaydederek ihlal kararı vermiştir.

Türkiye'deki askeri ceza mahkemeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne ilişkin son dönem kararlarında AİHM ihlal sonucuna ulaşmıştır⁴. AİHM, askeri ceza mahkemesi heyetinde bulunan subayın ordunun hizmetinde çalıştığını ve askeri disipline tabi olduğunu kaydetmiş, üstleri tarafından yargıç olarak görevlendirildiklerini ve diğer askeri yargıçlara sağlanan anayasal önlemlerden yararlanamadıklarının altını çizmiştir (İbrahim Gürkan/Türkiye, § 19). Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne yönelik verdiği kararında da, kurmay subayların maaşlarına, sosyal haklarına ve terfilerine ilişkin konuları düzenleyen ordunun hizmetinde olduklarını kaydetmiş, muvazzaf subayların terfilerinin hiyerarşik üstleri tarafından önerildiğini ve askeri hakim olan

4 Nitekim bu yönde tespit Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından da yapılmıştır. Bkz. http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2018/haziran/duyuru3/aihhaber.html

diğer üç üye için öngörülen anayasal güvencelerden aynen yararlanamadıklarını belirtmiştir (Tanışma/Türkiye, §§ 83-84)⁵.

Ancak, AİHM' in "Tanışma Kararı" ve sonrasında verilen kararların AYİM' in bağımsız ve tarafsız olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle AİHS 6. maddenin ihlal edildiği yönünde olduğu göz önde bulundurulmuş olsa gerek, kanun koyucu tarafından söz konusu ihlalleri ortadan kaldırmak amacıyla diğer bir ifadeyle bu ihlal iddialarıyla AİHM' ne başvuranlar lehine, devlet aleyhine bir tazminata hükmedilmemesi için çalışmamıza konu olan Geçici 9. madde düzenlenmiştir⁶. Böylelikle, İHAM tarafından bir karar verilmeden önce kişilerin başvurabilecekleri yeni bir iç hukuk yolu öngörülmüştür.

Ancak, bu düzenlemeden istifade edebilmek için kişilerin AİHM' deki başvurularının derdest olması, bu başvuruların Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde daha önce görülen davalarına ilişkin olup, "Mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı" iddiasını konu almaları gerekmektedir.

2 – Başvurunun Süresi ve Niteliği

Geçici 9. madde uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilmek için üç aylık süre öngörülmüş olup, bu sürenin başlangıcı için iki farklı tarih öngörülmüştür:

İlki maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yani 27.03.2018 tarihinden itibaren, diğeri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince münhasıran iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararının kendilerine tebliğinden itibaren.

Maddede açıkça ifade edildiği üzere, AİHM' deki başvurusu derdest olanlar 27.06.2018 tarihine kadar yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabileceği gibi, bu hakkı kullanmayarak AİHM tarafından iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle verilen kararın tebliğinden itibaren üç ay içerisinde başvurabilecektir. Ancak, 27.06.2018 tarihine kadar başvuru yapmış olanlar AİHM kararının tebliği akabinde başvuru yapamayacaklardır. Zira, maddede açıkça maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde başvuruda bulunulabileceği ifade edildikten sonra takip eden cümlede "*Bu süre içinde istemde bulunmayanlar*" ifadesine yer verilmek suretiyle başvuru yapmak isteyenlerin öngörülen yollardan birini seçebileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer bir yandan, AİHM tarafından verilen kararın tebliğinden itibaren üç ay içerisinde başvurabilme hakkı ise, AİHM kararının gerekçesinin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde olması şartına tabi kılınmıştır. Böylelikle kanun koyucu düzenlediği hüküm doğrultusunda kişilere bir hak tanımaktadır.

5 İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi), Ankara, 2018, s.86.

6 Nitelikim, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 17. maddesiyle 16 Nisan 2017 tarihinden itibaren (Söz konusu hükmün Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Bkz. 6771 sayılı Kanun madde 18/a, R.G. 11.02.2017, S.29976.), Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve askeri mahkemeler kaldırılmıştır. Bu tarihten itibaren söz konusu mahkemeler yargılama faaliyetlerine devam edememişlerdir.

Zira, Geçici 9. maddeyle kanun koyucu artık yeni bir iç hukuk yolu yaratmıştır. İç hukuk yolları tüketilmeden AİHM' e başvurulması halinde ise, AİHM kabul edilemezlik kararı vermek durumunda kalacaktır⁷. Nitekim maddenin yürürlüğe girmesiyle birlikte, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan itirazlar sonucu Adnan Oğuz Baysal-Türkiye (B. No:29698/11), Ceyran – Türkiye (B. No:41886/05.) kararları tesis edilmiş; AYİM' in bağımsız ve tarafsız olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle yapılan başvurulara ilişkin olarak idare mahkemeleri nezdinde yeniden yargılanma talep etme hakkının getirilmesi yeni bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmiş ve başvuru iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir⁸.

Ancak, kanun koyucunun Geçici 9. maddeyle yarattığı olanağın kullanımı, salt mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerine yapılan başvurular kapsamında olmakta, başkaca nedenlerle tesis edilen kabul edilmezlik kararlarını yargılamanın yenilenmesine gerekçe gösterilememektedir.

Bu durum, kanun koyucunun özelde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde genelde askeri mahkemelerde görülen davalarda tarafsız ve bağımsız mahkeme şartının –aslında – sağlanmadığının kabul ettiğini göstermektedir. Yapılan düzenlemeyle, adil yargılanma hakkını ihlal edecek bu şartın eksikliğinin giderilmesi hedeflenmekte, tazminat ödemek yerine hakkın yerine getirilmesi sağlanmaktadır.

3 – Başvurunun Yapılacağı Mahkeme/Görevli-Yetkili Mahkeme

Geçici 9. maddede yargılamanın yenilenmesi taleplerinin Ankara İdare Mahkemelerine yapılması gerekliliği ifade edilmiştir. Yani, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapan kişiler tarafından yine bu gerekçeyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması halinde, bu talebin Ankara İdare Mahkemelerine yapılması gerekmektedir. Geçici 9. madde bu konuda özel bir düzenleme olduğundan, 53.maddede yer bulan “*Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır*” hükmü uygulanmayacaktır.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İdare Dava Dairesi' nin 2018/3415 E., 2019/73 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere, Geçici 9. maddede öngörülen şartlar gerçekleştiği takdirde Ankara İdare Mahkemeleri tarafından sanki ilk kez dava açılıyormuş gibi esastan inceleme yapılarak karar verilmesi gerekmektedir:

“...Anılan Geçici maddenin yorumlanmasından, a) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih olan 27.03.2018 tarihinde, b) Bir kişinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, kaldırılan Askeri Yüksek

7 AİHM' e başvurunun derdest olması halinde yeni bir iç hukuk yolunun sağlanması halinde ise, AİHM bu yeni yolun etkili olup olmadığını araştırmaktadır (Xenides-Arestis/Türkiye Kararı, B.No: 46347/99, Scordino-İtalya Kararı, B.No: 36813/97,). Bu kapsamda, kanun koyucunun aslında yeniden yargılama yapılmak suretiyle etkili bir iç hukuk yolu sağladığı muhakkaktır.

8 Bkz. http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2018/haziran/duyuru3/aihhaber.html
Ayrıca, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından üç yüze yakın derdest başvurunun AİHM tarafından düşürüleceğinin beklenildiği ifade edilmiştir.

İdare Mahkemesince verilmiş olup, bu Mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla başvurulmuş derdest bir davasının olması, c) Üç ay içinde de yargılamanın yenilenmesinin dava edilmiş olması koşullarının aranması gerekeceği, buna göre, kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde hakim olmayan üyelerin bulunması nedeniyle anılan Mahkemece daha önceden verilmiş olup, AİHM'de 27.03.2018 tarihi itibarıyla derdest olan davaların bu kapsamda olacağı anlaşıldığı, dolayısıyla, anılan Geçici 9. madde kapsamında açılan yargılamanın yenilenmesi davalarında, Mahkemece, öncelikle bu maddede yer alan koşulların mevcut olup olmadığının açıklığa kavuşturulması, bu madde kapsamında koşulların sağlanmış olduğu kanaatine varılması halinde ise, artık dava konusu işlemin esastan ilk defa açılan yeni davaymış gibi ele alınıp, hukuki denetiminin yapılarak karar verilmesinin gerekeceği, Geçici 9. maddede aranan koşullar yanında, yargılamanın yenilenmesinin düzenlendiği ve şartların tahdidi olarak sayıldığı 2577 sayılı Kanunun 53. maddesi yönünden de ayrıca bir incelemenin yapılmasının gerekmeyeceği, Geçici 9. maddeyle getirilen düzenlemenin, adeta sözü edilen 53. maddeden farklı olarak ayrı ve yeni bir yargılamanın yenilenmesi yolu şeklinde değerlendirilmesinin gerekeceği sonucuna varılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, davacının, Türk Silahlı Kuvvetlerinde Y0üzbaşı rütbesinde görev yapmakta iken, 08.11.2012 tarihli işlemle Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin kesildiği, bu işleme karşı açtığı davada, AYİM 1. Dairesinin 17.09.2013 tarihli kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verilse de, 16.01.2014 tarihli kararında karar düzeltme isteminin kabulü ile davanın reddine karar verilerek davacının aleyhine sonuçlandığı, akabinde Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurusunun 16.02.2017 tarihinde kabul edilemez bulunduğu ve son olarak 24.08.2017 tarihinde AİHM'ne başvurduğu, dosyanın Geçici 9. Maddenin yürürlüğe girdiği 27.03.2018 tarihi itibarıyla AİHM'de derdest olduğu, yargılamanın yenilenmesi istemli davasının da 3 aylık süre içinde 11.06.2018 tarihinde açıldığı anlaşılmıştır.

Dolayısıyla, Geçici 9. madde kapsamında yargılamanın yenilenmesi koşullarına haiz olduğu anlaşılan davacının, yargılamanın yenilenmesi istemi kabul edilerek Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişkisinin kesilmesi işleminin iptali istemi hakkında sanki ilk kez dava açılıyormuş gibi esastan inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, ayrıca 2577 sayılı Kanunun 53. maddesi yönünden de bir irdeleme yapılarak, dava dilekçesinde öne sürülen sebeplerin anılan 53. madde kapsamında öngörülen nedenlerden birine uymadığı gerekçesiyle de yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine ilişkin verilen Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamıştır..”

Ancak, AİHM' e yapılan başvurularda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiası gündeme getirilmemiş ise bu durumda özel düzenlemeden faydalanmak mümkün olmayacak, Kanunun 53. maddesinde öngörülen şartların sağlanması gerekecek, yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı veren mahkeme tarafından karara bağlanacaktır. Fakat, bu aşamada da, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de 6771 sayılı Kanunla kaldırıldığından, aynı Kanunun b bendi uyarınca⁹ 2577 sayılı Kanuna göre yetkili idari mahkemesi esas kararı

9 “Kaldırılan askeri yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştaya, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir”.

veren mahkemenin yerine geçecektir. Kısaca, AİHM' e yapılan başvurularda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiası gündeme getirilmemiş ise yetkili idare mahkemesi 53. maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit edecek, gerçekleştiği yönünde karar verirse esastan inceleme yapacaktır.

B-BAŞVURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Geçici 9. Madde kapsamında yapılan başvurularda başvurunun uygun olup olmadığını irdeleyecek olan da Ankara İdare Mahkemeleridir. Zira, madde metninde “...kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin tarafsız ve bağımsız olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı başvuru derdest olanlar, bu tarihten itibaren üç ay içinde Ankara idare mahkemelerinden yargılamanın yenilenmesini isteyebilirler...” hükmüne yer verilmektedir.

Geçici 9. Madde kapsamında yargılamanın yenilenmesini isteyen tarafın Ankara İdare Mahkemelerine başvurması bir gereklilik ise de, tarafın başka bir mahkemeye başvurması halinde, dilekçede Geçici 9. Maddedeki şartların gerçekleştiği ifade edilmişse veya ifade edilmemesine rağmen dava dilekçesinden anlaşılıyor ya da resen araştırma ilkesi uyarınca davanın her safhasında bu durum tespit edilebiliyorsa, mahkemenin özel görev/yetki kuralı gereğince görevsizlik ve/veya yetkisizlik kararı vermesi ve dosyayı Ankara İdare Mahkemesine göndermesi gerekmektedir.

Zira, her ne kadar yargılamanın yenilenmesi talebinde Geçici 9. madde açıkça zikredilmemişse de¹⁰, 2577 sayılı Kanunun 14. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere, ilk inceleme konusunu oluşturan hususların her aşamada dikkate alınması gerektiğinden, mahkemenin bu durumu sonradan tespit etmesi halinde de Kanunun 15. maddesi gereği davanın herhangi bir safhasında tespit edilmesi halinde görevsizlik/yetkisizlik kararı verilerek Ankara İdare Mahkemelerine gönderilmesi gerekmektedir.

Ankara İdare Mahkemesi ise dilekçe üzerinden ilk inceleme yaparak talebin Geçici 9. madde kapsamında kalıp kalmadığını inceleyecek, talebin maddede öngörülen şartlara uygun olduğuna karar verirse, yargılamanın yenilenmesi talebini değerlendirecektir. Aksi karar tesis ederse, diğer bir ifadeyle talebin Geçici 9. maddede öngörülen şartlara uymadığı yönünde karar tesis ederse Kanunun 53. maddesinde öngörülen şartların sağlanıp sağlanmadığını irdeleyecek olan genel yetkili mahkemeye yani esas hakkında karar tesis eden mahkemeye (yetkili idare mahkemesine) dosyanın gönderilmesine karar verilecektir.

Diğer bir yandan bir şekilde Ankara İdare Mahkemesi haricinde bir idare mahkemesine başvuru yapılması durumunda söz konusu İdare Mahkemesinin başvurunun Geçici 9. madde kapsamında değerlendirme yapmayıp bu değerlendirmeyi yapmak üzere Ankara İdare Mahkemesine dosyanın gönderilmesinin usul ekonomisine aykırı olacağını düşünmek de mümkün görünmektedir.

¹⁰ Yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan tarafın kanımızca dilekçesinde bu talebi iletme haricinde 53. maddeyi ve 9. maddeyi zikretme zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim yargılamanın yenilenmesi usulünü konu alan 55. maddede ve geçici 9. maddede bu yönde bir zorunluluk öngörülmemiştir. Ancak, elbette ki, tarafın dilekçesinde ilgili maddeyi zikretmesi halinde yargılamada süre makul işleyecek talepler daha net anlaşılacaktır.

Örneğin makul sürede yargılama yapılmadığı iddiasıyla İHAM' a yapılan derdest başvuru gerekçesiyle Geçici 9. madde kapsamında yargılamanın yenilenmesi talep eden kişi yetkili yargı yerini atlayarak yanlışlıkla davasını İstanbul İdare Mahkemesinde açmışsa, bu durumu gören İstanbul İdare Mahkemesinin dosyayı Ankara İdare Mahkemesine göndermesi, aynı tespitte bulunacak olan Ankara İdare Mahkemesinin dosyayı 53. madde kapsamında iade etmesi yargılama sürecini uzatacağı gibi gereksiz posta masraflarına da neden olacaktır. Bu nedenle, bu tür başvurularda başvurunun yapıldığı mahkemece dosyanın incelenebileceğini Geçici 9. maddedeki şartlar sağlanıyorsa dosyanın Ankara İdare Mahkemesine gönderileceğini söylemek daha yerinde bir uygulama olarak öngörülebilecektir.

Bu tür bir duruma örnek olarak, Kanunun 48. maddesinde yer alan düzenlemeyi de göstermek mümkündür. Zira, anılan maddede, bölge idare mahkemesinin istinafa ilişkin kararının temyiz edilmesi halinde, kararın temyize kabil olup olmadığı değerlendirmesinin bölge idare mahkemesince yapılacağı hükme bağlanmıştır. Oysa ki, Kanun'da temyiz merci Danıştay olarak açıkça gösterilmesine rağmen, kararın temyiz edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi işi bölge idare mahkemelerine verilerek, olası, gereksiz posta masraflarının ve zaman harcanmasının önüne geçilmiştir. Bu nedenle, aynı esasın yani dilekçenin önüne geldiği mahkemece yargılamanın yenilenmesi isteminin Geçici 9. madde kapsamında kalıp kalmadığını irdelemesi gerekliliği düşünülebilecektir.

Ancak, yetkisinin kamu düzeninden olması ilkesi gereği, davayı görececek yetkili mahkemenin açıkça düzenlenmesi nedeniyle bu tür bir yol tercihi kanımızca güç görünmektedir. Kaldı ki, Kanunun 48. maddesinde yer alan düzenlemenin açıkça kanun koyucu tarafından hükme bağlandığı görülmekte, ancak Geçici 9. maddede bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanımızca bu konuda yetki verilmeyen idare mahkemelerinin talebin gerçekten Geçici 9. madde kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmesi mümkün görünmemektedir. Ancak, kanun koyucunun usul ekonomisini sağlamak adına diğer mahkemeleri de yetkilendirmesinde herhangi bir engel de bulunmamaktadır.

C-DEĞERLENDİRME

Tüm bu usuli sorunlar haricinde, bağımsız ve tarafsız olmadığı kabul edilen bir mahkemenin kararları bakımından, sadece AİHM' e bu yönde başvuru yapan kişilere yargılamanın yenilenmesi imkanı tanımak da ele alınması gereken bir konudur. Zira, zamanında bu yönde bir talebi olmayan kişilerin, haklarından bu tarihlerde vazgeçtiğini düşünsek dahi, tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma hakkının, adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu göz önünde bulundurulursa, nasıl olsa bu hakkı da kapsıyor diyerek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuran kişilerin kapsam dışı bırakılması da düşündürücü bir meseledir.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bağımsız ve tarafsız mahkeme olmadığı yönündeki başvurularda, AİHM' in Tanışma/Türkiye (17.11.2015) kararı öncesinde, – yine bu karar öncesi AİHM kararlarına atıf yaparak – ihlal olmadığı yönünde

hüküm tesis etmekteydi (Kenan Özteriş başvurusu, B. No:2012/989, 19.12.2013, Bülent Karataş başvurusu, B. No: 2013/6428, 26.06.2014, Tanju Taş başvurusu, B. No: 2014/9052, 11.12.2014, Gökhan Günaydın başvurusu, B. No: 2012/1099, 06.05.2015).

Şevki Burak Kaya başvurusunda (B.No: 2013/2818, 06.01.2016) da şu ifadelere yer verilmiştir:

“.. Anayasa Mahkemesi tarafından bu konu daha önce incelenirken belirtildiği üzere AYİM’in oluşumu, statüsü ve görevleri Anayasa ve ilgili Kanununda hüküm altına alınmıştır. AYİM’e atanan askerî hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili Kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden askerî hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap verme durumunda bulunmadıkları, disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29). Diğer yandan sınıf subayı üyelerin en fazla dört yıl görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görev süreleri zarfında idari veya askerî yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları, bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Mustafa Yavuz ve diğerleri/Türkiye (k.k.), B. No: 29870/96, 25/5/2000; Bek/Türkiye, B. No: 23522/05, 20/4/2010, § 30).

Açıklanan nedenlerle Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin bir husus saptanmadığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden inceleneksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...”

Tanışma/ Türkiye Kararı sonrasında, hatta kanun koyucunun yaptığı düzenlemeler sonrasında bu kararların aksine hüküm etmesi beklenen Anayasa Mahkemesi 2019 tarihli kararların da dahi aynı yönde karar vererek ihlal oluşmadığı yönünde hüküm tesis etmektedir.

Örneğin, Hasan Okan Deligöz Başvurusunda (2015/16727),

“..Anayasa Mahkemesi tarafından bu konu daha önce incelenirken belirtildiği üzere AYİM’in oluşumu, statüsü ve görevleri Anayasa ve ilgili Kanununda hüküm altına alınmıştır. AYİM’e atanan askerî hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili Kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden askerî hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun bulunmadığı, kararlarından dolayı idareye hesap vermek zorunda olmadıkları, ayrıca disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 29). Diğer yandan sınıf subayı üyelerinin en fazla dört yıllık bir süre ile görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görev süreleri içinde idari veya askerî yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Yaşasın Aslan, § 30; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Mustafa Yavuz ve diğerleri/Türkiye (k.k.), B. No: 29870/96, 25/5/2000; Bek/Türkiye (k.k.), B. No: 23522/05, 20/4/2010).

Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının da diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...”

ifadelerine yer verilmiştir.

Fatih Yılmaz ve Diğerleri Başvurusunda (B.No: 2014/12203) ise, başvuruçular, AYİM’de görev alan üyelerin statüsü ve kurmay subay üyelerin heyete katılımı göz önüne alındığında adalete güven duygusunu zedeleyen bir yapı ile yargılama yapıldığını belirterek bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bakanlık görüşünde ise, AYİM’in yapısal sorunlarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Tanışma/ Türkiye kararına atıf yapılarak AHİM’in bu kararda verdiği ihlal kararı da dikkate alınıp üyelerin bağımsız ve tarafsızlığı yönünden adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme ise, bu kararında şu ifadelerle yer vererek, Bakanlığın adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirme yapılması gerektiği yönündeki kabulüne rağmen şu ifadelerle yer vermiştir:

“...Anayasa’nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkı, adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Nitekim 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle Anayasa’nın 9. maddesine “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenmiş, böylelikle madde metni “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” hâlini almıştır. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında – Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi gereği – Anayasa’nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 60).

AYİM’e atanan askerî hâkimlerin bağımsızlığının Anayasa ve ilgili kanun hükümleri ile garanti altına alındığı, atanma ve çalışma usulleri yönünden askerî hâkimlerin bağımsızlıklarını zedeleyecek bir hususun olmadığı ve kararlarından dolayı idareye hesap verme gerekliliğinin bulunmadığı, disipline ilişkin konuların AYİM Yüksek Disiplin Kurulunca incelenip karara bağlandığı görülmektedir. Diğer yandan sınıf subayı üyelerinin en fazla dört yıl görev yapmaları, disiplin konularında yukarıda bahsedilen Disiplin Kuruluna tabi kılınmaları, görevleri süresince idari veya askerî yetkililerce herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmamaları bu subayların idareye karşı bağımsızlıklarını güçlendirmiştir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, §§ 29, 30).

Anayasa’nın 157. maddesinde AYİM’in – askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile – asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idari işlem ile eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini yapacağı belirtilmiştir. 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı mülga Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 20. maddesinde ise asker kişinin TSK’de görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askerî memur, astsubay, askerî öğrenci, uzman

jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş, er, erbaş ve erler ile sivil memurlar olduğu kural altına alınmıştır.

1602 sayılı mülga Kanun'un 21. maddesi uyarınca AYİM, söz konusu kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal ve tam yargı davalarını çözmek ve karara bağlamakla görevlendirilmiştir.

Başvurucular AYİM'deki askerî hâkim olmayan üyelerin kararda belirleyici olduğunu ileri sürmekte ise de AYİM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme niteliğinde olduğu, Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında sayıldığı, yasa ile kurulduğu, yargılamaya ilişkin usul kurallarının açık ve öngörülebilir nitelikte olduğu, bu kuralların 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile benzerlik taşıdığı, 2577 sayılı Kanun'a göre dava açanlara kıyasla 1602 sayılı mülga Kanun'a göre dava açanlara farklı ve belirgin bir yük getirilmediği, 1602 sayılı mülga Kanun'da yer alan kuralların demokratik bir toplumda olması gereken güven duygusuna zarar vermediği sonucuna varılmıştır (Ahmet Seher Yıldız, B. No: 2013/2320, 3/2/2016, § 37).

Son olarak başvurucular Mahkeme üyelerinin bir kısmının FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında açığa alındığını ileri sürmüş ise de bu durumun kendi davalarına nasıl etki ettiği hususunda yeterli açıklamada bulunmamıştır. 33. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir..."

YARARLANILAN KAYNAKLAR

İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul, 2005.

İNCEOĞLU Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi), Ankara, 2018.

http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2018/haziran/duyuru3/aihmhaber.html

AIHM kararları için: <https://www.echr.coe.int>, www.anayasa.gov.tr

Türk Rekabet Hukukunda İdari Para Cezalarında Esas Alınacak Ciro Yılıının Belirlenmesi Sorunu ve Danıştay Uygulaması

The Issue of Determining the Year of Income as the Legal Base For The Administrative Fine in the Turkish Competition Law and the Practice of State Council

Bahadır APAYDIN*

Öz

Devlet, ulusal ve uluslararası mevzuatın kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmek adına ticari yaşamda rekabeti kısıtlayıcı davranışları önlemek veya piyasa hâkimiyetinin kötüye kullanılmasını engellemek için çeşitli tedbirler alır. Bu kapsamda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek ve piyasayı kontrol etmek üzere düzenleyici ve denetleyici nitelikte görev ve yetkiler ile donatılmış, yaptırım gücü olan kararlar ihdas edebilen, idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu kurulmuştur. Kurum'un uygulayacağı yaptırımların başında idari para cezaları gelmektedir. İlgili kanunda ihlalin niteliğine göre değişen oranlarda idari para cezaları belirlenmiştir. Bu oranlar nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirler esas alınarak uygulanacak ve böylece idari para cezası miktarları tespit edilecektir. Ancak mevzuatta yer alan “*nihai karar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda yaşanan tereddütler, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek cezaların yargı denetimi sonrası iptali halinde yeniden belirlenmesi durumunda adil olmayan neticelere yol açmaktadır. Özellikle iptal davası sonucunda yargı kararının uygulanması niteliğinde yeniden bir karar alınırken, azami ceza oranına esas alınacak ciro yılının tespiti bakımından hukukun bazı temel ilkeleri ile çelişen uygulamalar mevcuttur. Hak arama hürriyetini kullanmanın, kişiler bakımından kanunun öngörmediği bir külfeti ortaya çıkarması ve idarenin hukuka aykırı davranışından dolayı kişilerin daha ağır para cezalarına katlanmak zorunda kalması hukukun temel ilkeleri ve uluslararası mevzuat bakımından eleştiriye açıktır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet Kurumu, İdari Para Cezaları, İdari Para Cezaların Tespiti Usulü

Abstract

The state takes precautions to ensure legislation of national and international binding rules related to prevent competition-restrictive actions or abuse of dominant position. In this context, The Competition Authority has been established with administrative and financial autonomy equipped with regulatory and supervisory duties and powers, and also capable of taking decisions with the power of enforcement, in order to fulfill the obligations specified and to control the market. The administrative fine is the one

* Öğr. Üyesi Dr. Bahadır Apaydın, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, bahadirapaydin@maltepe.edu.tr, (ORCID : 0000-0002-1147-5824).

of the main sanction that the authority will exercise. Related code sets administrative fines at varying rates depending on the type of the violation. These rates shall be applied on the basis of the annual gross incomes at the end of the fiscal year closest to the date of final decision or if the final decision is not possible, it will be calculated for the end of the previous fiscal year and thus the amount of administrative fines shall be determined. However, hesitations as to what should be understood from the term of “final decision” in the code leads to unfair consequences, either in the determination of non-fines and in the event of cancellation of sanctions after the judicial review. In particular, when a decision is taken to implement the judicial decision as a result of the annulment proceedings, there are practices that contradict some basic principles of the law in terms of determining the turnover year to be based on the maximum penalty rate. The fact that the use of the right to freedom of rights reveals a burden that is not envisaged by the law for persons and the fact that the administration has to bear more severe fines due to the unlawful conduct of the administration are open to criticism in terms of the basic principles of law and international legislation.

Keywords: The Competition Authority, administrative fines, the procedure of determining administrative fine.

GİRİŞ

Rekabet (competition) kavramının karşılığı geniş anlamda; “iş ve sanatta, ilim ve hünerde üstün olmaya çalışmak ve başkalarına rağmen kazanmak gayreti”, “Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış”, “Herhangi bir etkinlik alanında ayrı ayrı kişi ya da gruplar arasında sürdürülen üstün olma mücadelesi” olarak tanımlanmaktadır. Rekabetin dar anlamdaki karşılığı ise esasen iktisadi alandaki faaliyetlerde mündemiçtir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da (RKHK) yer verilen tanım bağlamında “Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış(ı)” olarak tarif edilmektedir¹. Bu tanımları dikkate alırsak öne çıkan ortak unsurlar; birden fazla kişinin varlığı ve aynı amaca ulaşmada çekişme ya da yarışma içinde olunmasıdır. Elbette rekabet kavramı, dar anlamda iktisadi yaşama ilişkin bir kavram olsa da sosyal ve politik yaşamı da kapsayan son derece geniş bir kavramdır. Çalışmada rekabet kavramını ilgili mevzuat gereği iktisadi yaşama dair bir terim olarak ele alacağız.

Hukukumuzda rekabet kavramının tanımına açıkça RKHK’un 3. maddesinde yer verilmiştir. Anayasa’da ise doğrudan doğruya bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer yandan Anayasa’nın çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin 48. maddesi, planlamaya ilişkin 166. maddesi, piyasaların denetimine dair 167. maddesi ve tüketicilerin korunmasına ilişkin 172. maddesi hükümlerinin piyasalarda belirli bir rekabet düzeninin olması ve korunması gerekliliğini ortaya koyduğu söylenebilir. Doktrinde Anayasa’nın 48. maddesinde korunan özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün sonucu olarak, ekonomik ve sosyal haklar bağlamında rekabet etme hakkının güvence altına alındığı kabul edilmektedir². Anayasanın özellikle tekelleşme ve kartelleşme

1 İlgili kavrama dair tanımlar için bkz: *Büyük Türk Sözlüğü*, s.1012; Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b4dee848b0c78.907934 (Erişim: 17.12.2018); Rekabet Terimleri Sözlüğü, (<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu>), (Erişim: 17.01.2019)

2 Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa, 2001, s.9.

yasağına ilişkin 167. maddesini dikkate aldığımızda bu düşünceye katılmak mümkündür. Zira rekabetin korunması, doğal bir sonucu olarak serbest piyasa ekonomisi şartlarında tekelleşme ve kartelleşme yasağını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi de 167. maddede yer alan bu hususu dikkate alarak, piyasa ekonomisinin etkinliğinin tam rekabet koşullarının varlığına bağlı olduğu, tekelleşme veya kartelleşmeye imkan veren ortamlarda piyasa ekonomisinin etkinliğini yitireceğini belirtmek suretiyle rekabetin, rekabet hakkının ve rekabetin korunmasının önemine vurgu yapmıştır³. Bu bakımdan rekabet hukuku, hem firmalar arasında yapılan rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları hem de piyasa hâkimiyetinin kötüye kullanılmasına karşı Devlet tarafından getirilen kurallar manzumesini ifade eder⁴.

Devlet, yukarıda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmek için piyasayı kontrol etmek üzere düzenleyici ve denetleyici nitelikte bir takım görev ve yetkiler ile donatılmış özerk kurumlar oluşturmuştur. Türk İdare Hukuku doktrininde “Bağımsız İdari Otorite (BİO)”, “Özerk Kurumlar”, “Bağımsız Üst Kurullar”, “Bağımsız İdari Kurumlar” gibi terimler ile ifade edilen bu kuruluşların ilgili alanlarda hem idari hem de yargısal benzeri nitelikte tasarruflarda bulunma yetkileri vardır⁵. Kökeni itibarıyla bakıldığında ABD’de uzun yıllardır (1887, *Interstate Commerce Comission*) faaliyette olan bu kurumlar, Kıta Avrupası hukuk sistemine nispeten daha yakın tarihlerde girmiştir. Bu bakımdan Türkiye’de 1980’li yıllarda sisteme dahil olan ilgili kurumlar, Avrupadaki uygulamaları takip etmiştir⁶. Zaman içinde zaruretler mucibince bazılarının mülga ve yerine yenilerinin ihdas edildiği dikkate alındığında, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” ifadesine yer vermek suretiyle idari teşkilatta yer alan kuruluşlar değişkenlik göstermektedir⁷.

- 3 09.12.1994 Tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1999/43, K. 1994/42-2, AMKD, Sayı 31, c.1, s. 298.
- 4 Hasan Sabır, “Piyasa Ekonomilerinde Rekabet Hukukunun İktisadi Temelleri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:2, c. 1, Sayı: 2002/2, s.88.
- 5 Türk idare hukukunun teorik ve pratik temelleri Fransız idare hukukuna dayandığından olsa gerek, “autorité’s administratives independantes” kavramının Türkçe karşılığı olarak bağımsız idari otoriteler deyimi tercih edilmiştir. Turan Yıldırım, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara, 2000, s. 202.; Ali İhsan Karacan, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, Creative Yay., İstanbul, 2002, s.25.; Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.1-2.; Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, Onikilevha Yay., İstanbul, 2016, s. 178-179.; Alphan Dinçkol, *İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Der Yay., İstanbul, 2017, s.64.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yay., Ankara, 2011, s. 568-571., Akyılmaz/Sezginer/Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2015, s. 362-363.
- 6 Cenk Şahin, *Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları*, XII Levha Yay., İstanbul, 2010, s. 185.
- 7 5018 Sayılı Kanun (III) SAYILI CETVEL (Değişik: 22/12/2005-5436/12 md.) DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLAR:
 - 1) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
 - 2) (Değişik: 25/6/2009-5917/47 md.) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
 - 3) Sermaye Piyasası Kurulu
 - 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
 - 5) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
 - 6) Kamu İhale Kurumu
 - 7) Rekabet Kurumu
 - 8) (Mülga: 20/11/2017-KHK-696/135 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/123 md.)
 - 9) (Ek: 26/9/2011-KHK-660/32 md.) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu

Piyasaları düzenlemek ve denetlemek adına ihdas edilen kurumlardan biri de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile kurulan Rekabet Kurumu'dur⁸. Devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir kamu tüzel kişiliği olan Rekabet Kurumu'nun, RKHK md. 20 çerçevesinde idari ve mali özerkliğe sahip olmasının yanında karar alma süreçleri, yaptırım uygulama fonksiyonu ve soruşturma usulleri dikkate alındığında yarı yargısal nitelikte kararlar alabildiği söylenebilir⁹. Bununla beraber yaptırım içeren bu kararların Anayasa'nın 125. maddesi hükümleri gereği hukuksal denetime tabi olduğunu belirtmek gerekir. Başka bir deyişle Kurum'un vermiş olduğu kararlar kesin hüküm oluşturmayıp, idari yargı denetimine tabidir¹⁰. Nitekim RKHK md. 55, Kurul'un idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılacağını ve yargısal denetimin idari yargıya tabi olduğunu açıkça belirtmiştir. İlgili hükme göre Kurul'un kararlarına karşı açılacak her türlü dava öncelikli işlerden kabul edilmiştir.

Rekabet Kurumu'nun uygulayacağı yaptırımların başında idari para cezaları gelmektedir (RKHK md. 16-17). RKHK'da para cezalarının miktarlarının belirlenmesinde ihlalin niteliğine göre oranlar belirlenmiş ve bu oranların ciroya dayalı saptanacağı belirtilmiştir. İlgili yasanın 16. maddesinin 3. fıkrasında idari para cezalarının uygulama usulüne dair hükümlere göre; **"Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir"**. Aynı kanunun 17. maddesinde de kısmi para cezası uygulamasına dair benzer ifadeler yer verilmiştir. Her iki maddedeki düzenlemelerden yola çıkarak Türk rekabet hukukunda ciro esasına dayalı idari para cezasının kabul edildiği söylenebilir. Bununla beraber kanun ve ilgili yönetmelik hükümlerinde yer alan **"nihai karardan bir önceki mali yıl, bunun hesaplanamaması halinde ise karar tarihine en yakın mali yıl"** ifadesi ciro yılının tespitinde tereddütlere ve uygulama güçlüklerine yol açmaktadır. **"Nihai karar"** ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda yaşanan tereddütler, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek cezaların yargı denetimi sonrası yeniden belirlenmesi ihtimalinde, adil olmayan neticelere mahal vermektedir. Bu bağlamda ciro esasına dayalı yöntemle dair genel eleştiriler bir yana, Türk rekabet hukuku uygulaması ve mevzuatına özgü bir takım eleştiriler mevcuttur.

10) (Ek: 24/3/2016-6698/30 md.) Kişisel Verileri Koruma Kurumu

11) (Ek: 2/7/2018-KHK-702/11 md.) Nükleer Düzenleme Kurumu

8 Rekabet Kurumu

Madde 20: *Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzelkişiliğini haiz idari ve mali özerkliğe sahip Rekabet Kurumu teşkil edilmiştir. Kurumun ilişkili olduğu Bakanlık, Gümrük ve Ticaret Bakanlığıdır.(2) Kurum görevini yaparken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci ve kişi Kurumun nihai kararını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez. Kurumun merkezi Ankaradadır.*

9 Düzenleyici ve denetleyici kurumların statüsü ve kararların hukuksal niteliğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler ve "Bağımsız İdari Kurumlar"*, Danıştay Dergisi, cilt 100, sayı 29, 1999, s. 3-17.; Zehreddin Aslan/Kahraman Berk, *Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, Alfa Yay., İstanbul, 2000.; Kemal Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2017, s. 245-250.

10 Alphan Dinçkol, a.g.e., s.81.; Kemal Gözler, a.g.e., s. 246.

İdari para cezalarına dair RKHK'da vaki oranlar ve Kurul kararları dikkate alındığında, verilen cezaların kimi zaman işletmelerin mali dengesini sarsacak miktarlarda olabildiği görülmektedir. Bu noktada özellikle yargılama sürecinden sonra Kurum tarafından hakkında yeniden karar verilecek dosyalarda, hangi ciro yılının esas alınacağı önemli bir husustur. Zira iptal edilen ilk karara konu eylemin gerçekleştiği yıl ile yargı süreci neticesinde aynı eyleme ilişkin yeniden karar verilen yıl arasında çok uzun süreler geçmiş olabilir. Dolayısıyla hesaplamada hangi ciro yılının esas alınması gerektiği hususu hem idarenin hem de eylem sahibinin menfaatini yakından ilgilendirmektedir. Uygulamadaki örneklerle bakıldığında gerek idare gerek kişiler bakımından hakkaniyete uymayan ve tereddütlere yol açan durumların yaşandığı söylenebilir. Biz bu çalışmada Kanun, ilgili uygulama yönetmeliğindeki hükümler, Danıştay kararları, doktrin ve AB hukuku kurallarını dikkate almak suretiyle meseleye katkı sunmaya çalışacağız.

I. REKABET KURUMU'NUN YETKİLERİ

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar genel olarak; *düzenleyici işlem yapma, yargısal benzeri karar alma, lisanslama, gözetim ve denetim yapma, yaptırım uygulama, yargı merciini harekete geçirme* gibi yetkilere havidir. Elbette ekonomik faaliyetlerin duyarlı olduğu alanlarda araştırma-geliştirme, kamuoyunu bilgilendirme ve öneri getirme gibi görevler kapsamında kullanılan yetkiler de vardır¹¹. Bu yetkilerin kapsamı ve kullanılış biçimi yasa koyucunun iradesi ve faaliyet alanına göre değişkenlik göstermektedir. Yetkilerin bir kısmının izin, onay, lisans, yetkilendirme nevinden olmakla birel işlemler şeklinde, bir kısmının da yönetmelik, tebliğ, genelge gibi düzenleyici işlemler niteliğinde tezahür etmektedir.

4054 sayılı Kanuna baktığımızda rekabetin korunması amacını tesis etmek adına Rekabet Kurumu'na; düzenleme ve denetleme yapmak (md. 1, 2), muafiyet tanıma (md.5), menfi tespit kararı verme (md. 8), ihlale son verme (md. 9), birleşme ve devralmalara onay (md. 10,11), bilgi isteme (md. 14), yerinde inceleme, yazılı veya sözlü açıklama isteme (md.15), idari para cezası verme (md. 16,17) gibi yetkiler tanıdığı anlaşılmaktadır. İlgili yasa hükümlerinden özetle söylersek, Rekabet Kurumu öncelikle rekabeti ihlal edici hareketleri tespit eder, ardından ihlalin niteliğine göre cezaları yani yaptırımları belirler. Şu halde iki ana aşamadan söz edebiliriz ihlalin tespiti ve yaptırımın belirlenmesi. Konumuz bilhassa ikinci aşama bakımından 4054 Sayılı Kanun ile Rekabet Kurumu'na tanınmış idari yaptırım uygulama yetkisi bağlamında idari para cezası verme yetkisini ele almaktadır.

A.YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ ve DENETİMİ

Düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanları üzerindeki yetkilerini etkin, verimli ve amaçlarına uygun bir şekilde kullanabilmesini sağlayan gücün "*yaptırım uygulama yetkisi*"

11 Karacan, a.g.e., s.25-26.; Erdoğan Gökhan, "*Bağımsız İdari Otoriteler*", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 24, Ocak 2016, s.578.; Şahin, a.g.e., s. 41-65.; Günay, a.g.e., s.570-571.; Mehmet Karakaş, "*Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler*", Maliye Dergisi, Sayı: 154, Ocak-Haziran 2008, s.100.

olduğunu söylemek mümkündür. Zira rekabet hukuku alanındaki uluslararası anlaşmalar, kanun, yönetmelik, tebliğ, genelge vb. düzenlemelerin ve genel olarak regülasyon politikalarının hayata geçmesi ancak yaptırımlar ile gerçekleşebilir. İdare bu yolla piyasanın güvenliğini, rekabet ortamını, hizmet standartlarını ve esasen kamu yararını korumuş olmaktadır. İdarenin ekonomik alandaki düzenleyici ve denetleyici rolünün büyümesine paralel olarak hukuk politikasındaki liberal yaklaşımların da etkisi ile idari yaptırımların uygulama alanının giderek genişlediği söylenebilir. Bu bakımdan bir yargı kararına ihtiyaç duymadan verilebilen idari yaptırımların, karar alma süreçleri ve usulleri mutlak surette yasal düzenlemeleri gerektirmektedir¹².

1. Rekabet Hukukunda İdari Para Cezası Yaptırımı

Rekabet Kurumu'nun yukarıda zikredilen kanun maddeleri çerçevesinde kullanabileceği en önemli yaptırımlardan biri kuşkusuz idari para cezası verme yetkisidir (RKHK md. 16, 17). Kurumun bu yetkiye dayanarak verdiği idari para cezasına ilişkin kararlar ise idare hukuku kriterlerine göre idari işlem niteliğinde olmakla idari yargı denetimine tabidir. Nitekim bu husus ilgili kanununda açıkça düzenlenmiş ve idari para cezası kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilirliği belirtilmiştir (RKHK md. 55). Aynı maddede Kurul kararlarına karşı açılan her türlü dava öncelikli işlerden sayılmış ve yargı yoluna başvurulmasının kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayacağı hususları da düzenlenmiştir. İdari yargı hakimi yapacağı hukukilik denetimi neticesinde, kurum tarafından verilen para cezasına dair kararda bir aykırılık tespit ederse ilgili işlemi iptal edecektir. Bu halde Kurum, kararın gerekçelerini de dikkate alarak gerekiyorsa yeni bir cezai işlem ihdas edebilecektir.

RKHK md. 27'ye göre idari para cezası vermeye yetkili makam Rekabet Kurulu'dur. Bu husus ilgili maddenin (a) bendinde, "*bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak*" şeklinde hükme bağlanmıştır. İdari para cezasını vermeye yetkili kılınan Rekabet Kurulu, usule ve esasa ilişkin ihlaller olmak üzere iki kategoride idari para cezası vermeye yetkilidir. Buna göre usule dair sebeplerden idari para cezasını gerektiren haller (RKHK md. 16); a) *Muafiyet ve menfi tespit başvuruları ile birleşme ve devralmalar için izin başvurularında yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi*, b) *İzne tabi birleşme ve devralmaların Kurul izni olmaksızın gerçekleştirilmesi*, c) *Bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi*, d) *Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması* şeklinde tarif edilmiştir. Usule ilişkin sebeplerden nispi para cezasını gerektiren haller ise yine aynı başlıklarda md. 17'de sayılmıştır¹³. Esasa dair sebeplerden idari para cezasını gerektiren haller (RKHK md. 4,6,7); a)

12 Mustafa Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.1.

13 *Nispi İdari Para Cezası*

Madde 17 – (Değişik: 23/1/2008-5728/473 md.)

Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,

a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülüklere ya da verilen taahhütlere uyulmaması,

b) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar, b) Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, c) Rekabeti İhlal Edici Birleşme veya Devralma şeklinde tarif edilmiştir.

İdari para cezalarının kanunilik ilkesi gereği yasada açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesi bu hususu verdiği bir kararda açıkça zikretmiştir¹⁴. Zira belli bir para cezasını konu alan ve ceza işleminin dayanağını oluşturan karar idari işlem niteliği taşımaktadır¹⁵. Anayasa Mahkemesi idari para cezalarının hukuki niteliğine ilişkin bir kararında şu tespitlere yer vermiştir:

*“İdari para cezaları, idarî makamların kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idarî işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan doğrudan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır. İdarî para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanması amaçlanmaktadır.”*¹⁶

Anayasa Mahkemesi, idari para cezalarının idarenin bir kararı neticesinde ortaya çıktığını ve kaynağında bir idari işlemin bulunduğunu belirterek mahkemelerin verdiği genel para cezalarından farklı olduğu hususunu vurgulamıştır. Karara göre idari para cezalarına karşı yargı yolunun açık tutulması veya yargı denetiminin bulunması bu cezaların niteliği itibarıyla idari işlem olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Kaldı ki idari yargı ya da bütünüyle yargı denetimi dışında tutulan bazı işlemler hariç, idarenin her türlü eylem ve işlemine yargı yolunun açık olması kuralı genel bir ilke olarak idari para cezaları bakımından ayırıcı bir özellik yaratmamaktadır.

İdari işlemin temel özelliklerinden biri muhatabın katılımı ya da kabulü olmadan idarenin tek yanlı iradesi ile işlemin oluşturulmasıdır. İdare muhatabın talebi ile harekete geçmiş bile olsa sonuç doğuran irade yine idareye aittir. *“Tek yanlılık”* olarak ifade edilen bu özellik, işleme katılan organ ya da makamların niceliğini belirtmek için değil, kurucu iradenin tek tarafa yani idareye ait olduğunu belirtmek için kullanılmaktadır¹⁷. İdari işlemin diğer bir özelliği idari işlemin *“icrailiği”*dir. Buna göre idare kişiler üzerinde doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurabilen işlemler oluşturabilir. Bu yetkinin kaynağında idarenin kamu gücüne sahip olmasını sağlayan

c) Kanununun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi, durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.

Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idarî para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlülüklerle uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir. (a) bendindeki fiile ilişkin idarî para cezası, yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) bendindeki fiillere ilişkin idarî para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir.

14 *“İdari para cezaları, toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleşen malî nitelikli yaptırımlardır. İdarî para cezasının yasada belirtilmesi ve bunu uygulama yetkisinin idareye bırakıldığının açıkça yasada öngörülmesi gerekir.”*. AYM Kararı, 23.05.2002, E:2001/232, K:2001/89, RG:19.01.2003.

15 Karabulut, a.g.e., s. 22-23.

16 AYM Kararı, 23.10.1997, E:1997/19, K:1997/66, RG:16.01.1999.

17 Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 394-395.

kamu yararını sağlama amacı yatmaktadır¹⁸. İdari işlemin bir diğer özelliği ise ayrıca başka bir makamın ya da yargı organının onayına ihtiyaç duymadan idarenin uygulama imkânına sahip olmasıdır. “*Re’sen icra edilebilme*” olarak adlandırılan bu özellik sayesinde idarece tesis edilen işlem, uygulama aşamasında da yine idare tarafından tek başına yürütülebilmektedir¹⁹. Bu bakımdan kamu gücünün kullanılmasının bir yansıması olarak idari para cezaları; bir başka işlemin varlığına ya da makamın onayına gerek olmadan üçüncü kişiler üzerinde doğrudan doğruya hukuki sonuçlar doğurabilmekte, etkisini gösterebilmekte ve başka bir icra makamının aracılığına ihtiyaç duymaksızın doğrudan idarece yürütülebilmektedir²⁰.

Anayasa Mahkemesinin kararında vurgulandığı üzere idari para cezaları kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi ve toplumda disiplinin sağlanması amacıyla taşımaktadır. İdari para cezaları rekabet hukuku alanında her ne kadar özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanıyorsa da gerek amaç gerek cezaların ve dayanağı olan idari işlemlerin ortaya çıkış usulü bakımından idare hukuku ilke ve kurallarına tabidir. Bu bakımdan para cezalarının verilmiş usulleri, yürütülmeleri ve sonuçları son derece açık, öngörülebilir ve adil olmalıdır.

2. İdari Para Cezası Yaptırımına İlişkin Kararların Denetimi

İdari para cezalarının kişiler ve mamelekleri üzerinde son derece önemli sonuçlar doğurması etkili bir yargısal denetim mekanizmasını da zorunlu kılmaktadır. Dayanağında idari bir işlemin olması hasebiyle idari para cezalarının oluşumu ve uygulanması süreci idari işlemin özelliklerini taşır. Bu itibarla Rekabet Kurumu’nun para cezalarına ilişkin verdiği kararlar, hukuka uygunluk karinesinden istifade eder ve yargı makamlarınca iptal edilmedikçe uygulama imkanı bulur. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine göre para cezaları dahil kurum tarafından verilen tüm idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabileceği belirtilmiştir (RKHK md. 55). Yargı yoluna başvurulması için tüketilmesi gereken zorunlu bir idari başvuru yolu ise öngörülmüş değildir. Dolayısıyla doğrudan doğruya idari yargı yoluna başvurulmasını engelleyen her hangi bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı maddede Kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının, kararların uygulanmasını ve idari para cezalarının takip ve tahsilini durdurmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan idari para cezalarına ilişkin yaptırımların da idari işlemler gibi İYUK md. 27/(1) fıkra hükmü gereğince dava açılmasının, dava edilen işlemin yürütülmesini durduramayacağı genel kuralına tabi olduğu söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere idari yargı denetiminin varlığı, idari para cezalarının tesisi bakımından bir ön şart değildir. Ancak hak arama hürriyeti bakımından yasal bir yol olarak düzenlenmiştir. İdari işlemlerin yargısal denetime açık olması dikkate alındığında para cezasına ilişkin yaptırımlara karşı kişiler, başta Anayasa’nın hukuk devleti ilkesi olmak üzere

18 Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, a.g.e., s. 394-395. Kemal Gözler, a.g.e., s.279-280.

19 Kemal Gözler, a.g.e., s.281-282.

20 İdari işlemlerin özellikleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Celal Erkut, *İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yay. No 51, Danıştay Mtb., 2015, s.141-158.

çeşitli hükümleri, AİHS'nin adil yargılanma hakkına dair 6. maddesi ve idari yargı içtihatları olmak üzere çeşitli güvenceler ile korumaya alınmıştır²¹. Özellikle Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğü kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılmayı sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. İdari para cezalarının kişilerin mameleki üzerindeki doğrudan etkilerini dikkate alırsak, bu bakımdan idari yargı denetiminin önemi Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında dile getirilmiştir²²:

Rekabet Kurumu kararlarının yargısal denetiminin dar anlamda idari yargı yolu ile sınırlı olduğu söylenebilir. Diğer yandan geniş anlamda Rekabet hukuku alanında yargısal denetim yollarına dahil edebileceğimiz iç hukuk yollarından biri de temel haklarla ilgili 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle getirilen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoludur. Bireysel başvurunun uygulamaya geçirilmesiyle, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların sebep olduğu hak ihlallerine karşı 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren anayasal yargı denetimi başlatılmıştır. Bu çerçevede, 23 Eylül 2012 tarihi itibarıyla herkes, Anayasa'mızda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Buna göre Rekabet Kurumunun verdiği para cezalarına ilişkin, başta adil yargılanma hakkı bağlamında olmak üzere, işletmeler hak ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi nezdinde girişimde bulabilecektir. Bu minvalde bireysel başvuru yolunun açılması ile idari para cezalarına dair izlenen usul ve yöntemlerde, AİHM içtihatları ışığında bir takım değişiklikler yaşanması olasılığı güçlenmiştir. Zira şu an idari yargı uygulaması ile aşağıda değinileceği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması bazı açılardan çelişkileri içermektedir.

Rekabet hukuku alanında iç hukuk dışında başvurulabilecek bir yargısal yol olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi mekanizması gösterilebilir. Nitekim Türkiye, AİHM'ne bireysel başvuru hakkını 1987'de, zorunlu yargılama yetkisini ise 1990 yılında kabul etmiştir. 2004 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere,

21 Tekin Akılhoğlu, “İnsan Hakları ve Yönetel Yargı”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs, Danıştay Yay., Ankara, 1993, s.225.

22 “...Anayasa'nın 2. maddesinde anlamını bulan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ölçülerinden biri, idarenin yargısal denetimidir. İdarenin yargısal özellikleri, idari uğraşın sınırları çizilemeyen görev alanı ve farklılıklar içeren denetimi de, tarihsel gelişim içinde özel yargı yerlerini gerektirmiştir. Yönetimin konumu, yargısal denetimini yapacak yargıç ve yargı yerlerinin adli yargı alanı dışında oluşturulması gerçeğini doğurmuştur. Bu kaçınılmaz gerçeği yansıtan Anayasamız da, 125. maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutarken, maddenin izleyen fıkralarında yargıya kapalı işlemlere, dava açma süresinin başlangıcına, yargılama sınırlarına, yürütmenin durdurulması ilkelerine ve tam yargı davalarına değinmektedir. Belirtilen ve değinilen, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yinelenen ve somutlaşan konuların üst kuralıdır. Böylece bütünleşen Anayasal kural, idarenin her türlü eylem ve işleminin idari yargılama yöntemi ışığında denetleneneğinden ve bu denetiminin anılan usul yasasını uygulayan idari yargı yerlerince yapılacağını duraksamaya yer bırakmadan göstermiş olmaktadır...”, AYM Kararı, 15.05.1997, E:1997/51, K:1996/72, RG:01.02.2001.

Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere, normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde bir yer verilmiştir. Rekabet Kurumu'nun aldığı kararlar ve bu kararlara ilişkin olarak alınan yargı kararları henüz AİHM tarafından esastan incelenmemiştir. Bununla beraber Avrupa Konseyi'ne üye bazı ülkelerin rekabet otoritelerinin kararları AİHM önüne taşınmıştır. AİHM, önüne gelen rekabete ilişkin uyuşmazlıkları Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali olup olmadığı çerçevesinde ele almıştır²³. Bu minvalde AİHM, ulusal rekabet otoritelerinin verdiği para cezalarını Sözleşmenin adil yargılamaya ilişkin 6. maddesi uyarınca değerlendirilmesinin yolunu açmıştır²⁴.

Kurul kararlarına karşı RKHK'nda öngörölmüş idari başvuru yolu belirtilmemiştir. Bu bakımdan kurul kararlarının idari denetiminin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 11 kapsamında genel hükümlere göre zorunlu ya da ihtiyari idari başvuru yolu yoktur. Kurul kararları, istisnai bazı durumlarda dava açmadan önce yukarıdaki genel idari usul hükmü çerçevesinde başvuru yapma yolunun kapatıldığı hükümlere tabidir. Dolayısıyla Rekabet Kurumu kararları da doğrudan doğruya dava açılması gereken kararlar niteliğindedir. Nitekim 4054 sayılı kanunun 55. maddesindeki özel bir düzenleme ile açıkça Rekabet Kurulu kararlarına karşı başvuru yolu olarak idari dava açma yolu öngörölmüştür. Danıştay içtihatlarından da idari başvuru yolunun kapalı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Danıştay, Rekabet Kurulu kararına karşı İYUK md. 11 kapsamında yapılan itirazın reddedilmesi üzerine önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu hususu açıkça ortaya koymuştur:

*“4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Amaç başlıklı 1 inci maddesinde “Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.” hükmü yer almaktadır. Yasanın devam eden maddelerinde bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik maddi hukuk kurallarının yanı sıra, **bu kuralları uygulayacak olan Rekabet Kurumunun izleyeceği usuller ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu Yasa aynı zamanda özel bir idari usul yasasıdır.***

2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinde idari işlemlere karşı başvuracak idari itiraz yolu düzenlenmiş olup, bu madde tüm idari işlemlere ilişkin genel bir hüküm içermektedir.

Rekabet Kurulu kararları, kesin ve yürütölməsi zorunlu idari işlemler olup bu kararlara karşı ilgililerin başvuru yolları, 2577 sayılı Yasanın 11. maddesine göre, özel hüküm niteliğinde oları,

23 Rekabet ihlali neticesinde yerel bir bağımsız idari otorite tarafından verilen idari para cezasının Mahkeme önüne taşınması ise ilk *Menarini v. Italy* (43509/08) ile olmuştur. Menarini kararına ilişkin değerlendirme için bkz. Buket Arı, “Menarini Kararı Işığında Rekabet İhlallerine Verilen İdari Para Cezalarının Temel Hak Ve Özgürlüklere Etkisi-1”, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4482b986-b45f-4a7f-95b4-1260da6183d9> (Erişim Tarihi: 21.02.2019).

24 Buket Arı, a.g.e., <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4482b986-b45f-4a7f-95b4-1260da6183d9> (Erişim Tarihi: 21.02.2019).

dolayısıyla öncelikle uygulanması gereken 4054 sayılı Kanunun 55. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. maddesi 1. fıkrasında Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir. Bu süre içinde yargı yoluna başvurulmazsa karar kesinleşir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu Yasa hükmü uyarınca işlem tesis eden davalı idarenin, bu işlemine karşı dava yolundan başka başvurulabilecek bir idari itiraz yolu öngörülmemiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar karşısında, 4054 sayılı Kanunun 17/d maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 16.11.1999 günlü Rekabet Kurulu Kararının 2577 sayılı Kararının 11 inci maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmesi olanağı bulunmadığından, aynı Kanunun 55 inci maddesine aykırı olarak konunun yeniden incelenerek karar verilmesinde yetki yönünden hukuka uyarlık görülmemiştir."²⁵

Danıştay'ın ilgili kararında; 4054 sayılı Kanunun, Kurul'un karar alma süreçlerini de düzenler nitelikte usuli hükümler ihtiva ettiği, bu yüzden kararlara karşı dava yolunun öngörüldüğü madde ile beraber değerlendirildiğinde idari başvuru yolunun kapalı olduğu, bu sebeple doğrudan dava yoluna başvurulması gerektiği hususlarına vurgu yapılmıştır.

II. TÜRK REKABET HUKUKUNDA İDARİ PARA CEZASININ HESAPLANMASI ve İLGİLİ HÜKÜMLER

Türk rekabet hukuku mevzuatında idari para cezalarının hesaplanması yöntemine ilişkin doğrudan hükümler içeren üç temel düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki idari para cezalarına ilişkin genel hükümler içeren yasa niteliğindeki Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ve 17. maddeleridir. İkincisi genel düzenleyici işlem niteliğinde, para cezalarının tespitine ilişkin usul ve esasları düzenleyen 15.02.2009 tarihli²⁶ *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik* hükümleridir. Üçüncüsü ise RKHK md. 27/1 (f) bendi hükmü ile Kurul'a verilen tebliğ çıkarma yetkisi çerçevesinde cezaların alt sınırlarını güncelleyen adsız düzenleyici işlem niteliğindeki tebliğlerdir²⁷.

Rekabet hukuku alanında idari para cezalarının hesaplanması yöntemi ve cari oranlarına ilişkin yukarıda belirtilen doğrudan hükümler dışında, cezalar uygulanırken dikkate alınması gereken genel ilke ve kurallar içeren dolaylı hükümler de mevcuttur. Bunlar uluslararası anlaşmalar, Anayasa, Türk Ceza Kanunu (TCK) ve idari para cezalarına ilişkin Kabahatler Kanunu olarak sayılabilir. İdari

25 D.10.D., E: 2000/1111, K:2002/4362, Karar Tarihi: 14.11.2002.

26 R.G. Tarihi: 15.02.2009, R. G. Sayı: 27142

27 R.G. Tarihi: 12.12. 2018, R.G. Sayı: 30623, Tebliğ No:2019/1

para cezalarının verilmesinde dikkat edilecek genel ilke ve kuralları belirlemesi bakımından bilhassa genel kanun niteliğindeki Anayasa, TCK ve Kabahatler Kanunu bu noktada özellik arzeder. Zira özel kanunlar çerçevesinde idari para cezaları belirlenirken Anayasa, TCK ve Kabahatler Kanunu'ndaki; *Kanunilik, Şahsilik, Non Bis In Idem, Orantılılık, Gerekçeli Olma, Yargı Denetimine Açıklık* gibi ilke ve kurallar idareyi yönlendirmektedir²⁸. Çalışmaya konu mesele bakımından da dolaylı nitelikteki bu mevzuat hükümlerinin aydınlatıcı işleve sahip olduğunu söylemek mümkündür.

İdari para cezasının hesaplanmasına ilişkin unsurların anlaşılması için öncelikle RKHK'un 16 ve 17. maddelerine bakmak gerekir.

md. 16: ... *bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz.*

...

Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verilir.

md. 17: ... *durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.*

2009 tarihli *Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik* hükümlerine bakıldığında ise para cezalarının belirlenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği görülmektedir. Buna göre teşebbüs ile teşebbüs birliklerine veya bu birliklerin üyelerine verilecek para cezası belirlenirken öncelikle temel para cezası hesaplanır. Temel para cezası RKHK'un 4. veya 6. maddelerinde yasaklanmış, piyasa, nitelik ve kronolojik süreç olarak birden fazla bağımsız davranışın saptanması halinde her bir davranış için ayrı ayrı hesaplanacaktır. Temel para cezasının hesaplanmasından sonra ise yönetmeliğin 6. ve 7. maddeleri çerçevesinde ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar göz önünde bulundurularak artırıma ve/veya indirimine gidilecektir. Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek para cezası miktarı, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak

28 Asım Kaya, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen Para Cezaları*, Seçkin Yay., Ankara, 2015, s. 63-71.

olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna indirilir. Yukarıdaki yasa ve yönetmelik hükümlerinden ceza miktarlarının tespitinde belli başlı unsurlardan hangilerinin etkili olduğu anlaşılmaktadır²⁹.

İdari para cezalarına ilişkin hükümler birlikte değerlendirildiğinde, oranların tespitinde ihlalin usule mi esasa mı dair olduğu önemli bir noktadır. Nitekim koruduğu menfaat dikkate alınmak suretiyle usule ilişkin cezaların miktarını belirleyen oranlar sabit ve düşük tutulmuştur. Bu bakımdan usule ilişkin ceza miktarını belirleyen oranlarda idare bağlı yetki ile hareket etmek durumunda olup, takdir yetkisinden yoksundur³⁰. Esasa ilişkin cezaların miktarını belirleyen hükümlere bakıldığında ise “... *yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir*” ifadesinden anlaşılacağı üzere belirlenmiş alt ve üst sınırlar dahilinde idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. İhlal edilen menfaatin ağırlığı sebebiyle esasa dair ceza oranlarının ve dolayısıyla miktarlarının yüksek olduğu, bu nedenle idarenin takdir yetkisinin bilhassa esasa dair ceza oranlarının tespitinde önem kazandığı söylenebilir.

A. İDARİ PARA CEZASININ CİRO ESASINA DAYALI HESAPLANMASI YÖNTEMİ

İdari para cezasının ciro esasına dayalı hesaplanması yöntemi RKHK'un 16. ve 17. maddeleri ile idari para cezalarının uygulanmasına dair yönetmelik hükümlerine göre tespit edilmiştir. Yasa hükmüne göre Kurul, “... *nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerini*” esas alacaktır. İlgili yönetmelikte de aynı hükümlere yer verilmek suretiyle ciro yılı ve nihai karar vurgusu yapılmıştır. Ne var ki kanun ve yönetmelik hükümlerinde yer alan “*nihai karardan bir önceki mali yıl, bunun hesaplanamaması halinde ise karar tarihine en yakın mali yıl*” ifadesi ciro yılının tespitinde belli bir uygulama güçlüğü yaratmaktadır. Uygulamada “*nihai karardan*” ne anlaşılması gerektiği hususunda yaşanan tereddütler, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek cezaların yargı denetimi sonrası yeniden belirlenmesi ihtimalinde adil ve gerçekçi olmayan neticelere yol açmaktadır.

Para cezalarının hesaplanmasına ilişkin yöntem öteden beri tartışmalara neden olmuştur. Eleştiriler öncelikle ceza miktarlarını belirleyen oranların ciroyu esas almasına yönelmiştir. İdari para cezalarında esas alınacak husus, rekabeti bozucu davranıştan elde edilen kazanç ile verilen para cezası arasında orantılı bir ilişkinin olmasıdır. Hâlbuki iktisadi anlamda ciro ile kazanç aynı şeyler değildir. Cironun kazanç değil, hasılat ölçüsü olmasından dolayı firmanın kazançlarını ve

29 Eylemin niteliği (ihlalin usule veya esasa ilişkin olması) b) Kabahatler Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında İhlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı (md 16) c) Esas alınacak oranların tespiti d) Oranların uygulanacağı yıllık gayri safi gelirlerinin (ciro) ve ciro yılının tespiti e) Ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler.

30 Asım Kaya, a.g.e., s.37-38.

kazançlarındaki değişimleri doğru olarak yansıtmadığı söylenmektedir. Cironun ticari işletmelerin esas amacı olan kar ile ilişkisi doğrusal olmayıp değişken, kimi zaman da ters orantılı olabilir. Yani bazı durumlarda ciro arttığı halde kar azalabilir ya da kar azaldığı halde ciro artabilir. Belirtilen koşullarda ciro ve cirodaki değişimler, işletmenin kazancını belirlemekten uzak olduğu için teşebbüsün bir rekabet ihlalden doğan kazancını tespit etmek veya tahmin etmek açısından uygun olmayan bir büyüklüktür. Bununla birlikte cironun bilinirliği yüksek bir kavram olması, hesaplanmasının kazanca göre kolay olması, ciro hesabında rekabet bakımından önemli bir kavram olan fiyatların doğrudan kullanılması gibi sebepler ciroya dayalı ceza hesaplaması yöntemini yaygın bir uygulama haline getirmiştir³¹. Halbuki hakkaniyete uygun ve caydırıcı nitelikte bir idari yaptırım verilebilmesi için alınması gereken en sağlam ölçütlerden biri ihlalden doğan kazancın tespitidir.

İdari para cezalarının belirlenmesi sürecindeki diğer bazı eleştiriler ise cezalandırma sürecinde izlenen usullere ilişkindir. Ceza verme sürecinin şeffaf, gerekçeli, adil ve denetlenebilir olmaması bu eleştirilere yol açmıştır. Bu sebepten dolayı RKHK’nda zamanla değişikliklere gidilmiştir. Nitekim 4054 sayılı kanunun para cezalarını düzenleyen 16. maddesinde yapılan 2008 tarihli değişiklik³² ile rekabet hukuku uygulamaları bakımından önemli sayılabilecek düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca Rekabet Kurumu’na cezalara ve aktif işbirliğine ilişkin olarak yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Kurum bu yetkisini 15.2.2009 tarihinde yayımlanmış olan “*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik*” ve “*Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik*”ler ile kullanmıştır. Kanun ve yönetmelik değişiklikleri; para cezalarının ağırlaştırılması, pişmanlık uygulaması, zaman aşımı sürelerinin uzaması, maktu cezaların kaldırılıp süreli para cezalarının ciro üzerinden verilmesi ve nihai karardan bir önceki yıl cirosu ya da buna en yakın tarihli cironun verilecek cezalarda esas alınması hususlarına yer vermekle önemli neticeler doğurmuştur. Değişiklikler ile RKHK’da, Kabahatler Kanunu’na açıkça atıf yapılmış olması ise bir diğer önemli gelişmedir³³. Getirilen düzenlemeler ile usule ve esasa yönelik ihlallerin ceza miktarı oranları da farklılaştırılmıştır. Buna göre usule ilişkin ceza oranları daha düşük ve sabit tutulurken, esasa ilişkin ceza oranları Kurula takdir yetkisi tanınarak daha yüksek oranlara tabi kılınmıştır³⁴.

31 Erdal Türkan, “*Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezasının Sakıncaları ve Katma Değer Kriteri: Basitleştirilmiş Bir Analiz*”, Rekabet Forumu, Sayı 82, Mart 2014, s. 17-18.

32 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

33 Yılmaz Aslan, “*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ‘5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler I-*”, Rekabet Forumu, Sayı: 40, Yıl 2008, s. 4-5.

34 Haluk Arı, Esin Aygün, “*Rekabet kurulunun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri*”, Rekabet Dergisi, 2009, 10(4), s.8-9.

1. İdari Para Cezasının Hesaplanmasında Esas Alınacak Ciro Yılı'nın Tespiti Sorunu

RKHK'da 2008 yılında yapılan değişiklikten önce cezalarda hangi ciro yılının esas alınacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktu. Dolayısıyla gerek idare gerek idari yargı hakimi bu alanda geniş bir takdir hakkı kullanıyordu. İlgili maddenin eski halinde “... *bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir*” hükmü yer alıyordu. Bir yıllık sürenin hangi eylem ya da işlemden önceki bir yıl olduğu açıkça düzenlenmemişti. Bu durum tayin edilecek cezaların miktarını doğrudan etkilemesine rağmen yasa koyucu tarafından göz ardı edilmişti. İlgili hususta yaşanan belirsizlik birbirinden farklı uygulamalara ve sorunlara yol açıyordu. Kurul kararlarında kararın bir yıl öncesi esas alındığı gibi sonraları soruşturma açılan yılın bir yıl öncesi de esas alınabiliyordu³⁵. Diğer yandan ciroya esas alınacak yılın hangi yıl olacağı hususundaki boşluk işletmelerin lehine bir yorum yapılarak Danıştay içtihatları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Danıştay önüne gelen uyumsuzluklarda, “*ihlali oluşturan eylemi*” esas almak suretiyle “*eylem tarihinden bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası verilmesi gerekli bulunmaktadır*” şeklinde kararlar vermiştir. Danıştay, eylemin belli bir dönem içinde başlayıp bitmediği, hülasa soruşturma açıldığında devam ettiği hallerde ise *soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası uygulaması yapılması* içtihadını benimsemişti³⁶. Neticede Danıştay'ın eylem ya da soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edildiği hallerde soruşturma tarihinden önceki yıl cirosunun esas alınacağı içtihadı uygulamada yerleşmişti.

Nevarki 2008 yılındaki değişiklikler ile cezanın “*nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan ... yıllık gayri safi gelirler üzerinden hesaplanması*” esası getirilmiş ve bu durum yukarıdaki uygulamadan uzaklaşılması neticesini doğurmuştur. Değişikliğin gerekçesi olarak iki sebep öne sürülmektedir. Buna göre değişiklik ya daha adil olma ya da daha pratik bir uygulama arayışı amacını taşıyordu³⁷. Hâlbuki her iki açıdan da düşünüldüğünde belirtilen amaçların uzağına düşüldüğü söylenebilir. Şöyle ki bu düzenlemeye göre belli bir ihlalin sona erdiği yıldan sekiz yıl sonrasına kadar nihai karar verilebilir. Haliyle eski bir ihlalin çok sonradan tespit edilmesi nedeniyle cezanın da sekiz yıl gecikmeyle tahsil edilmesi söz konusu olacaktır. İşletmenin sekiz sene sonraki cirosu üzerinden cezalandırılmasının ise adil olup olmadığı tartışmalıdır. İhlal sırasındaki pazar payı % 10 olan işletmenin, ihlale katkı derecesini ve meydana getirdiği zararı bu

35 Yılmaz Aslan, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler II-”, Rekabet Forumu, Sayı: 41, Yıl 2008, s. 6.

36 “... yasak fiil ve davranışlarda bulunduğu saptananlara, eylem tarihi dikkate alınarak para cezası verileceği açık olup; para cezası uygulamasının yasak fiil ve davranışın saptanarak soruşturmanın açıldığı tarihte devam eden ihlaller yönünden, soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden, yasak fiil ve davranışın belli bir dönemi kapsadığı diğer bir deyişle soruşturmanın açıldığı tarihten önce yasak fiil ve davranışın sona erdiği durumda ise, son eylem tarihinden bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden yapılması gerekli bulunmaktadır.” D.13.D., E: 2007/6138, K: 2010/1345; D.13.D., E: 2007/9527, K: 2010/1; D.13.D., E: 2007/9369, K: 2010/4594.

37 Nejet Karacehennem, “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (I)”, Rekabet Forumu, Sayı: 40, Yıl 2008, s. 13.

pazar payını sağlayan cirosu belirlemektedir. Aradan geçen süre içinde bu teşebbüs pazar payını işletmesinde yaptığı değişiklikler ile veya başka işletmeleri devralmak suretiyle % 50'ye artırmış ise, bu %50'lik pazar payını sağlayan sonraki cirosu üzerinden cezalandırılması adaletsiz bir uygulamaya yol açacaktır³⁸. Diğer yandan tam tersi bir durum söz konusu olup işletmenin ceza tehdidi altında olması çeşitli bilanço hilelerine fırsat tanıyabilir ya da işletmenin pazar payını yitirmesi cironun zayıflamasına neden olabilir. Bu hallerde de nihai karar öncesi oluşan cironun düşüklüğü ödenecek ceza miktarının düşük çıkmasına neden olacaktır.

Yukarıdaki uygulamanın daha adaletsiz sonuçlara yol açmasının başlıca sebebi ise 2008 değişikliği ile 4054 sayılı kanunun 3 ve 5 yıllık süreler öngören soruşturma zamanaşımına ilişkin 19. maddesinin yürürlükten kaldırılmasıdır. Buna göre artık zamanaşımı hususunda genel kanun niteliğindeki Kabahatler Kanunu hükümleri esas alınacaktır. Kabahatler Kanunu md. 20/(f.3)'e göre "*nsbi idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır*". Kurul bu süre dolmadığı sürece nihai kararını oluşturup ceza verebilecektir. Hâlbuki eski düzenlemede yer alan 3 ve 5 yıllık zamanaşımı süreleri ihlale nispeten daha yakın bir ciro yılının esas alınması sağlıyordu. "*Nihai karardan önceki mali yıl*" ifadesi ile yasa koyucunun belki bir takım belirsizlikleri sona erdirdiği düşünülebilir. Ancak uzayan soruşturma zamanaşımı süresi ve ağırlaştırılan ceza miktarları birlikte değerlendirildiğinde, yaşanan sorunların cezalar ile muhatap olan işletmeler bakımından başka bir boyut kazandığı söylenebilir.

Esas alınacak ciro yılının nihai karardan önceki mali yıl olarak belirlenmesine gerekçe olarak ileri sürülen sebeplerden biri de Kurul kararının oluşumunda uygulama kolaylığı sağlamasıdır. Gerçekten de rekabet soruşturmalarında piyasada ihlal eyleminin vuku bulup bulmadığı ve bulmuş ise fiili ihlale ne zaman son verilmiş olduğunun tespiti önemli bir husustur. Uygulamada ihlal teşkil eden bir anlaşmanın tespiti, uygulanıp uygulanmadığı, ne kadar süre uygulandığı ve ne zaman son bulunduğu cezanın tayini bakımından belirleyici noktalar. Soruşturma evresinde anlaşma yapıldığını ispatlayan belgelere fiziken ulaşılabilsen de ihlalin fiilen uygulanıp uygulanmadığının tespitinde zorluk yaşanmaktadır. Öyle ki anlaşmanın fiilen uygulandığı tespit edilse bile ihlalin ne zaman son bulunduğunu tespit etmek daha güç bir durumdur. Bu nedenle ihlal ne zaman olursa olsun cezanın nihai karar tarihinden bir önceki mali yıl cirosu üzerinden hesaplanmasının Kurul'a uygulama kolaylığı sağladığı bir gerçektir. Ancak unutulmamalıdır ki ceza miktarının tayininde öncelikle piyasada fiili ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve gerçekleşmiş ise ihlalin süresinin tespiti zorunludur. Rekabet Kurulu bu zorunluluğu bilerek, hazırladığı konuya ilişkin kılavuzda ceza miktarının tespitinde ihlalin süresini de esas almaktadır³⁹. Haliyle ihlal süresinin ve buna göre ceza miktarının tespiti için ihlalin başlama ve sona erme tarihlerinin belirlenmesi gerekir. Bu noktada kanun koyucu RKHK hükümleri çerçevesinde bir yandan ceza miktarının tayininde idareye belli sınırlar dahilinde takdir yetkisi verirken diğer yandan Kurul'un ihlalin

38 Nejdet Karacehennem, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (III)", Rekabet Forumu, Sayı: 42, Yıl 2008, s. 14.

39 Rekabet Kurumu, *Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz*, Kabul Tarihi: 29.01.2014, Sayı: 14-05/97, Nejdet Karacehennem, a.g.m., s. 14.

fiilen ne kadar süre devam ettiğini gözetmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰. Dolayısıyla ihlalin fiilen ne zaman ve ne kadar süre ile gerçekleştiğinin her halükarda tespit edilmesi gerekmektedir. Buna göre mevcut düzenlemenin uygulama kolaylığı sağladığını ileri sürmek, değişiklik için yeterli bir gerekçe değildir.

RKHK hükümlerine göre uygulanacak *nısbî ceza oranının* tayininde ihlali oluşturan fiilin gerçekleştiği zaman ve süresinin dikkate alınması gerektiği hususunda tereddüt yoktur. Bununla beraber nihai karardan ne anlaşılması gerektiği hususunda ise tereddütler mevcuttur. Nihai karardan cezaya konu edinilen Kurul kararının anlaşılması gerektiği söylenebilir. Diğer yandan nihai kararın Kurul kararı olarak değerlendirilmesi meselenin çözümüne yetmiyor. Zira öyle bile olduğu varsayılrsa madde metninin uygulamadaki yorumu hakkaniyete uygun olmayan cezaları ortaya çıkarmaktadır. Bizim de iştirak ettiğimiz üzere ilgili düzenlemenin farklı yorumlanması ile daha adil uygulamaların önünün açılacağı görüşü ileri sürülebilir⁴¹. Şöyle ki madde metninde nihai karar ifadesinin geçtiği cümlelerin önündeki ve ardındaki cümleler içerik bakımından dikkate alındığında ve bütünlüklü yorumlandığında, nihai karardan önceki cironun ceza miktarına dair azami haddin belirlenmesine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla nihai karar ifadesi zaman bakımından bir belirlemeye değil, uygulanacak cezanın miktarı bakımından üst sınıra işaret etmektedir. Sonuç itibarıyla uygulamada içtihat birliğini sağlayacak nitelikte anlaşılır ve tereddütlere mahal vermeyecek bir düzenlemeden söz etmek, maddenin mevcut haliyle oldukça güç görünmektedir. Para cezalarına ilişkin yönetmelik hükümlerine⁴² baktığımızda da nihai karardan önceki ciro ifadesinin, cezanın azami haddini belirlemeye hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

4054 sayılı Kanununun madde 16/(f)³'teki hükmünün ceza miktarına ilişkin azami haddi belirleyen sınır olarak anlaşılması gerektiğini, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin ulusal mevzuatındaki çeşitli düzenlemeler de desteklemektedir. Nitekim yasal azami haddin bir benzeri 2011 tarihli *Para Cezalarının Belirlenmesi Yöntemine İlişkin Fransa Tebliği*'nde de yer almaktadır. Buna göre, hesaplanan ceza miktarı, teşebbüsler bakımından dünya cirosunun %10'unu; teşebbüs olmayanlar bakımından ise 3 Milyon Avro'yu aşamaz... şeklindedir⁴³.

40 Md 16: "... Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır"

41 Nejdet Karacehennem, *4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (I)*, s. 14.

42 "Bu Yönetmelik hükümleri gereğince belirlenecek para cezası miktarı, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onunu aşamaz. Bu sınırı aşan para cezaları, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna indirilir..."

43 Buket Arı, "Rekabet İhlallerinde Verilecek Para Cezalarının Hesaplanması Yönteminde Fransa Uygulaması", <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4cad2b81-b384-45bc-ad28-4138ee0fc304> (Erişim Tarihi: 05.03.2019)

Fransa Tebliği'nin temeli Avrupa rekabet hukuku uygulamalarının temel taşı olan (CE) No 1/2003 sayılı Tüzük'ün⁴⁴ 23. maddesinin 2. paragrafına istinaden çıkarılan 2006/C 210/02 sayılı Kılavuz'a⁴⁵ dayanmaktadır. Kılavuz, rekabet ihlallerinden doğan para cezalarının hesaplanma yöntemlerini düzenlemektedir. Tebliğ'de öngörülen hesaplama yönteminin ilk aşamasını temel cezanın hesaplanması oluşturmaktadır. Söz konusu hesaplama Fransada teşebbüsün *ihlale katıldığı son tam yıl boyunca ihlale ilgili olarak gerçekleştirdiği satış değerlerinin* %0-%30'u arasındaki bir oran esas alınarak yapılmaktadır. Ceza Yönetmeliğimizdeki hesaplama yönteminden oldukça farklı olan bu usul, Avrupa Komisyonunca uygulanan Kılavuz hükümleriyle paralellik göstermektedir. Uygulanan bu yöntemde temel ceza miktarı belirlenirken teşebbüsün cirosu yerine rekabet ihlaliyle bağlantılı satışların değerinden yola çıkılmaktadır⁴⁶. Tebliğe göre nazara alınan oran (%0-%30), her bir teşebbüs ya da oluşumun ihlale katıldığı bir tam yıl için, hesaplanan satış değerinin tamamına, ihlalin devam ettiği yıllar için ise bu değerin yarısına uygulanır. İhlale katılımın gerçekleştiği son tam yılın devamında arta kalan süre dosyadaki bilgiler elverdiğince ay olarak hesaba dâhil edilir. Dolayısıyla Kılavuz'dan yola çıkılarak hazırlanan Fransa Tebliği uygulamasında nihai karardan önceki ciro yılı yerine ihlalin fiilen gerçekleştiği her bir yıl satış rakamları esas alınmaktadır.

2. Esas Alınacak Ciro Yılıının Tespitinde Danıştay'ın Yaklaşımı

2008 değişikliklerinden önce yukarıda da belirtildiği üzere Danıştay, "*ihlali oluşturan eylem*" esas almakta ve buna göre "*eylem tarihinden bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası verilmesi gerekli bulunmaktadır*" görüşünü benimsemekteydi. Soruşturma açıldığında eylemin devam ettiği hallerde ise *soruşturmanın açıldığı tarihin eylem tarihi olarak kabul edilerek, bu tarihten bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirleri üzerinden para cezası uygulaması yapılması* içtihadını benimsemişti. Fakat Danıştay 2008 değişikliklerinden sonra bu içtihadından uzaklaşma eğilimine girmiştir. Kurul'un As Gaz hakkında⁴⁷ 2010 yılında verdiği ihlal kararı üzerine hem birel işlemin hem de düzenleyici işlemin ilgili maddelerinin iptaline ilişkin uyumsuzluk Danıştay önüne taşınmıştır⁴⁸. Davacı taraf ceza yönetmeliğinin genel hukuk prensiplerine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu, Rekabet Kurulu'nun düzenleme yetkisini aştığı, kanunilik ilkesinin ihlal edildiği, cezanın 2009 yılı mali yılı sonunda oluşan cirosu üzerinden verildiği, isnat edilen eylemlerin gerçekleşme tarihlerinin anılan değişiklik öncesi (2005-2006) olduğu, bu nedenle para cezasının eylem tarihindeki ciro üzerinden hesaplanması gerektiği iddialarını ileri sürmüştür.

44 Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>

45 Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (Text with EEA relevance).

46 Buket Arı, "*Rekabet İhlallerinde Verilecek Para Cezalarının Hesaplanması Yönteminde Fransa Uygulaması*", (Erişim Tarihi: 05.03.2019).

47 Rekabet Kurulu Kararı, Tarih: 11.11.2010, Sayı: 10-72/1503-572.

48 D.13.D., E:2011/3834, K: 2016/213.

Danıştay, Kurul'un para cezasına ilişkin oran noktasında takdir yetkisinin olduğu, dava konusu Yönetmelik hükümlerinde ise idari para cezası dışında bir yaptırım öngörülmediği ve yüzde on sınırının üzerine çıkacak bir oran belirlenmediği gerekçesiyle idari yaptırımların kanuniliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı kanaatine varmıştır. Yetki bakımından ise Kurum'un idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu kurumu olmasına binaen 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen hususlara ilişkin ikincil düzenleme yetkisine sahip olmakla yönetmelik çıkarabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca Kabahatler Kanunu md. 17 ve RKHK md. 16 hükümleri çerçevesinde idari para cezası miktarının belirlenmesinde öngörülen kriterler göz önüne alınarak, azami yüzde onluk oranı aşmamak üzere belirlenmesi ve Kanun'un verdiği takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla yapılan dava konusu yönetmeliği üst hukuk normlarına uygun bulmuştur.

Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmaması sebebiyle para cezasının eylem tarihindeki ciro üzerinden hesaplanması gerektiği iddialarını ise Danıştay usul kuralı niteliğindeki düzenleme hükümlerinin derhal uygulama kuralı mucibince nihai karar verilmemiş soruşturmalara uygulanabileceği gerekçesi ile reddetmiştir. Buna göre Yönetmeliğin eylem tarihinde yürürlükte olmamasına rağmen henüz haklarında karar verilememiş ilgililere uygulanmasının aleyhte bir durum oluşturması söz konusu değildir. Dolayısıyla soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalarda Yönetmelik hükümlerinin uygulanması hukuka aykırılık teşkil etmemektedir⁴⁹. Netice itibarıyla somut olayda Danıştay, RKHK md. 16/3. fıkrası uyarınca yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, nihai karar tarihinden önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idari para cezası verileceği düzenlendiğinden 2010 tarihli Kurul kararı dikkate alındığında 2009 yılı cirosu üzerinden ceza verilmesini hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme, *nihai kararın ne olduğu hususunda ise kanunun 48. maddesine atıfta bulunarak nihai kararın Kurul kararı olarak kabul edilmesi gerektiğini* belirtmiştir. Nitekim Danıştay, Roche Müstahzarları AŞ davasında, kanunun 16. maddesinin 23.01.2008 tarihli değişiklikten önceki yorumunu terk ettiğini açıkça belirtmiştir. Değişiklikten önceki yorumu son ihlal tarihinden bir önceki yılın cirosunun dikkate alınacağı şeklinde iken, değişiklikten sonra yukarıdaki yaklaşımı benimsemiştir⁵⁰.

Kurul, bir kararında Beşer Ecza'ya 2003 yılındaki ihlallerinden dolayı neredeyse yedi yıl sonra 2010 yılında⁵¹ ceza vermiştir. Kurul cezayı uygularken Danıştay'ın eski içtihadı doğrultusunda eylemin son bulunduğu 2003 yılından önceki yıl cirosunu esas almıştır. Danıştay önüne gelen uyuşmazlıkta lehe olan düzenlemenin uygulanması ilkesi gerekçesi ile son ihlal tarihinden önceki yılın cirosu olan 2002 yılı cirosunun esas alındığından bahisle bu yönden işlemi hukuka uygun bulmuştur⁵².

49 Benzer nitelikteki kararlar için bkz. D.13.D., E:2011/3834, K: 2016/213.

50 D.13.D., E:2010/3090, K: 2014/1719.

51 Rekabet Kurulu Kararı, 18.12.2010 Tarih, 10-18/207-78 Sayı

52 D.13.D., E:2010/3180, K: 2014/1718

İdari para cezalarının caydırıcılığını artıran bir yaptırım politikasını yansıtan RKHK hükümlerindeki yasal değişiklikler karşısında, Danıştay'ın da mevcut düzenlemeleri bu minvalden yorumlamaya başladığını söylemek mümkündür. Yasal değişikliğin 2008 ve cezalara ilişkin ilgili yönetmeliğin 2009 yıllarında yürürlüğe girmesi ve şikayet, soruşturma ve idari dava süreçlerinin henüz sonuçlanmaya başlamasından dolayı Danıştay'ın yeni hukuki düzenlemelere göre yerleşik bir içtihadı oluştuğunu söylemek erken bir değerlendirme olacaktır. Elbetteki cezaların temel amacı ihlali gerçekleştirenin cezalandırılmasıdır. Ancak caydırıcılık sadece yüksek para cezası vermek olarak anlaşılırsa ödeme güçlüğü ve teşebbüsün piyasa dışı kalması gibi sorunlara yol açabileceği hesaba katılmalıdır⁵³.

3. İptal Kararı Sonrası Yeniden Açılan Soruşturmalarda Ciro Yılıının Tespiti

Cezanın uygulanacağı ciro yılının tespitinde çözülmesi gereken temel meselelerden biri de iptal kararlarının gerekçeleri doğrultusunda, Rekabet Kurulu'nun yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi zorunluluğuna istinaden tesis edeceği muhtemel ceza işlemlerinde, hangi ciro yılının esas alınacağıdır. Başka bir deyişle yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi için tesis edilen yeni işlemin, esas alınacak ciro yılını belirleyen “*nihai karar*” bağlamında değerlendirmeye alınıp alınmayacağı hususudur. Zira yargısal iptal süreci sonrasında Kurul tarafından tesis edilen işlemi yeni bir soruşturma gibi kabul etmek, eylem tarihinden çok sonraki ciroları ve dolayısıyla adil olmayan para cezalarını gündeme getirebilecektir. Bu durum sadece ihlalde bulunan aleyhine sonuçlar doğurmamaktadır. Kamunun menfaati bakımından da bir takım sakıncalar yaratabilir. Nitekim soruşturma, yargısal denetim ve iptal ile neticelenen süreç, yargı kararı sonrası tekrar başlayabilecek soruşturma ve tesis edilecek işlem süreçlerinin uzunluğu, ihlalde bulunan kişilerin ciroya dair kötünietli tedbirlere başvurmasına mahal verebilir. Aynı şekilde ciroyu ve dolayısıyla cezayı düşürmek adına çeşitli birleşme ve devralma yollarına da tevessül edilebilir. Elbette ki burada kötüniet üzerinden değil, iyiniyet karinesinden hareketle faraziyelerde bulunmak durumundayız.

İptal kararı sonrası yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesi bağlamında başlatılan soruşturma ve nihayetinde alınan ceza kararını, idari işlemin özellikleri çerçevesinde yeni bir işlem olarak kabul etmek gerekir⁵⁴. İptal kararının *ex tunc* etkisi Kurul'un vermiş olduğu ilk kararı geçmişe dönük olarak tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte iptal edilse iptale konu olan ilk kararın idari işlem teorisi bakımından nihai nitelikte bir karar olduğu gerçeği değişmez. Artık hüküm ve sonuç doğurmasa da iptale konu olan karar, mevzuattaki ifadeyi karşılayan nihai karar olarak kabul edilebilir. Mahkeme kararının infazı bağlamında iptalden sonra alınacak kararı da kendi başına nihai karar olarak değerlendirebiliriz. Bu durumda ortada biri iptal olmuş, diğeri iptale konu olabilecek iki tane nihai karar bulunmaktadır. Tartışma burada

53 Harun Gündüz, *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, Rekabet Kurumu Yay. No:308, Ankara, 2014, s. 49.

54 İlhan Özey, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yay. No:3326, İstanbul, 1985, s. 40 vd.; Ali Ulusoy, “*İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri*”, İKU İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s.44-45.

idarenin hangi nihai karardan önce oluşan gayri safi gelirlerinin idari para cezası bakımından dikkate alınması gerektiği noktasında doğmaktadır. Bu tür durumlarda Rekabet Kurulu'nun ikinci kararı, esasen ilk işlem olan nihai kararının yerine alınan yeni bir karardır. Diğer bir ifade ile Kurul, iptal edilen işlemini mahkeme kararında tespit edilen hukuka aykırılıkları dikkate alarak yenilemiştir.

Öncelikle iptalden sonra tesis edilen işlemin, idari işlemin hukuka uygunluk denetimi sonucunda hukuka aykırı bulunup iptal edilmesi üzerine yargı kararının yerine getirilmesi hükmünde ortaya çıktığını dikkate almak gerekir. Şeklen yeni bir soruşturma olarak kabul edilse dahi esasen aynı döneme ilişkin aynı ihlal için yeniden bir soruşturma yapılmakta ve karar alınmaktadır. Bu bakımdan iptal kararı sonrasında aynı ihlal için açılacak soruşturma ve alınacak kararı, esas alınacak ciro yılının belirlenmesinde “*nihai karar*” olarak değerlendirmek adil olmayacağı gibi hak arama hürriyeti bakımından da sakıncalar yaratabilir. Zira ihlal kararı ile hakkında idari para cezası verilen bir işletme, bu işlemin hukuka uygunluk denetimi neticesinde iptal edilmesi üzerine aynı eylem ile ilgili tekrar soruşturmaya uğramaktadır. Dolayısıyla mevcut uygulamaya göre hukuka aykırı işlemi iptal ettiren kişi, yargı yoluna başvurması neticesinde daha yüksek olabilecek bir cironun esas alınmasına katlanmak zorunda kalabilecektir. Burada mesele elbetteki tekrar soruşturma açılması değildir. Mesele, hakkında tekrar soruşturma açılan kişinin yargı yoluna başvurması neticesinde adeta daha yüksek ciro tehdidi ile muhatap olmasıdır. Halbuki idarenin soruşturmayı hukuka aykırı yürütmesinden ve işlemin bu nedenle iptal edilmesinden dolayı kişilere, ihlalin gerektirdiği sorumluluğun ötesinde bir sorumluluk yüklenmesi adil değildir. Kişinin kendi kusurundan kaynaklanmayan, idarenin hukuka aykırı davranışından kaynaklanan bir iptal neticesinde yeniden açılacak soruşturmada ortaya çıkabilecek daha ağır bir cezaya katlanması beklenemez. Bizatihi hukuka aykırı tesis edilen işlemin yarattığı sonuçlara idare katlanmak zorundadır. Hukukun temel ilkelerinden olan *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ilkesi gereği hiç kimse kendi kanunsuzluğundan faydalanamaz. Bu çerçevede iptal kararı sonrası yeniden tesis edilecek cezanın sırf nihai kararın ileri bir tarihe taşınmasından nispetle artması adil olmayacağı gibi hukukun temel ilkeleri bakımından da çelişki yaratmaktadır.

Burada temel mesele sadece iptal kararı üzerine tesis edilen yeni işlem neticesindeki ceza miktarının azlığı veya çokluğu değildir. Esas mesele aynı ihlal ile ilgili tesis edilen yeni işlem karşısında usuli olarak “*nihai karar*” yorumunun hakkaniyet sınırları çerçevesinde idarece ne şekilde takdir edileceğidir. Danıştay bir kararında Kurul tarafından tesis edilen ikinci işlemi, iptal kararının gerekçeleri doğrultusunda işlemin “*yeniden tesis edilmesi niteliğinde*” olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Kararda ikinci işlemin, yargı kararının yerine getirilmesi zorunluluğundan doğduğu belirtilmiş, ayrıca ikinci işleme dair zamanaşımı itirazı yargı kararının uygulanması hükmünde değerlendirilerek reddedilmiştir⁵⁵. Danıştay'ın ikinci işlemi zamanaşımına sokmaması, iptal edilen ilk işleme dair yapılan soruşturmanın usule uygun şekilde yeniden tesisi olarak değerlendirmesini pekiştiren bir yaklaşım olmuştur. Nitekim Rekabet

55 D.13.D., E:2015/4529, K: 2016/298.

Kurulu, 2013 tarihli *Pegas ve Diğerleri* soruşturmasında verdiği kararın iptal edilmesi üzerine⁵⁶ yargı kararının yerine getirilmesi mahiyetinde aynı ihlal ile ilgili başlattığı soruşturmada⁵⁷ yeni bir dosya numarası açmamış, 2013 tarihli iptal edilmiş karara konu 2013/4136 numaralı aynı dosya üzerinden ikinci kararı vermiştir. Yani idare yeni bir dosya açmadan, mükerrer dosya numarası ile aynı fiil ve döneme ilişkin yeniden karar vermiştir. Bununla beraber söz konusu soruşturmada ciroya esas alınacak mali yıl iptal sonrası alınan ikinci karar esas alınmak suretiyle takdir edilmiştir. Halbuki idari işlem niteliğinde olan her iki Kurul kararı da aynı zaman dilimi içinde başlamış ve bitmiş aynı ihlal sebebiyle alınmıştır.

Kurul, *Frito Lay*⁵⁸ soruşturmasında işlemin iptali kararı üzerine dosyanın yeniden değerlendirilmesi kararını almış ve 2015 yılında aşağıdaki gibi hüküm kurmuştur:

“Önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, yargı kararı ve dosya içeriğinde yer alan tüm bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda; 29.08.2013 tarih ve 13-49/711-300 sayılı Kurul kararı ile, Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.’nin, nihai satış noktalarında ürünlerinin tek satılmasına yönelik uygulamalar yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiği belirlenen; Frito Lay Gıda San. Tic. A.Ş.’ye 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile Ankara 6. İdare Mahkemesinin 28.01.2015 tarihli ve 2014/368 E, 2015/133 K. sayılı kararı dikkate alınarak 2012 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen gelirlerinin takdiren % 2,25’i oranında olmak üzere (.....) TL idari para cezası verilmesine OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.”

Görüldüğü üzere Kurul, yargı kararının uygulanması niteliğinde 2015 yılında aldığı ikinci kararında ciroya esas alınacak mali yıl olarak, ilk karar öncesinde oluşan 2012 yılını takdir etmiştir. Bu durum ikinci kararın yeni bir idari işlem olma gerçeğini değiştirmese de idare, takdir yetkisi sınırları içinde “*nihai karar*” kavramını geniş bir yorumla ele alabilmiştir. Dolayısı ile Kurul’un henüz bu hususta istikrar kazanmış bir uygulaması olduğu söylemez. Kanaatimizce, nihai karar ifadesinin cezanın azami haddini gösterir olduğuna dair yorum ışığında, idarenin ikinci cezayı belirlerken iptal edilen ilk kararı öncesi oluşan mali yıl cirosunu esas almasını engelleyen açık bir hüküm yoktur. Bu itibarla idare takdir yetkisinin sınırları içinde yapacağı yorum ile iptal kararı sonrası tesis edilecek işlemlerde cezaya esas alınacak nihai karar ve ciro yılını belirleyebilir. Nitekim iptal sonrası verilecek idari para cezalarında esas alınacak ciro yılı, cezai yaptırımın ağırlığının da tespiti açısından önemli bir faktördür. İdare, iptal kararı sonrası hakkında tekrar işlem tesis edilerek ceza verilecek teşebbüsler bakımından lehine olan ciro yılının esas alınması usulünü benimseyebilir.

56 Ankara 16. İdare Mahkemesi, E:2014/236, K:2014/1415., Tarih: 10.11.2014.

57 Rekabet Kurulu Kararı, 21.11.2016 Tarih, 16-40/662-296 Sayı

58 Rekabet Kurulu Kararı, 07.07.2015 Tarih, 15-28/345-115 Sayı

4. İptal Kararı Sonrası Yeniden Açılan Soruşturmalarda Ciro Yılıının Tespitinin Ölçülülük İlkesi Bakımından

2010 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun açılması, özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından anayasaya uygun yorum ilkesinin rekabet hukuku alanında öne çıkmasını uygulamada zorunlu kılmaktadır. Bu ilke birden çok anlama gelebilecek şekilde yorumlanabilecek bir kanun hükmünün, anayasaya uygun olup olmadığının tespitinde hangi şekilde yorumlamanın tercih edilmesi gerektiğini göstermektedir. Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi de idari para cezaları bakımından bu çerçevede kabul edilebilir. Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda⁵⁹ “*hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, ölçülülük ilkesi olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkeleri de elverişlilik, zorunluluk, ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır*”. Yapılan açıklamalar indinde, RKHK’un madde 16/(f.3) gereğince idari para cezasının belirlenmesinde esas alınan ciro yılının tayini konusunu anayasaya uygun yorum ve ölçülülük ilkelerini dikkate alarak değerlendirmek gerekir. Buna göre idari para cezaları Anayasa’nın mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddesinin 2. fıkrasındaki “*bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir*” hükmü gereğince usulüne uygun şekilde kanunla sınırlandırılmıştır. İdari yaptırımların nihai amacı kamu yararının sağlanmasıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen AY madde 13’te aranan temel ölçüt olan ölçülülük ilkesi dikkate alındığında, iptal sonrası alınacak ikinci kararın ciro yılının tespitinde esas alınması, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olduğu söylenebilir. Ancak öngörülen yaptırımın, ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olduğunu ve öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantının bulunduğunu söylemek yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı pek mümkün değildir.

SONUÇ

Yukarıda tartıştığımız olgular ve bilgiler ışığında bir değerlendirme yapacak olursak; İdari para cezalarının belirlenmesi hususuna ilişkin hükümlere göre para cezaları, “*nihai karardan*” önce oluşan mali yıl cirosu esas alınarak belirlenecektir. Ancak mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak bu belirlemenin para cezasının azami miktarına ilişkin olduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla Kurul, ihlalin olduğu ya da sonrası yıl cirosunu esas alarak ceza vermesi mümkündür. Ancak ceza miktarı her ne olursa olsun nihai karardan önceki yıl cirosunun yüzde onunu geçemeyecektir. Bununla beraber uygulamada “*nihai karardan*” ne anlaşılması gerektiği hususunda tereddütler yaşanmakta, gerek idari para cezalarının tespitinde gerek verilen cezaların yargı denetimi sonrası yeniden belirlenmesi durumlarında adil ve gerçekçi olmayan neticeler ortaya çıkmaktadır. Bu noktada ciro esasına dayalı yöntemle dair genel eleştiriler olduğu gibi Türk rekabet hukuku uygulaması ve mevzuatına özgü bir takım eleştirilerin de olduğunu belirtmek gerekir.

59 AYM, E. 2013/15, K. 2013/131, Tarih: 14.11.2013, RG. 28.02.2014.

Özellikle idari para cezasına dair ilk kararın yargı kararı ile iptali üzerine ihlal tarihinden çok sonraki bir tarihte aynı konuda ikinci bir karar alındığında, idari para cezası verilirken ciroya esas alınacak yılın hangi karar tarihi dikkate alınarak belirleneceği hususuna dair açık bir hüküm yoktur. Mevcut düzenlemeler bu husustaki belirsizliği gidermediği gibi var olan ve istikrar kazanmış içtihatları da bertaraf etmiştir. Bu minvalde Danıştay'ın henüz yerleşik içtihat haline gelmeyen kararlarında, ciroya esas alınacak nihai kararın iptal sonrası tesis edilecek ikinci işlem dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi görüşü hakimdir. Diğer yandan Rekabet Kurulu kararlarında da tutarlı bir uygulamadan bahsetmek mümkün değildir.

İkinci kararın nihai karara esas alınması halinde, hiçbir rekabet ihlalinin olmadığı bir piyasada ciddi ciro artışı gerçekleştirmiş teşebbüsler bakımından ağır para cezaları ortaya çıkabilmektedir. Esasen bu durum idari işlemin hiç olmazsa amaç unsuru bakımından tartışmaya değerdir. Nitekim idari para cezasıyla varılmak istenen amaç, ihlali gerçekleştiren teşebbüs veya ortaklıkları hem cezalandırmak hem de bu ihlal sebebiyle ilgili dönemde elde ettikleri muhtemel gelirleri hazineye devrederek söz konusu teşebbüsleri caydırmaktır. Böylece diğer teşebbüslere de emsal oluşturarak serbest rekabet düzenini ve ekonomik kamu düzeninin korunması sağlanacaktır. Bu bakımdan esas alınacak ciro yılının tespitinde, nihai karar olarak ikinci işlemin esas alınması zorunluluğu olduğunu söylemek, iptal kararı sonrası yeniden tesis edilen işlemler için mutlak bir hüküm tahtında değerlendirilmemelidir.

Belirtilen hususlardan hareketle, iptal davası sonucunda yargı kararının uygulanması niteliğinde Kurum tarafından yeniden bir karar alınırken, azami ceza oranına esas alınacak ciro yılının, iptal edilen işlem öncesi oluşan mali yıl cirosu olması gerektiği söylenebilir. Bu noktada kanun koyucunun mevcut tereddütleri ortadan kaldırmak ve daha adil bir ceza sistemi tesis etmek adına uluslararası mevzuat ile uyumlu yasal değişiklikler yapması gerekmektedir. Böylelikle en azından hak arama hürriyetini kullanmanın, kişiler bakımından kanunun öngörmediği bir külfeti ortaya çıkarmasının önüne geçilmiş olacaktır. Ayrıca idarenin hukuka aykırı davranışından dolayı, kişilerin daha ağır para cezalarına katlanmak zorunda kalması ölçülülük ilkesi bakımından da eleştiriye açıktır. Esasen Kurul'un ceza oranını tayin ederken objektif kriterler ve kanunun amaçları çerçevesinde kullandığı takdir yetkisinin kapsamı, hangi ciro yılının esas alınacağı hususunda belirleyici olabilir. Nitekim kanundaki nihai karar ifadesinin azami hadde dair olduğunun kabulü, takdir yetkisinin bu sınırlar içinde kullanılmasını mümkün kılabılır. İdarenin ceza verilip verilmemesi değil, ama idari para cezası miktarının belirlenmesi hususunda takdir yetkisi olduğunun kabulü, sorunun çözümüne ilişkin AB normları ile uyumlu yaklaşımlar sağlayabilir⁶⁰. Bundan dolayı somut olayın mahiyetine göre idarenin hakkaniyete uygun, kamu yararı ve hizmetin gerekleri çerçevesinde adil bir denge kurması bu tür durumlarda beklenebilir. Esasen mevzuatta düzeltmeler yapılırken subjektif ölçütler yerine Avrupa rekabet hukuku uygulamalarının temelini oluşturan Tüzük ve buna istinaden çıkarılan Kılavuz'daki kriterler gibi evrensel değeri yüksek ölçütlerin kullanılması, dikkat çektiğimiz tür sorunların önüne geçebilir.

60 Harun Gündüz, *a.g.e.*, s. 24-25.

Kaynakça

- Akilloğlu**, Tekin, “*İnsan Hakları ve Yönetmelik Yargı*”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs, Danıştay Yay., Ankara, 1993.
- Akıymaz**, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2015.
- Arı**, Buket, “*Menarini Kararı Işığında Rekabet İhlallerine Verilen İdari Para Cezalarının Temel Hak Ve Özgürlüklere Etkisi-I*”, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4482b986-b45f-4a7f-95b4-1260da6183d9> (Erişim Tarihi: 21.03.2019)
“*Rekabet İhlallerinde Verilecek Para Cezalarının Hesaplanması Yönteminde Fransa Uygulaması*”, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/diger-calismalar/rekabet-yazilari?icerik=4cad2b81-b384-45bc-ad28-4138ee0fc304> (Erişim Tarihi: 05.04.2019)
- Arı**, Haluk/ Aygün, Esin, “*Rekabet Kurulunun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri*”, *Rekabet Dergisi*, 2009, 10(4).
- Aslan**, Yılmaz, *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Basım, Bursa, 2001.
“*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ‘5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler I-*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 40, Yıl 2008.
“*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da ‘5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’ ile Yapılan Değişiklikler Hakkında Toplu Genel Değerlendirmeler II-*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 41, Yıl 2008.
- Aslan**, Zehreddin/Berk, Kahraman, *Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi*, Alfa Yay., İstanbul, 2000.
- Dinçkol**, Alphan, *İktisadi Kamu Hizmetlerinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Der Yay., İstanbul, 2017.
- Erkut**, Celal, *İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yay. No 51, Danıştay Mtb., 2015.
- Gökhan**, Erdoğan, “*Bağımsız İdari Otoriteler*”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 24, Ocak 2016.
- Gözler**, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yay., Bursa, 2017.
- Günday**, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yay., Ankara, 2011.
- Gündüz**, Harun *Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları*, *Rekabet Kurumu Yay. No:308*, Ankara, 2014.
- Karabulut**, Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Karacan**, Ali İhsan, *Özerk Kurumlar Üzerine Denemeler*, Creative Yay., İstanbul, 2002.
- Karacehennem**, Nejdet, “*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (I)*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 40, Yıl 2008.
“*4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un Değiştirilen Maddeleri ve Bunun Uygulamaya Etkileri (III)*”, *Rekabet Forumu*, Sayı: 42, Yıl 2008.
- Karakaş**, Mehmet, “*Devletin Düzenleyici Rolü ve Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler*”, *Maliye Dergisi*, Sayı:154, Ocak-Haziran 2008.
- Kaya**, Asım, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen Para Cezaları*, Seçkin Yay., Ankara, 2015.
- Özay**, İlhan, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yay. No:3326, İstanbul, 1985.
- Sabır**, Hasan, “*Piyasa Ekonomilerinde Rekabet Hukukunun İktisadi Temelleri*”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl:2, c. 1, Sayı: 2002/2

Şahin, Cenk, *Amerikan Federal İdare Hukukunda “Regülasyon” ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları*, XII Levha Yay., İstanbul, 2010.

Türkkan, Erdal, “*Rekabet İhlallerinde Ciroya Dayalı İdari Para Cezasının Sakıncaları ve Katma Değer Kriteri: Basitleştirilmiş Bir Analiz*”, Rekabet Forumu, Sayı 82, Mart 2014.

Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

Bağımsız İdari Otoriteler ve “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, Cilt 100, Sayı 29, Yıl 1999.
“*İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri*”, İKU İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin Yay., Ankara, 2009.

Yıldırım, Turan, “*Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi*”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yay., Ankara, 2000.

Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Kaman, Nur/Özdemir, Eyüp/Üstün, Gül/Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, Onikilevha Yay., İstanbul, 2016.

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32003R0001>

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (Text with EEA relevance).

Anayasa Mahkemesi Kararları

Danıştay Kararları

Rekabet Kurulu Kararları

Büyük Türk Sözlüğü

Rekabet Terimleri Sözlüğü

Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları*

The Rights of Suspect/Defendant During Questioning/Interrogation in the Light of Current Law Amendments and Judicial Decisions

Özge APİŞ**

Öz

Şüpheli/sanığın beyanları, salt maddi gerçeğin araştırılması faaliyeti değil, aynı zamanda savunma hakkının kullanıldığı en önemli ceza muhakemesi işlemleridir. Bu nedenle ifade alma ve sorgu, bazı yükümlülüklerle birlikte hakları da içinde barındırır. Her ne kadar ceza muhakemesinin klasik ve temel konularından biri olsa da uygulamada, ifade alma ve sorguda kronikleşmiş bir çok ihlalin yaşanması da klasik sorunlar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda yaptığımız çalışmada, söz konusu sorunların yasa değişiklikleri ve yargı kararlarındaki durumu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Maddi gerçek, savunma hakkı, ifade alma, sorgu.

Abstract

The statements of the suspect/defendant are the most important criminal proceedings not only for the investigation of material truth but also implementation of the right to defense. Questioning/interrogation are classical and basic issues of criminal judgment that both includes some obligations and rights. In practice, many violations take place in questioning/interrogation. In this study, the status of the these chronic violations will be examined within the scope of the changes in the Code no. 5271 and judicial decisions.

Keywords: Material fact, right of defence, questioning, interrogation.

* Bu çalışma Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesinde ve 19 Nisan 2019 tarihinde Asoscongress 6. Uluslararası Hukuk Sempozyumunda sunulan özet bildirinin genişletilmiş ve tam metinli halidir.

** Ömer Halisdemir Üniversitesi Öğretim Üyesi, (ORCID : 0000-0003-2395-7780).

Giriş

Ceza muhakemesinde şüpheli ve/veya sanık, muhakemenin objesi değil, sujesi konumundadırlar. Zira ceza muhakemesi, bir şüphe yenme sürecidir ve bu sürecin sonunda şüpheli/sanığın beraat etme yahut ceza almama ihtimali de bulunmaktadır. Bu nedenle bir hukuk devletinin suç ile mücadele etme, bozulan sosyal düzeni yeniden tesis etme, adaleti ve güvenliği sağlama yükümlülüğü kadar suç şüphesi altında da olsa bireyin insan haklarını koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu kapsamda şüpheli/sanık, delil elde edilmesinde kullanılan bir araç olmayıp, ceza muhakemesinde hakları olan bir süjedir.

Şüpheli, soruşturma evresinde kendisine isnad edilen suçla ilgili olarak yaptığı açıklamalarla soruşturma aşamasına yön vermekte, delillerin toplanmasına yardımcı olmaktadır. Benzer şekilde kovuşturma evresinde de sanığın sorgusu yargılamanın yürüyüşü ile delillerin değerlendirilmesi üzerinde etkili olmaktadır. Kısaca ifade ve sorgu olarak adlandırabileceğimiz bu işlemler, ceza muhakemesinin gidişatındaki bu önemlerine binaen 5271 Sayılı Kanun ve Yönetmelikle çok sıkı kuralara bağlamıştır. Söz konusu kuralların ihlal edilmesi ise, hukuka aykırı olarak elde edilen ifade/sorgu beyanlarının ceza muhakemesinde değerlendirilememesini sonuçlamaktadır. Zira yukarıda kısaca izah etmeye çalıştığımız, şüpheli/sanığın ceza muhakemesinin objesi olmadığı gerçeği, teorik boyuta ne kadar idealize edilse de uygulamada şüpheli/sanık hakları temelinde bir ceza muhakemesi yürütme yükümlülüğü, maddi gerçeğe ulaşma amacı bakımından bir engel olarak algılanmaktadır. Söz konusu bu algı, ifade alma işleminin savunma hakkının kullanılması amacı dışlanarak, salt delil elde etme faaliyetimişçesine, şüphelinin ifadesinin alınmaksızın iddianame düzenlenmesinden, istinabe yahut SEGBİS ile sorgu yapılması sorunlarına ve ifade alma/sorgu sırasında uyulması gereken kuralların ihlal edilmesini kapsamına alan geniş bir ihlaller zinciri oluşturmaktadır.

Bu kapsamda yapacağımız çalışmamızda ifade alma ve sorgu kavramlarına, ifade alınmaksızın iddianame düzenlenmesi ile istinabe ve SEGBİS suretiyle sorgu meselelerine yer verilecek, konunun yasal boyutu Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır. Diğer yandan, şüpheli/sanığın ifade alma ve sorgu sırasında haklarına değinilecek, bunlardan özellikle hakları ve isnadı öğrenme, susma ve müdafiden yararlanma hakları güncel yasa değişiklikleri ve Yargıtay kararları kapsamında değerlendirilecektir.

I. İfade ve Sorgu

I.İfade ve Sorgu Kavramları

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 2. maddesinde ifade alma ve sorgu kavramları tanımlanmıştır. Buna göre,

İfade alma, “Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini”, sorgu ise, “Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini” ifade etmektedir.

Burada önem arz eden husus, ifade alma konusunda Kanun’un, şüpheli ve ceza muhakemesinin soruşturma aşamasını merkez alarak bir tanım yapmış olmasıdır. Bir başka ifadeyle ifade alma, soruşturma evresinde, şüphelinin, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenilmesidir¹.

Fakat dikkat edilmesi gereken husus, soruşturma evresinde bazı hallerde şüphelinin dinlenmesinin “sorgu” olarak nitelendirilebileceğidir. Zira Kanun’un sorgu tanımına bakıldığında, şüpheli veya sanığın soruşturma yahut kovuşturma makamları tarafından dinlenilmesinden bahsedilmektedir. Bu anlamda kovuşturma aşamasında sanığın kolluk görevlileri yahut Cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmesi mümkün olmamakla birlikte, şüphelinin soruşturma evresinde hakim tarafından dinlenebilmesi mümkündür. Bu durum uygulamada özellikle tutuklama sorgularında karşımıza çıkmaktadır.

Şu halde, 5271 sayılı Kanun bakımından dinleme işlemini yapan makama göre bir ayrımın yapıldığını söylemek mümkündür. Bu ayrımın kural olarak esas bakımından bir önemi bulunmamakla birlikte, sonuçları bakımından bazı farklılıklar ortaya çıkabilmektedir².

2. İfade Alma ve Sorgu Makamları

A. Genel Açıklamalar

İfade alma ve sorgu faaliyetleri ancak belli kişi/kişiler tarafından yerine getirilebilir. Bu anlamda ifade ancak kolluk ya da cumhuriyet savcısı tarafından alınabilir; bunlar dışındaki kişiler ifade alma bakımından yetkili değildirler³.

- 1 CMK’nun 2/1-a maddesine göre şüpheli, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, 2/1-e maddesine göre ise soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmektedir.
- 2 **ŞAHİN, Cumhur**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, Eylül, 2018, s. 35., **DEMİRBAŞ, Timur**, Soruşturma evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 55, 65.
- 3 **DEMİRBAŞ**, s. 63, 64., “Sanık Cumhuriyet savcısının soruşturmayı yürütmekle görevli olduğu dosyalarda bir kısım şüpheli ya da şikâyetçi ifadelerini **zabıt katiplerine aldırarak şeklinde gerçekleşen eylemiyle**, görevinin gereklerine aykırı bir davranışta bulunduğu ortadadır. Soruşturma dosyalarında ifadelerin CMK gereğince soruşturmayı yürütmek vesonuçlandırmakla görevlendirilmiş, kamu adına iddianamenin düzenlenmesi ya da kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar verilmesinde yetki ve sorumluluğu bulunan Cumhuriyet savcısı yerine, ifade almakla sorumlu ve görevli olmayan ve ifadeler alınırken kanunilik ilkesini bilmek durumunda olmayan sadece katiplik görevini yürüten ve tutanağı yazmakla sorumlu olan kişiler tarafından alınmasının soruşturmanın etkin ve adaletili bir şekilde ve ciddiyet içinde yapılmadığı şüphesini oluşturduğu, dolayısıyla Anayasanın 36. maddesi ile koruma altına alınmış olan adil yargılanma hakkının gerçekleşmediği kaygısına sebebiyet verilerek mağduriyete neden olduğu anlaşıldığından, sanığın eylemi 5237 sayılı TCK’nun 257/1. maddesinde düzenlenmiş olan görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.” **YCGK, E. 2014/709, K. 2015/139, T. 5.5.2015.**

Sorgu da yargılamayı yapmaya yetkili ve görevli mahkeme tarafından bizzat yapılması gereken bir işlemdir. Bu nedenle görevsizlik kararı veren mahkemenin yaptığı sorgunun esas alınması⁴, istisnai haller dışında sanığın sorgusu yapılmadan duruşmaya başlanması veya hüküm verilmesi veya sorgunun esas mahkemesi dışında istinabe suretiyle yahut SEGBİS ile alınması bu duruma örnektir. Söz konusu yasal istisnalar olmadığı sürece bu tür uygulamalar yapılması, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir.

B.İstinabe Usulü ve SEGBİS ile Sorgu

CMK'nun 196. maddesinin 2. fıkrasına göre sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilecekse, sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur. Bu ihtimalde eğer, sanığın alacağı cezanın beş yıldan az olamayacağı anlaşılıyorsa⁵, sanığa esas mahkemesi huzurunda açıklamalarda bulunmak isteyip istemediği sorulmaksızın sorgu yapılmışsa⁶ ya da esas mahkemesinde açıklamalarda bulunmak talebi olmasına rağmen bu talep hakkında karar verilmemiş yahut mesnetsiz olarak reddedilmişse usule aykırılık söz konusu olacaktır⁷.

- 4 “...CMK'nın 7. maddesindeki “yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür” hükmü karşısında, ... Sulh Ceza Mahkemesince yapılan sorgu ile yetinilerek sanık ...'ın savunması alınmaksızın yargılamaya devamlı hüküm kurulmak suretiyle, CMK'nın 7 ve 193. maddelerine aykırı davranılması” bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 4. C.D., E. 2016/4687, K. 2016/6618, T. 07.04.2016.**
- 5 “Sanığın eylemine uyan 5237 Sayılı TCK'nin 86/1, 86/3-e, 87/1-d, 87/1-son maddeleri uyarınca cezasının 5 yıldan az olamayacağı anlaşıldığından, 5271 Sayılı CMK'nin 196/2. maddesi gereğince istinabe suretiyle sorguya çekilemeyeceğinin gözetilmemesi” bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 3. C.D., E. 2017/16360, K. 2018/11892, T. 28.6.2018., Yarg. 2.C.D., E. 2015/17979 K. 2018/5722, T. 7.5.2018.**
- 6 “Ceyhan 1. Asliye Ceza Mahkemesince istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanık ...'a, sorgusundan önce ifadesini yargılamanın yapıldığı esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulmayıp, 5271 Sayılı CMK'nın 196/2 maddesine aykırı şekilde yapılan sorgusu esas alınmak suretiyle, hakkında hükümlülük kararı verilerek savunma hakkının kısıtlanması” bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 17. C.D., E. 2016/10758, K. 2018/12109, T. 9.10.2018.** Ayrıca bkz. **Yarg. 2. C.D., E. 2016/13873, K. 2018/9965, T. 20.9.2018., Yarg. 17. C.D., E. 2016/5989, K. 2018/9733, T. 2.7.2018., Yarg. 17. C.D., E. 2017/3192, K. 2018/9511, T. 27.6.2018.**
- 7 “Dairemizce de benimsenen CGK'nın 2011/4-248 E. ve 2012/37 K. sayılı ilamında da belirtildiği üzere, sorgusundan önce sanığa, ifadesini yargılamayı yapan mahkeme huzurunda vermek isteyip istemediğinin sorulmaması veya sorulması üzerine duruşmadan başışık tutulmak istemediğini belirtmesine karşın istinabe ile alınan ifadesiyle yetinilmesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından mutlak bir bozma nedenidir. Sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, yükümlülük yönü olmakla birlikte öncelikle kendisi açısından bir hak olup, bu hak adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Tarafı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dâhil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, sanığın kendisini bizzat savunma hakkı bulunduğu belirtilmekle, mahkeme huzurunda doğrudan savunmasını yapabilmesi için duruşmada hazır bulunma hakkının varlığı da zımnen kabul edilmiştir. Somut olayda, başka bir suçtan hükümlü olan sanığın, savunmasının alındığı, 12.06.2012 tarihli talimat duruşmasındaki “... esas mahkememde yüzleşme talebim vardır, doğrudan doğruyalık ilkesinin uygulanmasını duruşmalara katılmamı, CMK 194,195,196 maddelerinin uygulanmasını talep ediyorum” şeklinde beyanına rağmen, 19.07.2012 tarihli duruşmada talebin “Sanık yüzyüze beyanının alınması yönünde talepte bulunmuş ise de yüzyüze beyanının alınmasının davaya herhangi bir katkı sağlamayacağı anlaşıldığından ve sanık tarafından savunmasının alınıp imza yazı örnekleri alınmış bulunduğu mahkememizde hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmadığından” şeklindeki gerekçeyle reddine karar verilip, sanık hakkında atılı suçtan hükümlülük kararı verilmesi karşısında, duruşmalardan başışık tutulmak istemeyen sanığın savunmasının esas mahkemesince alınması gerektiği gözetilmeden veya CMK'nın 196/4. maddesine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle

Uygulamada diğer bir duruşma seyri hali, istinabe yasağının bulunduğu durumlarda sanığın esas mahkemesinde açıklamalarda bulunmak istemesine rağmen SEGBİS ile sorgusunun yapılmasıdır⁸. Zira 196. maddenin 4. fıkrasında yer alan “*Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.*” hükmündeki “*yukarıdaki fıkralar içeriğine göre*” ibaresinin hükümden çıkarılmasıyla, SEGBİS’in alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da uygulanabileceği kabul edilmeye başlanmıştır. Zira CMK’nun 196. maddesinin 4. fıkrasının, 694 sayılı KHK’nin 147. maddesinin 1.2.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun’un 142. maddesiyle aynen kabul edilmesiyle değiştirilen “*Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.*” hükmü getirilmiştir.

Yargıtay kararlarında da istinabe yasağı olan hallerde, SEGBİS ile sorgu yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak, önem arz eden husus SEGBİS için tarafların güvenliklerinin tehlikeye düşmesi, ulaşım açısından zorluk veya davanın makul sürede sonuçlandırılmasına engel olması gibi⁹ “*hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü bir durum*”un olması gerektiğidir. Zira ceza muhakemesinde doğrudan doğruyalık/yüzyüzelik esastır; sanığın yokluğu halleri de tahdidir¹⁰.

savunmasının alınabilmesi olanağı araştırılmadan, savunma hakkı kısıtlanarak, CMK’nun 196 ve AİHS’nin 6/3-c maddelerine muhalefet edilmesi” bozmayı gerektirmiştir. Yarg. 18. C.D., E. 2016/2152, K. 2018/1439, T. 8.2.2018.

8 “*Sanığın istinabe mahkemesinde 11/12/2013 tarihli duruşmada alınan ifadesinde esas mahkemesinde ifade vermek istediğini, duruşmadan varestede tutulmak istemediğini beyan etmesi üzerine esas mahkemesince 14/01/2014 tarihli ilk celsede Kayseri Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka bir suçtan hükümlü olarak bulunan sanığın SEGBİS yoluyla duruşmada hazır edildiği ve sanığın ifadesinde, susma hakkını kullandığını Adana’ya gelebilirse ifade vereceğini beyan ettiği, mahkemeye kısa kararın açıklandığı 01/04/2014 tarihli duruşmaya sanık bizzat getirilmeden yeniden SEGBİS yoluyla savunması alınmak istendiğinde sanığın ifadesinde, Adana’ya getirilmeyorsa savunma yapmayacağını, duruşmaya katılmak istemediğini beyan etmesi üzerine SEGBİS sisteminin sona erdirilerek sanığın yokluğunda karar verilmişse de; hüküm tarihinde farklı yargı çevresindeki Kayseri Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda başka bir suçtan hükümlü bulunan sanığın duruşmalara SEGBİS yoluyla değil, **bizzat hazır bulunarak katılmak istediğine dair talebi karşısında sanığın esas mahkemesinde hazır bulundurulması gerektiği gözetilmeden sanığın yokluğunda hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 Sayılı CMK’nın 193. ve 196. maddelerine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması” bozmayı gerektirmiştir. Yarg. 2. C.D., E. 2016/13676, K. 2018/15319, T. 12.12.2018.***

9 **Yarg. 17. C.D., E. 2016/13097, K. 2018/14660, T. 19.11.2018.**

10 “*Suç ve hüküm tarihi itibarıyla TCK’nun 142. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenip üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngören nitelikli hırsızlık suçundan yargılanan, başka bir suçtan yerel mahkemenin yargı çevresi dışında Antalya L tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan ve istinabe suretiyle Antalya 5. Asliye Ceza Mahkemesince sorgusu yapılan sanığa, sorgusundan önce, ifadesini asıl mahkemesinde vermek isteyip istemediğinin sorulmaması, yine istinabe suretiyle yapılan sorgusu sırasında duruşmalardan başışık tutulma isteğinde bulunmayan sanığın, Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü bildirdiği ve hükmün açıklandığı 06.02.2014 tarihli son oturumda hazır bulundurulmayıp yokluğunda yargılama yapılarak mâhkumiyetine karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir.” YCGK, E. 2018/17-339, K. 2018/536, T. 15.11.2018.*

Aynı yönde bkz. Ankara BAM 4.C.D., 4. CEZA DAİRESİ E. 2017/368, K. 2017/328, T. 2.10.2017.

*“...silahlı terör örgütüne üye olma suçundan dolayı Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanan sanığın, bu suçtan dolayı anılan mahkemenin yargı çevresi içerisinde Kastamonu E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu bulunduğu, 02.05.2017 tarihli oturumda müdafii yardımı ile sanığın savunmasını yaptığı, duruşmalardan başışık tutulması yönteminde sanık veya müdafisinin bir talebinin bulunmadığı, sanığın bizzat mahkemeye getirilerek duruşmalarda hazır bulundurulmasına engel olacak biçimde yargılamanın yapıldığı yerde yakın zamanlarda meydana gelen **doğal veya***

Böylece, uygulamada istinabe yasağının bulunduğu ve sanığın esas mahkemesinin önüne çıkıp sorguya çekilmesini talep ettiği hallerde dahi sorgunun, “zorunlu görülen durumun” ne olduğu açıklanıp gerekçelendirilmeden SEGBİS’ne başvurulduğu ve Yargıtay’ın da bu “otomatik” uygulamayı savunma hakkının kısıtlanması olarak gördüğünü söylemek mümkündür¹¹.

C. Yetkili Makam Tarafından İfade Alınmaksızın İddianame Düzenlenmesi Meselesi

5271 Sayılı CMK, ifade alma ve sorgu bakımından şüpheli/sanığın “dinlenilmesi”nden bahsetmiştir. Bu dinleme, şüpheli/sanık açısından bakıldığında bir “savunma”, kamusal açıdan ise “maddi gerçeğin araştırılması” faaliyetidir. Bu nedenle ifade ve sorgu, salt bir savunma aracı olmadığı gibi¹² savunma kısmını da dışlayan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması faaliyeti de değildir¹³.

toplumsal bir olay, salgın, bulaşıcı hastalık, sağlık sorunu, terör eylemi ve güvenlik problemi yaşandığının ifade edilmediği gibi, sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanının gerçeği söylemeyeceği endişesi, sanığın davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı yönünde haklı bir gerçeğe bulunduğu bildirilmediği ve duruşma tutanaklarına yansıtılmadığı halde...duruşmada bizzat hazır bulundurulması ve savunma imkanı sağlandıktan sonra hüküm kurulması gerekirken, CMK'nin 196/4. maddesine yanlış anlam verilerek SEGBİS yoluyla yargılama yapıp cezalandırılmasına karar vermek suretiyle, CMK'nin 193/1 ve 196/4. maddeleri hükümlerine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması” bozmayı gerektirmiştir.

- 11 ...*Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu’nda başka suçtan hükümlü bulunan sanığın SEGBİS aracılığıyla alınan savunmasında; “Yargıtay bozma ilamına bir diyeceğim yoktur. Ben SEGBİS sistemiyle ifade vermeyi kabul etmiyorum. Ben bizzat mahkeme huzurunda ifade vermek istiyorum, daha fazla konuşmak istemiyorum” şeklinde beyanda bulunduğunun ve temyiz dilekçesinde de bu husustan bahsettiğinin anlaşılması karşısında...YGGK 13/02/2018 tarih, 2016/16-814 Esas, 2018/42 Karar sayılı ve 27/02/2018 tarih, 2017/16-33 Esas, 2018/74 Karar sayılı kararlarında da, yukarıda belirtilen kanun değişikliği itibarıyla hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan yargılanan ve mahkeme huzuruna getirilme talebi bulunan sanığın SEGBİS yöntemi ile sorgusunun yapılmasına ve duruşmalara katılmına karar verilmesinin bozma sebebi oluşturmayacağına karar verilmiştir. Bozma öncesi ve sonrasında SEGBİS sistemi aracılığıyla ifade vermek isteyen sanığın sorgusunun, kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi zorunlu görülen tarafların güvenliklerinin tehlikeye düşmesi veya davanın makul sürede sonuçlandırılmasına engel olması gibi hangi durumların gözönünde bulundurulduğu açıklanıp belirtilmeden duruşmada hazır bulundurulmayıp SEGBİS aracılığıyla sorgusu yapılarak mahkumiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması” bozmayı gerektirmiştir. Yarg. 17. C.D., E. 2016/13097, K. 2018/14660, T. 19.11.2018. “Menemen T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan sanığın, hükümden önce 25.08.2017 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 694 Sayılı K.H.K’nin 147. maddesiyle değişik CMK’nin 196/4. maddesinde öngörülen zorunluluk halinin ne olduğu belirtilmeden yargılamanın hiçbir aşamasında mahkeme salonunda hazır bulundurulmaksızın SEGBİS yöntemiyle savunması alınıp son sözü sorulmak suretiyle yargılamanın tamamlanıp CMK’nin 289/1-h maddesi kapsamında aynı Kanununun 196/4. maddesine muhalefet edilerek savunma hakkının kısıtlanması” bozmayı gerektirmiştir. Yarg. 16. C.D., E. 2018/1162, K. 2018/2275, T. 28.6.2018.*
- 12 Ancak sorgunun, savunma aracı yönünün daha baskın olduğu söylenmelidir. “Sorgusu sırasında sanığa üzerine atılı suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu, şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılacak, aleyhindeki şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürme imkânı verilecektir. Bu yönü itibarıyla sorgu, kamusal yanı bulunmakla birlikte öncelikle bir savunma aracıdır.” YCGK, E. 2018/16-237, K. 2018/298, T. 19.6.2018., YCGK, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014.
- 13 CİHAN, Erol, 50.yılda Ceza Muhakemesi Sujesi Olarak Sanığın Sorgusu, İÜHFİM, C.50, S.1-4, s. 147-150., KOCA, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜHFİM, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 136. “Savunma hakkının temelini oluşturan sorgu, sadece sanık lehine getirilmiş bir hüküm değil, aynı zamanda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla konulmuş, kamusal niteliği de bulunan emredici usul kuralıdır. Savunma hakkının sınırlandırılmayacağı ilke olmakla birlikte, kanun koyucunun başka bir mağduriyete sebebiyet vermemek, yargılamanın uzamasını engellemek, usul ekonomisi, gereksiz emek ve gider kaybına neden olmamak açısından bazı sınırlamalara gittiği de bir gerçektir. Ancak bu sınırlamalar istisna olup, bu hallerde dahi usul kanunumuz bazı

Özellikle sanığın meramını anlatabilme hakkını kullandığı ifade alma ile sorgu kıyaslandığında, sorgunun savunma hakkının kullanılması yanının daha ağır bastığı kabul edilmektedir. Nitekim sorgu yapılmaksızın tutuklamaya karar verilemeyeceği gibi kural olarak duruşmaya başlanması yahut esas hakkında hüküm verilmesi de mümkün değildir¹⁴.

Halbuki şüphelinin ifadesi alınmadan da iddianame düzenlemesi uygulamada kabul edilmektedir¹⁵. Diğer yandan iddianamenin, şüphelinin ifadesinin alınmaması nedeniyle reddi

şartların varlığını aramaktadır.” YCGK, E. 2018/16-237, K. 2018/298, T. 19.6.2018., YCGK, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014.

14 “...*ifade ve sorgu şüpheli ve sanık bakımından bir yükümlülük olmakla beraber, aynı zamanda bir haktır. 5271 Sayılı CMK'nun 147 ve 191. maddelerinde belirtilen yasal hakları kendisine hatırlatılan ve “açıklamada bulunmama” hakkını kullandığına dair bir beyanda bulunmayan, diğer bir deyişle haklarını anladığını ve yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildiren sanığın, suça konu maddi olay ile ilgili savunmasının tespiti amacıyla sorgusuna başlanacaktır. Yüklenen suç ile ilgili sanığın sorgusu yapılmadan, soruşturma evresindeki ifadelerine atıfta bulunması ve mahkeme tarafından da iddia konusu eylemin aydınlatılması açısından hiçbir soru yöneltilmemiş olması durumunda, usulüne uygun sorgu yapıldığından söz edilemez. Bu savunmalara dayanılarak hüküm kurulması, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir. İddia konusu eylem ile ilgili savunması tespit edilmeden alınan ek savunmaya dair beyanların da CMK'nun 147 ve 191. maddelerinde anılmayan bulan sorgu niteliğinde olduğunun kabulü mümkün değildir.” YCGK, E. 2017/7-1188, K. 2018/167, T. 17.4.2018.*

15 “Somut olayda Lice Asliye Ceza Mahkemesince, şüphelinin ifadesinin alınmadığından bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170/3. maddesinde iddianamede nelerin gösterileceği, aynı Kanun'un 174/1. maddesinde iddianamenin hangi hallerde iadesine karar verileceğinin belirtildiği, aynı Kanun'un 170/2. maddesinde yer alan “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.” hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısının dava açmasının zorunlu olduğu ve suçun hukuki nitelendirilmesinin de Cumhuriyet savcısına ait olduğu, bu durumda mahkemece, iddianamede gösterilen olaylarla ilgili olarak ibraz edilen deliller ve yargılama sırasında ibraz edilebilecek deliller birlikte değerlendirilerek yargılama sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceği, şüphelinin tüm aramalara rağmen bulunmadığı, iddianamenin iadesi sebepleri arasında sanığın savunmasının alınmamış olmasının sayılmadığı cihetle, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde, isabet görülmediği gerekçesiyle... Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 22/11/2017 tarihli ve 2017/1047 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309/4 maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yerine getirilmesine, 10.04.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Yarg. 19. C.D., E. 2018/3011, K. 2018/4309, T. 10.4.2018. Ayrıca bkz. Yarg. 19. C.D., E. 2018/3338, K. 2018/6499, T. 29.5.2018.

KARŞI OY (Yarg. 19. C.D., E. 2018/3338, K. 2018/6499, T. 29.5.2018.): Somut olayda şüphelinin savunmasının alınması suçun sübutuna muhakkak surette etki edecek bir delildir. Şöyle ki sanığın savunmasında askerlik yoklamasını haklı bir mazeret ile yaptıramadığını beyan etmesi durumunda bu mazeretin resmi bir belgeyle (örneğin doktor raporu) şüpheli hakkında dava dahi açılmayacaktır. Böylelikle hem şüphelinin savunma hakkı ile lekelenme hakkı korunacak, hem de dava açılmayarak usul ekonomisi ilkesine uygun hareket edilmiş olacaktır. Şüpheliye savunma hakkının sağlanmaması temel insan hakkı ihlalidir. Bu anlamda en temel hak olan savunma hakkı sağlanmadan dava açılması hukuk sisteminde kabul edilemez. Kaldı ki, Cumhuriyet Savcısı sanığın savunmasına başvurabilmek için ihzar veya yakalama emri çıkarmak gibi bir usul işlemine dahi girişmemiş, savunmayı alabilmek için etkin bir soruşturma yürütmemiştir. Etkin soruşturma yürütmeksizin dava açılması AİHS'nin 6. maddesi ve T.C. Anayasası'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlalidir. AİHM, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlalini “açık ve bariz keyfiliğin varlığı” olarak kabul etmektedir.

“Mahkemenin sanığın savunmasının alınmamasına yönelik iade gerekçesine gelince; 5271 sayılı C.Y.Yasasının 170/2 maddesine göre soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenleyerek kamu davası açar. Aynı yasa maddesinin 3. fıkrasında ise iddianamede gösterilmesi ve bulunması gereken unsurlar sayılmıştır. Şüphelinin ifadesinin veya savunmasının alınmasında belirtilen madde açısından bir zorunluluk bulunmamaktadır. Dosyadaki belgelerden, sanığın savunması anlaşılmaktadır. Şüphelinin ifadesinin alınması zorunluluğunun, C.Y.Y.nın 174/1-b maddesinin yönünden de irdelenmesi gerekmektedir. 30.4.2007 tarihli iddianamede, şüpheli hakkında kamu davası açılmasına dayanak oluşturan deliller arasında, yakınan ve tanık anlatımları ile iletişimin tespitine ilişkin kayıtlar bulunmaktadır. Gösterilen bu kanıtların kamu davası

kısıtlı olasılıklarda karşımıza çıkmaktadır. Nitekim toplanan delillerin yeterli dereceye ulaşmadığı ve şüphelinin ifadesinin alınmadan diğer delillere ulaşılmadığı hallerde iddianamenin reddinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹⁶.

Kanaatimizce, savunma hakkının kullanılması sorgu bakımından ne kadar önem arz ediyorsa, ifade alma bakımından da o kadar önemlidir. Kanun, ifade alma ve sorgu bakımından şüpheli/sanığın “dinlenilmesi”nden bahsetmiş, bu konuda tek farklılığı, dinleyen makam olarak belirlemiştir. Uygulamada ortaya çıkan aksi yöndeki fiili durum, açıkça şüphelinin savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Bu durum ayrıca, iddianame düzenleme yetkisine sahip yegane süje olan cumhuriyet savcısının, şüphelinin ifadesi alınmaksızın kamusal “iddia” faaliyetini layıkıyla yerine getirmesi, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve şüphelinin aleyhine olduğu kadar lehine olan delillerin de toplanması hususları bakımından da çelişki oluşturmaktadır.

II. İfade ve Sorgu Usulü

A. İfade ve Sorgunun Yapılışına İlişkin Kurallar

İfade ve sorgunun yapılışına ilişkin kurallar CMK'nun 145 ila 148. maddelerinde düzenlenmiştir. “İfade ve Sorgunun Tarzı” 147. maddede yer almakla birlikte, ifade ve sorguya ilişkin kurallar geniş anlamda ele alındığında, şüpheli/sanık haklarının ihlali, müdafinin dosya inceleme yetkisinin gizlilik kararıyla kısıtlanması, müdafinin delilleri inceleyememesi ve böylece ifade yahut sorgu öncesi layıkıyla savunma yapabilecek argümanlara sahip olamaması, teşhis işleminde müdafinin bulunmaması vs. gibi bir çok tartışmalı husus da bu kuralların muhtevasını oluşturmaktadır. Zira bu gibi hallerde “savunma hakkının kısıtlanması” söz konusu olabilmektedir.

Diğer yandan ifade ve sorguda yasak usuller de ifade ve sorgunun yapılışına ilişkin kurallar içerisinde değerlendirilir. Söz konusu usuller CMK'nun 148. maddesinde yasaklanmış olup, söz konusu yasağa aykırılık elde edilen beyan bakımından hukuka kesin aykırılık oluşturur¹⁷. (CMK m. 289/1-i)

Şu halde, her ne kadar ifade ve sorgunun usulüne ilişkin temel kurallar CMK'nun 147. maddesinde düzenlenmiş olsa da söz konusu maddenin Kanun'un bir çok madde hükmüyle

açılması için yeterli şüphe oluşturduğu tartışmasıdır. Şüphelinin ifadesi veya savunması dosya içerisindeki delillere göre suçun sübutuna mutlak etki eden bir kanıt niteliği taşımamaktadır. Belirtilen nedenlerle iddianamenin iadesi kararına karşı yapılan itirazı inceleyen merciin verdiği ret kararı hukuka aykırıdır.” Yarg. 4. C.D., E. 2007/8599, K. 2009/4557, T. 11.3.2009. Ayrıca bkz. Yarg. 4. C.D., E. 2007/4495, K. 2007/8944, T. 6.11.2007., Yarg. 2. C.D., E. 2007/1251, K. 2007/417, T. 14.2.2007.

16 “Somut olayda araçtan hırsızlık ve dolandırıcılığa teşebbüs suçlarıyla ilgili olarak yürütülen soruşturmada, atılı suçlardan hakkında iddianame düzenlenen 0 539 no’lu telefonun kayden sahibi görünenen R.K. da dahil olmak üzere; atılı suçların kim ya da kimler tarafından, ne şekilde işlendiğine dair, hiçbir delil elde edilebilmiş değildir. İade kararında da belirtildiği üzere; belki de olaylarla hiçbir alakası olmayabilecek olan R.K.’nın dinlenilmesi ve oluşacak duruma göre toplanması gereken ilave bütün delillerin toplanması, suçun sübutuna etki edeceği muhakkak olan bir delil olduğundan, bu delil ya da deliller toplanmadan iddianame düzenlenmesi, usul ve yasaya aykırıdır.” Yarg. 13. C.D., E. 2011/27923, K. 2012/2008, T. 2.2.2012.

17 Ayrıca bkz. CİHAN, Erol, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, İÜMHAD, C.5, S.7, 2007.

(özellikle de şüpheli/sanığın savunma hakkı) ve son tahlilde adil yargılanma hakkı ile yakın ilişkisi bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, ifadesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişi gözaltında veya tutuklu değilse ifadesinin alınabilmesi yahut sorgusunun yapılabilmesi için davetiye ile çağırılması gerekmekte olup, çağrı kağıdında çağırılma nedeni açıkça belirtilmek zorundadır. Ayrıca gelmezse sonradan zorla getirileceği bu çağrı kağıdında yer almalıdır (m. 145). Zorla getirileceği çağrı kağıdında belirtilen kişi, bu çağrıya uymazsa hakkında zorla getirme kararı verilebilir. Ayrıca hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan şüpheli veya sanığın da zorla getirilmesine karar verilebilir (m. 146)¹⁸.

Soruşturma aşamasının dağınıklığı ilkesinin bir sonucu olarak, gerek CMK ve gerek ise YGİY’de ifadenin mekanı, zamanı ve süresine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir¹⁹. YGİY’nin 25. madde başlığında ifade alma odası kavramı kullanılmış olsa da bu hususa ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu anlamda söz konusu işlemlerin, kapalı bir mekanda, ifade odasında yahut duruşma salonunda yapılması zorunluluğu yoktur. Duruma göre yetkili makam, hemen olay yerinde, işyerinde, şüphelinin evinde de söz konusu işlemi yerine getirebilir²⁰. İfade alma ve sorgunun zamanı bakımından da bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuka uygunluk sınırları içerisinde yetkili makam, bu hususu takdir edebilir. İfade alma ve sorgu süresi, belli bir sınırlandırmaya tabi tutulmamıştır; ancak oranlılık ilkesine riayet edilmek suretiyle genel nitelikli hukuka uygunluk sınırı süre bakımından da uygulanır²¹. (özellikle CMK m. 148 bakımından²²)

B. İfade Alma ve Sorguda Şüpheli/Sanığın Hakları

Söz konusu haklar, 5271 Sayılı Kanun’un 147. maddesinde düzenlenmiştir²³.

18 Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s. 125 vd.

19 ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 565.

20 ŞAHİN, s. 155., ARICAN, Mehmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda İfade Alma ve Sorgu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2009, s. 48.

21 DEMİRBAŞ, s. 128, 129., ŞAHİN, s. 157.

22 **Madde 148** – “(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.”

23 İfade ve sorgunun tarzı Madde 147 – (1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe

Kanun koyucu, ifade alma ve sorguyu sıkı kurallara bağlamak suretiyle, bu kurallara uyulmaksızın yapılan ifade alma veya sorgunun hükümsüz olacağı yönünde bir irade ortaya koymuştur²⁴. Zira ifade alma yahut sorgu sırasında elde edilen şüpheli/sanığın beyanları delil olarak kullanılabilir, diğer yandan ifade ve sorgu tutanakları soruşturma ve kovuşturmayaya yön verecek, delillerin toplanmasına ve değerlendirilmesine yardımcı olacaktır²⁵.

Söz konusu işlemlerin, şüpheli/sanığın savunma hakkını kullanmada önemli bir yerinin olduğunun yadsınamaz olmasından kaynaklı olarak da sıkı kurallara bağlandığını kabul etmek gerekmektedir. Zira savunma hakkı, “*yargılama makamları önünde ve belli bir amaçla, bir suçlamadan kurtulmak için kullanılan söz ve düşünce özgürlüğüdür*”. Bu anlamda savunma, fiilin işlenmediği veya iddia edildiği gibi işlenmediği, fiilin hukuka aykırı olmadığı, failin cezalandırılmaması ya da az ceza alması gerektiğinin ifade edilmesi şeklinde tezahür edebilir. Kendisine suç isnad edilen kişinin, devlet ya da bireyler tarafından kendi varlığına yöneltilen eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurması veya yasal imkânlardan faydalanması olarak da tanımlanabilen bu hak, sorular sorma, itirazda bulunma, açıklamalar yapma, işlemlerde hazır bulma ve dilekçeler verme şeklinde gerçekleştirilir ve Kanun’daki birçok hüküm sanığın geniş anlamda savunması ile ilgilidir. Sanığın bütün hakları geniş anlamda savunma hakkı kavramı altında toplanabilir²⁶. Bu anlamda 147. maddede sayılan hakların, geniş anlamda şüpheli/sanığın savunma hakkı kapsamında olduğunu ifade etmek mümkündür.

Biz bu haklardan özellikle haklarını ve isnadı öğrenme, susma ve müdafiden yararlanma hakları üzerinde durmayı uygun buluyoruz.

nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.

h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.

i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.

2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.

3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.

4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.

5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.

24 “...öncelikle, emredici usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığı, usuli bir hata olup olmadığı incelenmeli, olmadığı takdirde dosyanın esasına girilmelidir. Usuli hükümleri, emredici kuralları bir tarafa bırakarak önce işin esasının incelenmesi, sübut olmadığı takdirde hükmün onanması, sübutun varlığında ise bu usuli eksiklik nedeniyle hükmün bozulması, ikiliuygulamaya ve yanlış anlamalara neden olacaktır. Bu şekilde, yani önemli usuli eksikliğe rağmen, esasa ilişkin inceleme yapılarak bozma kararı verilmesi durumunda, sübutun varlığı kabul edilmiş olacağından; artık bundan sonra CYUY.nın 135. maddesi hükmünün uygulanmasının mantıkî ve hukuki bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü, suçun oluştuğu Yargıtayca peşinen kabul edilmiş ve üst mahkemenin görüşü belli olmuştur. Ayrıca bu durum; “oy’un açıklanması” niteliğinde olduğu gibi, böyle bir bozma sadece yasa hükmünü şeklen yerine getirmeye yönelik hiçbir yararı bulunmayan anlamsız bir bozma olacak ve maddenin amacı ile bağdaşmayacaktır.” YCGK, E. 1995/6-163, K. 1996/66, 26.03.1996.

25 ARICAN, s. 44.

26 ZAFER, Hamide, Savunma Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, MÜHFHAD, C:19, S:2, 2013, s. 509, 510.

C. Haklarını ve İsnadı Öğrenme Hakkı

CMK'nun 147/1-b maddesinde, şüpheli/sanık işaret edilmek suretiyle “kendisine yüklenen suç anlatılır.” düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu hak, şüpheli/sanığın isnadı öğrenme hakkıdır. Benzer bir düzenlemeye, “kendisine yüklenen suç anlatılır.” ibaresine yer vermek suretiyle, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin (YGİY) 23. maddesinde de yer verilmiştir.

147. Maddede ayrıca, şüpheli/sanığa, Müdafiden Yararlanma Hakkı, Susma Hakkı, Yakınlarına Haber Verme Hakkı ve Delillerin Toplanması İsteme Hakkının olduğunun bildirileceği de düzenlenmiştir. Böylece, söz konusu madde sadece isnadın değil aynı zamanda şüpheli/sanığın sahip olduğu hakların kendisine bildirilmesini de emredici hüküm altına almak suretiyle, savunma hakkının ihlal edilmesine hukuki bir takım sonuçlar bağlamış olmaktadır. Şu halde bazı hakların hatırlatılmış, bazı hakların ise hatırlanmamış olması da bir bozma sebebidir²⁷. Diğer yandan 5271 sayılı Kanun'un 90/4 ve YGİY'nin 6. maddesinde de göre, eğer kişi yakalama işlemine maruz kalmışsa, ifade ve sorgudan ayrı olarak, yakalanma sebebinin ve haklarının kendisine bildirileceği düzenlenmiştir²⁸.

Burada önem arz eden husus, kanun koyucunun bazı hakların “hatırlatılması”ndan (147/1-f) bazılarının “bildirilmesi”nden (147/1-c,d) ve kimi zaman ise “anlatılması” (147/1-b) yahut “söylemesi”nden (147/1-e) bahsetmiş olmasıdır. İfade etmek gerekir ki, suç isnadı ile karşılaşan kişi, çoğu zaman haklarından bihaberdir. Hatırlatmanın, halihazırda bilinen hususlar için yapılabilecek bir faaliyet olduğundan yola çıkarsak, haklarını bilmeyen bir kimseye, söz konusu hakların hatırlatılması da bir anlam ifade etmeyecektir. Benzer şekilde hakların sadece bildirilmesi ile de yetinilmemelidir. Şu halde, çalışmamız kapsamında tercih ettiğimiz hakların öğretilmesi, hatırlatma ve bildirmenin ötesinde, bu hakların şüpheli/sanığa anlatılması olarak anlaşılmalıdır. Zira “..kanuni hakların sadece bildirilmesi yakalananın kanuni haklarını o an için anlaması için yeterli değildir. Yakalanan şahıs kollukta zaten o an doğru düşünebilme yeteneğini engelleyecek çeşitli hem içsel ve hem de dışsal nedenlerden kaynaklanan bir manevi baskı altındadır. Bu şahsa kanuni haklarının içerikleri anlatılmadan, kişinin anlayacağı biçimde açıklama yapılmadan sadece haklarının satırbaşları ile bildirilmesi, kanunun amaçladığı yararı sağlamayacaktır.”²⁹

Bu nedenle CMK'nun 147. maddesinde gösterilen hakların öğretilmesi bakımından şüpheli/sanığa bunları anlayıp anlamadığı sorulmalı, anlamış olması halinde ise bunun tutanağa

27 “Yerel Mahkemece iddianame okunduktan sonra sanığa suçu anlatılıp suçlamalar konusunda cevap vermeyebileceği hatırlatılarak sorgusuna geçilmiştir. Madde ile sanığa tanınan haklar sadece susma hakkından ibaret olmayıp 135. maddenin diğer bentlerindeki hususlar da aynı derecede önemli ve savunma hakkına ilişkindir. Sanığın en önemli haklarından biri olan savunma hakkı hiç bir şekilde kısıtlanmamalıdır.” YCGK, E. 1996/6-263, K. 1996/282, T. 17.12.1996

28 “Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir.”

29 KOCAOĞLU, Sehat, Sinan, Susma Hakkı, ABD, 2011/1, s. 44.

geçirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, uygulamada söz konusu olan matbu “CMK m, 147’deki hakları hatırlatıldı” bildirimleri/formları, hakların öğretilmesi anlamına gelmemektedir.³⁰

a. Hakların Öğretilmesi Hakkı

Varlığından haberdar olunmayan hak, hiçbir değer ifade etmemesi ve haklarını bilmeyen sanığın muhakemeye aktif olarak katılabilesinin mümkün olmaması nedeniyle, söz konusu hakların şüpheli/sanığa mutlaka öğretilmesi gerekmektedir; zira şüpheli/sanık ancak bu şekilde hakkındaki şüphe sebeplerini bertaraf edebilme ve lehine delilleri ortaya koyabilme şansına sahip olabilir.³¹ Bu kişi haklarını biliyor olsa yahut bildiğini ifade etmiş olsa da söz konusu hakların öğretilmesi (bu duruma özgü olarak hatırlatılması) gerekmektedir.³²

Yargıtay’a göre de “CMK’nun 191/3-c ve 147. maddeleri uyarınca sorguya çekilmesi gereken sanığa, bu maddeler ile tanınan savunma hakkına dair hakları hatırlatılmadan, hatırlatılmış ise de; bu husus tutanağa geçirilmeden savunması alınıp yargılamaya devam edilerek hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır.”³³

Bir diğer husus, hakların öğretilmesi bakımından her bir yakalama, tutuklama sorgusu, ifade alma, sorgu işleminin münferit olduğudur. Bir başka ifadeyle, yakalama sırasında şüpheli/sanığa haklarının öğretilmiş olması, ifade/sorgu sırasında haklarının öğretilmeyeceği anlamına gelmeyeceği gibi, kollukta alınan ifadede hakların öğretilmiş olması, savcı tarafından ifade alınması sırasında hakların öğretilmeyeceği anlamına gelmez. Şu halde, şüpheli/sanık, kolluk, savcı yahut hakim karşısında asgari üç defa haklarını öğrenecektir.³⁴ Burada sadece ifade/sorgunun uzun sürmesi ve belli zaman aralıklarıyla devam ettiği hallerde, yeni bir ifade/sorgu faaliyeti denilemeyecek nitelikteki dinlemelerde tekrar tekrar hakların öğretilmesi söz konusu olmayabilir. Ancak sanığa ek savunma hakkı verilmesi³⁵ yahut davaların birleştirilmesi veya

30 DEMİRBAŞ, s. 139.

31 ÖZTÜRK, Bahri, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları), s. 47, openaccess.iku.edu.tr/bitstream/handle/11413/1405/HukukC2Sayi12_39.pdf?...1..., (E.T. 10.04.2019),

CENGİZ, Sekan, DEMİRBAĞ, Fahrettin, ERGÜL, Teoman, MCBRIDE, Jeremy, TEZCAN, Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s. 170., KOCAOĞLU, s. 44, 45.

32 DEMİRBAŞ, s. 140., “... davacının (şüphelinin) 11/06/2013 tarihinde ... Adalet Sarayı C blok girişinde gerçekleştirilen eylem sırasında Cumhuriyet Savcısının talimatı ile yakalanarak aynı gün ifadesi alınmadan serbest bırakıldığı, CMK’nın 90 ve 97. maddelerinde düzenlenen, yakalanan kişiye haklarının hatırlatılması ve buna dair tutanak tanzimini öngören Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6/4. maddesindeki zorunluluğun yerine getirilmediği, davacının avukat olmasının bu hükümlerin uygulama koşullarını değiştirmeyeceği, suçlamadan haberdar edilme ve düzenlemede yer alan aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin emredici hükümlerin ihlalinin işlemleri haksız hale getirdiğinin anlaşılması karşısında, davacı lehine uygun bir tazminata hükmolunması yerine yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi...” bozmayı gerektirmiştir. Yarg. 12.C.D., E. 2018/5478, K. 2018/11202, T. 26.11.2018.

33 YCGK, E. 2014/14-728, K. 2016/389, T. 25.10.2016.

34 ESER, Albin, Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanıcın Hukukî Durumu, Çev. Nur CENTEL, Yargıtay dergisi 16 (1990), S. [313], s. 322.

35 ESER, s. 322., KOCAOĞLU, s. 47.

keşif, yer gösterme yahut yüzleştirme işlemlerinde de şüpheli/sanığın aktif katılımı gerektiğinden hakların bildirilmesi zaruridir³⁶.

b. İsnadın Öğrenilmesi Hakkı

Hakkındaki isnadı bilmeyen bir sanığın kendini savunması mümkün değildir. Bu nedenle, isnadın öğrenilmesi ilkesi, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olup, sanığa kendini savunma imkanı tanımaktadır. Bu imkan tanınmaz ise, iddianın karşısında savunmaya yer verilmemiş, çelişme yöntemi uygulanmamış ve nihayetinde adil bir yargılama yapılmamış demektir³⁷. Böylece şüpheli/sanığın, eşdeğerde olan susma ya da konuşma haklarından hangisini tercih edeceğini, isnadı öğrenmesinden sonra tercih edebileceğini söylemek mümkündür³⁸. Bu nedenle örneğin, haksız arama sonucu üzerinde suç unsuru ele geçirilen ve müdafisi olmadan kollukta alınan ifadesinde ikrarda bulunan şüphelinin, sorgu esnasında da ikrarda bulunması halinde, mahkeme huzurunda gerçekleşmiş olan ikrarın da hükme esas alınabilmesi, ihlal edilmiş olan usul kuralı yahut temel hakkın şüpheli/sanığa ek güvenceler getirilmişse telafi edilmesiyle mümkün olabilir. Bir başka ifadeyle, sanık suç konusu eşyanın ele geçirilmiş ve kollukta suçu kabullenmiş olmasının baskısı altındadır. Sanık, suç eşyasının hukuksuz elde edildiğini, delil değeri olmadığını ve keza kollukta verdiği müdafisiz ifadesinin yargılamada dikkate alınmayacağını bilemez. Bu nedenle, ek bahsi geçen güvenceler, **sanığın ifadesi alınırken önceki kollukta verdiği suçu kabul eden ifadesinin ve haksız arama sonucu ele geçen eşyanın nazara alınmayacağını kendisine bildirilmesi** ve zorunlu olmasa da müdafii tayini şeklinde olmalıdır³⁹.

İsnadın öğrenilmesi hakkının temelinde, şüpheli/sanığın meramını anlatabilmesi hakkı bulunmakta olup, bu kişinin tam bir belirsizlik içerisinde bırakılarak aleyhine bilgiler edinilmesi ve ceza muhakemesinde kullanılması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle şüpheli/sanığa yüklenen suç, isnad edilen fiil, yer , zaman vs. bakımından ana hatlarıyla anlatılmalı, itham edilen konuyu savunma hakkını kullanabilecek kadar tanımalıdır⁴⁰. Elbette bu, hem

36 DEMİRBAŞ, s. 139, 140., "...Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Öte yandan uygulamada bazen mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde, dolayısıyla yüzleştirme tarzında icra edilen işlemlere de teşhis denilmektedir. Böyle bir durumda şüphelinin beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işlemi söz konusu olmayıp aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işlemi gerçekleştirildiğinden bu durumda müdafinin katılımı zorunlu olduğu dikkate alınmalıdır." YCGK, 2008/6-70 E., 2008/84 K., 15.4.2008.

37 FEYZİOĞLU, Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, TBB Dergisi, Sayı 55, 2004, s. 103., KATOĞLU, Tuğrul, Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar, AbD, 2011/4, s. 29., ŞEN, Ersan, Ceza Yargılaması Süreci, TBB Dergisi 2011 (97), s. 280.

38 ESER, s. 321.

39 Yarg. 7.C.D., E. 2014/16021, K. 2015/16874, T. 4.5.2015. (KARŞI OY GEREKÇESİ)

40 DEMİRBAŞ, s. 145., ŞAHİN, s. 139, 140., FEYZİOĞLU, s. 103.,

İsnadın bildirilmesi konusunda anlatacak kişiye göre bir ayırım yapmak gerekmektedir. İsnadı bildiren, hakim veya savcıysa, isnat edilen eylemin sadece maddi yönü hakkında değil, aynı zamanda bu eylem için hangi ceza hükümlerinin uygulanmasının sözkonusu bulunduğu hakkında da sanığın aydınlatılması gerekir. İsnadı bildiren kolluksa, çok iyi hukuk bilgisine sahip olması beklenememeli, isnadın anlaşılır ve ana hatlarıyla bildirilmesi ile yetinilmelidir. ESER, s. 321, 322.

ifade alma hem de sorgu faaliyeti bakımından geçerli olmalıdır. Bir başka ifadeyle, kovuşturma aşamasında yapılan sorguda da sanığın aynı haklarının olduğu aşıkardır. Bu nedenle, CMK'nun 176. maddesinde, “İddianame, çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur.” (f.1) ifadesine yer verilmiş⁴¹, çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerektiği (f.4) açık bir şekilde ifade edilmiştir⁴². İddianame tebliğ edilmez yahut süre şartına uyulmazsa, sanık isnad edilen suç öğrenemeyecek yahut öğrenmiş olsa bile Kanun'da belirtilen süreye riayet edilmeksizin sorgusu yapıldığında, savunmasını kurgulamak için yeterli zamana sahip olmadığından savunma hakkının kısıtlanması söz konusu olacaktır⁴³. Ancak söz konusu süreye uyulmadığında, sanığın duruşmanın ertelenmesini talep etmesine rağmen, bu talebe uyulmayarak duruşmaya devam edilmişse, o oturumda yapılan muhakeme işlemlerinin hükmüne etkisine göre bir değerlendirme yapılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴.

Yine CMK'nun 191. maddesinde, duruşmanın başlamasından sonra, sanığın açık kimliğinin saptanıp, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınmasının ardından iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemlerin ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirilmesinin anlatılacağı düzenlenmiştir. (m.191/3/a,b) Ayrıca sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147. maddede belirtilen diğer haklarının bildirilerek, sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusunun yapılacağı hususu da hüküm altına alınmıştır (m. 191/3/c,d). Aksi takdirde bu husus da bozma sebebidir⁴⁵.

41 İsnad bildiriminin, iddianamenin tebliği suretiyle de yapılması mümkündür. Çünkü iddianame, ceza davalarında belirleyici öneme sahip bir belgedir ve bu belgenin tebliğiyle birlikte sanık kendisine yöneltilen suçlamanın hukuksal ve maddi sebepleri hakkında bilgilendirilmiş olur. FEYZİOĞLU, s. 104.

CMK m. 170/3/h,i,j: “Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede;... h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, j) Suçun delilleri... gösterilir.”

“...Kanun koyucu da, CMK'nun 176. maddesinde iddianamenin çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğini ve savunması hazırlanmasına imkan sağlamak üzere tebliğ ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunmasını öngörmüş, ayrıca 191. madde ile sanığın üzerine atılı suç ayrıntılarıyla öğrenmesi ve savunma hakkını en iyi şekilde kullanması için iddianamenin okunması zorunluluğunu getirmiştir. Söz konusu düzenlemeler savunma ve yapılan isnadı öğrenme hakkı kapsamında olup, sanığın hakkındaki suçlamalardan haberdar olması ve daha etkili savunma yapması amaçlanmaktadır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.06.2013 gün ve 1401-277 Sayılı kararında da benzer hususlara işaret edilmiştir. Bu hukuksal bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; 02/10/2012 tarihinde düzenlenen iddianamenin sanığa tebliğ edilmediği ve hakkında çıkartılan yakalama emrine istinaden duruşmaya çıkartılan sanığın savunması alınmadan önce iddianame, yakalama emri veya eklerinin okunmadığı anlaşıldığından, iddianameden haberdar olmayan ve savunması alınmadan önce de iddianame kendisine okunmamış olan sanığın savunma hakkının sınırlandırılması suretiyle CMK'nun 191/3-b maddesine aykırı davranılması” bozmayı gerektirmiştir. Yarg. 15. C.D., E. 2014/23557, K. 2017/10237, T. 08.05.2017.

42 İsnadın bildirilmesi sanığın, savunmasını hazırlamak için gereken zaman ve kolaylıklara sahip kılınması ile doğrudan ilişkilidir. FEYZİOĞLU, s. 104, 109.

43 Bir haftalık süre, koruyucu nitelikte süre olup, koruduğu hak, sanığın savunma hakkıdır. Tebliğden itibaren, bir hafta geçmeden duruşmanın yapılmasını yasaklamak suretiyle, sanığın savunma hakkını korumakta, böylece kanun koyucu, bir haftalık süreye uyulduğunda, sanığın, isnada karşı savunma hazırlamaya yeterli zamanının bulunduğunu kabul etmektedir. FEYZİOĞLU, s. 113. CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/MCBRIDE/TEZCAN, s. 170.

44 FEYZİOĞLU, s. 115.

45 “Birleşen Bafra Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/207 Esas-2013/258 Karar sayılı dosyasında sanık ...â isnad olunan resmi belgede sahtecilik suçu yönünden sanık ...'ın, birleşen Bafra Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/50 E.-2013/78 Karar

Belirtmek gerekir ki 2016 yılında 6763 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle değiştirilmeden önce CMK'nun 191/3-b maddesi, "*İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur*" ibaresine yer vermektedir. Ancak söz konusu değişiklikle, "*İddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır*" düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre artık, duruşmada sanığın sorgusundan önce iddianamenin okunması değil, anlatılması esası benimsenmiştir.

Söz konusu değişiklik öncesinde dahi Yargıtay'ın, bazı hallerde iddianamenin okunmamasını bozma sebebi yapmadığı görülmektedir. Bu gibi hallerde Mahkeme, yapılan hukuka aykırılığın hükme esas teşkil edip etmediğine somut olayın özelliklerine göre karar vermiş⁴⁶, iddianamenin tebliğ edilmeyip, sorgudan önce okunmaması halinde ise, savunma hakkının kısıtlandığını kabul etmiştir⁴⁷.

Bu husus, özellikle birleştirilen davalar bakımından önem arz edebilir. Zira kovuşturma aşamasında sanığa, yargılandığı suça ilişkin olarak sorguya çekilmeden önce kendisine iddianame/iddianame yerine geçen belgedeki suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler, bunun delilleri ile suçlamanın hukuki nitelendirilmesi anlatılmış olabilir; ancak birleştirilen davaya ilişkin iddianamedeki suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler, bunun delilleri ile suçlamanın

sayılı dosyasında sanıklar ...,... ve ...e isnad olunan resmi belgede sahtecilik suçu yönünden 5271 Sayılı CMK'nın 191/1. ve 191/3-a-b-c maddeleri uyarınca birleştirme kararı ve iddianame sanıklara okunup sorguları yapılmadan hüküm kurulması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması" bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 2. C.D., E. 2018/5461, K. 2018/13125, T. 8.11.2018.**

46 Bilindiği üzere, CMK m. 289/1-h gereğince hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması, hukuka kesin aykırılık halidir. Bkz. **ÖZEN, Muharrem**, Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf, AÜHFD, 65 (4) 2016, s. 2354.

"...04.10.2005 tarihinde düzenlenen iddianamenin 11.11.2005 günü sanığa tebliğ edilmesi, duruşmanın devamı niteliğinde olan 06.06.2006 günlü keşifte tüm kanuni haklarının hatırlatılarak üzerine atılı suçun anlatılması, sanığın iddianamedeki anlatılan olay ve yöneltilen suçlamalar doğrultusunda suç konusu taşınmazların başında savunma yapması ve ne kovuşturma aşamasında ne de temyiz aşamasında hakkındaki suçlamalarla ilgili olarak yeterince bilgi sahibi olmadığı için savunma yapamadığı yönünde bir iddianın bulunmaması karşısında, sanığın savunma hakkının sınırlandırıldığından bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, sanığın savunmasının alındığı keşifte iddianamenin okunmaması suretiyle CMK'nun 191/3. maddesine aykırı davranılmış ise de; sanığın sorgusuna geçilmeden önce iddianamede yer alan hakkındaki suçlama ve hangi kanun maddesinin uygulanmasının talep edildiği konusunda yeterince bilgilendirilmiş olması karşısında, sözkonusu usul hükmüne uyulmaması hükmün esasına tesir eder nitelikte bir aykırılık olmayıp, mutlak bozma nedenleri arasında da sayılmadığından bozma nedeni yapılmamalıdır." **YCGK, E. 2013/8-139, K. 2014/396, T. 23.9.2014. Benzer nitelikte bir karar için bkz. YCGK, E. 2012/9-1467, K. 2013/610, T. 17.12.2013.**

47 "*21.09.2004 tarihinde düzenlenen iddianamenin sanığa tebliğ edilmediği ve çıkarılan yakalama emri sonucunda 23.10.2007 günü yakalanarak aynı tarihte savunması alınmadan önce iddianamenin okunmadığı anlaşıldığından, yargılama aşamasında hiçbir şekilde iddianameden haberdar olmayan ve savunması alınmadan önce de iddianame kendisine okunmamış olan sanığın savunma hakkının 5271 sayılı CMK'nun 191/3-b maddesine aykırı davranılmak suretiyle sınırlandırıldığı kabul edilmelidir."* **YCGK, E. 2012/13-1401, K. 2013/277, T. 4.6.2013.**

KARŞI OY: Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Başkanı ve sekiz Genel Kurul Üyesi; "Hakkında yakalama müzakeresi çıkarılan sanığa, yakalama müzakeresi ekinde iddianameninde tebliğ edildiği, yakalandıktan sonra sorguya çekilme aşamasında, CMK'nun 191. madde hükümlerinin açıklandığı, sanığın suçunu bildiğini ve müdafii istemeyip savunmayı kendisinin yapacağını belirterek, atfedilen suçlama paralelinde savunmasını yaptığında, suçunu bilen ve buna göre savunmasını yapan sanığa yakalama ekinde de iddianame tebliğ edildiğine göre, bu olaya münhasıran itirazın kabulüne karar verilmesi gerektiği" düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

hukuki nitelendirilmesinin anlatılmaması ve buna ilişkin savunma alınmaması yine isnadın ögrenilmesi hakkını ihlal ederek, savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur⁴⁸.

İsnadı öğrenme hakkı bakımından, iddianame/iddianame yerine geçen belgedeki suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler, CMK'nun 225. maddesinde yer alan “*Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir.*” düzenlemesi ile birlikte de düşünölmelidir. Bazı hallerde, sanığın sorgusunda temel alınan, iddianamede gösterilen fiil olmasına rağmen, verilen hüküm iddianamenin sınırlarını aşmış, isnadı öğrenme hakkını ihlal etmiş ve en nihayetinde savunma hakkını sınırlandırmış olabilir. Zira dava açan belgede isnadın etraflıca açıklanması, isnadın somutlaştırılmasını sağlayarak mahkemenin, yargılamada bağı kalacağı maddi olay ortaya konulmuş olur. İsnat, dava açan belgede somutlaştırılmazsa, uyumsuzluk konusu maddi olay, yargılama sırasında, yargılamayı yapan mahkeme tarafından şekillendirilir; bu ihtimalde ise hem sanık hangi isnada karşı kendini savunacağını bilemez hem de mahkemenin yaptığı yargılama, adil yargılama olarak kabul edilemez⁴⁹.

Bu bölüm açısından son olarak değinmek istediğimiz husus, gerek 147. ve gerek ise 191. maddelerde gösterilen kurallara riayet edildiğinin ispat edilebilir olmasıdır. Bu nedenle uygulamada Yargıtay, isnadı öğrenme hakkı ve diğer hakların hatırlatıldığının soruşturma ve kovuşturma aşamasında, tutanağa geçirilmesini gerekli bulmaktadır⁵⁰.

48 “...Sanık hakkında, nitelikli cinsel saldırı suçundan dolayı 5237 Sayılı TCK'nın 102/2 ve 102/3-a maddeleriyle cezalandırılması için, 04.07.2014 tarih ve 2014/5796 soruşturma, 2014/192 Sayılı iddianame ile açılan kamu davasına dair yapılan yargılama sırasında, 07.11.2014 tarih ve 2014/16816 soruşturma, 2014/303 Sayılı **iddianame ile aynı sanık hakkında açılan ve iş bu dosya ile tensiben birleştirilmesine karar verilen ikinci davada, sanığa kanunların öngördüğü şekilde sonradan düzenlenen iddianame okunup, sorgusu yapılarak savunması alınmadan yargılamaya devamla** yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 ve 36, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6, 5237 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147 ve 191. maddeleri ile 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi yollamasıyla yürürlükte bulunan 1412 Sayılı CMUK'nın 308/8. maddesine aykırı davranılması” bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 14. C.D., E. 2016/1216, K. 2016/4616, T. 05.05.2016.**

49 **FEYZİOĞLU**, s. 107, 108. “...incelememize konu ...9. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2011/602-2013/534 Sayılı dosyasında sanık ..., hakkında ...Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünden bir adet projeksiyon cihazı çalması sebebi ile mahkumiyete hükmolunduğu, kararın gerekçesinde özellikle enstitü müdürünün beyanlarına da dayandırılarak ...Enstitüsü ve...İşletmeleri Fakültesinden ayrı ayrı projeksiyon cihazı çalındığı ve iki ayrı eylem olduğu hususlarının açıklandığı anlaşılmış ise de; yapılan yargılamanın esasen ...Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 09.12.2006 gün ve 2006/15031 Sayılı iddianamesine dayandırıldığı bu iddianame de ise sanığın eyleminin “Suç tarihinde ... Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün kantin giriş kapısı pvc parçasının contaları kesilerek söküldüğü, ikinci kattaki mesleki beceri laboratuvarının kapısının da aynı yöntemle açıldığı, laboratuvar tavanında metal kafes içinde bulunan projeksiyon cihazının, metal kafes aletle kesilmek suretiyle çalındığı, parmak izi araştırması sonucu sökülen kapı üzerinde şüphelinin sağ el baş parmak izinin tespit edildiği” şeklinde anlatıldığı, mesleki beceri laboratuvarının...fakültesine ait olup parmak izinin bu laboratuvar kapısından elde edildiği, ...18. Asliye Ceza Mahkemesi'nin yargılama konusunda bu olduğu, **incelememize konu dosyada ise mahkemeye iddianamede anlatılan eylemin dışına çıkılarak yapılan keşif ve tutanaklara göre sosyal bilimler enstitüsü derslikler bölümünün 3 numaralı sınıftaki projeksiyon cihazının çalınmasından dolayı hüküm kurulduğu, her ne kadar mahkeme iki farklı eylem olduğu hususunu tespit etmiş ise de iddianamedeki anlatımın diğer olaya ait olduğu, bu durumun “sanığın isnadı öğrenme hakkı” ve “davasız yargılama olmaz ilkesi” hususlarını içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırılık oluşturacağı gibi “hükümün ancak iddianamedeki suçla dair fiil ve fail hakkında” verileceğini düzenleyen 5237 Sayılı CMK'nın 225. maddesine aykırı olması” bozmayı gerektirmiştir.**

50 “Suça sürüklenen çocukların yapılan sorgularında, 5271 Sayılı CMK'nın 147 ve 191. maddelerindeki **yasal hakları hatırlatılmadan, hatırlatılmış olsa bile bu husus tutanağa yazılmadan sorgusu yapılarak savunma hakkının kısıtlanması** suretiyle 5271 Sayılı CMK'nın 147 ve 191 maddelerine aykırı davranılması” bozmayı gerektirmiştir.

D. Susma Hakkı

a.Genel Açıklamalar

Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasına göre “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlığını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” CMK'nun 147/1-e maddesine göre ise, şüpheli veya sanığa ifade veya sorgudan önce “Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.” Diğer yandan susma hakkı, yakalama sırasında da şüpheli/sanığa bildirilir zira CMK'nın 90/4. maddesine göre “Kolluk, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.”

Susma hakkı, kişilerin kendilerini cezalandırılmalarına sebebiyet verecek açıklamalarda bulunmamaları yahut bu nitelikte sorulara cevap vermemeleri bakımından getirilmiş olan genel nitelikte bir bağımsızlıktır. Diğer yandan susma hakkı, bir suç şüphesi altında bulunan kişinin, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, bu aşamaları yürütmekle yetkili/görevli kişi/makamlara kendisi aleyhine açıklamalarda bulunmak yahut sorulara cevap vermek, aleyhine olan delilleri muhakame makamlarına vermek zorunda olmaması olarak anlaşılmaktadır⁵¹. Bu anlamda susma hakkı, salt sözle yapılacak açıklama ve ifadelerde bulunmaya zorlanamama olarak değil, şüpheli/sanığın aleyhine olan belge yahut delilleri de kapsamına almaktadır⁵².

Bazı yazarlar, bu hakkı şüpheli/sanık için önemli bir koruma olarak görürken, diğer bazı yazarlar bunu, polisin soruşturma çabalarına ve suç sürecinin nihai amacına, bir başka ifadeyle suçun kovuşturulmasına ve bastırılmasına engel olarak görmektedirler. Ancak susma hakkının, kişinin otonom yapısı ve onuru, mahremiyet hakkı, zalimane davranışlardan korunma hakkı, masumiyet karinesi ve düşünceyi ifade özgürlüğü ile yakın ilişkisi bulunduğunu söylemekte fayda vardır⁵³.

Bu hak, sadece kendisine karşı yürütülen ceza soruşturmalarında açıklamalarda bulunmama hakkı olarak değil, aynı zamanda şüpheli/sanığa karşı yöneltilen ve onun hakkında bir diğer adli, idari, hukuki soruşturma yapılmasına ve bunların ileride ceza muhakemesinde kullanılmasına sebebiyet verebilecek soruların cevaplanmaması hakkını da içerir⁵⁴.

Yarg. 2. C.D., E. 2016/17798, K. 2018/13391, T. 14.11.2018., “CMK'nun 191/3-c ve 147. maddeleri uyarınca sorguya çekilmesi gereken sanığa, bu maddeler ile tanınan savunma hakkına dair hakları hatırlatılmadan, hatırlatılmış ise de; bu husus tutanağa geçirilmeden savunması alınıp yargılamaya devam edilerek hüküm tesisi usul ve kanuna aykırıdır” **YCGK, E. 2014/14-728, K. 2016/389, T.25.10.2016.**

51 **GRAY, Anthony**, Constitutionally Heeding The Right To Silence In Australia, Monash University Law Review (Vol 39, No 1), s. 157. Ayrıca bkz. **DALY, Yvonne, Marie**, The Right to silence: inferences and interference, Australian and New Zealand Journal of Criminology, 47 (1), 2014, http://doras.dcu.ie/21503/1/The_Right_to_Silence_-_Inferences_and_Interference_-_ANZJC.pdf, (E.T. 12.04.2019), s. 3.

52 **ŞENYÜZ, Doğan**, Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 1, 2013, s. 31. Ayrıca bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 147 vd.

53 **DALY**, s. 4., **DEMİRBAŞ**, s. 150.

54 **MACLIN, Tracey**, The Right to Silence v. the Fifth Amendment, University of Chicago Legal Forum: Vol. 2016 , Article 7, s. 274, 275. <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2016/iss1/7>, (E.T. 12.04.2019)

b. Susma Hakkının İçeriği

Şüpheli ya da sanığın, soruşturma/kovuşturma makamlarına gelerek ve gönüllü olarak açıklamalarda bulunması, susma hakkının kullanılmasında bir sınırlandırma yapılabileceği anlamına gelmeyeceği gibi⁵⁵, susma hakkını kullanan kişi baskı yahut hile ile açıklamalarda bulunmaya da zorlanamaz⁵⁶. Susmanın yahut konuşmanın şüpheli/sanık açısından doğurabileceği sakıncalar, soruşturma/kovuşturma organları tarafından şüpheli/sanığa bildirilebilir ise de bu hatırlatmanın hukuka aykırı bir boyuta varmaması gerekmektedir⁵⁷. Mahkeme ceza muhakemesi sürecinin kötüye kullanılmasından kaçınmak için tabii bir yetkiye sahiptir. Bu nedenle polisin görüşme yapılan kişilere, açıklamada bulunmadıklarında yahut soruları cevapladıklarında ne gibi sonuçlarla karşılaşabilecekleri konusunda uyarıda bulunup bulunmadığı veya ifade/sorgunun kaydedilip kaydedilmediği hususları da susma hakkı bakımından önem arz etmektedir⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki, soruşturma/kovuşturma makamları, bir suçun muhakemesine ilişkin faaliyetlerde bulunurken, ellerinde olan imkanlar bakımından bireylere kıyasla daha avantajlı bir durumdadırlar. Söz konusu makamlar lehine ortaya çıkan bu “*oransızlık*”, şüpheli/sanıka, susma hakkının kullanılması bakımından bir çıkarı olmayan, delil elde etme ve dosyayı bir an önce kapatma önceliği olan soruşturma makamlarının düşüncesine uyma baskısı ve böylece cevap vermeye zorunlu olmuş hissi yaratabilir. Diğer yandan söz konusu hak, masumiyet karinesi ile oldukça ilişkili olup, birey ve devlet arasında var olan güç ve bilgi dengesizliklerinden kaynaklanan dezavantajlı durumun şüpheli/sanığın aleyhine kullanılmasını engeller. Bu nedenle susma hakkı, gerek soruşturma ve gerek ise kovuşturma aşamalarında kullanılabilen bir haktır. Ceza muhakemesinde bu aşamalar birbirlerinden bağımsız olmayıp, bir aşamada toplanan bilgi, diğer bir aşamada kullanılabilir olduğundan, susma hakkını sadece belli aşamalara hasretmek mümkün değildir⁵⁹.

Şüpheli/sanığın susma hakkını kullanmış olması, onun aleyhine bir delil ve suçluluğuna bir karine olarak kabul edilemez⁶⁰. Aynı şekilde, şüphelinin soruşturma aşamasında susma hakkını

55 Salinas v. Texas davasının şüphelisi olan Salinas'ın, iki ayrı kasten öldürme suçu nedeniyle ve henüz yakalanmamışken, gönüllü olarak kolluk kuvvetlerine başvurduğu olayda, kendisine hakları hatırlanmamıştır. (Miranda warnings: Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. **BLAIR, Chris**, Miranda And The Right To Silence In England, Tulsa Journal of Comparative and International Law, V.11, Iss. 1, 2003, Article 2, s. 1-8) Şüpheli ifadesinde, polisin sorularına cevap vermiş olmakla birlikte, balistik inceleme sonucunda, evinde bulunan av tüfeği ile olay yerinde elde edilen mermi kovanının uyuştuğuna ilişkin soruda susma hakkını kullanmıştır. Savcı, yargılama sırasında şüphelinin susmasını onun suçluluğunun somut bir kanıtı olarak görmüş, masum bir insanın kendisini savunacak argümanları ortaya koyacağını ifade etmiş (sorunun sorulmasının ardından şüpheli, alt dudağını ısırılmış, ellerini kucağına koymuş, sıkılmıştır. s. 266), jüri de mahkumiyetine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ise (Supreme Court) gönüllü olarak yapılan açıklamalarda susma hakkının kullanılmayacağına oy çokluğu ile karar vermiştir. **MACLIN**, s. 261-263, 267., Masum bir insanın kendisini savunacak argümanları ortaya koyacağına ve dolayısıyla sükutun ikrardan geldiğine ilişkin önceki İngiliz uygulamaları için bkz. **BLAIR**, s. 11, 12. Ayrıca bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 141.

56 **MACLIN**, s. 260, 261.

57 **ŞAHİN**, s. 143.

58 **GRAY**, s. 158.

59 **GRAY**, s. 158, 159., **DALY**, s. 3.

60 **BLAIR**, s. 9., **KOCAOĞLU**, s. 39.,

Susma hakkının kullanılmasından aleyhine sonuç çıkarılacağını düşünecek olan şüpheli veya sanık, olayı

kullanmış olması, kovuşturma aşamasında çelişki olarak kabul edilemez⁶¹. Ancak susma hakkı mutlak bir hak olmadığı gibi⁶², şüpheli/sanığın aleyhine delillerin oldukça fazla olduğu yahut delillerin gerek masumiyeti gerek ise mahkumiyeti ispatlamakta zayıf olduğu durumlarda bu hakkın kullanılması, savunma izlemi bakımından önem arz edebilir. Zira aleyhe delillerin fazla olduğu hallerde susma hakkının kullanılması, mahkumiyet olasılığını ne artırır ne de azaltır. Delil yetersizliği halinde ise, şüpheden sanık yararlanır; ancak hukuk sisteminin şüpheli/sanık için kabul ettiği susma hakkından bağımsız olarak, masum bir kimsenin “aklanmak” için (delil yetersizliğinden değil de suçu işlemediğinin sabit olması bakımından) açıklamalarda bulunması en iyi strateji olacaktır⁶³. Zira bizatihi susma hakkının kullanılması şüpheli/sanık aleyhine bir sonuç çıkarılması anlamına gelmese de her somut olayın özelliklerine göre yapılacak olan değerlendirilmede, mahkumiyet kararı bakımından mahkeme tarafından olaya ilişkin delil durumu değerlendirilirken, bu delillere (ve susma hakkının kullanılmasına) ne ağırlıkta bir mana yüklendiği açıklanacaktır⁶⁴. Bir başka ifadeyle, gerek tam gerek kısmi ve gerek ise geçici susma halinde, somut olayda susmaya dayanan negatif çıkarsamalar çok sayıda başka deliller bulunduğu için adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayabilecektir⁶⁵.

Sanığın susma hakkını kullanması, bir başka ifadeyle suçu işlediğini inkar etmesi, takdiri indirim sebebinin uygulanmaması için bir gerekçe oluşturamaz⁶⁶. Benzer şekilde, zararı tazmin/telafi etmemesi, mağdura muhakeme sürecinde yardımcı olmaması yahut pişmanlık göstermemesi şüpheli/sanık aleyhine bir etki meydana getirmez. Zira şüpheli/sanığın bu nitelikteki bir davranışı suçu kabul anlamına gelebileceğinden, susma yahut inkar bir anlam ifade etmeyebilir⁶⁷.

aydınlatacak bir takım açıklamalar yapacağı zamanlarda konuşmamayı tercih edecek olursa, maddi gerçeğin araştırılması ilkesi de zedeleneyecektir. **KOCAOĞLU**, s. 39.

61 **ÜNVER/HAKERİ**, s. 565.

62 Susma hakkının mutlak olmadığı husus, sanığın da her yurttaş gibi şahsına ait bilgileri vermekle yükümlü bulunduğu hallerdir. **ESER**, s. 325.

63 **STEIN, Alex**, The Right To Silence Helps The Innocent: A Response To Critics, *Cardozo Law Review*, Vol. 30:3, 2008, s. 1118, 1119.

Gerçekten de şüpheli/sanık susmak suretiyle yalnızca kendisinin bildiği yahut ceza tayininde lehine olabilecek hususları açıklamamak suretiyle kendisi aleyhine bir risk doğurabilir. Bu özellikle suçun manevi unsurunun doğru tespiti bakımından önem arz etmektedir. **ŞAHİN**, s. 146.

64 **DALY**, s. 18. Ayrıca bkz. **İHAM Murray** – Birleşik Krallık Davası. Söz konusu davada **İHAM**, yukarıdaki gerekçe ile sanığın ön duruşmada susma hakkını kullanması ve bundan Mahkeme tarafından sonuç çıkarması dolayısıyla değil müdafiden yararlanma hakkının hatırlatılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

65 **AYDIN, KAN, Çağrı**, Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak “Susma Hakkı”, *TBB Dergisi* 2010 (91), s. 162.

66 “5271 Sayılı CMK’nın 147. maddesi uyarınca susma hakkı bulunan sanığın savunmasının inkara yönelik bulunduğu söz ederek yasal olmayan gerekçe ile 5237 Sayılı TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi” bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 7. C.D., E. 2015/10927, K. 2018/14274, T. 12.12.2018**.

67 **ŞAHİN**, s. 145.

“CMK’nın 147. maddesine göre susma hakkı bulunup, TCK’nın 248. maddesi uyarınca da etkin pişmanlıktan faydalanma imkanı olan sanıklar hakkında “... kasta dayalı kusur ve sorumluluklarını kabullenmemeleri, samimi nedametlerine dair söz ve davranışlar sergilememeleri, her iki sanığın birbirini suçlayarak isnat ve cezadan kurtulmaya yönelik samimi bulunmayan fiil ve tavırları, zararı gidermek bakımından hiç bir çabalarının bulunmaması göz önüne alınarak, kişiliklerinin değerlendirilmesinde aleyhe kanaat edinilmekle..” şeklindeki yasal olmayan ve yetersiz gerekçe ile TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi” bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 5.C.D., E. 2017/7028, K. 2018/1209, T. 26.2.2018**.

Belirtmek gerekir ki, şüpheli/sanık gerçeğe aykırı açıklamalarda da bulunabilir. Bizatihi yalan söylemek de suçluluğun bir belirtisi olarak kabul edilemez; ancak yalan söylenildiğinin anlaşılması, serbest delil değerlendirilmesi çerçevesinde şüpheli/sanığın genel inandırıcılığı bakımından göz önünde bulundurulabilir⁶⁸. Bu nedenle aslında susma hakkı, suçlamalar karşısında yalan beyanda bulunmaya göre daha makul bir seçenek olarak da görülebilir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, susma hakkının kullanılması aleyhe bir sonuç yaratamaz; ancak şüpheli/sanığın yalanının farkedilmesi, mahkumiyete temel oluşturabilir⁶⁹.

Susma hakkına ilişkin bildirim yükümlülüğünün mutlaka ifadeyi alan veya sorguyu gerçekleştiren tarafından yerine getirilmek zorunluluğu olup, bu yükümlülük bakımından üçüncü bir kişinin görevlendirilmesi mümkün değildir. Şüpheli veya sanığın susma hakkını biliyor olması, hatta şüpheli veya sanığın müdafisi ile ifadeye veya sorguya gelmesi ve müdafii tarafından susma hakkı konusunda aydınlatılmış olması bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁷⁰.

Müdafii yardımından yararlanabilme ile susma hakkı arasında çok sıkı bir ilişki olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira, susma hakkının kullanıp kullanılmaması gerektiği, eğer kullanılacaksa hangi ölçekte kullanılacağına hassasiyetle karar verebilmek ancak müdafinin mesleki sağduyusu ile yerine getirilebilecek profesyonel bir beceri gerektirmektedir⁷¹.

Diğer yandan, 5271 sayılı CMK'nun 148. ve 213. maddelerine de göz atıldığında, sanığın susma hakkını kullanabilmesi bakımından müdafinin önemi ortaya çıkmaktadır. Zira, Kanun'un 148. maddenin 4. fıkrasına göre, "*müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.*" ve 213. maddesine göre ise, "*Aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir.*"

Görüldüğü üzere söz konusu hükümler, müdafinin bulunmadığı ve kolluk tarafından alınan ifadeler bakımından çeşitli hukuki sonuçlar öngörmektedir. Bu hukuki sonuçlar, kollukta susma hakkının olduğu öğretilmeyen ve bu nedenle bu hakkını kullanamayan yahut bu hakkı bildirilmiş olsa bile çeşitli hukuka aykırı yöntemlerle açıklamalarda bulunmak zorunda kalan şüpheli/sanığın susma hakkını da koruma altına almaktadır⁷².

68 ŞAHİN, s. 147, STEIN, s. 1119.

69 STEIN, s. 1120.

70 KOCAOĞLU, s. 44.

71 KOCAOĞLU, s. 41, ESER, s. 322, DALY, s. 24.

72 Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s. 153.

E. Müdafiden Yararlanma Hakkı

a.Genel Açıklamalar

Müdafiden yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olup, suçlayan ile suçlanana tanınan yetkiler arasında denge sağlanmasının bir aracıdır. Zira kamu adına isnadta bulunan savcı, hukuk öğrenimi görmüş olup delil araştırma yetkisi ve gücü vardır. Hukuk bilgisi olmayan şüpheli ise, hukukçu iddia makamı karşısında güçsüz olduğundan, bu dengesizlik, müdafî aracılığıyla dengelenmeye çalışılır⁷³.

Çeşitli uluslararası düzenlemelerde (İHAS m.6/3-c, MSHMS m. 14/3-d) açıkça yer verilen müdafiden yararlanma hakkına⁷⁴, 1982 Anayasası'nda ayrıca yer verilmemiştir. Ancak, “herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde savunma hakkı” bulunduğu ifade edilmiş olması, müdafiliğin anayasal güvencesi olarak kabul edilmektedir⁷⁵.

Bu anlamda şüpheli/sanık, ceza muhakemesi sürecinde hukuki bilgi ve tecrübesinden yararlanabileceği bir avukattan yardım alabilecektir. Nitekim, CMK'nun 149. maddesine göre, “şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir.”⁷⁶

Kişi/kişilerin hukuki yardım alabilmesi (danışma hakkı), bu haklarını kullanabilmesi evleviyetle söz konusu hakka erişimin sağlanmasına bağlıdır⁷⁷. Bu nedenle şüpheli/sanığın müdafiden yararlanabilmesi, öncelikle böyle bir hakkının olduğunu bilmesine bağlıdır. Bu nedenle suç isnadı altına bulunan kişiye haklarının ve bu kapsamda müdafiden yararlanma hakkının bulunduğu öğretilmesi gerekmektedir. Diğer yandan müdafiden yararlanmak isteyip de bu yardımı alabilecek durumda olmaması halinde baro tarafından müdafî görevlendirilmesi de danışma hakkının sağlanmasına hizmet etmektedir⁷⁸. Şüpheli/sanık müdafiden yararlanma hakkını kullanmaktan vazgeçebilir. Ancak bu vazgeçme halinde dahi, vazgeçmenin her türlü şüpheden uzak bir açıklıkta olması gerekir⁷⁹.

73 CENTEL, Nur, Ceza Soruşturmasında Müdafîin Rolüne Eleştirel Yaklaşım, İÜHFİM C. LXXII, S. 2, s. 703., LINTZ, Howard, MCGEE, Yallana, MOHAMED, Ola, SAJADI, Safa, SAWYER, Sarah, STRATTON, Melanie, WOLFE, Jordan, WEISSMAN, Deborah M., A Basic Human Right: Meaningful Access To Legal Representation, The Human Rights Policy Seminar University of North Carolina School of Law, 2015, s. 7, <https://www.law.unc.edu/documents/academics/humanrights/malr.pdf>, (E.T. 13.04.2019)., ESER, s. 328.

74 FLYNN, Asher, HODGSON, Jacqueline, MCCULLOCH, Jude, NAYLOR, Bronwyn, Legal Aid And Access To Legal Representation: Redefining The Right To A Fair Trial, Melbourne University Law Review, Vol. 40, 2016, s. 209, 210, 215 vd.

75 CENTEL, s. 703

76 İHAM'nin 6 maddesi “sanığın” hukuki yardım almasından söz ediyorsa da, hukuki yardımdan muhakemenin her aşamasında yararlanabileceği kabul edilmektedir. FLYNN/HODGSON/MCCULLOCH/NAYLOR, s. 231.

77 FLYNN/HODGSON/MCCULLOCH/NAYLOR, s. 210.

78 Birleşmiş Milletler (BM) Ceza Adaletinde Adli Yardıma Erişim Kural ve İlkeleri devletlerden, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında etkili bir adli yardımın sağlanmasına ilişkin tedbirleri alma yükümlülüğünü getirmiştir. FLYNN/HODGSON/MCCULLOCH/NAYLOR, s. 210.

79 Yarg. 16.C.D., E. 2018/1504, K. 2018/5270, T. 19.12.2018.

Müdafiden yararlanma hakkının çeşitli görünüm şekilleri vardır. Bunlar, müdafin çeşitli işlemlerde hazır bulunması, şüpheli/sanıkla görüşme ve yazışması, müdafinin dosyayı incelemesi ve dosyadan suret alması, müdafinin tebligat kabul etmesi ve kanun yollarına başvurmasıdır. İfade alma ve sorgu bakımından daha ziyade önem arz eden, şüpheli/sanıkla görüşme ve yazışma, dosyayı inceleme ve dosyadan suret alma haklarıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere müdafii, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında hukuki yardımda bulunabilir. Bu husus CMK'nun 149/3 maddesinde, “*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.*” şeklinde ifade edilmiştir. Gözaltına ilişkin hükümlerin düzenlendiği 91. maddenin 7. fıkrasına göre ise, “*Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur.*” Ancak bu hak 3/10/2016 tarih ve 676 sayılı KHK'nin 3. maddesinin 1/2/2018 tarih ve 7070 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle aynen kabul edilen “*Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.*” hükmü gereği kısıtlanabilir.

Diğer yandan soruşturma evresinde ve ifade alma sırasında en çok üç müdafinin hukuki yardımından yararlanılabilecekken, 3.10.2016 tarihli ve 676 KHK'nin 1. maddesinin 1.2.2018 tarihli ve 7070 sayılı Kanun'un 1. maddesinin aynen kabul edilmesiyle, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bir suçun varlığı halinde, kovuşturma aşamasında ve duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilecektir.

Belirtmek gerekir ki YGİY'nin 21. maddesinde yer alan “*soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve yakalanan kişi isterse, vekâletname aranmaksızın en çok üç müdafinin ifadede hazır bulunabileceği*” düzenlemesini, Kanun'un ifade ve sorgu sırasında “*soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla*” şeklinde bir kısıtlama ve engelleme kabul etmediği gerekçesiyle, müdafiden yararlanma hakkını sınırlandıramayacağı kanaatindeyiz.

İfade alma ve sorguda müdafinin bulunması demek, onun yapılan işlemlerin hukuki denetimini yapma amacına hizmet etmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle müdafii, ifade alma ve sorgu sırasında şüpheli/sanığın yanında bulunma, soru sorma, tüm yasal haklarını hatırlatma, ifade tespiti veya sorguya çekilme sırasında soru sorup tutanağa geçirilmesini isteme, şüphelinin haklarını korumaya yönelik müdahalelerde bulunma haklarına sahiptir⁸⁰. Belirtmek gerekir ki müdafii sadece hukukî yardımda bulunabilir, şüphelinin ifadesi alınırken şüpheliye sorulan soruya doğrudan cevap veremez, onun yerini aldığı izlenimi veren herhangi bir müdahalede bulunamaz. Hukukî yardım maddî olayı karartabilecek müdahalelerin yapılması anlamına

80 CENTEL, s. 704.

gelmez. Müdafî şüpheliye bütün kanunî haklarını hatırlatabilir ve müdafîin her türlü müdahalesi tutanağa geçirilir. (YGİY m. 23/d)

Uygulamadaki problem, müdafinin ifade alma ve sorguda bulunmasının evleviyetle aktif bir hukuki yardımda bulunma hakkını gerektirmesine rağmen, kolluk tarafından şüpheliye yönlendirici soru sorduğu veya şüphelinin sözlerini istediği yönde değiştirmeye çalıştığı hallerde müdafîin müdahale etmesinin dahi, YGİY m. 23/d kapsamında görüldüğüdür⁸¹. Halbuki müdafî, “sorulan bir soruya karşı temsil ettiği kişi ile görüşmeyi talep edebilir, tartışmalı olduğunu düşündüğü bir konuda temsil ettiği kişiyi uyarabilir, onu ifade ve sorgu sırasında yönlendirebilir, sorulara itiraz edebilir ve hatta susma, yani sorulan tüm sorulara veya bir kısmına cevap vermemesini, yani şüpheliden veya sanıktan susma hakkını kullanmasını isteyebilir. Kısacası müdafî; şüpheli veya sanığın ifade hürriyeti ile maddî hakikate ulaşılmasını engellemeyecek şekilde ifade ve sorguda aktif rol alabilir ki, müdafîin ifadede ve sorguda bulunmasının amacı, bir gözlemci sıfatıyla nezarete bulunmak değil, haklarını korumak üzere şüpheliye veya sanığa hukuki yardımda bulunmaktadır⁸²”.

İHAM'nin de benzer fikirde olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira gözaltında ifade alınması sırasında müdafinin şüpheliye “sessiz kal, böyle açıklamalar yapma, bu soruyu cevaplama” şeklindeki yönlendirmeleri ve şüpheli tarafından söylenmeyen ibarelerin ifade tutanağına yazılması nedeniyle müdafinin itiraz ederek, yazılan bu kısımların tutanaktan silinmesini talebini, şüphelinin yerini aldığı izlenimini veren bir müdahalede oluşturması gerekçesiyle, kolluk görevlilerinin gözaltı odasından müdafiyi tehditle çıkardıkları, başvuranın, müdafî tarafından temsil edilmesine izin verilmediği ve başvurana yeni müdafîi atandığı **Soytemiz Türkiye** kararında Mahkeme, “müdafiden yararlanma hakkı, sadece yapılan işlemde müdafinin hazır bulunması değil, aynı zamanda kolluk tarafından ifadesi alınırken de dahil olmak üzere müdafinin, ceza muhakemesinin tüm aşamalarında aktif olarak hukuki yardımda bulunmasını ve şüphelinin haklarına saygı gösterilmesi talebini de içermektedir.” ifadelerine yer vermek suretiyle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³.

Şu halde şüpheli/sanık ifade ve sorgu öncesi veyahut bu zamanlar dışında her zaman vekâletname aranmaksızın müdafîi ile konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafîi ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz⁸⁴. (CMK m. 154/1) Müdafinin

81 CENTEL, s. 704.

82 ŞEN, Ersan, Gözaltı ve Sorgu, http://sen.av.tr/tr/makale-detay/63/g%C3%B6zalt%C4%B1_ve_sorgu.html, (E.T. 13.04.2019)

83 Soytemiz/Türkiye, (Paragraf 9 ve 44), Başvuru No. 57837/09, 27.11.2018., <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, (E.T. 13.04.2019).

84 Ancak Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafîi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınmaz. (3/10/2016-KHK-676/3 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7070/3 md.) Aynı Kanunla, 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkındaki Kanun'un 59. maddesinde, tutuklu ve hükümlülerin avukatları ile görüşmelerinin sınırlandırılmasına ilişkin değişiklikler yapılmıştır. (**Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik m.19, 20**)

Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 307, 308., ÖZBEK, Veli, Özer,

ifade ve sorgu sırasında şüpheli/sanığın yanında olması ve hukuki yardımda bulunabilmesi kısıtlanamayıp, engellenemeyeceği gibi gözlem altına alma, tutuklama sorgusu⁸⁵, tutuklamanın uzatılması⁸⁶ yahut serbest bırakılma kararına itirazda da müdafinin bulunması zorunludur. (zorunlu olmalıdır) Bunun dışında keşif ve yer göstermede müdafii bulunabilir, teşhiste ise gelen kabul müdafinin bulundurulmasının zorunlu olmadığıdır.

Keşif esas itibariyle delillerin değerlendirilmesi aracı niteliğinde bir işlem olup, hakim, mahkeme yahut gecikmede sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcının delillerle doğrudan temasını sağlamaktadır. Burada birincil amaç delil toplamak ya da araştırmak olmayıp, keşif yapılacak objeyi bizzat gözlemleyerek gerek bu objenin kendisine, gerekse olayın gelişimine ilişkin kanaat edinilmeye çalışılmaktadır. Ancak bu durum keşfin bir delil elde etme amacına da sahip olmasına engel değildir⁸⁷. Bu nedenle keşif bakımından kanun koyucu istisnai bazı haller dışında, keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekilin hazır bulunabileceğini öngörmüştür. Hatta şüpheli/sanık tutuklu olsa bile, zorunlu sayılan hallerde bu kişilerin keşifte hazır bulunmasına karar verilebilir. (CMK m.84)

Öyleyse, keşifte müdafinin bulunmaması kural olarak hukuka aykırılık teşkil etmez.

84. Maddenin düzenmiş olduğu şüpheli, sanık yahut müdafinin keşifte bulunmasına getirilen istisnaların somut olayda tartışılabilir olması bir yana, eğer keşifte şüpheli/sanığın aktif katılımını ve dava konusu olayla ilgili açıklamalar yapmasını gerektiren bu durum söz konusuysa, bu teknik olarak ceza muhakemesinde ifade alma yahut sorgu olarak da nitelendirilebilir. Bu gibi hallerde de CMK'nun 149/3. maddesindeki müdafinin, şüpheli/sanığın "*ifade alma veya sorgu*

İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ocak, 2018, s 199 vd.

85 "Somut olayda silahlı terör örgütü üyeliği suçundan CMK 101/3 maddesi gereğince tutuklamaya sevk edilip ve tutuklu olarak yargılanan sanığın, yargılama aşamasında kendisinin seçtiği bir müdafii bulunmadığı gibi CMK 156 maddesi gereğince reşen müdafii görevlendirilmeyerek bulunduğu hal nedeniyle, delillere erişme ve savunma hazırlama imkanları itibariyle çelişmeli yargılamanın gereği olan "silahların eşitliği" ilkesinin ve Anayasanın 36, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddeleri ile teminat altına alınan adil yargılama hakkının ihlali sonucunu doğuracak biçimde, adaletin selameti açısından gerekli olan müdafinin hukuki yardımından yararlandırılmadan yargılama yapıp **sorgusu** tespit edilmek ve hüküm kurulmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması yukarıda izah edilen mevzuat ile CMK 101/3 188/1 ve 289/1-a-e maddelerine muhalefet edilmesi" bozmayı gerektirmiştir. **Yarg. 16. C.D., E. 2018/1504, K. 2018/5270, T. 19.12.2018.**

86 "...tutuklu bulunan şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebilir. (CMK 104/1. maddesi) Talep olmasa dahi soruşturma evresinde en geç otuz günlük süreler halinde tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda karar verilir. Kovuşturma evresinde ise, hakim veya mahkeme tarafından her oturumda veya koşullar gerektiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen otuz günlük süre içinde reşen karar verilir. (CMK 108. maddesi) Diğer taraftan tutuklulukta geçecek azami süreler CMK'nın 102. maddesinde gösterilmiş olup, uzatma kararı Cumhuriyet savcısının, şüpheli veya sanık ile müdafinin görüşleri alındıktan sonra verilecektir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, **sadece soruşturmada değil kovuşturma aşamasında da müdafinin bulunması ve tutukluluk hususunda görüşünün alınması zorunluluğuna işaret edilmiştir.** Zira gözlem altına alınma ve tutuklamaya sevk gibi özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması tehlikesinin doğduğu anlarda müdafii zorunluluğuna işaret eden kanun koyucunun, tehlike gerçekleşip şüpheli veya sanığın tutuklanmasından sonra müdafii gerekmez düşüncesiyle hareket ettiğinin kabulüne olanak yoktur." **Yarg. 18. C.D., E. 2017/3333, K. 2018/1102, T. 10.4.2018.**

87 **YILDIZ, Ali, Kemal,** Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme, İÜHF M C. LXV, S.1, 2007, s. 130, 131.

süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.” kuralının uygulanması gerekir⁸⁸.

Diğer yandan, tanık veya bilirkişinin keşif sırasında dinlenmesi söz konusu olursa, şüpheli, sanık ve bunların müdafisinin hazır bulunarak tanık veya bilirkişiye soru sorma olanağının yaratılması gereklidir. Bunun yapılmaması adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacaktır⁸⁹.

Yer gösterme işlemi ise, “şüphelinin beyanını doğrulamaya, güvenilirliğini denetlemeye, olayın ayrıntılarını öğrenmeye, buradan hareketle varsa diğer delilleri elde etmeye yönelik olarak, şüphelinin ifadesinin alınması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir soruşturma işlemidir⁹⁰. Bu nedenle yer gösterme işleminde ifade almaya ilişkin kuralların uygulanacağı kuşkusuzdur⁹¹.

Teşhis bakımından ise, uygulamada müdafinin bulunma yetkisi kabul edilmemektedir⁹². PVSK'nun Ek 6 maddesi kapsamında teşhis, olaydaki failin, gözüaltına alınan şüpheli ile aynı kişi

88 “...04.10.2005 tarihinde düzenlenen iddianamenin 11.11.2005 günü sanığa tebliğ edilmesi, duruşmanın devamı niteliğinde olan 06.06.2006 günlü keşifte tüm kanuni haklarının hatırlatılarak üzerine atılı suçun anlatılması, sanığın iddianamedeki anlatılan olay ve yöneltile suçlamalar doğrultusunda suç konusu taşınmazların başında savunma yapması ve ne kovuşturma aşamasında ne de temyiz aşamasında hakkındaki suçlamalarla ilgili olarak yeterince bilgi sahibi olmadığı için savunma yapmadığı yönünde bir iddianın bulunmaması karşısında, sanığın savunma hakkının sınırlandırıldığından bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, sanığın savunmasının alındığı keşifte iddianamenin okunmaması suretiyle CMK'nun 191/3. maddesine aykırı davranılmış ise de; sanığın sorgusuna geçilmeden önce iddianamede yer alan hakkındaki suçlama ve hangi kanun maddesinin uygulanmasının talep edildiği konusunda yeterince bilgilendirilmiş olması karşısında, sözkonusu usul hükmüne uyulmaması hükmün esasına tesir eder nitelikte bir aykırılık olmayıp, mutlak bozma nedenleri arasında da sayılmadığından bozma nedeni yapılmamalıdır.” YCGK, E. 2013/8-139, K. 2014/396, T. 23.9.2014. Benzer nitelikte bir karar için bkz. YCGK, E. 2012/9-1467, K. 2013/610, T. 17.12.2013.

89 YILDIZ, s. 142.

90 YILDIZ, s. 154.

91 YILDIZ, s. 156., ÜNVER/HAKERİ, s. 568., Söz konusu kuralların yer gösterme işleminde uygulanacağına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. YCGK, E. 2015/1-396, K. 2018/323, T. 3.7.2018.

92 “Somut olayda, şikayetçinin polis karakoluna müracaat etmesiyle soruşturma evresi başladığından teşhis işleminin soruşturma evresi içinde yapıldığı ve sanıkların yağma suçu şüphelisi olmaları nedeniyle 5271 sayılı CYY'nın 150/3. maddesi kapsamında kendilerine zorunlu müdafii tayini gerektiği konularında bir duraksama bulunmamaktadır. Ancak sorun bu müdafii hangi işlemlerde ve tabii ki teşhiste hazır bulundurulmasının zorunlu olup olmadığına ilişkindir. 5271 sayılı CYY'nın 149/3. maddesinde, müdafii ifade alma veya sorgu süresince şüphelinin yanında olma, bunun dışında ise şüpheli ile görüşme ve hukuki yardımda bulunma, 84/1. maddesinde keşifte ve 85/2. maddesinde ise soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunma hakkının bulunduğu açıkça belirtilmiş, bunun dışındaki işlemlerde müdafii hazır bulundurulmasına ilişkin Yasada bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Teşhis işlemi gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Şüpheli buna pasif olarak katılmakta ve teşhis sırasında herhangi bir beyanı da alınmamaktadır. Bu işlemden aktif olarak alan kişi olayın mağduru veya tanığıdır. Bu nedenle ifade alma, keşif ve yer gösterme işlemlerinde olduğu gibi müdafii teşhiste hazır bulundurulma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksinin kabulü halinde soruşturma aşamasındaki bütün işlemlerde örneğin; gözüaltı giriş ve çıkış raporlarının alınması gibi... müdafii hazır bulunması hatta başından sonuna kadar gözüaltı süresince müdafii, şüphelinin sürekli yanında bulundurulması gerekebilecektir. Bununla birlikte müdafii teşhiste bulunmaması, şüphelinin teşhise karşı müdafii hukuki yardımından yararlanmasına, teşhisten önce veya sonra müdafii ile görüşmesine engel teşkil etmeyeceği de açıktır. Öte yandan uygulamada bazen mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde, dolayısıyla yüzleştirme tarzında icra edilen işlemlere de teşhis denilmektedir. Böyle bir durumda şüphelinin beyanı alındığı için artık sadece bir teşhis işlemi söz konusu olmayıp aynı zamanda şüphelinin aktif olarak katıldığı ifade alma işlemi gerçekleştirildiğinden bu durumda müdafii katılımı zorunludur. Bu itibarla, kolluk tarafından müştekiye yaptırılan teşhiste müdafii bulunması zorunluluğu olmadığı gibi, somut olayda yapılan teşhis

olup olmadığı belirlenmesi işlemi olup, mağdur veya tanığa kolluk tarafından Cumhuriyet savcısının talimatıyla yaptırılmaktadır. Bu anlamda teşhisin, şüphelinin savunma hakkı ile oldukça ilişkili bir işlem olduğu açıktır. Teşhisin PVSK'nun Ek 6. maddesine uygun olarak yapılıp yapılmadığı, mağdur ya da tanığın teşhis işlemi yaparken yönlendirilip yönlendirilmediği gibi hususlar, uygulamada çoğu zaman mahkumiyetin kanıtı olarak değerlendirilen teşhis işleminde müdafinin hazır bulunmaması savunma hakkı bakımından sorunludur. Ayrıca, “*özellikle mağdur veya tanıkların soruşturma aşamasında yaptıkları teşhisten kovuşturma aşamasında çeşitli nedenlerle döndüğü ve bu dönüşün sanığın baskısına dayalı görülerek itibar edilemez sayıldığı düşünüldüğünde önemi ve kanıt değeri bir kat daha artan teşhis işleminde müdafinin hazır bulundurulmaması büyük bir eksiklik olacaktır.*”⁹³

Son olarak, **otopsi işleminde** müdafinin bulunmasına ilişkin bir hüküm Kanun'da öngörülmemiştir. Ancak CMK'nun 87. maddesine göre, “*Müdafii veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir.*” Beden muayenesi bakımından ise, müdafinin bu işlem sırasında hazır bulunma hakkı CMK'da yer almamış olmakla birlikte, doktrinde otopsiye ilişkin hükmün kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır⁹⁴.

b. Dosya İnceleme ve Belgelerden Örnek Alma Hakkı

İfade alma ve tutuklama sorgusu bakımından en çok tartışılan hususlar, soruşturma dosyası bakımından bu dosyayı inceleme, örnek alma ve dosya için getirilen gizlilik kararlarıdır. Elbette maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve soruşturmanın selameti bakımından zaruri olan hallerde, evrak ve belgelerin sağlıklı bir şekilde muhafaza edilebilmesi, koruma tedbirlerine ilişkin kararlarının alınarak uygulanabilmesi, delillerin ele geçirilmesi yahut karartılmasının engellenmesi vs. gibi gerekçelerle müdafinin yetkilerine bir takım sınırlandırılmalar getirilebilirse de bu uygulama pozitif hukuk kurallarının düzenleme alanını aşan ve savunma hakkının sınırlandırılmasına sebebiyet verecek şekilde uygulanmamalıdır. Özellikle müdafilerin soruşturma dosyalarını inceleme ve/veya belge fotokopisi alma gereğinin hasıl olduğu durumlarda vekaletname örneğinin istenmesi sorunu hala yaşanmaktadır.

Konuyla ilgili yasal düzenleme ve Yargıtay uygulamasını inceleyecek olursak;

Müdafinin dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alma hakkı bakımından temel kural CMK'nun 153/1 maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, “*Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.*” düzenlemesini getirmiştir⁹⁵.

işleminde yürürlükteki mevzuata göre herhangi bir usulsüzlük de bulunmadığından Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” YCGK, E. 2008/6-70, K. 2008/84, T. 15.4.2008.

93 YCGK, E. 2008/6-70, K. 2008/84, T. 15.4.2008 Karşı oy gerekçesi.

94 TAŞKIN, Cankat Ş., Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların Aihm İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, s. 214.

95 Şüpheli/sanığın bu tür bir yetkisinin olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. GÖKÇEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin, ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Adalet Yayınevi, 2017, s. 259, 260., Bu durum özellikle şüpheli/sanığa iradesine aykırı olarak atanan müdafii (zorunlu müdafii) arasında güven ilişkisinin söz konusu olmadığı yahut

6.8.2015 Tarih ve 29437 sayılı Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in 137/2. maddesine göre ise, “*Şüpheli ve müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fiziki ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir.*”

Maddenin 3. fıkrasında, şüpheli ve müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla bu yetkinin kısıtlanabileceği ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 165/2. maddesinde ise, “*Avukat veya stajyeri vekâletname olmaksızın kovuşturma dosyalarını inceleyebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Şu halde soruşturma dosyalarının incelenmesi bakımından soruşturma aşamasında vekaletname ibraz edileceğine ilişkin 2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Kalem Yönetmeliği’nin 45. maddesindeki gibi kısıtlayıcı bir hüküm mer’i Yönetmelikte bulunmamaktadır.

Diğer yandan 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun (Av.K) 46/2. maddesinde de “*Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.*” düzenlemesi bulunmaktadır.

Halihazırdaki hükümler kapsamında müdafinin dosyayı inceleme hakkının “vekaletname ibrazı”na yahut izin şartına bağlanması mümkün değildir. Şüpheli/sanığın “*avukatım bu kişidir*” demesi bile ceza muhakemesinde müdafii sıfatını almak için yeterli⁹⁶, dosya incelemek bakımından vekaletname aranması açıkça savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Ayrıca, dosyayı incelemek için vekaletnamenin ibrazının aranması, yakalanan yahut gözaltına alınan kişiye karşı uygulanan bu koruma tedbirlerine itirazı olanaksızlaştıracağı gibi müdafinin işi kabul veya reddetme özgürlüğünü de imkansızlaştıracaktır. Hatta müdafinin inceleyemeden müdafiliğini üstlendiği dosya nedeniyle disiplin suçu ile karşı karşıya kalması da mümkün olabilecektir⁹⁷.

Belirtmek gerekir ki, 2015 Tarihli Kalem Yönetmeliği’nin yürürlüğe girmesinden önce Yargıtay’ın soruşturma aşamasının gizli olmasını gerekçe göstererek, dosyanın incelenme bakımından

şüpheli/sanığın müdafisinin olmadığı durumlarda önem arz eder.

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SİRMA, GEZER/SAYGILAR, KIRIT/ALAN, AKCAN/ERDEN, TÜTÜNCÜ/ ÖZAYDIN, s.194., GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 259, 260.

96 “24/06/2011 tarihli 2. oturuma Av. ...’in sanıklar vekili olarak katılması, aynı oturumda tüm sanıkların adı geçen avukatın kendi avukatları olduğunu söylemesi, böylece sanıklar ile avukat arasında vekaletname ibraz edilmese bile sanık-müdafii ilişkisinin doğması, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nun 11. maddesinin vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılacağını öngörmesi, müdafii yerine sanıklara yapıldığından geçersiz olan tebligatların temyiz süresini başlatmaması karşısında, Dairemizin 03/07/2013 tarihli, 2012/27883 E. ve 2013/18297 K. sayılı gereğince gerekçeli karar kendisine tebliğ edilen Av. ...’in tüm sanıklar yönünden hükmü süresinde temyiz ettiği anlaşılma, sanık ... yönünden 25/05/2012 tarihli, 2011/317 E. ve 2011/730 K. sayılı temyiz isteminin reddine dair ek kararın hukuki dayanaktan yoksun ve yok hükmünde olduğu belirlenerek ve bu sebeple kaldırılmasına karar verilerek yapılan incelemede...” Yarg. 2.C.D., E.2017/2579, K.2017/7495, T. 10.7.2017.

97 Ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s. 200.

vekaletnamenin ibrazının zorunlu olduğuna ilişkin 2013 tarihli kararları bulunmaktadır⁹⁸. Ancak soruşturmanın gizli olması, muhakeme işlemlerinin muhakeme sujerleri dışındaki üçüncü kişilere gizli olması anlamına gelmekte olup, bizatihi soruşturma aşamasının bu özelliği savunma hakkının kısıtlanamaması için bir gerekçe değildir. Zaruri bir durum var ise, CMK'nun 153/2 maddesi kapsamında gizlilik kararının alınması gerekmektedir. Soruşturmaya ilişkin belge örneklerinin alınması bakımından ise, vekaletname ibrazının söz konusu olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira Av.K'nun 46/2 maddesi bunu açıkça öngörmüştür.

Dosyanın incelenmesi bakımından, şüphelinin ifadesinin alınması, tutuklama talepsiz sorgu/ tutuklama sorgusu yapılması, yahut tutuklama kararı verilmesi veya bu karara itiraz edilebilmesi bakımından, isnadı öğrenme ve nihayetinde savunma hakkının layıkıyla kullanılabilmesi gerekir. Zira özellikle tutuklamaya ilişkin işlemler bakımından, İHAM kararlarında da belirtildiği üzere, tüm dosya içeriğinin mahkeme/hakime sunulmuş olmasına karşın müdafiyeye sunulmamış olması, tutukluluğun hukuka uygunluğunun denetlenmesi bakımından sakıncalıdır. Zira dosya kapsamındaki bilgi ve delillere dayanılarak verilen tutukluluk/tutukluluğun devamı kararları, "silahların eşiliği" ilkesinin sağlanmaması nedeniyle hukuka aykırılık teşkil eder. Ayrıca İHAM verdiği kararlarla, "soruşturma amacının tehlikeye düşmesi" gerekçesiyle tutuklu şüpheli/müdafinin dosya inceleme hakkının engellenmesini İHAS'ne aykırı bulmaktadır⁹⁹.

Biz sadece tutuklamaya ilişkin işlemler bakımından değil, şüphelinin soruşturma evresinde ifadesinin alınması, sorgusunun yapılması gibi işlemlerden önce, gizlilik kararına rağmen şüpheli

98 "Cumhuriyet Başsavcılıklarıyla Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik'in "Soruşturma Evrakının incelenmesi" başlıklı 45. maddesinin iptali için açılan davanın Danıştay 10. Dairesinin 22.5.2008 tarihli ve 2005/5971 esas, 2008/3448 Sayılı kararıyla reddedildiği, anılan maddede, "Müdafii soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evrakı içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Mağdur veya Şikayetçinin vekili soruşturmanın evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme belgesi veya vekaletnameibraz ederek soruşturma evrakının içeriğiyle elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir..." hükmüne yer verildiği,

Belirtilen yasal düzenlemelerle dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, genel olarak soruşturma evresinin gizli olduğu, şüpheli müdafii ya da katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi vekili olan avukatın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla soruşturma evrakını inceleyebileceği, ancak bunun için de avukatın müdafii veya vekil olduğuna dair görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz etmesi gerektiği, vekaletname ya da görevlendirme yazısı olmadan sadece mahkemelerdeki dava dosyalarıyla icra dairelerindeki takip dosyalarının incelenebileceği, soruşturma dosyalarının ise incelenemeyeceği gözetilmeden, inceleme talebinin reddine dair Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı kararına karşı itirazın kabulüne dair karara yönelik itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir...) denilerek, Kırşehir 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 19.10.2012 tarihli kararının bozulması istenmiştir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin 1. fıkrasında, müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği, aynı maddenin 2 ve 3. fıkralarında ise soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabileceği, ancak yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanakla bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere dair tutanaklar hakkında, kısıtlamaya dair hükümün uygulanmayacağı belirtilmiştir." Yarg. 10.C.D., E. 2013/9333, K. 2013/7369, T. 9.9.2013. Ayrıca bkz. Yarg. 15.C.D., E. 2013/2162, K. 2013/3283, T. 25.2.2013., Yarg. 10.C.D., E. 2011/9206, K. 2011/57200, T. 21.11.2011.

99 ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA,GEZER/SAYGILAR,KIRIT/ALAN,AKCAN/ERDEN,TÜTÜNCÜ/ÖZAYDIN, s. 200-202.

ve müdafiyeye dosyanın incelenmesi bakımından nisbi bir hak tanınması (örneğin dosyadaki tanık ifadeleri hakkında bilgi sahibi olunması, diğer delillerin incelenmesi) gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç

İfade alma ve sorgu, her daim ceza muhakemesinin temel tartışma mevzularından birini oluşturmuştur. Gerçekten, yasa koyucu tarafından ne kadar değişikliğe uğrasa ve güvence fonksiyonu artırılmaya çalışılsa da uygulamaya yerleşmiş olan kadim problemler bir türlü çözümlenememekte yahut problemlerin çözümü hususunda oldukça yavaş ilerleme kaydedilmektedir. Kanaatimizce bunun temel sebebini, “*ifade alma*” ve “*sorgu*”nun şüpheli ya da sanığın bir savunma enstrümanı olarak görülmesinden ziyade, maddi gerçeğe ulaşmada bir “*delil aracı*” olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır. Halbuki gerek ifade alma ve gerek ise sorgu, bir delil elde etme işlemi ile birlikte bir savunma aracıdır.

Söz konusu husus özellikle ifade alınmaksızın iddianame düzenlemesi bakımından önem arz etmektedir. Diğer yandan iddianamenin, şüphelinin ifadesinin alınmaması nedeniyle reddi kısıtlı olasılıklarda karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce Kanun, ifade alma ve sorgu bakımından şüpheli/sanığın “*dinlenilmesi*”nden bahsetmiş olmakla bu konuda “*savunma hakkının kullanılması*” bakımından değil, dinleyen makam bakımından bir farklılık yaratmıştır. Uygulamada ortaya çıkan aksi yöndeki fiili durum, açıkça şüphelinin savunma hakkının kısıtlanmasıdır. Bu durum ayrıca, iddianame düzenleme yetkisine sahip yegane süje olan cumhuriyet savcısının, şüphelinin ifadesi alınmaksızın kamusal “*iddia*” faaliyetini layıkıyla yerine getirmesi, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve şüphelinin aleyhine olduğu kadar lehine olan delillerin de toplanması hususları bakımından da çelişki oluşturmaktadır.

Sorgu bakımından dikkat edilmesi gereken husus ise, istinabe ve SEGBİS suretiyle yapılan sorgunun hak ihlallerine sebebiyet verebileceğidir. Zira eğer somut olayda sanığın alacağı cezanın beş yıldan az olamayacağı anlaşılıyorsa, sanığa esas mahkemesi huzurunda açıklamalarda bulunmak isteyip istemediği sorulmaksızın sorgu yapılmışsa ya da esas mahkemesinde açıklamalarda bulunmak talebi olmasına rağmen bu talep hakkında karar verilmemiş yahut mesnetsiz olarak reddedilmişse usule aykırılık söz konusu olacaktır. İstinabe yasağının bulunduğu durumlarda, sanığın esas mahkemesinde açıklamalarda bulunmak istemesine rağmen SEGBİS ile sorgusunun yapılması bakımından ise, önem arz eden hususun SEGBİS için tarafların güvenliklerinin tehlikeye düşmesi, ulaşım açısından zorluk veya davanın makul sürede sonuçlandırılmasına engel olması gibi “*hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü bir durum*”un olması gerektiğinin gerekçelendirilmesi zorunluluğudur. Böylece, uygulamada istinabe yasağının bulunduğu ve sanığın esas mahkemesinin önüne çıkıp sorguya çekilmesini talep ettiği hallerde sorgunun, “*zorunlu görülen durumun*” ne olduğu açıklanıp gerekçelendirilmeden SEGBİS’ne başvurulması şeklindeki “*otomatik*” uygulamalar, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir.

İfade alma ve sorgu sırasında şüpheli/sanığın bazı hakları bulunmaktadır. İnceleme konumuzun sınırları dahilinde bu haklardan ilki, hakların ve isnadın öğretilmesi hakkıdır. CMK’nun

147. maddesinde kanun koyucunun bazı hakların “hatırlatılması”ndan (147/1-f) bazılarının “bildirilmesi”nden (147/1-c,d) ve kimi zaman ise “anlatılması” (147/1-b) yahut “söylenmesi”nden (147/1-e) bahsetmiştir. Suç isnadı ile karşılaşan kişinin çoğu zaman haklarından bihaber olmasından ve hatırlatmanın, halihazırda bilinen hususlar için yapılabilecek bir faaliyet olduğundan yola çıkarak, haklarını bilmeyen bir kimseye, söz konusu hakların hatırlatılmasının da bir anlam ifade etmeyeceğini söylemek mümkündür. Bu nedenle çalışmamız kapsamında tercih ettiğimiz hakların öğretilmesi, hatırlatma ve bildirmenin ötesinde, bu hakların şüpheli/sanığa anlatılması olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, uygulamada söz konusu olan matbu “*CMK m, 147'deki hakları hatırlatıldı*” bildirimleri/formları, hakların öğretilmesi anlamına gelmemelidir.

Kişinin haklarını biliyor olması yahut bildiğini ifade etmiş olması söz konusu hakların öğretilmesi (bu duruma özgü olarak hatırlatılması) yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı gibi, bazı hakların hatırlatılmış bazılarının hatırlatılmamış olması da CMK'nun 147. maddesindeki hükümlere aykırılık teşkil edecektir. Diğer yandan sanığa ek savunma hakkı verilmesi yahut davaların birleştirilmesi, yer gösterme yahut yüzleştirme işlemlerinde de şüpheli/sanığın aktif katılımı söz konusu olduğundan hakların bildirilmesi zaruridir.

İsnadı öğretilmesi bakımından ise, iddianamenin çağrı kağıdı ile tebliği, sorgudan önce iddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemlerin ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirilmesinin anlatılması, CMK'nun 225. maddesinde yer alan “*Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir.*” hükmü gereğince, dava açan belgede isnadın etraflıca açıklanması ve isnadın dava açan belgede somutlaştırılması hususları ile birlikte değerlendirilmelidir. Aksi takdirde savunma hakkının kısıtlanması ve adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

Şüpheli/sanığın bir diğer önemli hakkı susma hakkıdır. Belirtmek gerekir ki, bu hakkın kullanılmış olması, şüpheli/sanık aleyhine bir delil ve suçluluğuna bir karine olarak kabul edilemeyeceği gibi soruşturma aşamasında susma hakkının kullanılmış olması, kovuşturma aşamasında çelişki olarak kabul edilemez. Diğer yandan bizatihi susma hakkının kullanılması şüpheli/sanık aleyhine bir sonuç çıkarılması anlamına gelmese de her somut olayın özelliklerine göre yapılacak olan değerlendirilmede, mahkumiyet kararı bakımından mahkeme tarafından olaya ilişkin delil durumu değerlendirilirken, bu delillere (ve susma hakkının kullanılmasına) ne ağırlıkta bir mana yüklendiği açıklanacaktır. Bir başka ifadeyle, gerek tam gerek kısmi ve gerek ise geçici susma halinde, somut olayda susmaya dayanan negatif çıkarsamalar çok sayıda başka deliller bulunduğu için adil yargılanma hakkının ihlalinin oluşturmayabilecektir.

Sanığın susma hakkını kullanması, bir başka ifadeyle suçu işlediğini inkar etmesi, takdiri indirim sebebinin uygulanmaması için bir gerekçe oluşturamaz. Benzer şekilde, zararı tazmin/telafi etmemesi, mağdura muhakeme sürecinde yardımcı olmaması yahut pişmanlık göstermemesi şüpheli/sanık aleyhine bir etki meydana getirmez. Zira şüpheli/sanığın bu nitelikteki bir davranışı suçu kabul anlamına gelebileceğinden, susma yahut inkar bir anlam ifade etmeyebilir.

Müdafî yardımından yararlanabilme ile susma hakkı arasında çok sıkı bir ilişki olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira, susma hakkının kullanıp kullanılmaması gerektiği, eğer kullanılacaksa hangi ölçekte kullanılacağına hassasiyetle karar verebilmek ancak müdafîin mesleki sağduyusu ile yerine getirilebilecek profesyonel bir beceri gerektirmektedir. Müdafîi, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında şüpheli/sanığa hukuki yardımda bulunabilir; bu hak kısıtlanamaz. (CMK m. 149/3) Söz konusu hukuki yardım ise, müdafînin aktif katılımını gerektirmektedir. Bu nedenle müdafî, ifade alma ve sorgu sırasında şüpheli/sanığın yanında bulunma, soru sorma, tüm yasal haklarını hatırlatma, ifade tespiti veya sorguya çekilme sırasında soru sorup tutanağa geçirilmesini isteme, şüphelinin haklarını korumaya yönelik müdahalelerde bulunma haklarına sahiptir. İHAM'nin de benzer fikirde olduğunu ifade etmek mümkündür. Zira gözaltında ifade alınması sırasında müdafînin şüpheliye “*sessiz kal, böyle açıklamalar yapma, bu soruyu cevaplama*” şeklindeki yönlendirmeleri ve şüpheli tarafından söylenmeyen ibarelerin ifade tutanağına yazılması nedeniyle müdafînin itiraz ederek, yazılan bu kısımların tutanaktan silinmesini talebini, şüphelinin yerini aldığı izlenimini veren bir müdahalede oluşturması gerekçesiyle, kolluk görevlilerinin gözaltı odasından müdafîyi tehditle çıkardıkları, başvuranın, müdafî tarafından temsil edilmesine izin verilmediği ve başvurana yeni müdafîi atandığı **Soytemiz Türkiye** kararında Mahkeme, “*müdafiden yararlanma hakkı, sadece yapılan işlemde müdafînin hazır bulunması değil, aynı zamanda kolluk tarafından ifadesi alınırken de dahil olmak üzere müdafînin, ceza muhakemesinin tüm aşamalarında aktif olarak hukuki yardımda bulunmasını ve şüphelinin haklarına saygı gösterilmesi talebini de içermektedir.*” ifadelerine yer vermek suretiyle, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

İfade alma ve tutuklama sorgusu bakımından en çok tartışılan diğer hususlar, soruşturma dosyası bakımından dosyayı inceleme, örnek alma ve dosya için getirilen gizlilik kararlarıdır. Elbette maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve soruşturmanın selameti bakımından zaruri olan hallerde, evrak ve belgelerin sağlıklı bir şekilde muhafaza edilebilmesi, koruma tedbirlerine ilişkin kararlarının alınarak uygulanabilmesi, delillerin ele geçirilmesi yahut karartılmasının engellenmesi vs. gibi gerekçelerle müdafînin yetkilerine bir takım sınırlandırılmalar getirilebilirse de bu uygulama pozitif hukuk kurallarının düzenleme alanını aşan ve savunma hakkının sınırlandırılmasına sebebiyet verecek şekilde uygulanmamalıdır. Özellikle müdafîlerin soruşturma dosyalarını inceleme gereğinin hasil olduğu durumlarda vekaletname örneğinin istenmesi sorunu hala yaşanmaktadır. Konuya ilişkin CMK ve Kalem Yönetmeliği müdafînin dosyayı inceleme hakkının “*vekaletname ibrazı*”na yahut izin şartına bağlanmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Ayrıca, dosyayı incelemek için vekaletnamenin ibrazının aranması, yakalanan yahut gözaltına alınan kişiye karşı uygulanan bu koruma tedbirlerine itirazı olanaksızlaştıracığı gibi müdafînin işi kabul veya reddetme özgürlüğünü de imkansızlaştıracaktır. Hatta müdafînin inceleyemeden müdafîliğini üstlendiği dosya nedeniyle disiplin suçu ile karşı karşıya kalması da mümkün olabilecektir.

Diğer yandan, soruşturma dosyası bakımından gizlilik kararı alınmış olsa bile, savunma hakkının kısıtlanmaması bakımından, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere

ilişkin tutanaklar dışındaki bazı belgelerin de müdafinin incelemesine açılması gerekmektedir. Özellikle tutuklamaya ilişkin işlemler bakımından, İHAM kararlarında da belirtildiği üzere, tüm dosya içeriğinin mahkeme/hakime sunulmuş olmasına karşın müdafiyeye sunulmamış olması, tutukluluğun hukuka uygunluğunun denetlenmesi bakımından sakıncalıdır. Zira dosya kapsamındaki bilgi ve delillere dayanılarak verilen tutukluluk/tutukluluğun devamı kararları, “*silahların eşiliği*” ilkesinin sağlanmaması nedeniyle hukuka aykırılık teşkil eder. Ayrıca İHAM verdiği kararlarla, “*soruşturma amacının tehlikeye düşmesi*” gerekçesiyle tutuklu şüpheli/müdafinin dosya inceleme hakkının engellenmesini İHAS’ne aykırı bulmaktadır. Biz sadece tutuklamaya ilişkin işlemler bakımından değil, şüphelinin soruşturma evresinde ifadesinin alınması, sorgusunun yapılması gibi işlemlerden önce, gizlilik kararına rağmen şüpheli ve müdafiyeye dosyanın incelenmesi bakımından nisbi bir hak tanınması (örneğin dosyadaki tanık ifadeleri hakkında bilgi sahibi olunması, diğer delillerin incelenmesi) gerektiği kanaatindeyiz.

Kaynakça

- GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin, ÇAKIR, Kerim**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Adalet Yayınevi, 2017.
- ARICAN, Mehmet**, Ceza Muhakemesi Hukukunda İfade Alma ve Sorgu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2009.
- AYDIN, KAN, Çağrı**, Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak “Susma Hakkı”, TBB Dergisi 2010 (91).
- BLAIR, Chris**, Miranda And The Right To Silence In England, Tulsa Journal of Comparative and International Law, V.11, Iss. 1, 2003, Article 2.
- CENGİZ, Sekan, DEMİRBAĞ, Fahrettin, ERGÜL, Teoman, MCBRIDE, Jeremy, TEZCAN, Durmuş**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- CENTEL, Nur**, Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım, İÜHFİM C. LXXII, S. 2.
- CİHAN, Erol**, 50.yılda Ceza Muhakemesi Sujesi Olarak Sanığın Sorgusu, İÜHFİM, C.50, S.1-4.
- CİHAN, Erol**, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, İÜMHAD, C.5, S.7, 2007.
- DEMİRBAŞ, Timur**, Soruşturma evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- GRAY, Anthony**, Constitutionally Heeding The Right To Silence In Australia, Monash University Law Review (Vol 39, No 1).
- DALY, Yvonne, Marie**, The Right to silence: inferences and interference, Australian and New Zealand Journal of Criminology, 47 (1), 2014, http://doras.dcu.ie/21503/1/The_Right_to_Silence_-_Inferences_and_Interference_-_ANZJC.pdf, (E.T. 12.04.2019).
- DEMİRBAŞ, Timur**, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ESER, Albin**, Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanıcın Hukuki Durumu, Çev. Nur CENTEL, Yargıtay dergisi 16 (1990), S. [313].
- FEYZİOĞLU, Metin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3-a Uyarınca İsnadın Bildirilmesi ve Türk Hukuku, TBB Dergisi, Sayı 55, 2004.
- FLYNN, Asher, HODGSON, Jacqueline, MCCULLOCH, Jude, NAYLOR, Bronwyn**, Legal Aid And Access To Legal Representation: Redefining The Right To A Fair Trial, Melbourne University Law Review, Vol. 40, 2016.

- KATOĞLU, Tuğrul**, Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar, ABD, 2011/4.
- KOCA, Mahmut**, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası, AÜHFCD, C. IV, S. 1-2, 2000.
- KOCAOĞLU, Sehat, Sinan**, Susma Hakkı, ABD, 2011/1.
- LINTZ, Howard, MCGEE, Yallana, MOHAMED, Ola, SAJADI, Safa, SAWYER, Sarah, STRATTON, Melanie, WOLFE, Jordan, WEISSMAN, Deborah M.**, A Basic Human Right: Meaningful Access To Legal Representation, The Human Rights Policy Seminar University of North Carolina School of Law, 2015.
- MACLIN, Tracey**, The Right to Silence v. the Fifth Amendment, University of Chicago Legal Forum: Vol. 2016, Article 7, <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol2016/iss1/7>, (E.T. 12.04.2019).
- ÖZBEK, Veli, Özer**, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ocak, 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri**, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasası (Yasak Sorgu Metodları), openaccess.iku.edu.tr/bitstream/handle/11413/1405/HukukC2Sayi12_39.pdf?, (E.T. 10.04.2019).
- ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa, Ruhan, SIRMA GEZER, Özge, SAYGILAR KIRIT, Yasemin F., ALAN AKCAN, Esra, ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser, ÖZAYDIN, Özdem**, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- STEIN, Alex**, The Right To Silence Helps The Innocent: A Response To Critics, Cardozo Law Review, Vol. 30:3, 2008.
- ŞAHİN, Cumhuri**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, Eylül, 2018.
- ŞEN, Ersan**, Ceza Yargılaması Süreci, TBB Dergisi, 2011 (97).
- ŞEN, Ersan**, Gözaltı ve Sorgu, http://sen.av.tr/tr/makale-detay/63/g%C3%B6zalt%C4%B1_ve_sorgu.html, (E.T. 13.04.2019).
- ŞENYÜZ, Doğan**, Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Sayı: 1, 2013.
- TAŞKIN, Cankat Ş.**, Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların Aihm İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007
- ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- YILDIZ, Ali, Kemal**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme, İÜHFCD C. LXV, S.1, 2007.
- ZAFER, Hamide**, Savunma Hakkı ve Sınırları, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHFHAD, C:19, S:2, 2013.

Türk İdare Hukukunda Kamu Hizmetlerinin Belirlenmesinde Objektivist Ve Subjektivist Yaklaşımlar

Determination of Public Services in Turkish Administrative Law Objectivist and Subjectivist Approaches*

Ebru ZEYBEK CEBECİ**

Öz

İdare Hukukunun en temel konularından biri olan kamu hizmeti, tanımlanması zor, içeriği belirsiz bir kavram olarak nitelenmektedir. Tarihi süreç içinde kavramın sınırları açıklanmaya çalışılmıştır. Kavramın belirlenmesine ilişkin bu yaklaşımlar genel olarak objektivist ve subjektivist yaklaşım olmak üzere iki ana başlık altında toplanmıştır. Kamu hizmetinin nasıl belirleneceği hususu hem kendi taşıdığı önem, hem de idare hukukunun diğer birçok konusuyla olan bağlantısı nedeniyle dikkate değer bir nitelik taşımaktadır. Bu makalede kamu hizmetlerinin belirlenmesine ilişkin objektivist ve subjektivist yaklaşımlar incelenecek ve gelinen aşamada kamu hizmetinin nasıl tespit edileceğine ilişkin değerlendirmelerde bulunularak katkı sağlanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kamu hizmeti, Objektivist yaklaşım, Subjektivist yaklaşım, Niteliği gereği kamu hizmeti, Yasa koyucunun iradesi

Abstract

Public service, which is one of the most fundamental issues of Administrative Law, is defined as a concept which is difficult to define and whose content is uncertain. In the historical process, the concept has been explained in various ways. These approaches for defining the concept are generally grouped under two main headings: objectivist and subjectivist. The issue of how to determine the public service is of considerable importance both because of its importance and its connection with many other issues of administrative law.

In this article, objectivist and subjectivist approaches to the determination of public services will be examined and contribution will be made by making evaluations on how to determine public service in the current stage.

Keywords: Public service, Objectivist approach, Subjectivist approach, Public service due to its nature, Will of the legislator.

* Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında idarenin sözleşmelerine ilişkin hazırlanan doktora tezinden üretilmiştir.

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, ebru.zeybek@marmara.edu.tr. (ORCID : 0000-0003-2743-862X).

I. GİRİŞ

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun en temel kavramlarından biri olduğu gibi, kavramın idare hukukunun diğer birçok kavramının tanımlanmasında ve idari yargının görev alanının tespitinde belirleyici bir rolü bulunmakta¹, aynı zamanda siyaset bilimi, ekonomi, kamu yönetimi gibi birçok farklı disiplinle de bağlantısı bulunmaktadır.

Modern kamu hizmeti kavramı, hem faaliyeti, hem faaliyeti yürütecek teşkilatı ifade edecek bir şekilde, köken olarak Fransız hukukundan gelmektedir².

Kamu hizmeti kavramının, idare hukuku doktrininde sıklıkla tanımlanması zor, içeriği belirsiz bir kavram olarak belirtildiği görülmektedir³. Bununla birlikte bu savın doğru olmadığını, kamu hizmetinin “görünce tanınacağını” ifade edenler de bulunmaktadır⁴.

Kavramın aslında öğretilde genel bir tanımlaması bulunmaktadır. Buna göre kamu hizmetleri devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin veya onların gözetim ve denetimi altındaki özel hukuk kişilerin, toplumun genel ve ortak ihtiyaçlarını gidermek amacıyla yerine getirilen faaliyetler olarak tanımlanmaktadır⁵.

Bununla birlikte hem doktrinde hem de yargı içtihatlarında kamu hizmetinin nasıl belirleneceğine ilişkin farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir. Bu yaklaşımlar genel olarak objektivist ve subjektivist yaklaşım olarak iki ana grupta toplanmaktadır.

II. OBJEKTİVİST KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI

Objektivist kamu hizmeti anlayışı, hizmeti niteliğine, faaliyetin içeriğine göre tanımlamaktadır. Bu anlayış Türk İdare Hukuku doktrini içinde çok fazla yer bulamasa da, yine de bu görüşte olanlara rastlamak mümkündür.

Uler'e göre Anayasa'nın 47.maddesindeki “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir.” şeklindeki hüküm, kamu hizmetlerinin niteliğine göre belirleneceğinin göstergesidir ve bu nedenle yasa koyucunun kamu hizmetlerini belirleme yetkisi sınırsız kabul edilemeyecektir⁶.

1 Yasin, Melikşah, “*Kamu Hizmeti*”, Yıldırım, Turan(ed.), Yıldırım, Turan – Yasin, Melikşah – Kaman, Nur-Özdemir, H.Eyüp, Üstün Gül, Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku (içinde)*, Oniki Levha Yay., İstanbul 2018, s.411.

2 Yaşar, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, Der Yay., İstanbul, 2016, s.217.

3 Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.14; Ulusoy, Ali, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul 2004, s.11.

4 Uler, Yıldırım, “*Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti*”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.15, 1998, s.254; Çakmak, Münci, “*Sanatsal Kamu Hizmetleri*”, Gazi Üniversitesi HFD, C.XIV, S.1, 2010, s.256.

5 Sancakdar, Oğuz – Us, Eser – Kasapoğlu Turhan, Mine – Önüt, Lale Burcu – Seyhan, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yay., Ankara, 2018, s.478.

6 Uler, s.253.

Yine bir başka yazar tarafından da, her ne kadar yasa koyucu tarafından içeriği doldurulabilecek yada değiştirilebilecekse de, kamu hizmetinin az da olsa değişmez bir çekirdeği olduğunun kabul edilmesi gerektiğinin ifade edildiği görülmektedir⁷.

Çakmak'a göre ise, örneğin, sanatsal kamu hizmetleri – ister yasa koyucu tarafından belirlensin, ister niteliğine göre belirlensin-, kamu hizmetinin tipik birer örneğini oluşturmaktadır⁸.

Faaliyetin niteliğine dayanan objektivist görüşe ilişkin izler Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın da kimi kararlarında görülmektedir. Anayasa Mahkemesi Türkiye Elektrik Kurumunun özelleştirilmesine olanak veren 3974 sayılı Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığını incelediği bir kararında “*Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır. Bununla birlikte kamu hizmeti çeşitli biçimlerde tanımlanmaya çalışılmıştır. En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*” şeklindeki ifadesiyle hem kamu hizmetinin geleneksel tanımına değinmiş, hem “*Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinmesinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir.*” diyerek elektrik üretim, iletim ve dağıtımın faaliyetlerinin niteliğini belirtmiş hem de “*Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez.*” “*Öğretide, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasa koyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur. Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir.*” “*..Anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”, (...) yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir.*”⁹ şeklindeki ifadelerle yasa koyucunun kamu hizmetini belirleme yetkisi olduğunu kabul etmekle birlikte, bu belirlemenin hizmetin niteliğine göre yapılması gerektiği ve mahkemece yapılan anayasal denetim esnasında da faaliyetin irdelenip kamu hizmeti niteliğinde olup olmadığının saptanabileceği belirtilmiştir.

7 Gülan, Aydın, “*Kamu Hizmeti Kavramı*”, İHİD, Y.9, S. 1-3, 1988, s.155.

8 Çakmak, s.256.

9 AYM, E.1994/43, K.1994/42-2, T.09.12.1994, www.kazanci.com.tr

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı doktrinin bir kısmı¹⁰ tarafından hem yasama organının iradesinin belirleyici olduğunun kabul edilmesi hem de bu iradenin Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğunun belirtilmesi açısından tutarlı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin kararında yasa koyucunun kamu hizmetini belirleme yetkisi kabul edilmekte, ancak mahkemenin de önüne gelen uyuşmazlığı çözmeden önce anayasal denetim yetkisi kapsamında faaliyetin niteliğini ortaya koyma yetkisinin saklı olduğu belirtilmektedir. Nitekim bu durum, Yüksek Mahkeme'nin yasa koyucunun bu hususa ilişkin yetki sınırlarını anayasayla çizdiği, "*Hiç şüphesiz, Anayasa, kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı hallerde, yasama organı, herhangi bir alanı yasal statü içine alarak bir kamu hizmeti tesis edebilir.*" ifadesinin yer aldığı 1985 tarihli kararında¹¹ da görülmektedir.

Yüksek Mahkeme "kamu kurum ve kuruluşlarınca ifa edilen, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap - işlet - devret modeli çerçevesinde yaptırılması"na ilişkin düzenlenen 3996 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığını incelediği bir kararında da birebir aynı ifadelerde bulunmuştur¹². Mahkeme çeşitli kararlarında toplumsal yaşamın zorunlu ihtiyaçlarından olması ile düzenlilik ve süreklilik gerektirmesi nedenleriyle örneğin sağlık hizmeti¹³ ile eğitim hizmetinin¹⁴ niteliği gereği kamu hizmeti olduğunu da ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1995 tarihinde vermiş olduğu bir başka kararında da benzer saptamalar yapmış ve "*köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.*"¹⁵ demek suretiyle belirli faaliyetleri niteliği gereğince kamu hizmeti olarak nitelemiştir.

Danıştay'ın kararlarına baktığımızda da genel olarak aynı tabloyla karşılaştığımızı söyleyebiliriz. Hatta Danıştay 10.Dairesi termik santral kurma ve işletme konusunda imzalanan sözleşmenin niteliğini tespit etmek için elektrik üretim ve işletiminin bir kamu hizmeti olup olmadığı hususunda yapmış olduğu değerlendirmede yukarıda anmış olduğumuz Anayasa Mahkemesi'nin 09.12.1994 tarih ve 1994/43 Esas, 1994/42-2 Karar sayılı kararına atıfta bulunarak birebir aynı tespitte bulunmuştur¹⁶. Danıştay 13. Dairesi'ne ait bir kararda ise yine mahkemece doğal gaz dağıtım hizmeti'nin doğal tekel niteliğinde bir kamu hizmeti olduğu tespitinde bulunulmuştur¹⁷. Sağlık hizmetinin kamu hizmeti niteliğinden ise Danıştay 5.Dairesi'nin bir kararında¹⁸ "*Toplumsal*

10 Yasin, s.493.

11 AYM, E.1985/7, K.1985/22, T.28.11.1985, www.kazanci.com.tr.

12 AYM, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995, www.kazanci.com.tr.

13 AYM, E. 2004/114, K.2007/85, T.22.11.2007; AYM, E. 2005/145, K.2009/112, T.23.07.2009, www.kazanci.com.tr

14 AYM, E.2008/54, K.2011/45, T.10.03.2011, www.kazanci.com.tr.

15 AYM, E.1994/71, K.1995/23, T.28.06.1995, www.kazanci.com.tr.

16 D10D, E.1999/2407, K.2002/347, T.06.02.2002, www.kazanci.com.tr.

17 D13D, E.2008/13542, K.2012/1946, T.27.06.2012, www.kazanci.com.tr.

18 D5D, E.2007/6860, K.2009/2011, T.15.04.2009, K.2002/4437, T.19.11.2002, www.kazanci.comtr.

yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan, düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir”, Danıştay 15.Dairesi'nin bir kararında¹⁹ “*Vakıf Üniversitelerinin, kamu tüzel kişiliğini haiz bulunduğu ve bunların sundukları sağlık hizmetin kamu hizmeti olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır.*”, Danıştay 10.Dairesi'nin bir kararında²⁰ ise “*Temel bir kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmeti*” olarak belirtildiği görülmektedir. Aynı sağlık gibi, eğitim ve yükseköğretime ilişkin çeşitli tarihlerde verilmiş Danıştay kararlarında²¹ da hizmetin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu ifade edilmiştir.

Anılan kararlarda da görüldüğü üzere Türkiye’de yargı kararlarında sıklıkla idarenin yapmış olduğu sözleşmelerin, işlemlerin niteliğinin tespit edilmesi için hizmetin niteliğinin belirlenmesi yoluna gidilmiş, bunun için de faaliyetin içeriğinin değerlendirilmesi söz konusu olmuştur. Ancak yargısal içtihatlar bir yana, kamu hizmetinin faaliyetin niteliğine göre belirlenmesine ilişkin görüşün, Türk İdare Hukuku doktrininde hatırı sayılır bir yer tuttuğu söylenememektedir. Doktrinin büyük çoğunluğunca kabul edilen görüşe göre, bir faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıyıp taşımadığına karar verme yetkisi yasa koyucuya aittir.

III.SUBJEKTİVİST KAMU HİZMETİ ANLAYIŞI

Subjektivist kamu hizmeti anlayışına göre, kamu hizmetlerinin belirlenmesi veya tanımlanmasında tek belirleyici etken yasa koyucunun iradesidir²².

Anayasa Mahkemesi 1969 tarihli bir kararında²³ “Devletin, yalnızca ülkede disiplini sağlamakla görevli bulunduğu çağlardaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları ile bugün devletin birçok iktisadi görevleri de bulunduğu çağdaki kamu hizmeti ve kamu yararı kavramları birbirinin benzeri olamaz. Yurdun bir takım yerlerinde turistik bölgelerle sanayi bölgelerinin düzenli biçimde kurulması ve böylelikle kalkınma plânı ereklerinin gerçekleştirilmek istenmesi, birer kamu işi niteliğindedir.” ifadesiyle, devletin yalnızca hakimiyet faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekle beraber, aynı zamanda kamu hizmetinin yasama organınca belirlenmesi düşüncesine “Anayasa, kamu hizmetlerinin kanunla kurulacağı ve idarenin görevlerinin de kanunla düzenleneceği ilkesini benimsemiştir” ifadesiyle ve 1961 Anayasasının, Bakanlıkların, idarenin kurulması ve yönetmelik çıkarılmasına ilişkin 106,112 ve 113. maddelerine atıfta bulunarak katılmıştır.

19 D15D,E.2016/1583, T.18.03.2016, www.kazancı.com.tr.

20 D10D, E.2000/2128, K.2002/4437, T.19.11.2002, T.15.04.2009, www.kazancı.com.tr.

21 D2D, E.2008/3392, K.2011/5944, T.30.11.2011; DİDDK, E.2010/5, T.12.03.2010; D8D, E.2008/8234, K.2011/2452, T.29.04.2011, www.kazancı.com.tr.

22 Orak, Cem Çağatay, “*Kamu Hizmeti: Tabula Rasa, Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?*”, TBB Dergisi, s.68, 2007, s.168.

23 AYM, E.1967/41, K.1969/57, T.23,24,25.10.1969, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0f0cdae2-2409-4c29-b040-fc7265add967?excludeGereke=False&wordsOnly=False>

Danıştay ise 2000 tarihli bir kararında²⁴ “Bilindiği üzere, kamu hizmeti, umuma arz edilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür.” diye ifade etmek suretiyle kamu hizmetinin yasa koyucu tarafından belirlenen faaliyetler olduğunu betimlemiştir.

Türk idare hukuku doktrininde genel olarak kabul edilen görüş de bu görüştür²⁵. Duran’a göre bir faaliyetin niteliğine göre kamu hizmeti sayılması mümkün olmadığı gibi, böyle bir faaliyet de yoktur. Çünkü faaliyetlerin özel faaliyet veya kamu hizmeti olup olmadığı belli bir dönemde belli bir topluma egemen olan iktisadi ve sosyal sistemin sonucunda siyasi yöneticilerin iradesiyle belirlenir. Bir toplumun ihtiyaçlarının, kamu yararının değerlendirilip saptanması, toplumun seçimle belirlediği temsilcilerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla bir faaliyetin kamu hizmeti sayılması, bulunulan topluma ve zamana göre yetkili kamu organlarınca belirlenen, değişken nitelikte ve göreceli bir husustur. Ayrıca toplumun ortak ihtiyacı olan ve görülmesinde kamu yararı bulunduğu halde bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kurulması zorunlu değildir. Bu faaliyetler özel hukuk kişilerine bırakılabilir²⁶.

Başka bir yazara / yazarlara göre de, Anayasa’nın 47.maddesinde devletleştirmeye ilişkin yer alan “Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir” şeklindeki düzenlemeye göre neyin kamu hizmeti olduğu konusunda kesin bir ayırım bulunmamakta; özel bir teşebbüs devletleştirme yoluyla kamu hizmetine dönüştürülebilirken, bir kamu hizmetinin de özel bir teşebbüs haline getirilmesi mümkün görünmektedir. Bunu belirleyecek olan irade ise yasa koyucuda bulunmaktadır²⁷.

Günday da kamu hizmetinin belirlenmesi yetkisinin siyasal organların iradelerinde olduğunu kabul etmektedir. Duran gibi, Günday’a göre de “niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet yoktur. İnsan faaliyetleri niteliklerine göre değil ve fakat belli bir dönemde ve belli bir yerde topluma egemen olan sosyal, siyasal ve ekonomik sisteme göre kamusal ve özel faaliyetler olarak ayrılabilirler. Dolayısıyla her insani faaliyet, niteliği ne olursa olsun, kamu hizmeti olmaya elverişlidir; yeter ki siyasal organlar o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etsinler”²⁸. Bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için öncelikle kanuna bakılması gerekecek; eğer kanunda faaliyetin kamu hizmeti olduğu belirtilmemiş ise bu durumda yasa koyucunun iradesini anlayabilmek için faaliyetin kamusal usul ve kurallara tabi olup olmadığına dikkat edilmesi gerekecektir²⁹.

24 D1D, E.2000/29, K.2000/59, T.17.04.2000, www.kazanci.com.tr.

25 Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C.2, Ekin Basım, Bursa, 2009, s.264; Akyılmaz, Bahtiyar – Sezginer, Murat – Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yay., Ankara 2018, s.526; Yasin, s.419.

26 Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.304-305.

27 Akyılmaz – Sezginer – Kaya, s.526

28 Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara 2015, s.331-332.

29 Günday, s.332-333; Duran, s.309.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İlk olarak belirtilmesi gerekir ki, makalemizde doktrine ilişkin verilen atıfların birçoğu Haziran 2018 tarihli seçim sonucuyla yürürlüğe giren Anayasa değişikliği öncesinde yazılmış olan, yahut bu tarihten sonra henüz yenilenmemiş kaynaklara yapılmıştır.

Türk Hukukunda kural koyma yetkisi ilke olarak yasama organına aittir. Bu nedenle kamu hizmetini kurma, dolayısıyla hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak düzenleneceğine karar verme yetkisinin de yasa koyucuda olduğu ifade edilmektedir. Nitekim günümüzde siyasi irade olmadan bir hukuk kuralının veya hukukça tanınmış bir kavramın mevcudiyeti olanaklı değildir³⁰.

Anayasa'nın 123.maddesinin ilk fıkrasına göre de "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir". Ancak yapılan Anayasa değişikliği ile maddenin son fıkrası "Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur" olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak Anayasa'nın 13.maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla kamu hizmeti düzenlenmesi yoluyla temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek bir sınırlama yalnızca kanunla ve bu halde dahi sadece 13.maddede öngörülen sınırlar dahilinde yapılabilecektir. Aksi halde kamu hizmetinin kuruluşu – tekel niteliğinde olmasa, rekabet eder nitelikte olsa bile – Anayasa'nın 48.maddesi kapsamında güvenceye alınan özel teşebbüs hürriyetine aykırılık taşıyacaktır³¹. Ancak herhangi bir kazanç sağlamaması yahut getirisi olmaması nedeniyle özel teşebbüs hürriyetine ve diğer hak ve özgürlüklere sınırlandırma teşkil etmeyecek bir kamu hizmetinin kanun ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenmesi mümkün olacaktır³².

Bunun dışında doktrinde objektivist kamu hizmeti anlayışına getirilen eleştirilerden ve sübjektivist kamu hizmeti yaklaşımının istisnalarından bahsetmek gerekmektedir.

Objektivist kamu hizmeti anlayışı sübjektif değerlendirmelere yol açabileceği, hukuk güvenliği ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir³³. Aynı zamanda kamu hizmetlerinin kurulması temel hak ve özgürlükleri etkileyebilecek olması nedeniyle de kanunla kurulması gerektiği ifade edilmektedir³⁴. Eleştiriler haklı olmakla birlikte, kanımızca bu eleştiriler objektif kamu hizmeti anlayışının Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'da olmayan kurallardan, kamu hizmeti yaratması olarak kabulünden ileri gelmektedir.

30 Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti(Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.57.

31 Gözler, Kemal-Kaplan, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Basın, Bursa 2018, s.545-546.

32 Gözler, s.356-357.

33 Ulusoy, Ali, "Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları", Ulusoy, Ali (ed.), *Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Liberte Yay., Ankara, 2001, s.8.

34 Yasin, s.418.

Subjektivist kamu hizmeti anlayışı bakımından değinilmesi gereken noktalardan biri ise, doktrinde subjektivist kamu hizmeti yaklaşımını kabul eden bazı yazarlarca mahalli kamu hizmetleri hususunda farklı bir yaklaşımın benimsenmesi hususudur. Bu görüşe göre, mahallli idareler Anayasa'nın 127.maddesi gereğince "il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere" kurulmuş olmaları nedeniyle; mahalli kamu hizmetlerini kurma yetkisine sahiptirler³⁵. Mahalli idareler bu yetkiyi, görevlerinin Anayasa ile ve genel çerçeve içerisinde düzenlenmiş olmasından almaktadır³⁶.

Ancak kanımızca bu durum kamu hizmeti kurulması için yasal düzenlemeye ihtiyaç olmadığı anlamına gelmeyecektir. Anayasa'nın 127.maddesinin ilk fıkrasında yer alan "mahalli müşterek ihtiyaç" kavramı yasa koyucunun ölçütü olacak ve mahalli idareler yapılan yasal düzenleme doğrultusunda faaliyetlerini yerine getireceklerdir. Nitekim mahalli idareler, Anayasa'nın 123. maddesi kapsamı dışında tutulmamaktadır. Hatta Anayasa'nın 127.maddesinin 2.fıkrasında yer alan "Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir." hükmü, bu durumu daha da açık bir şekilde ortaya koymaktadır³⁷. Bu nedenle mahalli idarelerin yalnızca yasalarla belirlenmiş alanda hareket etmeleri mümkün olacaktır³⁸.

Anayasa Mahkemesi de 2007 tarihli bir kararında³⁹ belediyelere çerçevesi çizilmemiş bir alanda görev ve yetki verilmesine ilişkin hükmü, "Belediyeler belediye sınırları içinde, Anayasanın 127. maddesinin birinci fıkrasına göre "mahalli müşterek ihtiyaçları" karşılamakla görevlendirilirken, ikinci fıkrasına göre de bu görevlendirmenin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla yapılması zorunlu kılınmaktadır. Belediyeler mahalli müşterek gereksinimleri, yasalarla sınırları belirlenmiş alanlarda özerk biçimde belirleyebilir.

İptali istenen kuralla belediyelerin "kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri de" yapmakla görevlendirilmeleri, herhangi bir görev alanı tanımlaması yapılmaksızın, 5393 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde belirlenmiş görev alanları dışında kalan her tür görevin yerine getirilmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda idareye görev ve yetki veren kural, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir." şeklinde ifade ederek, iptal etmiştir.

Ancak yasama organına verilen kamu hizmeti kurma takdir yetkisinin de bir sınırı bulunmaktadır. Bu sınırı Anayasal kamu hizmetleri ve uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülükler oluşturmaktadır.⁴⁰ 1982 Anayasasında anayasal kamu hizmetleri açıkça düzenlenmemiş ancak

35 Gözler-Kaplan, s.547.

36 Duran, s.314.

37 Sevgili Gençay, Fatma Didem, "Yerel Yönetimlerin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi", MYS, C.10, S.24, Temmuz 2015, s.48.

38 Karahanoğulları, Onur, "Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi", Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu, Ankara, 2013, s.83-84.

39 AYM, E.2005/95, K.2007/5, T.24.01.2007, www.kazanci.com.tr.

40 Gözler, s.359-361.

bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesi devlete ödev olarak verilmiştir. Dolayısıyla bu faaliyetlerin kamu hizmeti olarak kurulması ve gerçekleştirilmesi bir yükümlülüğe dönüşmektedir. Bu faaliyetler çoğunlukla Anayasanın Üçüncü bölümünde yer alan Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenmiş olmakla (eğitim, sağlık, sosyal güvenlik vd.), genel olarak Anayasa'nın bütününe dağıldığı söylenebilecektir(adalet, yükseköğrenim, radyo ve televizyon yayıncılığı vd.).Doktrin tarafından genel olarak devletin ödevleriyle kamu hizmeti arasında bir bağlantının varlığının kabul edildiği görülmektedir⁴¹.

Bilgen'e göre bazı faaliyetlerin toplumsal bir ihtiyacın tatminini sağlamak suretiyle gerçekleştirilmesinde kamu yararı bulunduğu ve idare tarafından kurulup işletilmesine Anayasa koyucu tarafından karar verildiğinde, artık yasa koyucu tarafından bu faaliyetlerin kamu hizmeti olup olmadığına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Yasa koyucunun görevi o faaliyetin kamu hizmeti olarak kurulup işlenmesini sağlamaktır⁴².

Anayasa Mahkemesinin de bu görüşü benimsediği görülmektedir. Örneğin Mahkeme 1979 tarihli bir kararında⁴³ "Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan doğal zenginlikler ve kaynaklarının aranma ve işletilmesinin ilke olarak Devletin görevi sayılması, Anayasa Koyucunun bu işleri "kamu hizmeti" niteliğinde gördüğünün açık kanıtıdır." hükmünde bulunmuştur.

Bununla birlikte Anayasanın 65.maddesine göre "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir". Ancak Bilgen'e göre bu hüküm faaliyetin bir kamu hizmeti olarak kurulup görülmesinde devlete yalnızca zaman ve kapsam bakımından takdir yetkisi tanımaktadır. Yoksa devlet Anayasada yer alan bu faaliyetleri belli bir plan çerçevesinde kurup, işletmek zorundadır⁴⁴.

Hangi hizmetlerin kamu hizmeti olarak kabul edileceği, hangi hizmetlerin doğrudan devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiği veya devletin o alandan elini çekemeyeceği her zaman açık bir şekilde bulunmamaktadır. Anayasa'da bazı konularda devlete direkt olarak yükümlülükler verilmiş, bazı kısımlarda da kişilere tanınan temel hak ve özgürlükler dolayısıyla devlet bazı faaliyetlerin gerçekleştirilmesi noktasında yükümlendirilmiştir. Anayasa'da yer alan kamu hizmetleri devletin temel niteliğindeki faaliyetleri olduğundan ve Anayasada yer alan hükümler devlet için bağlayıcı olacağından, Anayasal tüm kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi birer yükümlülüktür. Ancak buna uygun hareket edilmediğinde ne yapılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme, uygun hareket edilmesini sağlayıcı hukuki bir araç bulunmadığından bu hizmetlerin yerine getirilmesinin zorunluluğu hususunun niteleme yapmak dışında uygulamada fazla bir

41 Bilgen, Perteve, "Kamu Hizmeti Hakkında", İHİD, C.1, S.1., Mart 1980, s.114; Yıldırım Turan, "Kamu Hizmeti ve Kar Amacı", Ulusoy, Ali (ed.), *Hukuku Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti(içinde)*, Liberte Yay, Ankara 2001, s.44.

42 Bilgen, Perteve, *Sosyal Haklar, "Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme"*, AÜSBF İnsan hakları Merkezi Dergisi, C.3, S.5, Aralık 1995, s.14-15.

43 AYM, E.1979/1, K.1979/30, T.21.06.1979, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/953e96c2-37c2-4922-b640-0ecf59f42e1d?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

44 Bilgen, *Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme*, s.13.

karşılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa'ya uygun düzenin kurulmaması, buna uygun kurumların oluşturulmaması ve kamu hizmetlerinin düzenlenmemesi hukuk devletleri açısından düşünülemeyeceğinden; gerekli düzenlemenin yapılmaması halinde ne yapılacağıının belirlenmesi de beklenemeyecektir⁴⁵. Bunun yanında yasakoyucu, uluslararası andlaşmalar nedeniyle de bazı hizmetleri düzenlemekle yükümlü olabilir.

Ayrıca bazı durumlarda yasa koyucu tarafından hizmetin niteliği açıkça nitelenmeyebilmektedir. Bu durumda da yargı organının hizmetin niteliğini tespit etmesi gerekecektir⁴⁶. Bununla birlikte kanımızca siyasi iradenin kamu hizmetlerini belirlerken toplumsal ihtiyaçlara cevap olabilmesi için faaliyetin niteliğini esas alması da bir hayli önem taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki siyasi iradenin kamu hizmetinin belirlenmesinde sınırsız bir yetkisi olduğunun kabulü sistemsel olarak da mümkün görünmemektedir. Varolan sistemde tüm faaliyetlerin özel hukuk kişilerine bırakılıp, kamu hizmeti olmaktan çıkarılması devletin ortadan kalkmasına neden olabilecektir; toplumdaki tüm faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelenmesi de piyasa alanının yok edilmesi sonucu doğurarak yine devletin ortadan kalkmasına yol açabilecektir⁴⁷.

Kaynakça

- Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yay., Ankara, 2018.
- Ayaydın, Cem, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, İstanbul, 1998.
- Azrak, Ali Ülkü, Millileştirme ve Kamu Hizmeti, İÜHFİM, C. 36, S. 1-4, 1971.
- Bilgen, Pertev, Kamu Hizmeti Hakkında, İHİD, C.1, S.1., Mart 1980.
- Bilgen, Pertev, Sosyal Haklar, Sosyal Kamu Hizmetleri, Özelleştirme, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 3, S. 5, 1995.
- Çakmak, Münci, Sanatsal Kamu Hizmetleri, Gazi Üniversitesi HFD, C.XIV, S.1, 2010.
- Derbil, Süheyp, Kamu Hizmeti Nedir?, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.3, 1950.
- Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakültele Matbaası, İstanbul, 1982.
- Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım, Bursa 2018.
- Gözler, Kemal, İdare Hukuku, C.2, Ekin Basım, Bursa, 2009.
- Gözübüyük, Şeref/ Tan, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- Gülan, Aydın, Türkiye'de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi, İHFİM, C.LVI, S.1-4, 1998.
- Gülan, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD, Y.9, S. 1-3, 1988.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Karahanogulları, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Karahanogulları, Onur, "Yerel Özerklik: Mahalli Müşterek İhtiyaçların Yerinden Yönetimi", Beşinci Ulusal Yerel Yönetimler Sempozyumu, Ankara, 2013.

45 Benzer bir değerlendirme için bkz. Ayaydın, Cem, 82 Anayasası'na Göre Devletin Faaliyet Alanı, Doktora Tezi, İstanbul, 1998, s.571.

46 Sever, D.Çiğdem, *Kamusal Faaliyetlerin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık*, Doktora Tezi, Ankara, 2013, s.35.

47 Karahanogulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, s.61.

- Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966
- Orak, Cem Çağatay, Kamu Hizmeti: Tabula Rasa, Avrupa Birliği Sürecinde Nasıl Doldurulacak?, TBB Dergisi, S.68, 2007.
- Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Sancakdar, Oğuz/ Us, Eser/Kasapoğlu Turhan, Mine/Önüt, Lale Burcu/ Seyhan, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- Sever, D. Çiğdem, Kamusal Faaliyetlerin Özel Hukuk Kişilerine Gördürülmesi: Özel Güvenlik ve Özel Sağlık, Doktora Tezi, Ankara, 2013.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem, Yerel Yönetimlerin Yetkilerinin Belirlenmesinde Mahalli Müşterek İhtiyaç Kavramının Yeri ve İşlevi, MSY, C.10, S.24, Temmuz 2015.
- Tan, Turgut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı Dergisi, C.8, 1991.
- Uler, Yıldırım, Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti, Anayasa Yargısı Dergisi, C.15, 1998.
- Ulusoy, Ali, Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, AÜHFD, C.48, S.1-4, 1999.
- Ulusoy, Ali (ed.), Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Liberte Yay., Ankara, 2001.
- Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.
- Yaşar, Hasan Nuri, İdare Hukuku, Der yay., İstanbul, 2016.
- Yaşar, Hasan Nuri, Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği, İHİD, C.13, S.1, 2003.
- Yayla, Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- Yıldırım, Turan(ed.), Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah, Yasin/ Kaman, Nur/ Özdemir, H.Eyüp/, Üstün, Gül/ Okay Tekinsoy, Özge, İdare Hukuku, On İki Levha yay., İstanbul, 2018.
- Yılmaz, Dilşat, Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri, Gazi Üniversitesi HFD, C.XII, S.1-2, 2008.
- www.kazancı.com.tr
- kararlaryeni.anayasa.gov.tr

Karşılıksız Yararlanma Suçları

The Crimes of “Benefiting Without Payment”

Mehmet Faruk KOÇAK*

Öz

Ekonomik faaliyetlerin tarihin son dönemlerinde karmaşıklaşarak gelişmesi ile malvarlığı değerlerini tehdit eden fiillerin niteliği de değişmiştir. Bu hal, birçok ülke hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da karşılıksız yararlanma suçlarının düzenlenmesine neden olmuştur. Bu doğrultuda, karşılıksız yararlanma başlığı altında üç ayrı suç düzenlemesine yer veren Türk Ceza Kanunu'nun m.163 hükmünün birinci fıkrasında hizmet otomatlarından; ikinci fıkrasında telefon hatlarından veya elektromanyetik yayınlardan; üçüncü fıkrasında ise elektrik, su ve doğal gazdan bedel ödemeksizin yararlanma fiili cezai yaptırıma bağlamıştır. Çalışmanın birinci bölümünde suçun tarihi gelişimi ve cezalandırma gereği irdelenmiş; ikinci bölümde Yargıtay içtihatları ışığında suç incelemesi yapılmış; üçüncü bölümde ise muhakeme aşaması anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Karşılıksız Yararlanma, Otomatlar, Telefon Hatları, Kaçak Elektrik, Elektrik Hırsızlığı.

Abstract

In line with the rapid developments in the field of trade, there has been a transformation in the nature of detrimental acts against property. One of the consequences of this phenomenon is the regulation of the crimes of benefiting without payment. In the article 163 of the Turkish Penal Code, respectively, benefiting from an automatic machine, an electromagnetic wave broadcast, or a telephone line or frequency and electrical energy, water or natural gas without payment is regulated as a crime. In the first section of the study, the unique characteristics of the crimes of benefiting without payment were revealed. In the second section, the crimes were explained in the scope of case-law of the Court of Cassation and in the third section the procedural provisions were explained.

Keywords: Benefiting Without Payment, Automatic Machine, Telephone Line, Illegal Electricity Use, Theft of Electricity.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi. İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat. E-posta: mehmetfarukcocak@gmail.com, (ORCID : 0000-0002-9595-3474).

I. SUÇ HAKKINDA ÖN DEĞERLENDİRMELER

A. FİİL UNSURU HAKKINDA

Karşılaştırmalı hukukta karşılıksız yararlanma suçlarının fiil unsurlarının iki farklı yöntem kullanılarak düzenlendiği görülmektedir.¹ Bunlardan birincisine göre suçu oluşturacak fiiller sınırlı sayıda (*numerus clausus*) sayılmamakta ve fakat *ayda görmeye rağmen bir karşı edim sunmama* gibi kapsayıcı ve genel ifadeler kullanılarak tarif edilmektedir. Bu uygulamaya bir örnek olarak İtalyan Ceza Kanunu'nun 641. maddesinde düzenlenen ve "ödeme yeteneğini gizleme" başlığını taşıyan düzenleme gösterilmektedir.² İkinci yöntem ise suçu oluşturan fiillerin teker teker sayılması yolunu ifade eder. Bu yöntemin uygulandığı kanunlara örnek olarak Belçika, İsveç, Danimarka, Lüksemburg, Monako, Polonya, Yunanistan, Almanya, İsviçre ve Avusturya ceza kanunları gösterilmektedir.³ İfade edilmelidir ki tüm bu ülkelerde söz konusu suçlar, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında ve dolandırıcılık suçunun hemen sonrasında düzenlenmiştir.⁴

Görüldüğü üzere ikinci yöntem kazuistik bir nitelik arz eder ki kanun koyucunun bu yöntemi tercih etmesinin temelinde, modern ceza hukukunun temellerinden biri olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bulunduğu savunulabilir. Gerçekten de hangi fiillerin cezalandırılabilir haksızlık niteliğinde olduğunun gösterilmesinde kullanılacak en net ve tartışmasız yöntemin bu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Dikkat edilmelidir ki bu yöntem izlendiği takdirde korunan hukuki değere zarar veren ve madde metninde sayılanlara denk olmakla beraber metinde özel olarak sayılmamış fiiller suçun fiil unsurunu oluşturmayacaktır. Nitekim suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olan kıyas yasağı, kanun ile belirlenmemiş fiillerin kıyas yolu ile cezalandırılmayacağını ortaya koyar.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde örneklendiği üzere, karşılıksız yararlanma suçlarının koruduğu hukuki değeri tehdit edebilecek birçok benzer fiil bulunur. Bu bağlamda, suçun fiil unsurunun kapsayıcı ifadelerle tarif edilmesinin, suçun koruma alanı geniş tutma ve etkin kılma yoluyla ceza hukukunun amacına ulaşmaya yönelik olduğu söylenebilir. Nitekim ceza hukukunun asıl işlevi, hukuki değerleri en iyi şekilde koruyarak bireylerin barış içinde bir arada yaşamasını temin etmektir.⁵

Açıkçası, karşılıksız yararlanma suçlarının fiil unsurunun *numerus clausus* sayılmasının mahzurlu yönleri bulunduğu, bu yöntemle suçun düzenleniş amacına tam olarak ulaşılamayacağı ifade edilebilir. Zira bu durumda, söz konusu suç ile korunmak istenen hukuki değere madde

1 **Yiğit M. Bezci**: Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 22; **Mustafa Ruhan Erdem**: Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 36; **Özen Kaya**: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 5.

2 **Bezci**, A.g.e., s. 22; **Erdem**, A.g.e., s. 36.

3 **Erdem**, A.g.e., s. 37.

4 A.e., s. 49.

5 **Adem Sözüer**: Suça Teşebbüs, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994, s. 155.

metninde sayılan fiiller kadar tehdit oluşturan, adeta bunların dengi olan fiiller, kanunda spesifik olarak belirtilmediği için cezalandırılmayacak, böylelikle ceza kanunu adeta “dolanılabilecektir”.

İletişimin kolaylaşarak hızlandığı günümüz dünyasında, karşılığı sunulmaksızın yararlanılabilecek “ekonomik değerlerin” sayısı gün geçtikçe arttığı gibi, karşılıksız olarak yararlanma amacıyla kullanılabilir araçlar da sürekli gelişmektedir. Bu bakımdan suç fiillerinin sınırlı sayıda sayılması, ilerleyen yıllarda ceza kanununda değişikliklere ihtiyaç duyulmasına da neden olabilecektir. Bilindiği üzere, ceza normlarının suç işlemeye eğilimli kişiler üzerinde bir caydırma etkisi (negatif genel önleme) ve toplumun hukuk düzenine güvenini ve sadakatini güçlendirici etkisi (pozitif genel önleme) bulunması gerekir.⁶ Söz konusu amaçların temini ise ancak suçun koruduğu hukuki değere saldırı niteliğindeki fiillerin cezalandırılacağı düşüncesinin toplum nezdinde kabul görmesi ile mümkündür. Öyleyse, suçun fiil unsurunun tarif edilmesi hususunda özellikli bir durumdan, adeta bir ikilemden söz edilmesi mümkündür. Gerçekten de bir yandan belirlilik ilkesi (*lex certa*) gereğince ceza yaptırım öngörülen fiillerin kanun metninde net şekilde gösterilmesi gerekmekte, diğer yandan fiillerin *numerus clausus* sayılması uygulamada yetersiz kalmaktadır. Fakat suçu oluşturan fiillerin madde metninde sınırlı sayıda sayılmaması hususu, belirlilik ilkesine mutlak bir aykırılık olarak düşünülmemelidir. Zira belirlilik ilkesi; normların anlaşılır, açık, net olmasını ve fazla geniş yorumlanabilecek kavramlardan olabildiğince kaçınılmasını gerektirir.⁷ Dolayısıyla düzenlemedeki ifadelerin objektif bir değerlendirme ile irdelendiğinde net olduğu ve bu ifadelerin çok genişletilebilir kavramlardan müteşekkil olmadığı durumlarda, belirlilik ilkesi açısından bir sorun olmayacağı söylenmelidir.

Türk kanun koyucusunun, söz konusu suç bakımından yeni ceza kanunu ile beraber *numerus clausus* yöntemini terk etmiş olduğu görülmektedir. Gerçekten de karşılıksız yararlanma fiilleri, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'ndan (eTCK) farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), *öngörülen neticeleri meydana getiren fiiller* şeklinde tariflendirilmiştir. Suç böylece serbest hareketli suç olma niteliğini kazanmış ve öngörülen neticeleri vücuda getiren her türlü olgu suçun fiil unsurunu teşkil eder hale gelmiştir.

B. SUÇUN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

Teknolojinin gelişimi ile eş zamanlı olarak önceden insanların yapageldiği işlerin makineler tarafından üstlenilmeye başladığı bir gerçekliktir. Bu değişimin somut bir örneği, ücretli otoyol veya köprü girişlerinde nakit ödemeleri tahsil eden görevlilerin yerini otomatik sistemlerin almasıdır. Benzer şekilde, konutlara elektrik, su ve doğal gaz dağıtımı sürecinde de otomatik sistemlerin aktif rol almaya başladığı görülmektedir. İşte karşılıksız yararlanma suçlarının fiil unsuru, herhangi bir karşı edim sunmaksızın madde fıkralarında belirtilen suç konularından

6 A.e., s. 143.

7 **Adem Sözüer:** “Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, No 1, 2013, Ön söz; **Fatih Selami Mahmutoğlu / Serra Karadeniz:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s.16.

yararlanma olgusudur. Öğretide suçun fiil unsurunun “bedavacılık” ve hatta “beleşçilik” olarak isimlendirildiği dahi görülmektedir.⁸

Ekonomik hayatın, ticaret ve vergi mevzuatına uygun olarak işlerliğini temin etmek ve bu yolla adeta kamu düzenini *ekonomik açıdan* sağlamak için farklı hukuk dallarında olduğu gibi ceza hukukunda da düzenlemeler yapılmıştır. İşte karşılıksız yararlanmanın da bu doğrultuda düzenlenen ve fiil unsurunu *genel ekonomik yararı koruma altına alan hukuk kurallarını ihlal eden hareketlerin*⁹ oluşturduğu *ekonomik suçlar* içinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu suçların özellikle *beyaz yaka suçluluğu* kavramı¹⁰ ile de yakın ilişkisi bulunduğu ifade edilebilir. Nitekim bu suçların faili, sosyolojik perspektifte çoğu zaman yüksek gelir grubu içinde sınıflandırılabilen ve suçun işlenme sıklığı ise fakirlik olgusunun sosyopati veya psikopati ile bağıyla doğru orantılı artmamaktadır. Karşılıksız yararlanma suçlarının konu unsuru açısından *bilişim suçları*¹¹ ile de sıkı ilişki içinde olduğu söylenebilir. Gerçekten de otomat, telefon ve yayın kavramları veya enerji dağıtım sistemlerinin bilişim teknolojileri ile bağının her geçen gün arttığı görülmektedir.

Günümüzde karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında düzenlenen fiillere benzer nitelikteki birtakım filler, Roma hukukunda hırsızlık (*furtum*) ve dolandırıcılık (*stellianotus*) suçları kapsamında değerlendirilmiştir.¹² Benzer şekilde, Moğol kanunlarında da “elçi olmadığı halde bir kimsenin elçilik payesi kullanarak ulaşım araçlarından ücretsiz yararlanma veya bedavaya

8 **Erdem**, A.g.e., s. 15; **Bezci**, A.g.e., s. 4.

9 “Ekonomik faaliyetlerin düzenli işleyişi şeklindeki genel ekonomik yararı ve bu hukuksal yararı koruma altına alan hukuk kurallarını ihlal eden eylemler”. Bkz. **Murat Volkan Dülger**: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 130.

10 Beyaz yaka suçluluğu (*white-collar criminality*) terimi, esasen, sosyolojik perspektifte toplumun alt sınıflarında yer alan kimselerin daha çok suç işlediği yönündeki algılayışın aldatıcı ve yanlış olduğunu ortaya koyan bir tezi ifade eder. Buna göre suç olgusu, fakirlikle yahut fakirliğin psikopati ve sosyopati ile olan bağıyla doğru orantılı değildir. “(c)rime is in fact not closely correlated with poverty or with the psychopathic and sociopathic conditions associated with poverty...” Bkz. **Sutherland Edwin H.**: “White-Collar Criminality”, American Sociological Review, Volume 5, No 1, 1940, ss. 1-12, s. 2.

11 **Bilgisayar**, “bir giriş-çıkış aygıtı ve bir belleği bulunan her türlü simgeleştirilmiş işlemi yapabilen ve bu işlemleri belleğine kaydedilmiş yazılımlarla gerçekleştiren bir ana işlemciye sahip, veriler üzerinde dönüştürme işlemi yapan, işletim yazılımı bulunan, bilgileri belirli bir düzende saklayan, üzerine farklı yazılımlar yüklenebilir aynı yöntemle çıkartılabilen, veri iletişimini saplaya, salt bir konuya özgülenmemiş, her türlü işlemi yapabilmek için genel amaçlı olarak üretilmiş makineler” olarak; **bilişim**, “insanların teknik, ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlardaki iletişimini kullandığı bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, her türden düşünsel sürecin yapay olarak yeniden üretilmesi, bilginin bilgisayarlarda depolanması ve kullanıcıların erişimine açık bulundurulması bilimi” olarak; **bilişim suçları** “verilere ve/veya veri işlemle bağlantısı olan sistemlere veya sistemin düzgün ve işlevsel işleyişine karşı, bilişim sistemleri aracılığı ile işlenen suçlar” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Dülger**, A.g.e., s. 62, 67, 73; **Bilgisayarın** ayrıca 18 USC 1030 sayılı ABD kanununda, “elektrik, manyetik optik, elektrokimyasal veya diğer hızda mantıksal bilgi uygulaması yapan, aritmetik veya depolama işlevine sahip ve herhangi bir bilgiyi depolama imkânı bulunan veya doğrudan ilgili yere bu bilgiyi ileten veya böyle bilgileri birleştireme işlemi yapan aygıt” olarak tanımlandığı aktarılmaktadır. Bkz. **Dülger**, A.g.e., s. 61, dn. 34.

12 **Erdem**, A.g.e., s. 32; **Kaya**, A.g.e., s. 5. Roma Hukukundaki *furtum* suçu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Rado, Türkan**: “Gaius’a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 1-2, 1952, ss. 479-519, b.a.

yyiyp içme” fiili dolandırıcılık addedilmiş, bu fiile ölüm de dahil olmak üzere oldukça ağır cezai yaptırımlar bağlanmıştır.¹³

Karşılıksız yararlanma gerek Türk hukukunda gerek karşılaştırmalı hukukta görece yeni nitelik taşımaktadır. Suçun Fransa’da 1876 yılında hırsızlık suçu içinde fakat farklı bir düzenleme ile kendine yer bulduğunu, İsveç’te 1906 yılında dolandırıcılık suçundan ayrı olarak düzenlenmesi tartışmalarının başladığını, Norveç’te 1902 yılında, İsviçre’de 1908 yılında, Danimarka’da 1930 yılında ve nihayet Almanya’da 1935 yılında ceza kanunlarında ilk kez suç olarak düzenlendiğini görmekteyiz.¹⁴ Türk ceza hukuku tarihinin çerçevesinden bakıldığında ise 1840, 1851 ve 1858 yıllarında yürürlüğe giren ceza kanunlarımızın hiçbirinde bu suça yer verilmediği görülmektedir. Karşılıksız yararlanma suçlarının Türk ceza hukuku tarihi sahnesine çıkışı, 1926 yılında yürürlüğe giren eTCK’nın 521. maddesine 1991 yılında eklenen iki fıkra ile gerçekleşmiştir.

Öğretide, karşılıksız yararlanma suçlarının kanun koyucunun gündemine gelme nedeni olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 1977 yılında verdiği bir karar¹⁵ gösterilmektedir.¹⁶ Söz konusu kararda eTCK kapsamında suç oluşturmayan birtakım fiiller, kıyas yolu ile hırsızlık suçunun fiil unsuru olarak yorumlanmış ve failere hırsızlık suçundan ceza verilmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bizzat Yargıtay tarafından delindiği bu karar birçok tartışmayı beraberinde getirmiş ve sürecin devamında karara konu olaydaki fiiller eTCK’ya eklenen iki fıkra ile suç olarak düzenlenmiştir.¹⁷

Böylece, eTCK m.521/a düzenlemesi ile ödeme yeteneği olmadığını bildiği halde *ücreti karşılığı hizmet veren pansiyon, otel ve han gibi geçici ikamete tahsis edilmiş yerlerde kalan, ücreti karşılığı hizmette bulunan lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içen, taksi ve benzeri ulaşım araçlarında kendisini bir yerden diğer bir yere taşıtan ve ödemede bulunmayan* kimseye on beş günden üç aya kadar hapis ve borçlu olunan miktarın on katı kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Görüldüğü üzere bu maddede, karşılaştırmalı hukukta da ağırlıklı olarak tercih edilen yöntem olan suçun fiil unsurunu teşkil eden hareketlerin sınırlı sayıda sayılması yoluna gidilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası olan m.521/b hükmüne göre ise *ancak bedeli ödendiği takdirde hizmet elde edilebilecek otomatik aletlerden, ödeme yapmadan yararlanan* kişiye, fiil daha ağır bir suçu oluşturmadığı takdirde on beş günden üç aya kadar hapis veya yüz bin liradan beş yüz bin liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Bu fıkra bakımından İtalyan Ceza Kanunu’nun izlediği yöntemin takip edildiği ve fiil unsurunun genel ve kapsayıcı bir ifade ile tarif edildiği gözlenmektedir.

13 **Erdem** A.g.e., s. 32.

14 A.e., s. 34.

15 YCGK, E. 1976/6-577, K. 1977/47, T. 07.02.1977.

16 **Bezi**, A.g.e., s.1.

17 **Remzi Gündüz**: Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar (Açıklamalı-İçtihatlı), 2. Basım, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017, s. 1046; **Mustafa Artuç**: Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007, s. 502.

Karşılıksız yararlanma suçlarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte 163. maddede ve iki fıkra halinde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Fakat 2012 yılında yapılan değişikliklerle beraber maddeye bir fıkra daha eklenmiştir. Maddenin ilk fıkrası eTCK'nın 521/b maddesinin karşılığı olacak şekilde düzenlenmiş olsa da eTCK'nın 521/a maddesinde sınırlı sayıda sayılan fiiller kanun metninde kendisine yer bulmamıştır.¹⁸ Aşağıdaki başlıklarda detaylandırılacağı üzere, ikinci ve üçüncü fıkra düzenlemeleri ise eTCK döneminde düzenlenmemiş fiilleri cezai yaptırıma bağlamaktadır.

Karşılıksız yararlanma anlamına gelen fiillerin cezalandırılmasının gerekip gerekmediği hakkında öğretide tartışma bulunmaktadır.¹⁹ Bir görüşe göre²⁰ suçun fiil unsurunu oluşturan olgular esasen özel hukukun konusunu oluşturan hukuki uyumsuzluklardır ve ceza hukukunun bu alana müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Gerçekten de ceza hukukunun hukuki değerlerin korunması açısından en son araç oluşu (*ultima ratio*) ve yardımcı (*fragmenter*) bir rolü olması²¹ dolayısıyla bu görüş savunulabilir.

Öğretideki diğer görüşe²² göre ise ceza hukukunun müdahale ettiği alanlar *toplumun ihtiyaçları* nedeniyle gittikçe genişlemekte ve artık özel hukuk ilişkilerinin de düzenleme konusu yapılması gerekmektedir. Bu görüşe göre söz konusu suç düzenlemesi, ceza hukukunun *ultima ratio* ve *fragmenter* olma özelliklerine muhalif değildir, zira özel hukuk yaptırımları bu fiiller bakımından yetersiz kalmakta ve bu nedenle de ceza normlarına başvurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Gerçekten de başkasının internet hizmetinden ödeme yapılmaksızın yararlanılması halinde, karşılıksız olarak yararlanılan internet hizmetinin ekonomik değeri düşük meblağlarda olabilmektedir. Bu durumda hak sahibinin ekonomik değeri oldukça düşük olan söz konusu alacağını takip etmeyeceği tahmin edilebilir. Bu hal ise “zamanla bedava geçinen bir sınıf ortaya çıkmasına ve toplumda yararlanılan hizmetin bedelini ödememe zihniyetinin yaygınlaşmasına”²³ neden olabilir. Dolayısıyla ceza normu bu durumlar açısından bir ihtiyaç olarak değerlendirilebilir. Cezai düzenleme yapılması gereğini savunan bir diğer görüş²⁴ ise eTCK'da yapılan değişiklikten önce suçun işlenme sıklığının sürekli artış eğiliminde olduğunu ve müstakil norm olmamasının Yargıtay'ı kıyas yasağını delmeye yönelterek orantısız yaptırımların doğmasına sebebiyet verdiğini ileri sürmektedir.

Kanımızca, toplum yaşamında yukarıda örnekleri verilen olguların varlığının bir vakıa olduğunu kabul etmek rasyonelliğin, özel bir suç düzenlemesinin yokluğu halinde bu olguların Yargıtay'ı

18 765 sayılı eTCK döneminde suç olan bu fiillerin mevcut kanun döneminde doğurduğu cezai sorumluluk açısından öğretide bir tartışma vardır. Bir görüş bu fiillerin artık cezai değil “hukuki uyumsuzluk” olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, bir diğer görüş söz konusu fiillerin dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **Gündüz**, A.g.e., s. 1046.

19 **Erdem**, A.g.e., s. 53; **Özen**, A.g.e., s. 6; **Bezci**, A.g.e., s. 45.

20 **Bezci**, A.g.e., s. 45.

21 **Sözüer**, A.g.e., s. 155.

22 **Erdem**, A.g.e., s. 54.

23 A.e., s. 56.

24 **Özen**, A.g.e., s. 7.

suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmeye zorlayacağını tahmin etmek öngörülü olmanın, bu doğrultuda söz konusu fiillerin modern ceza hukuku ilkelerine uygun surette cezai yaptırımla karşılanması gerektiğinin kabulü ise pragmatikliğin bir gereğidir.

II. SUÇ İNCELEMESİ

A.KORUNAN HUKUKİ DEĞER VE KANUNİ DÜZENLEME

Hukuki değer teriminin ifade ettiği anlam, Türk ceza hukuku öğretisinde farklı kelimelerle karşılanmakta olup bu konuda bir kavram birliğine varıldığını söylemek oldukça güçtür.²⁵ Öğretideki terim farklılıklarına örnek olarak; “hukuksal yarar”,²⁶ “hukuki değer”²⁷ ve “hukuki yarar”²⁸ kavramlarını göstermemiz mümkündür. Yargıtay’ın değişik kararlarında da “korunan değer”,²⁹ “korunan hukuki yarar”³⁰ ve “korunan hukuksal konu”³¹ gibi kavramlara rastlanmaktadır. Bu çalışma kapsamında söz konusu kavramın karşılığı olarak “hukuki değer” terimi tercih edilmiştir.

Öğretide karşılıksız yararlanma suçları ile korunan hukuki değerın malvarlığı olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Fakat hemen ifade edilmelidir ki malvarlığı kavramının ceza hukuku çerçevesindeki niteliği ve kapsamı tartışmalıdır.³² Maddedeki üç fıkrada da ortak olan nokta, ekonomik bir değere sahip olan hizmetlerden yararlanmakla beraber bunlara karşılık olarak herhangi bir edimin ifa edilmemesidir. Mağdur; birinci fıkra bakımından otomat aracılığı ile sunduğu hizmetin karşılığı olan bedeli elde edememekte, ikinci fıkra bakımından sunduğu yayın veya telefon hizmetinin bedelini alamamakta veya almadığı hizmetin bedelini ödemekte, üçüncü fıkra bakımından ise aynı durum elektrik, su, doğal gaz hizmetleri bakımından gündeme gelmekte ve bu çerçevede de ekonomik zarara uğranılmaktadır.

- 25 Ceza yaptırımların amacının ve anlamının ne olduğu hakkında binlerce yıldır birçok düşünce ileri sürülmüştür. Son yüzyıllarda ceza yaptırımlarının amacını insanca ve birlikte yaşamının temini için gerekli şartların sağlamak olarak gösteren görüşler ağırlık kazanmaktaysa da Alman ekolünün önde gelen yazarları hala ceza yaptırımların varlık amacının hukuki değerleri korumak olduğunu savunmaktadırlar. Bu konuda Ünver, “hukuksal değer” ifadesini tercih ederek, hukuksal değer öğretisinin tarihinin aynı zamanda Alman ceza öğretisinin tarihi anlamına geldiğini ifade etmektedir Detaylı bilgi için bkz. **Yener Ünver**: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 35, 37.
- 26 **Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok**: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 776.
- 27 **Gündüz**, A.g.e., s. 1046; **Necatî Meran**: Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 432.
- 28 **Artuç**, A.g.e., s. 504.
- 29 7. CD., E. 2014/30269 K. 2016/8429 T. 16.6.2016.
- 30 2. CD., E. 2014/21264 K. 2015/23068 T. 14.12.2015.
- 31 20. CD., E. 2016/2588 K. 2017/3204 T. 22.5.2017.
- 32 Kavram, “hukuksal malvarlığı” kuramına göre teker teker malvarlığı haklarının toplamı, “sırf ekonomik malvarlığı” kuramına göre parasal değeri olan tüm mallar, “hukuksal-ekonomik malvarlığı” kuramına göre ise hukuka aykırı şekilde elde edilmeyen veya hukukun koruması altında kullanımda olan her türlü ekonomik değerdir. Bkz. **Bezci**, A.g.e., s. 63, dn. 207.

Medeni hukuk anlayışında, para ile ölçülebilen bir değeri olan tüm haklar, malvarlığı kavramının şemsiyesi altında telakki edilmektedir.³³ Görüldüğü üzere malvarlığı kavramı, esasen bir eşya hukuku terimi olarak mülkiyet hakkını da içerecek şekilde geniş bir haklar manzumesini ifade eder. Dolayısıyla belirli bir eşya üzerindeki kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini sağlamayan başkaca haklar da malvarlığı kavramı çatısı altında anlaşılır.

Karşılıksız yararlanma suçları ile korunan hukuki değer malvarlığı olduğuna göre, suç normu, kişinin eşya üzerinde hukuken korunan ve kendisine bu korumadan yararlanma yetkisi tanınmış menfaatlerine yönelen tehditlere karşı koruma getirilmektedir. İşte bu durumda, eşya üzerinde iradeli bir şekilde (*animus*) fiili hakimiyet (*corpus*) kurma hali olarak ifade edilen³⁴ zilyetlik kavramının suç ile korunan hukuki değer kapsamında olup olmadığı sorununun ortaya çıkar.

Kanımızca TCK m.163'ün ikinci fıkrasında yer alan “sahibinin veya zilyedinin rızası olmaksızın” ifadesi, kanun koyucunun söz konusu suç ile zilyetliği koruma amacına yöneldiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla suç ile korunan hukuki değer, aslen özel hukukun konusu olan *zilyetliği de kapsayacak şekilde malvarlığı değerlerinin ceza hukuku anlamındaki karşılığını oluşturan kalemlerin teşkil ettiği değerdir*.³⁵ Bununla beraber ilerleyen bölümlerde anlatılacağı üzere Yargıtay, TCK m.163/3 bakımından suç konusunun zilyedini, mağdur olarak kabul etmemekte ve bu fıkrada düzenlenen suç açısından zilyetlik korumasız kalmaktadır.

Çalışmaya konu suçun düzenlendiği kanun maddesinde üç ayrı fıkrada da farklı fiil ve konu unsuruna yer verilmiş olmasından dolayı, karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında üç ayrı suçun düzenlenmiş olduğu kabul edilmelidir.³⁶ Söz konusu suçlar TCK'nın 163. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

- (1) *Otomatlar aracılığı ile sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanan kişi iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*
- (2) *Telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*
- (3) *Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

33 **Kemal Oğuzman / Nami Barlas:** Medeni Hukuk, 19. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 141.

34 **Haluk Nami Nomer / Mehmet Serkan Ergüne:** Eşya Hukuku, Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. Basım, İstanbul On İki Levha Yayınları, 2017. s. 6. Bununla beraber öğretilde zilyetliğin hukuki niteliği hakkında bir görüş birliği bulunmadığının ifade edilmesi gerekir.

35 Ceza hukuku anlamındaki zilyetliğin *sui generis* niteliği için bkz. **Zeki Hafizoğulları:** “Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk Armağan, Ed. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, ss. 145-175, b.a.

36 **Bezci, A.g.e.,** s. 56; Özgenç madde metnindeki konu unsurunun aynı olmadığı hallerde farklı bir suçun varlığının kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. bkz. **İzzet Özgenç:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 169.

B. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsurlar

a. Fail

Karşılıksız yararlanma suçlarının faili her gerçek kişi olabilir.³⁷ Dolayısıyla kanuni tanımındaki neticeyi gerçekleştiren her gerçek kişinin bu suçun faili olması mümkündür. Fail unsurunun özellik gösterdiği durum, fiilin bir tüzel kişi yararına işlendiği hallerde ve neticeden yararlanan herkesin fail sayılıp sayılmayacağı hususlarında yoğunlaşır.

Tüzel kişilerin bir suçun faili olarak kabul edilip edilmemesi gerektiği hakkında öğretide tartışma vardır. Bir görüşe göre³⁸ tüzel kişinin organlarının kusuru, tüzel kişinin kusuru olarak kabul edilmeli ve hukukun sözleşme yapmaya ehil saydığı bir varlığın hileli sözleşme de yapabileceği ve bu bakımdan da bu varlığın cezalandırılabilmesini kabul etmek gerekmektedir. Bir diğer görüşe göre ise³⁹ ceza hukuku anlamında bir fiil ancak bir insan tarafından işlenebilir.⁴⁰ Bu görüşe göre tüzel kişilerin fiil ehliyeti bulunmamaktadır, dolayısıyla kusur ehliyetine de sahip olmadığı evleviyetle söylenebilir. Bunun doğal bir sonucu olarak da tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun doğmaması gerekmektedir. Bir başka açıdan ise tüzel kişilerin cezalandırılmasının, suçsuz gerçek kişilerin de cezalandırılması anlamına geleceği savunulmuştur.⁴¹ Günümüzde Alman hukukunda tüzel kişilerin suçların faili olamayacağı ve fakat Avrupa devletlerinin çoğunluğunda eğilimin aksi yönde olduğu ifade edilmektedir.⁴² Türk Ceza Kanunu bakımından tüzel kişilerin suçların faili olamayacağını ve fakat yararına suç işlenen kişi olabileceğini, bunun sonucu olarak da tüzel kişinin organı konumundaki gerçek kişinin fail sayılacağını ve tüzel kişiye ise güvenlik tedbiri uygulanacağını belirtebiliriz.

Bu başlıkta değinilmesi gereken bir diğer husus ise bahsedildiği üzere suçtan yararlananların her birinin fail olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunudur. Bu hususta özellikle bir aile konutunda m.163/3 düzenlemesi kapsamında elektrikten, sudan veya doğal gazdan karşılıksız olarak yararlandığı hallerde, hanede yaşayan aile üyelerinin hepsinin suçun faili olup olmayacağı hususunun belirlenmesi önem arz eder. Yargıtay'ın bazı kararlarında "evin idaresini

37 Yazar faili, "ödeme imkanına sahip olmadığını bilen ve yararlanma gerçekleşmeden önce yararlandığı hizmetin karşılığını ödememek kararlılığı içinde bulunan herhangi bir kişi" olarak tanımlamışsa da kanımızca failin "herhangi bir gerçek kişi" olabileceği kabul edilmelidir. Bkz. **Sinan Esen**: Anlatımlı ve İçtihatlı: Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 406.

38 Aktaran: **Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut**: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 243-244.

39 **Özgenç**, A.g.e., s.192. Tüzel kişilerin kabahatlerin faili olması ise mümkündür.

40 Dünya ceza hukuku tarihinde, 1591 yılında Rusya'daki bir saray ihtilalinde işaret olarak kullanıldığı için bir kilise çanının sürgüne gönderilmesi ve Avusturya'da bir papağanın küfür içerikli sözler söylediği için vatan hainliği suçlamasıyla asılması vakaları, hareket yeteneği olmayan obje ve hayvanların fail olarak kabul edildiği olaylara örnek teşkil etmektedir. Aktaran: **Centel/Zafer/Çakmut**, A.g.e., s. 242. Türk tarihi açısından ise Reşad Ekrem Koçu, bir dönem İstanbul'da bazı maymunların suça alet oldukları gerekçesiyle idam edildiğini ileri sürer. Bkz. **Reşad Ekrem Koçu**: Tarihimizde Garip Vakalar, 3. Basım, İstanbul, Varlık Yayınevi, 1971, s. 8-9.

41 **Centel/Zafer/Çakmut**, A.g.e., s. 244.

42 A.e., s. 245-246.

sağlayan kişinin” fail kabul edildiği, bazı kararlarında ise “abone sahibinin” sorumlu tutulduğu aktarılmaktadır.⁴³ Belirtilmelidir ki ceza sorumluluğunun şahsi olduğu modern ceza hukukunda, suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştirdiği kabul edilen her bir bireyin, suç inceleme sistematigindeki fail sıfatını haiz olduğu düşünölmelidir. Ceza verilip verilmeyeceği hususu ise her bir birey açısından, her bir somut olaya göre özel olarak irdelenmeli ve suç inceleme sistematigi kapsamındaki diğör tüm başlıklar altında yapılan değörlendirmeler sonucunda belirlenmelidir.

Son olarak, TCK m.266’da düzenlenen ve kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu araç gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanması halinde bu kişiye ilgili suç hakkında verilecek cezanın üçte biri oranında artırılacağını öngören maddeyi, fail başlığı altında hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

b.Mağdur

Bu suçların mağdurları sırasıyla otomatlar aracılığı ile hizmet sunan kişi,⁴⁴ telefon hattından/frekansından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan yayının sahibi veya yayının bedelini ödeyen kişi,⁴⁵ elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibi⁴⁶ olarak sıralanabilir. Tüzel kişilerin bir suçun faili olup olmayacağı konusunda olduğu gibi, bunların bir suçun mağduru olup olmayacağı hususu da öğretilerde tartışmalıdır. Bu durum özellikle üçüncü fıkrada düzenlenen suç bakımından önem arz etmektedir, zira ölkemizde elektrik enerjisi, su ve doğal gaz dağıtımını, tüzel kişiler gerçekleştirmektedir. Duruma elektrik enerjisi açısından baktığımızda, tüketicilerle sözleşme yapmak suretiyle elektrik dağıtımını yapma hakkı, halihazırda TEDAŞ ve ilgili dağıtım lisansını almış anonim şirketlerin uhdesindedir.⁴⁷

Mağdur kelimesi, haksızlığa uğramış kişi anlamına gelmekte ve suçun konusunun ait olduğu gerçek kişiyi ifade etmektedir. Bir görüşe göre suçun mağduru ancak yaşayan gerçek kişiler olabilir.⁴⁸ Bu doğrultuda devlet de dahil olmak üzere tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilir.⁴⁹ Bu bağlamda tüzel kişiler ancak yararına suç işlendiği gerekçesiyle güvenlik tedbiri

43 **Tezcan/Erdem/Önok**, A.g.e., s. 776.

44 Bu kişinin otomatın sahibi veya zilyedi olması önemli değildir. Bkz. **Artuç**, A.g.e., s. 505.

45 Kanun metninde “sahibi veya zilyedi” ifadesi geçmekte olduğundan, kendisi abone olmamasına rağmen abone adına fakat kendi hesabına söz konusu hizmetten yararlanmakta olan kişiler de suçun mağduru olabilir. Bkz. **Selen Evirgen**: “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, No 65, 2016, ss. 3433-3455, s. 3446.

46 **Göçmen Özen Kaya**: “6352 Sayılı Kanun’un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri”, Ankara Barosu Dergisi, No 3, 2013, ss. 449-480, s. 455. Yargıtay bir kararında; sanığın, katılanın su borusu hattına bağlantı yapmak suretiyle ve fakat katılanın rızası olmaksızın su kullanması olayında, katılan ile sanık arasında abonelik ilişkisi kurulması mümkün olmadığından dolayı suçun oluşmamış olduğuna hükmetmiştir. Bu olayda; katılanın, suyun “zilyedi” olmasına rağmen “sahibi” olmadığından ötürü mağdur olarak kabul edilmemiş olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bkz. 2. CD., E. 2016/6220 K. 2016/12431 T. 30.6.2016.

47 **Abdulvahap Kılınc**: Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012, s. 121.

48 **Özgenç**, A.g.e., s. 203.

49 A.e. Bununla beraber yazar, Yargıtay’ın bazı kararlarında özel şirketlerin mağdur olarak kabul edilmiş olduğunu ve AYM’nin ise bir kararında devletin ve tüzel kişilerin de mağdur olabileceklerine dair ifadeler kullanmış olduğunu

yaptırımı ile müeyyidelendirilmeli ve yargulamalarda ancak suçtan zarar gören kişi olmasından bahisle katılan olarak yer almalıdır.

c.Konu

TCK m.163'ün ilk fıkrasındaki suçun konu unsurunu *otomatlar aracılığıyla ve bedel karşılığında sunulmakta olan bir hizmet* olarak belirlememiz gerekir.⁵⁰ Suçun konu unsuru ile ilgili bir Yargıtay kararında⁵¹ “ganyan bayisinde 110 değerindeki kuponun yatırılmasını sağladıktan sonra kaçmanın” *otomat aracılığı ile sunulan bir hizmetten yararlanma teşkil etmediği* belirtilmiş ve TCK'nın m.163/1 düzenlemesindeki suç dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmü bozulmuştur. Görüldüğü üzere somut olayda bir hizmetten karşılık sunulmaksızın yararlanma hali mevcut olsa da söz konusu hizmet bir *otomat* vasıtası ile sunulmadığından konu unsurunu teşkil etmemektedir. Açıkçası, “otomatlar aracılığı ile sunulan bir hizmet” ifadesindeki bütün kavramlar suçun konu unsurunun oluşması için önem arz eder ve açıklanması gerekir; zira suçun konusunu *otomatın bulunduğu ve bedel karşılığı olan bir hizmet* oluşturur.

Suçun konu unsurunun incelenmesine öncelikle otomat kavramının kapsamı çizilerek başlanmalıdır. Bu terim, eTCK'nın 521/b maddesinde “otomatik alet” ifadesi ile tarif edilmiştir. Meri kanunumuz açısından Yargıtay bu terimi “belirli bir bedelin ödenmesi karşılığında bir mal veya hizmet sunan, mekanik, elektronik yahut bir bilişim sistemi yardımı ile mekanizması harekete geçen düzenek” olarak tanımlamaktadır.⁵²

Öğretide otomatın tanımı bakımından önemli görüş farklılıkları olmamakla beraber otomatların sınıflandırılması hususunda farklı yaklaşımlar mevcuttur.⁵³ Baskın görüş⁵⁴ otomatların mal ve hizmet otomatı olarak iki çeşit olduğunu ileri sürmekteyken karşıt görüş,⁵⁵ otomatların “eşya veren”, “hizmet arz eden” ve “kullanan ile otomatın birlikte faaliyetinin sonucu olarak kazanım ortaya çıkartan” olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bahsedilen gruptandırılmaları sırasıyla kahve otomatları, turistik ortamlardaki madeni paraıyla çalışan dürbünler ve fotokopi makinelerini örnek göstermek mümkün gözükmektedir. Hangi sınıflandırma kabul edilirse edilsin, suçun konu unsurunun oluşması için somut olaydaki

aktarmaktadır.

50 Uygulamada bu görüş kabul edilmekle beraber öğretide suçun konu unsurunu otomatların oluşturduğuna dair görüşler de belirtilmektedir. Bkz. **Kaya**, A.g.e., s. 36.

51 2. CD., E. 2016/6632 K. 2016/13267 T. 3.10.2016.

52 2. CD., E. 2016/1637 K. 2016/6944 T. 12.4.2016.

53 **Özen**, A.g.e., s. 37.

54 **İsmail Malkoç**; Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241), Cilt 3, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013, s.2787; **Fidan Balcı / Seyithan Öztürk**; Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 365; **Esen**, A.g.e., s. 405; **Gündüz**, A.g.e., s. 1047; **Tezcan/Erdem/Önok**, A.g.e., s. 776; **Meran**, A.g.e., s. 433; **İsmail Ercan**; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 10. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 214.

55 **Artuç**, A.g.e., s. 506, **Özen**, A.g.e., s. 37.

“düzeneğin” bir bedel karşılığında işliyor olması ve etkileşime girilmesini müteakip bir hizmet sunması gerekmektedir.

Bu noktada *hizmet* kavramının ifade ettiği anlamın berraklaştırılması icap eder. Kavram, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 3/d fıkrasında: “Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi” olarak tanımlanmıştır. Bununla beraber hizmet kavramı, “birinin işini görme veya birine yarayan bir iş yapma”, “gereksinimleri karşılama ve üretildiği anda tüketilme özelliklerine sahip her türlü etkinlik” ve “malvarlığını etkileyen her beşerî faaliyet, eğitim, sağlık, ulaşım ve benzeri kalemler” olarak da tariflenebilmektedir.⁵⁶ Kanımızca bir olgunun hizmet niteliği taşıyıp taşımadığı hususu, genel olarak, söz konusu faaliyetin kişinin bir ihtiyacının veya işinin görülmesine *katkı* sağlayıp sağlamadığı kriterine göre değerlendirilebilir. Fakat unutulmamalıdır ki bir kavram, farklı ilkeler yürüngesinde gelişmekte olan çeşitli hukuk dallarının perspektifinden farklı terim anlamlarını haiz olabilir. Hizmet kavramının, ceza hukuku çerçevesindeki terim anlamının da bu farklılığa dikkat edilerek özel olarak belirlenmesi gerekir.

Öğretide, otomatın etkileşime girildiğinde taşınır bir mal vermesi olgusunun de hizmet olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁷ Bu görüşe göre kahve otomatı gibi mal otomatlarının *üretilmesinin* ve halihazırdaki konumlarına *taşınmasının* “hizmet” olarak kabul edilmesi gerekir. Aksi ihtimalde *mal otomatlarından* ücret ödemeksizin yararlanma fiili hırsızlık suçu kapsamında kalmaktadır ki bu durum kabul edilemez. Zira bu durumda haksızlık içeriği pek de farklı olmayan iki benzer fiilden birisi daha az ceza ön görülen karşılıksız yararlanma suçu kapsamında, ötekisi ise daha fazla ceza gerektiren hırsızlık suçu çerçevesinde cezalandırılmaktadır ve bu hal ölçüsüzlük ifade etmektedir. Açıkçası bu görüşün, TCK m.2/3 hükmünde düzenlenen *kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlama yasağına (lex stricta)* aykırı nitelikte olduğunu savunmak yanlış olmayacaktır. Zira, bir yere otomat “taşımak” veya bir otomat “üretmek” mefhumlarını *otomat aracılığı* ile sunulan bir “hizmet” olarak kabul etmek, *otomatın üretilmesi ve taşınmasından çok daha sonra gerçekleşecek bir mal satışına imkân verme* olgusunu bir hizmet olarak kabul etmek anlamına gelmektedir. Bu ise hırsızlık suçunun fiil unsuru olan bir fiili, kıyasen karşılıksız yararlanma suçu kapsamına almaya yola açacak derecede bir geniş yorumlama teşkil etmektedir.

İfade edildiği üzere, TCK m.163/1 bakımından konu unsurunun oluşması için söz konusu hizmetin bedel karşılığı sunulması gerekmektedir. Gerçekten de karşılık beklenmeden sunulmuş hizmetten bedel ödenmeden yararlanılmasının cezai yaptırıma bağlanması yersizdir. Bu hallerde suçun konu unsurunun oluşmaması nedeniyle ortada bir “işlenemez suç”⁵⁸ olduğu söylenebilecek ve teşebbüsten dahi bahsedilemeyecektir. Söz gelimi, otomat niteliğindeki bankamatiklerin sunduğu hizmetten, mekanizmaya kart yerleştirilmesi veya sisteme kimlik

56 **Bezci**, A.g.e., s. 58.

57 **Zahit Yılmaz / Özge Apiş**: “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, No 2, 2013, ss. 1749-1779, s. 1764; **Meran**, A.g.e., s. 433.

58 **Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014. s. 401; Alman öğretisinde bu tarz durumlar için “mutlak elverişsiz teşebbüs” niteliğinin yapıldığına dair bkz. **Sözür**, A.g.e., s. 90.

numarasının girilmesi ile ücretsiz olarak yararlanılmakta, dolayısıyla bankamatikler bu suçun konu unsurunu oluşturamamaktadır. Bankamatiklere yönelen bu gibi fiillerin TCK m.245⁵⁹ düzenlemesindeki suçu oluşturabileceği ifade edilebilir. Bir başka açıdan bakıldığında, toplu taşımının ücretsiz olduğu günlerde metro girişindeki turnikeye müdahalede bulunularak ulaşım vagonuna binmenin de suçun konu unsurunu oluşturmayacağı ifade edilmelidir.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş suçun konusu “bedel karşılığı ve otomat aracılığı ile sunulan hizmet” olarak belirlendiğine göre; müzik dinlemeye yarayan aletler, oyun veya tartı ve aletleri, cep telefonları için şarj aletleri, toplu taşıma hizmetlerine giriş imkânı veren turnikeler veya masaj hizmeti sunan koltuklar suçun konu unsurunu oluşturmaya müsait düzeneklere örnek olarak gösterilebilir. Kanaatimizce, fiziksel bir bariyer olup olmadığına bakılmaksızın; *otomatik geçiş sistemi, karth geçiş sistemi* veya *hızlı geçiş sistemi* kapsamında kurulu düzenekleri *atlatarak* ücretli bir otoyolu ücretsiz kullanma halinde de suçun konu unsurunun oluştuğu savunulabilir. Bununla beraber söz konusu düzeneklerin bir *bilişim sisteminin* parçası olduğunun kabul edilmesi halinde TCK m.244 hükmünde⁶⁰ düzenlenen suçun tartışılması gerekir.

TCK'nın 163'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun konu unsurunu ise telefon *hatları ile frekansları* ve elektromanyetik dalgalarla yapılan *yayınlar* oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere söz konusu hat, frekans ve yayınların *şifreli veya şifresiz oluşu* suç unsurlarının oluşumu bakımından önem arz etmemektedir. Failin bir şekilde mağdurun konutuna girmesi ve buradaki sabit telefondan görüşme yapması olayında söz konusu sabit telefon hattı suçun konusunu oluşturmaktadır.⁶¹

Bu noktada irdelenmesi gereken özellikli husus, karşılıksız yararlanma suçu değerlendirmesine konu ankesörlü telefonların *hizmet otomati* olarak mı yoksa *telefon hattı* olarak mı kabul

59 **Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması:** (1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Birinci fıkrada yer alan suçun; a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin, b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın, c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına olarak işlenmesi halinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz. (5) Birinci fıkraya kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanununun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır.

60 **“Madde 244 Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (1) Bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Bu fiillerin bir banka veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”**

61 22. CD., E. 2016/6510 K. 2016/10999 T. 15.4.2015.

edileceği noktasında yoğunlaşır. Vurgulanmalıdır ki bu hususta, yani ankesörlü telefonlar üzerinde işlenen fiillerin maddenin birinci fıkrasının mı yoksa ikinci fıkrasının mı konusunu oluşturacağı noktasında, öğretide ve uygulamada görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat öğretide genel olarak ankesörlü telefonların *otomat olarak kabul edilmesi gerektiği* savunulmaktadır.⁶² Buna göre ankesörlü telefonların sunduğu hizmetten bir şekilde karşılıksız olarak yararlanılması halinde TCK m.163/1'in gündeme gelmesi gerekir. Fakat ankesörlü telefonların otomat niteliğini haiz olması, bunlara yönelen her fiilin TCK m.163/1 düzenlemesindeki suçun unsuru olacağı şeklinde anlaşılmalı ve her bir somut olayda ve her bir fiil özelinde ayrı değerlendirme yapılması gereği yadsınmamalıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında,⁶³ failin, kredisi bitmiş telefon kartları üzerinde yaptığı değişikliklerle ankesörlü telefon sisteminin verileri farklı algılamasını sağladığı, bu yolla sisteme farklı veri yüklediği ifade edilmiş ve karşılıksız yararlanma suçunun değil, TCK m.244/4'te düzenlenen *bilişim suçunun* oluştuğuna hükmedilmiştir.⁶⁴

İkinci fıkrada düzenlenen suçun konu unsurunu oluşturan bir diğer olgu elektromanyetik dalgalarla yapılmakta olan *yayınlar*dır. Bu yayınların tipik örnekleri olarak televizyon ve radyo yayınları gösterilebilir. Bu suçun sıklıkla, uydu üzerinden hizmet veren televizyon platformlarının şifreli yayınlarının kırılması suretiyle işlendiği görülmektedir. Uygulamada, söz konusu yayınların şifreleri kimi zaman herhangi bir özel hukuk tüzel kişisi ile sözleşme ilişkisi içine girmeksizin teknik yöntemlerle kırılmakta,⁶⁵ kimi zaman ise konutta yararlanılmak üzere akdedilmiş bir sözleşmeye rağmen bu yayınlardan iş yerinde yararlanılmaktadır.⁶⁶

Her ne kadar *kablolu televizyon yayınının* bu fıkradaki suçun konu unsurunu oluşturmayacağı savunulmaktaysa da⁶⁷ Yargıtay 2011 yılında verdiği bir kararda⁶⁸ kablolu yayına abone olunmaksızın ve kaçak bağlantı yoluyla yayından yararlanma olgusunun bu suçun fiil unsurunu oluşturacağına hükmetmiştir. Bu kapsamda, *kablosuz internetin* de elektromanyetik dalgalarla gerçekleşen bir yayın olması nedeniyle bu suçun konu unsurunu oluşturacağı ifade edilmesii

62 **Malkoç**, A.g.e., s. 2790; **Artuç**, A.g.e., s. 507; **Tezcan/Erdem/Önok**, A.g.e., s. 777; **Bezci**, A.g.e., s. 76.

63 CGK., E. 2007/6-136 K. 2007/150 T. 19.6.2007.

64 İfade edilmelidir ki Yargıtay nezdinde söz konusu içtihat üzerinde bir fikir birliğinden söz edilemez. Nitekim bahse konu karara yazdığı karşı oy yazısında sayın Kubilay Taşdemir, *bilgisayar ve bilişim* kavramlarının farkını ortaya koyarak, ankesörlü telefonların bir bilişim sisteminin parçası olmadığını, dolayısıyla söz konusu fiilin TCK m. 163/1 kapsamında ele alınması gerektiğini savunmuştur. Bu karşı oy yazısının öğretide dikkate alınarak yorumladığı görülmektedir. Bkz. **Dülger**, A.g.e., s. 420. Yazara göre bilişim sistemlerinin *her türlü işlemi yapabilen aygıtlar olarak tanımlanması*, teknolojinin günümüzdeki durumu göz önüne alındığında, bilişim sistemi kavramını fazlasıyla sınırlamaktadır.

65 13. CD., E. 2013/27071 K. 2014/34275 T. 2.12.2014.

66 8. CD., E. 2014/28040 K. 2014/22703 T. 20.10.2014.

67 **Artuç**, A.g.e., s. 507.

68 11. CD., E. 2010/10806 K. 2011/2783 T. 24.6.2011.

gerekir.⁶⁹ Bu doğrultuda, telefon hatlarına girilerek internet hizmetinden yararlanılması halinde suçun konu unsurunun oluşacağı söylenmelidir.⁷⁰

TCK m.163/3 hükmünde düzenlenen suçun konu unsurunu; *abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisi, su ve doğal gaz* oluşturmaktadır. Bu noktada öncelikle 7478 sayılı Köy İçme Suları Hakkında Kanun'un m.16/2 düzenlemesinde *su kullanım düzenini bozanlara veya yetkili mercilerce alınan kararlara uymayanlara* öngörülen idari yaptırıma değinilmesi gerekir. Bu hüküm nedeniyle, karşılıksız yararlanma fiilinin köy içme suları üzerinde işlenmesi halinde özellikli bir durumla karşılaşmaktadır. Yargıtay kararlarında⁷¹ da “sayaçsız olarak kaçak su kullanılması” fiilinin köy su şebekesi üzerinde gerçekleşmesi, 7478 sayılı Kanun'un m.16/2 kapsamında⁷² kabul edilmekte ve fiilin kabahat niteliğinde kaldığı belirtilerek karşılıksız yararlanma suçundan beraat hükümleri verilmektedir. Kabahatler Kanunu m.15/3 hükmü, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanması halinde, ancak ve ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacağını düzenlemektedir. Bununla beraber Yargıtay kararlarında bu husus hakkında detaylı gerekçelere yer verilmediği görülmektedir.

Üçüncü fıkradaki suçun konu unsurunu oluşturan bir diğer kalem olan elektrik enerjisi, 2012 yılındaki değişiklikten önce TCK m.142/f fıkrasında hırsızlık suçunun nitelikli unsurlarından birisi olarak düzenlenmiştir. Fakat son düzenlemeler ile beraber elektrik enerjisi, uygulamada “elektrik hırsızlığı” veya “kaçak elektrik kullanma” olarak adlandırılabilen⁷³ hırsızlık suçunun konusu olmaktan çıkarılmış ve karşılıksız yararlanma suçunun konusu haline getirilmiştir.⁷⁴ Bu noktada elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın *abonelik esasına göre yararlanılma* özelliği göstermesi gerektiği vurgulanmalıdır. Gerçekten de suçun konusundan yararlanılması için bir abonelik sözleşmesi gerekmeyen hallerde, örneğin, bir meydan çeşmesinden su alınması halinde suçun konu unsurunun oluşmayacağı ifade edilmelidir. Yargıtay, komşuya ait elektrik enerjisinden komşunun rızası olmaksızın yararlanma olaylarda komşular arasında *abonelik ilişkisi kurulmasının mümkün olmadığını* belirtmekte ve fiili bir *hukuki ihtilaf* olarak nitelendirilerek beraat hükmü vermektedir.⁷⁵ Bu Yargıtay kararlarında söz konusu fiillerin, “ekonomik bir değer taşıyan her türlü enerjinin taşınır mal sayılacağına” dair TCK m.141/2 düzenlemesinin ilga

69 **Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe:** Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 725.

70 **Gündüz,** A.g.e., s. 1048.

71 13. CD., E. 2014/6610 K. 2016/1995 T. 10.2.2016.

72 **Madde 16: (1)** Bir kimse, daha önceden veya bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olan içme suyu tesislerini tahrip veya imha eder veya bozar yahut bunlara zarar verirse Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılır. **(2)** Tesis edilen su kullanım düzenini bozanlara veya yetkili mercilerce alınan kararlara uymayanlara mahalli mülki amir tarafından yüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

73 **Soner Hamza Çetin:** Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163/3), Ankara, Bilge Yayınevi, 2014, s. 12.

74 Hatırlatılmalıdır ki TCK m.142/3 fıkrası gereği karşılık ödemeksizin yararlanma fiilinin sıvı veya gaz hâlindeki enerjinin *nakline, işlenmesine veya depolanmasına* ait tesislerde işlenmesi halinde yine de hırsızlık suçu gündeme gelecektir.

75 2. CD., E. 2015/3696 K. 2015/8008 T. 20.4.2015.

edilmesi nedeniyle hırsızlık suçunu da oluşturmadığı kabul edilmektedir.⁷⁶ Son olarak, elektrik ve doğal gaz enerjisi dışında kalan enerjilerin karşılıksız yararlanma suçunun kapsamında değerlendirilemeyeceği, somut olayın özelliklerine göre TCK m.142/3 çerçevesinde hırsızlık suçunun konu unsurunu oluşturabileceği ifade edilebilir.

d.Fiil

Karşılıksız yararlanma suçu başlığı altındaki maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suçun fiil unsurunu *otomatların sunduğu hizmetten ödeme yapmadan yararlanmak* oluşturur. Dolayısıyla insanın sunduğu hizmetten, onu yanıltarak yararlanmak fiili karşılıksız yararlanma suçunu değil, eğer şartları varsa dolandırıcılık suçunu⁷⁷ oluşturabilir. Madde metninde tek bir fiil tarif edilmesi nedeniyle bu suçun *tek hareketli* bir suç olduğunu ve ödeme yapmadan yararlanma fiilinin ne şekilde cereyan etmesi gerektiği özel olarak belirtilmediğinden suçun bir *serbest hareketli* suç olduğunu ifade etmek gerekir. Bu doğrultuda, yararlanma fiilinin ne şekilde cereyan edeceğine bağlı olarak, suç *ani suç* veya *mütemadi suç* niteliği gösterebilir.⁷⁸ Fakat suçun çoğu zaman suçun mütemadi suç görünümünde olduğu söylenebilir. Örneğin, toplu taşıma istasyonlarındaki giriş turnikelerinin üzerinden atlamak⁷⁹ suretiyle ulaşım imkanından yararlanma olaylarında toplu taşıma aracında bulunan süre boyunca ve telefonlara şarj imkânı sunan otomatlar bakımından, telefonun bedel ödenmeden şarj edildiği süre boyunca suçun devam ettiği kabul edilmelidir.

İfade edildiği üzere bu suç serbest hareketlidir: Otomat düzeneğine eşit ağırlıkta metal parçaları atmak; konulan engelleri kaldırmak; tel kullanmak; ipe bağlı para veya jeton atıp hizmetten

76 Yargıtay bu içtihadı ile enerjinin taşınır mal hüviyetinde olmadığını kabul etmiş olmaktadır. Bununla beraber belirtmeye değer bir görüşe göre “edinmeye elverişli olan” elektrik enerjisi gibi doğal güçler ancak taşınır mülkiyetinin konusu olduğu derecede zilyetliğe konu olabilir. Bkz. **Nomer/Ergüne**, A.g.e., s. 9.

77 **Madde 157 Dolandırıcılık** *Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir.*

78 **Özgenç**, A.g.e., s. 172.

79 Yargıtay’ın, “turnike üzerinden atlama” olaylarında *otomata teknik bir müdahalede bulunulmaması* nedeniyle karşılıksız yararlanma suçunun oluşmadığı yönünde içtihadı bulunmaktadır. Bkz. 13. CD., E. 2012/1791 K. 2013/14771 T. 16.05.2013. Yüksek Mahkeme’nin bu kararının isabetli olduğunu savunmak tarafımızca mümkün değildir. Zira söz konusu suç serbest hareketli bir suç olup, madde metninde yararlanma fiilinin ne şekilde gerçekleşeceği tarif edilmediği gibi otomata teknik müdahalede bulunma olgusu da suç unsurları içinde sayılmamıştır. Söz konusu içtihadın, madde gerekçesindeki “**Örneğin toplu taşıma sistemlerinde yolcuların geçişlerini kontrol eden otomatlara müdahale edilmek suretiyle ücret ödenmeksizin yolculuk yapılması durumunda, karşılıksız yararlanma suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.**” ve “(o)tomatın teknik işleyişini devre dışı bırakan müdahalelerle, bedeli ödenmeksizin yararlanılması durumunda, ortada bir taşınabilir mal bulunmadığı için, **hırsızlık suçu oluşmayacaktır.**” ifadeleri üzerinde yükseldiği söylenebilir. Fakat görüldüğü üzere bu cümlelerde sadece suça dair farazi örnekler verilmiştir. Nitekim kanun yapma tekniğine göre suç unsurları maddenin gerekçesinde değil; maddenin metninde düzenlenir. Bu bakımdan madde gerekçesi ancak yorumlama faaliyetinde faydalanılabilecek ikincil bir kaynak olabilir ki birincil kaynak şüphesiz ki metnin ta kendisidir. Hatırlatılmalıdır ki madde metninde fiilin “teknik müdahale” ile işlenmesi gibi bir kayıt bulunmamakta, sadece “hizmetten ödeme yapmadan yararlanma” ifadesi bulunmaktadır. Kanımızca “yorum yapılırken açık olarak ifade edilmiş olan, zımni olana tercih edilmeli” (*expressum facit silere tacitum*) ve “hükmeden kuşkulu durumlarda yasanın dediğini amaçlar” (*eadem mens praesumitur regis que est juris*) düsturlarından hareketle amaçsal bir yorum yapılmalı ve bedel karşılığı hizmet sunan otomata teknik bir müdahale yapılmamış olsa dahi bu hizmetten ödeme yapmadan yararlanma durumunda suçun fiil unsurunun oluşacağı kabul edilmelidir.

yararlandıktan sonra jetonu geri çekmek; aleti devre dışı bırakmak; mıknatısla müdahale etmek; metal plaka, kurşun düğme, tedavülde olmayan veya sahte para sokmak gibi fiiller ile karşılıksız olarak yararlanma neticesine ulaşıldığı takdirde suç da oluşacaktır.⁸⁰ Görüldüğü üzere Yargıtay kararlarına yansıyan örnek fiiller genellikle icrai hareket görünümündedir ve bu nedenle de TCK m.163/1'de düzenlenen suçun çoğu zaman *icrai suç* görünümünde olduğunu söylemek mümkündür.⁸¹

TCK'nın 163'üncü maddesinin *ikinci* fıkrasında düzenlenen suçun fiil unsurunu, telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan *sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan* yararlanmak oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere hak sahibinin rıza göstermemiş oluşu suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Burada da tıpkı birinci fıkradaki tipiklik açısından olduğu gibi *serbest ve tek* hareketli bir suç bulunur. Failin, belirtilen konu unsurlarından herhangi bir biçimde yararlanmaya başladığı an fiil unsuru tamamlanmış olur. Bu suç bakımından fiil unsurunun daha çok telefon, radyo, televizyon ve internet gibi yayınlar üzerinde yoğunlaşmakta olduğunu ifade etmek gerekir.

Telefon hatları üzerinde işlenen fiillere; failin gece saatlerinde gizlice mağdurun evine girerek sabit hattın telefonla görüşmesi,⁸² mağdur adına kayıtlı telefon hattına saplama yapılarak görüşme gerçekleştirilmesi⁸³ ve başkasına ait sabit telefon hattının kablusunun kesilerek kendi evindeki telefon makinesine bağlanması suretiyle görüşme yapılması örnek gösterilebilir.

Her ne kadar bu yöndeki içtihatlarında bir istikrar bulunmasa da Yargıtay kararlarında ankesörlü telefon kartının manyetik bölümüne şeffaf teyp bandı yapıştırmak suretiyle bedava görüşme yapmaktan ibaret fiillerin, TCK m.163'ün birinci fıkrasındaki otomattan karşılıksız yararlanma suçunun fiil unsuru olarak kabul edildiği görülmektedir.⁸⁴ Fakat ifade edilmelidir ki ankesörlü telefonun *mekanizmasına* değil ama *hattına* bir bağlantı yapılması halinde, bu fiil TCK m.163/2 kapsamında kabul edilmekte ve bu da "birçok kez vurgulanmaktadır."⁸⁵ Görüldüğü üzere ankesörlü telefon üzerinde gerçekleştirilen fiilin hangi fıkradaki suçun unsuru olduğu hususu ankesörlü telefonun otomat olma niteliği ile ilgili değildir: Fiilin otomat mekanizmasında yoğunlaşması halinde birinci fıkranın varlığının ve fakat kablolar üzerinde bir manipülasyonun ağırlıklı olduğu hallerde ise ikinci fıkranın varlığının kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, ankesörlü telefon *sisteminin* yanıtılması olaylarında bilişim suçlarının da gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.

80 **Kaya**, A.g.e., s. 28.

81 Öğretide bir görüşe göre yapısı uygun olan tüm suçların ihmal suretiyle icrai şekilde işlenmesi mümkündür. Bkz. **Bezci**, A.g.e., s. 51, dn. 201.

82 22. CD., E. 2015/230 K. 2015/58 T. 15.4.2015.

83 13. CD., E. 2012/6510 K. 2012/10999 T. 14.5.2012.

84 Bkz. 11. CD., E. 2005/7734 K. 2006/8338 T. 19.10.2006. Bu karar ile birlikte, bahsedilen fiilin eTCK'nın 521/b fıkrasında düzenlenen "otomatik makineler" üzerinde gerçekleşmiş olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu karar çerçevesinde ankesörlü telefonların Yargıtayca 5237 sayılı TCK anlamında otomat olarak anlaşıldığı söylenebilir.

85 **Kaya**, A.g.e., s. 29.

İkinci fıkra bakımından gündeme gelme sıklığı fazla olan olaylara bir diğer örnek, televizyon platformlarının bedeli mukabilinde ve şifreli olarak sunduğu yayınlardan ücret ödenmeksizin yararlanılmasıdır. Özel hukuk tüzel kişileri, aboneleriyle akdettikleri sözleşmelerle beraber abonelerine söz konusu şifreyi çözücü “dekoder” isimli aygıtı vermekte ve abonelerin yayına erişimi bu suretle mümkün kılınmaktadır. Fakat bu suçun faili, yayının şifresini kırmakta ve yayını bedelini ödemeksizin izleyebilmektedir. İşte burada bu hareketler, yayından bedel ödemeksizin yararlanma neticesini sağladığı ölçüde ikinci fıkrada düzenlenen suçun fiil unsurunu oluşturur. Uygulamada özellikle spor karşılaşmalarının yayın hakkını elinde bulunduran özel hukuk tüzel kişileri bu suçtan zarar gören konumundadır.

Burada dikkat edilmesi gereken hususlar, yararlanma fiilinin yayının *sahibinin veya zilyedinin rızası bulunmaksızın* gerçekleşmiş olması ve failin söz konusu hizmeti sunan kişi ile arasında bir *sözleşme ilişkisinin olmamasıdır*. Zira Yargıtay, yayın hakkı sahibi ile bu yayından yararlanan kişi arasında bir özel hukuk sözleşmesinin bulunduğu ve fakat bu sözleşmeye aykırı bir yararlanmanın söz konusu olduğu durumlarda, “yayının sahibinin rızasının olmaması” halinin oluşmadığına hükmetmekte ve olayı bir *hukukî ihtilaf* olarak nitelemektedir.⁸⁶

Yargıtay’a göre yayın hizmeti sunan özel hukuk tüzel kişisi ile akdedilen sözleşmede “yayının konutta izlenmek üzere” kaydı bulunmasına rağmen bu yayının iş yerinde, örneğin kahvehanede kalabalık bir topluluğa izletilmesi halinde suç oluşmamaktadır. Zira esasen yayından yararlanma hususunda özel hukuk tüzel kişisinin izni bulunur. Bu gibi durumlarda sözleşmeye aykırılık nedeniyle özel hukuk tüzel kişisinin zararı doğmuş ise bunun özel hukuk kapsamında tazmin edilmesi yoluna gidilmesi gerekir. Ayrıca failin dekoder üzerinde gerçekleştirdiği manipülatif hareketin bilişim suçları kapsamında değerlendirilebilecek nitelik göstermesi halinde hem ilgili bilişim suçunun hem de TCK m.163/2’de düzenlenen suçun fiil unsurunun gerçekleştirebileceği de söylenmelidir.

Özellikle spor karşılaşmalarının, internet üzerinden canlı yayın yapma imkânı veren ücretsiz programlar vasıtasıyla yayınlanmasını ifade eden ve uygulamada “kaçak maç yayını” olarak da adlandırılan olaylarda karşılıksız yararlanma suçu gündeme gelebilir. Gerçekten de satın alınan televizyon yayınının internet üzerinden bir şekilde ücretsiz ve canlı *yayınlanması ve izlenmesi* durumunun TCK m. 163/2 kapsamında tartışılmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Kanımızca bu *yayını gerçekleştiren kişi* açısından özel hukuk sorumluluğu doğabileceği gibi, söz konusu yayın karşılığında bir yararlanma⁸⁷ söz konusu olduğu takdirde karşılıksız yararlanma suçu bakımından cezai sorumluluğun doğabileceği de savunulabilir. Bununla beraber kaçak

86 Bkz. 7. CD., E. 2008/18502 K. 2011/6428 T. 3.5.2011.

87 Çoğu zaman, bu tür yayınların sunulduğu *web* sayfalarında “reklam bantları” veya yayının izlenebilmesi için “tıklanması” gereken ve tıklandığı takdirde sayfa sahibine maddi gelir getiren “bağlantılar” yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu *web* sayfası sahibinin yayın hakkı olmamasına rağmen gerçekleştirdiği “kaçak yayını” ile beraber *yarar* elde ettiği kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra bazı sosyal medya platformlarındaki “hesap sahipleri”, bu tür yayınlarla beraber “takipçi” sayılarını arttırmakta ve ticari işletmelerle bu sayede reklam anlaşmaları yapabilmektedir. Bu açıdan kaçak yayınların “takipçi” sayısını arttırıcı yönü olduğu ve ekonomik bir menfaat ifade ettiği söylenebilir.

yayını *izleyen kişi* açısından fiil unsurunun oluşmayacağı söylenmelidir. Zira kaçak yayını gerçekleştiren kişi, yayının ceza hukuku anlamında zilyedi sıfatını uhdesinde bulundurmakta ve bunu erişilebilir kılarak yayının izlenmesine rıza göstermiş olmaktadır.

Ülkemizdeki tüm futbol karşılaşmalarının yayınlanmasına, iletilmesine ve söz konusu yayınların düzenlenmesi ile programlanmasına 5894 sayılı Kanun uyarınca münhasıran Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu yetkilidir. Bu doğrultuda, lig maçları ile ilgili olarak kulüpler adına yayın sözleşmesi yapmaya da münhasıran federasyon yetkili kılınmıştır.⁸⁸ Söz konusu sözleşmeler ihale yolu ile yapılmaktadır ve 2016 yılında gerçekleştirilen ihalede en üst lig yayın haklarını satın alan özel hukuk tüzel kişisi beş yıl için yaklaşık \$3.000.000.000 ücret ödemiştir.⁸⁹ Kaçak maç yayını yapan kişi ile söz konusu özel hukuk tüzel kişisi arasında adeta *kommensalist* bir ilişkinin mevcut olduğu ifade edilebilir. Hatta uygulamada mobil uygulamalar ve *web* sayfaları aracılığı ile yapılan kaçak yayınların toplam sayısı göz önüne alındığında, bu ilişkinin bir *parazit* ilişkisi olduğu dahi savunulabilir.

Bununla beraber Yargıtay'ın, konut için alınan yayının iş yerinde izlettirilmesi olaylarında yayın sahibinin rızasının bulunmaması koşulunun sağlanmadığından bahisle suç unsurlarını oluşmadığı yönündeki içtihadı, kaçak yayınlar açısından da geçerli görünmektedir. Bu doğrultuda düşünüldüğünde kaçak yayın yapan şahıs ile yayın hakkı sahibi arasında, şahsın bu yayından konutta yararlanmasını sağlayan bir anlaşma bulunduğu hallerde, “yayın sahibinin izni olmaksızın” şartı oluşmamakta ve kişinin yayını çevrimiçi olarak paylaşması fiili, TCK m.163/2 bakımından suç oluşturmamaktadır. Fakat yayın hakkı sahibi ile bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı durumlarda suçun fiil unsurunun oluştuğu pekâlâ kabul edilebilir. Kaçak yayını gerçekleştiren şahsın söz konusu yayının *zilyedi olduğu* kabul edildiği takdirde ise kaçak yayını bu şahsın rızası dahilinde *izleyenlerin*, yayından *zilyedinin rızası olmadan* yararlanmadıkları, bu nedenle de kaçak yayını izleyenler açısından suçun fiil unsurunun oluşmadığı savunulabilir.

Söz konusu yayınlardan karşılıksız yararlanma halinin *ihmali davranış* ile gerçekleştirildiği durumlarda suçun oluşup oluşmayacağı hususu tartışmalıdır.⁹⁰ Bir görüş, ücret karşılığı sunulan bir yayının her nasılsa başka bir kimsenin çanak antenince çekmeye başlaması halini örnek göstermekte ve bu kimsenin bildirim yükümlülüğü altına girdiğini, bu bildirim yapmaması halinde suçun ihmali hareketle oluştuğunu ileri sürülmektedir.⁹¹ İfade edilmelidir ki kural olarak ceza kanununda düzenlenmiş her suçun hem *icrai* hem de *ihmali* davranış ile işlenebileceği söylenebilir.⁹² Söz konusu suç bakımından da failin neticeyi engelleme hususunda hukuki bir

88 Detaylı bilgi için bkz. **Halit Aker**: “Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, ss. 1-46, b.a.

89 **Basın İlan Kurumu web sitesi**, bik.gov.tr/super-lig-yayin-hakkini-500-milyon-a-satin-aldi, (Çevrimiçi) Erişim Tarihi: 30.01.2019.

90 **Bezci**, A.g.e., s. 30.

91 A.e.

92 Bkz. **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 369.

yükümlülüğü olmasına rağmen bunu yerine getirmemesi ve ihmali hareketinin icrai bir harekete denk olması durumlarında suçun ihmal ile de gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir.⁹³

TCK m.163'e sonradan eklenmiş üçüncü fıkranın fiil unsurunu, "sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi" oluşturmaktadır. Bu fıkra bakımından suçun *seçimlik* ve *bağlı* hareketli suç olduğunu söylemek gerekir;⁹⁴ zira, kanuni tanımda görüldüğü üzere suçun fiil unsurunun oluşması için tüketme fiilinin, tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde işlenmesi öngörülmüş ve elektrik enerjisi, su veya doğal gaz açısından işlenebileceği öngörülmüştür. Bir diğer taraftan bu suçun bir *mütemadi* suç olduğu ifade edilmelidir, zira bu suç anlamındaki tüketim faaliyeti sürekli olarak icra edilir.

Öncelikle "tüketim miktarının belirlenmesini engellemek" fiilinin kapsamının belirlenmesi faydalı olacaktır. Kanaatimizce failin sayaca dönük özel bir hareketi veya teknik bir manipülasyonu olmaksızın; örneğin, apartmanın su borusuna bir başka boru ile saplama yapmak suretiyle kendi konutuna su temin edilmesi gibi örneklerde de tüketim miktarının belirlenmesini engellendiği kabul edilebilir. Zira bu halde failin *sayaca dönük* bir hareketi ile tüketim miktarının belirlenmesini engellemesi söz konusu olmasa bile, *sayaca dönük olmayan* bir başka hareketi ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Bir anlamda; tüketim miktarının belirlenmesinin engellenmesi sonucuna neden olunduktan sonra bu duruma son vermeme iradesi ortaya konarak menfi bir hareket sergilenmektedir.⁹⁵ Bir diğer açıdan, kişinin kiracı olarak taşındığı konutun elektrik sayacına önceden müdahale edilmiş olduğunu ve tüketimin tam olarak tespit edilemediğini görmesine rağmen bu durumu bildirmemesi, *bu kimsenin bildirim yükümlülüğü altında olduğu kabul edilirse*, ihmali olarak tüketim miktarının tespitini engelleyici bir fiil sayılabilecektir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi⁹⁶ gereğince herkesin haklarını ve borçlarını kullanırken iyiniyetli olmaları kanuni bir yükümlülüktür. Bu açıdan yaklaşıldığında verilen örnekteki kiracının bildirim yükümlülüğü olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Tüketim miktarının engellenmesi; sayacın kancasının düşürülmesi, film şeridi, iğne veya mıknatıs gibi cisimlerle diskin dönmesinin engellenmesi, sayacın ters çevrilmesi, fazlardan birinin devre dışı bırakılması veya tamamen sayaçsız olarak suçun konusunun tüketilmesi şeklinde de olabilir.⁹⁷ Yargıtay içtihatlarında bu hususun yapılacak keşif sonucu alınacak bilirkişi raporu ile kesin şekilde tespit edilmesi gerektiğine hükmedilmekte ve bu anlamda bu fiilin işlendiğine yönelik oldukça somut deliller aranmaktadır.⁹⁸ Failin; elektrik enerjisi, su veya doğal gaz hizmeti sunan tüzel kişilerle arasında bir abonelik sözleşmesinin olmaksızın bu suç konularından yararlanması suçun fiil unsurunun oluşması için yeterli olmamaktadır. Kişinin ayrıca tüketim miktarının belirlenmesini engellediğinin ortaya konması da cezai sorumluluğunun doğması için

93 A.e. s. 369-382.

94 Çetin, A.g.e., s. 34; Yılmaz/Apış, A.g.e., s. 1761; Bezci, A.g.e., s. 80.

95 Çetin, A.g.e., s. 38.

96 **Dürüst davranma Madde 2 – (1) Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. (2) Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.**

97 Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 377.

98 Bkz. 17. CD., E. 2016/2550 K. 2017/9393 T. 12.7.2011.

şarttır. İfade edilmelidir ki yargı kararlarında “abonesiz olması nedeniyle denetlenemeyen ve bu nedenle müdahaleye açık olan sayacın zaman zaman değiştirilerek veya kayıtsız sayaca müdahale edilerek yahut sayaç devre dışı bırakılarak”⁹⁹ suçun fiil unsurunun gerçekleştirilebildiği kabul edilmektedir. Öğretide kişinin suçun konusunu teşkil eden kalemleri heba etmesi, boşa harcaması veya kullanmaması durumunda suçun oluşmayacağı ve depolama durumunda TCK m.142/3’te düzenlenen suçun oluşacağı ileri sürülmektedir.¹⁰⁰

e.Netice, Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet

Madde metninin birinci ve ikinci fıkrasındaki suçlar açısından netice unsuru, gerçekleştirilen fiil ile beraber konu unsurundan “yararlanmış olmak”, üçüncü fıkra bakımından ise kanuni tanımdaki fiil unsuruna uygun şekilde elektrik enerjisi, su veya doğal gazı “tüketmiş olmaktır”. Dolayısıyla yararlanma ve tüketme neticelerinin meydana gelmediği durumlarda netice unsuru olmayacak ve koşulları varsa teşebbüs tartışması yapılabilecektir.

Ceza hukuku bakımından cezalandırılabilir bir fiilden bahsedilebilmesi için varlığı gereken suçun maddi unsurlarından bir diğeri; fiil ile netice arasında bulunması gereken nedensellik bağı ve objektif isnadiyettir. Karşılıksız yararlanma suçlarında da fiil ile netice arasında nedensellik bağının bulunması ve neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir.

2.Manevi Unsur

Karşılıksız yararlanma suçlarının üç fıkrası açısından da manevi unsuru kast olarak belirlemek gerekir. Kastın unsurlarının gösterdiği özelliğe bağlı olarak doğrudan kast veya olası kastın herhangi biri suçu oluşturacaktır, fakat taksir bu suçun manevi unsurunu oluşturmaz.

Kişinin suçun kanuni tarifindeki bütün unsurları bilmesi ve neticeyi de istemesi halinde kastın varlığından, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi halinde ise olası kastın varlığından söz edilir. Örneğin kişinin televizyonu için çanak anten ayarlamasını yaparken komşunun ücretli ve şifreli frekansına bir müdahalede bulunup bulunmadığından emin olamaması ve fakat böyle bir durumun gerçekleşme ihtimalini kabullenmesi ile beraber fiiline devam ederek neticede bu yayını kendi televizyonu için ayarlamayı sağladığı durumda, olası kastın varlığı kabul edilir.¹⁰¹ Bir başka açıdan, mekanizmasındaki arıza nedeniyle bedel ödenmeksizin harekete geçen bir masaj koltuğuna oturan kişi, eğer oturduğu halde hizmetten bedelsiz olarak yararlanacağını bilmiyorsa kastı bulunmayacaktır. Doğrudan kastın oluşumu açısından failin zenginleşme amacı gütmesi yahut mağdura zarar vermeyi hedeflemesi gerekmez.¹⁰² Uygulamada TCK m.163/3 bakımından kastın varlığı, birikişilerce tespit edilen

99 Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 394.

100 Çetin, A.g.e., s. 40; Bezci, A.g.e., s. 83.

101 Kaya, A.g.e., s. 60-61.

102 Çetin, A.g.e., s. 24.

olgulardan ve dağıtım şirketlerinin tuttuğu tutanakların içeriğinden yola çıkılarak failin neticeyi bilme ve isteme unsurlarının olup olmamasına göre değerlendirilmektedir.

3.Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun oluşmuş olduğu kabulünün bir diğer gereği, TCK çerçevesinde düzenlenmiş ve tipik hareketi hukuka uygun hale getiren nedenlerin somut olayda bulunmamasıdır. Karşılıksız yararlanma suçları açısından nadiren gündeme gelebilecek olsa da somut olaya göre karşılıksız yararlanma suçları açısından nadiren gündeme gelebilecek olsa da somut olaya göre karşılıksız yararlanma ihtimali bulunan hukuka uygunluk nedenlerini ayrı başlıklarda incelemeyi çalışma sistematigi bakımından yararlı görüyoruz.

a.Görevin İfası

Söz konusu suçlar bakımından görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelmesi mümkündür. Söz gelimi telefon hatlarını kontrol eden görevliler esasen TCK m.163/2 bakımından hat sahibinin iznini almaksızın telefon hattına girerek görüşme yapabilmektedir. Bu tarz durumlarda görevin ifası hukuka uygunluk sebebi gündeme gelebilir.¹⁰³

b.İlgilinin Rızası

İlgilinin rızası kurumu, TCK m.26/2'de düzenlenmiş ve “rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez” (*volenti non fit iniuria*) deyimi üzerinde yükselen bir hukuka uygunluk nedenidir.¹⁰⁴ Modern ceza hukuku anlayışında, tipik haksızlığın unsurlarını sağlayan fiiller bakımından fiilin yöneldiği hakkın sahibinin açıkladığı rıza, bu fiilin haksızlık olarak nitelendirilmesini ve cezalandırılmasını engellemektedir. Bununla beraber kişilerin her hakkı açısından müdahaleye izin verme yetkisi bulunmadığının ve ilgilinin rızası anlamında bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için varlığı aranan birtakım şartlar bulunduğunun da belirtilmesi gerekir. Öncelikle; söz konusu rızanın konusunun kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkı olması icap eder. Buradan çıkan iki sonuç vardır; hak rıza beyanında bulunacak kişiye ait olmalı ve kişi bu hak üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabilmelidir. Örneğin; kişi yaşam hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisini haiz değildir, bu nedenle vermeye yetkili olduğu rıza, hakkın mutlak surette tasarrufta bulunabileceği kısmıyla sınırlıdır. Örneğin kişi kendi vücudu üzerinde işlenecek fiillere ancak kanuna, ahlaka ve genel edep kurallarına aykırı olmadığı müddetçe rıza vermeye ehildir. İkinci olarak kişinin rıza vermeye ehil, mümeyyiz olması gerekmektedir. Bu bakımdan ayırt etme gücü önem arz eder.

Karşılıksız yararlanma suçları bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelebileceği söylenebilir. Bununla beraber maddenin ikinci fıkrasında “sahibinin veya zilyedinin

103 **Bezci**, A.g.e., s. 86.

104 **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 269.

izni olmaksızın” ifadesinin, üçüncü fıkrasında ise “sahibinin izni olmaksızın” ifadesinin geçmesi nedeniyle bu fıkralar bakımından rızanın suçun unsurlarından biri olduğu ifade edilmelidir.¹⁰⁵ Bu durumun sonucu ise, bu iki fıkradaki suçlar bakımından ilgilinin rızasının bulunduğu hallerde suçun maddi unsurunun oluşmamış olmasından dolayı tipik hareketin varlığından söz edilememesi ve ilgilinin rızasının bu anlamda hukuka uygunluk nedeni olmamasıdır. Bununla beraber öğretide suçun kanuni tarifinde ilgilinin rızası ifadesinin belirtilmesine rağmen, rızanın varlığının bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edeceğini savunanlar da mevcuttur.¹⁰⁶ Apartman komşularının birbirlerine internet aboneliklerinden yararlanma izni vermesi hali tipikliğin rıza nedeniyle oluşmadığı hallerde, bir oyun otomatının sahibinin bir çocuğa bedelsiz olarak oyun oynamasına izin vermesi gibi durumlar ise rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği durumlara örnek olarak gösterilebilir. Bununla beraber örneğin karşı komşunun abone olduğu kabloşuz internet hizmetinden yararlanmak amacıyla; bu kişinin küçük yaşta ki çocuğundan izin alınıp şifre temin edildiği ihtimalde, rızayı hakkın sahibi veya mümeyyiz bir kişi vermemiş olduğundan ötürü suçun oluşacağını ifade etmek gerekir.

C. KUSURLULUK

Kusur, failin işlediği haksızlık nedeniyle kınanıp kınanamayacağı hakkında varılan bir kınama yargısıdır.¹⁰⁷ Tıpe uygun ve hukuka aykırı haksızlıklar, failin kusurluluk açısından değerlendirmesinden sonra kınanabilir nitelik kazandığı takdirde ilgili fiil cezalandırılabilir hale gelir. Failin fiilinden dolayı kınanabilmesi için, öncelikle kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Kusur yeteneği ise failin “işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” ile beraber “davranışlarını yönlendirme kabiliyetine” sahip olması halinde vardır.¹⁰⁸ Esasen kusurun varlığının kabul edildiği durumlar, failin hukuka uygun davranmasının ondan beklenebilir olduğu hallerde onun hukuka aykırı davranmayı tercih ettiği hallerdir. Bu durumda ise hangi hallerde failden hukuka uygun davranmasının beklenebileceği sorusu gündeme gelir ki bu haller, kusurluluğu kaldıran veya etkileyen hallerdir.

Karşılıksız yararlanma suçları açısından, kusurluluğu kaldıran veya etkileyen nedenler arasında en fazla yaş küçüklüğünün (TCK m.31) ve zorunluluk halinin (TCK m.25/2) gündeme gelebileceğini ifade edebiliriz. Gerçekten de müzik kutularından, toplu taşıma turnikelerinden, şarj otomatlarından veya oyun konsollarından ödeme yapmadan yararlanma fiilinin faileri, çoğu zaman suça sürüklenen çocuklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öğretide zorda kalma veya ıztırar hali olarak da ifade edilen zorunluluk hallerinde ise ortada bir kişinin kendisine veya başkasına ait herhangi bir hakka yönelik bir tehlikenin varlığı söz konusudur. Bu tehlikenin ağır ve muhakkak olmasının, failin tehlikeye bilerek yol açmamış

105 A.e., s. 270.

106 Aktaran: **Evirgen**, A.g.e., s. 3448.

107 **Adem Sözüer**: Ceza Hukuku Uygulama Rehberi ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, yy, 2015, s. 22.

108 **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 291.

olmasının ve tehlikeden korunmanın tek yolunun söz konusu fiil olmasının kabulü halinde; tehlikenin ağırlığı ve fiil arasında orantısızlık bulunmuyorsa faile ceza verilmemektedir. Kanunda belirtilen bu şartların yanında, öğretide¹⁰⁹ ayrıca “kişinin tehlikeye karşı koyma görevinin bulunmaması gerektiği” de ileri sürülmektedir. Örneğin, hastaneye yetiştirilmesi gereken bir hastanın varlığı halinde toplu taşıma turnikelerinden ücret ödmeden geçmek suretiyle ulaşım imkanından karşılıksız olarak yararlanılması durumunda zorunluluk halinin varlığı kabul edilebilir. Yine aynı şekilde yardım istenebilecek hiç kimsenin mevcut olmadığı bir bölgede uzun süre mahsur kalınması durumunda, kişinin ankesörlü telefon kartının, jetonunun veya parasının olmaması ihtimalinde bir ankesörlü telefonda bir şekilde bedel ödmeden yararlanılması da zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebilir.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs ve İştirak

Tüm suçlar açısından olduğu gibi karşılıksız yararlanma suçu bakımından da suçun işlenmesi sürecinde *iter criminis* olarak da ifade edilen bir aşamalar silsilesi bulunur. Suç yolu olarak kavramlaşan bu silsile; düşünce aşaması, hazırlık hareketleri, icra hareketleri, suçun tamamlanması ve suçun bitmesi olarak sıralanabilir.¹¹⁰ Eğer ki suç elde olmayan sebeplerle tamamlanamamış ise teşebbüsün varlığından bahsetmek mümkün hale gelmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı hakkında öğretide fikir birliğinin bulunduğu söylenemez.¹¹¹ Yargıtay’ın eski tarihli kararlarında bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığına ilişkin hükümleri¹¹² bulunmakla birlikte yeni tarihli kararlarda¹¹³ aksi yönde bir tutum gözlenmektedir. Suçun netice unsurunun birinci ve ikinci fıkralarda “yararlanma”, üçüncü fıkrada ise “tüketme” olmasından ötürü; ilgili fıkralardaki suçun tamamlanma aşaması “yararlanma anı” veya “tüketme anı” olacaktır. Bu doğrultuda otomatın sunduğu hizmetten yararlanıldığı an suç tamamlanacak ve artık teşebbüsten değil, suçun tamamlanmış halinden ceza verilecektir. Görüldüğü üzere karşılıksız yararlanma suçlarının tamamlanması için mağdurun zarar görmesi gerekmemektedir.¹¹⁴

Çoğu zaman karşılıksız yararlanma fiilinin devamlılık gösterdiği belirtilmiş ve bu bahisle suçun bir mütemadi suç olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda “suç yolunda” suçun tamamlanmasına rağmen suçun işlenmesi henüz bitmemişse, fiilin fail dışı etkenler nedeniyle kesintiye uğrama ihtimali pekâlâ bulunur. Bu durumlarda suçun *elde olmayan nedenlerle* tamamlanamaması durumu mevcut olmadığından ötürü fail teşebbüsten değil, suçun tamamlanmış halinden sorumlu

109 Centel/Zafer/Çakmut, A.g.e., s. 322.

110 Koca/Üzülmez, A.g.e., s. 387.

111 Çetin, A.g.e., s. 45; Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 401.

112 Bu kararlardan biri için bkz. 2. CD., E. 2009/7750 K. 2010/9202 T. 24.3.2010. Aktaran: Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 401.

113 Bu kararlardan biri için bkz. 17. CD., E. 2015/19876 K. 2016/12949 T. 7.12.2016.

114 Artuç, A.g.e., s. 510.

tutulmalıdır. Kişinin otomattan bedelsiz yararlanmak için jetona ip bağlayarak mekanizmanın içine bu jetonu atması esnasında yakalanması durumu TCK m.163/1 bakımından teşebbüse örnek gösterilebilir. Hatırlatılmalıdır ki üçüncü fıkradaki suç bakımından Yargıtay; *sayacın delinmiş olması, camunun aralanması, bakanlık mühürlerinin açılması, ölçü ayar istasyonu tarafından yapılan incelemesinde müdahale izlerine rastlanması* gibi belirtileri suça teşebbüsün varlığının kabul edilmesi için yeterli görmemektedir.¹¹⁵ Bu içtihadı göre, yerel mahkemedeki yargılamada tüketicinin “kesin olarak” ortaya konamamasına rağmen faile teşebbüs nedeniyle mahkumiyet verildiği hallerde Yargıtay icra hareketlerinin başladığına dair yeterli delil olmadığından bahisle bozma kararı vermektedir.¹¹⁶

Suçun konu unsurunun oluşmadığı durumlarda, örneğin, kişinin başkasının internet hizmetinden yararlanmak isterken hata ile kendi internetini kullanması gibi durumlarda “işlenemez suç” olduğu kabul edilecek ve fail teşebbüsten cezalandırılmayacaktır.¹¹⁷

Karşılıksız yararlanma açısından iştirak bahsinde özellik arz eden bir durumun olmadığı ve genel iştirak hükümlerinin somut olaya göre uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Bununla beraber özellikle TCK m.143/1 açısından elektrik, su veya doğal gazdan yararlananlar arasından kimlerin fail olarak kabul edileceği durumu üzerinde durulması gerekir. Suçun bu görünüm şekilleri açısından Yargıtay kararlarında özellikle “evin idaresinden sorumlu olan kişinin”¹¹⁸ ve “evin ihtiyaçlarını karşılayan, bakım ve gözetim yükümlülüğü olan, faturalarla ilgilenen ve faturaları ödeyen, iş yerini fiilen işleten, vergi kaydı bulunan kişinin”¹¹⁹ fail olarak kabul edildiği görülmektedir. Hane halkı arasında sayılan bu nitelikleri haiz kişinin kim olduğunun “kesin olarak” tespit edilmediği durumlarda ise beraat kararları verildiği görülmektedir.¹²⁰ Bu kararlarda, ancak tüketim için “fikir ve eylem birliği içinde olunması” halinde müşterek faillikten bahsedilebileceği vurgulanmaktadır.¹²¹ Fakat ceza muhakemesi hukukunun konusunu teşkil eden hususlar bir yana, ceza sorumluluğunun şahsiliği gereğince her bir somut olay özelinde her bir aile üyesi için ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

2.İçtima

Ceza hukukundaki en önemli ilkelerden bir tanesi fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar ceza vardır (*quot crimina, tot poenae*) ifadesi ile vücut bulur. Bu ifadeden anlaşılması gereken şey, kural olarak gerçek içtima kuralının esas olması gereğidir. Fakat her bir somut olayda faile verilecek ceza, işlenen farklı suçlar için öngörülen cezalarının matematiksel toplamı olarak belirlenirse

115 Balcı/Öztürk, A.g.e., s. 402.

116 A.e.

117 Koca/Üzülmez, A.g.e., s. 401; Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 90.

118 Bkz. 13. CD., E. 2013/35489 K. 2015/2296 T. 29.1.2015 Aktaran: Artuç, A.g.e., s. 403; Kaya, A.g.e., s. 82; Kılınç, A.g.e., s. 59-60.

119 Kılınç, A.g.e., s. 59-60.

120 2. CD., E. 2016/16381 K. 2016/16454 T. 5.12.2016.

121 Aktaran: Kılınç, A.g.e., s. 59, dn. 145: 2. CD, E. 2010/18876, K. 2010/26837 T. 29.09.2010.

faile kusur miktarından fazla yaptırım uygulanabilir ki bu da hukukun bir diğer temel ilkesi olan ölçülülük ilkesini ihlal edebilir. İşte ceza hukuku açısından bu durumların ortaya çıkmaması için genel kural olan gerçek içtimanın istisnası olacak bazı kurumlar düzenlenmiştir.

Karşılıksız yararlanma bakımından parada sahtecilik, resmî belgede ve özel belgede sahtecilik, konut dokunulmazlığını ihlal, mühür bozma, bilişim suçları ve bunların yanında mala zarar verme suçunun içtima bahsinde gündeme gelebileceği söylenebilir.

Karşılıksız yararlanma suçları ile birlikte sahtecilik suçlarının işlenmesi halinde TCK m.212 hükmü¹²² gereğince ve yine söz konusu suçlar ile birlikte konut dokunulmazlığını ihlal suçunun işlenmesi halinde ise Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre gerçek içtima kuralının uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.¹²³

Karşılıksız yararlanma suçları işlenirken aynı zamanda mala zarar verme suçunun da işlenmiş olması halinde, fikri içtima hükümlerinin mi yoksa gerçek içtimanın mı uygulanması gerektiği hususunda tartışma vardır.¹²⁴ Mala zarar verme fiilinin karşılıksız yararlanma neticesine ulaşılması için zorunlu olduğu hallerde, bir başka deyişle “mala zarar vermeden karşılıksız yararlanma suçu işlenemeyecekti” denebileceği durumlarda *icra hareketlerinin kısmi aynıyetinden*¹²⁵ bahsetmek gerekmektedir. Kanımızca bu gibi durumlarda fikri içtima hükümleri uygulanmalı ve fail bu iki suçtan sadece yaptırımını daha ağır olanına göre cezalandırılmalıdır.

Kişinin kendisine ait olmayan internet hattının şifresini kırarak bu interneti kullanması sonucu internet hizmetinin asıl sahibinin kendi kullanımından fazla miktarda ücret ödemesi halinde, aynı anda hem bir bilişim suçunun hem de karşılıksız yararlanma suçunun oluşacağını söylemek gerekir. Bu durumda da fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ifade edilmelidir.¹²⁶

Konusunu *yayımların* oluşturduğu karşılıksız yararlanma suçu bakımından gündeme gelebilecek bir diğer suç grubunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 71. maddesinde düzenlenen suçlar oluşturur. Bilindiği üzere fikri hakların fikri mülkiyet hukuku şemsiyesi altında tanıdığı *eser sahibinin hakkı*; maddi, manevi ve bağlantılı haklar olmak üzere üç farklı kavramı ifade eder. Yayına konu olgunun *eser, fonogram veya FSEK anlamında bir icra* niteliği taşıdığı durumlarda söz konusu *eserin sahibinin veya yayın haklarını elinde bulunduranın* haklarına mütecevaz fiiller, FSEK m.71 düzenlemesindeki suçları gündeme getirebilecektir. Hukukumuzda göre *eser*, tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olan,¹²⁷ sahibinin hususiyetini taşıyan ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserlerinden ibarettir. FSEK m.71/1; *eserin*,

122 **Madde 212** – Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.

123 **Gündüz**, A.g.e., 1050; **Kaya**, A.g.e., s. 78; **Tezcan/Erdem/Önok**, A.g.e., s. 781; **Artuç**, A.g.e., s. 510.

124 **Gündüz**, A.g.e., s. 1050.

125 **Koca/Üzülmez**, A.g.e., s. 496.

126 **Kaya**, A.g.e., s. 78.

127 **Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal**: Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 42.

icranın, fonogramın veya yapımın haklarını haiz kişiden izin olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçla umuma ileten, yayımlayan veya yayan kimselere cezai müeyyide öngörmektedir. Elektromanyetik dalgalarla yayınlanan sinema eserlerinden veya yapımlardan, hak sahibinin yahut zilyedinin rızası olmaksızın “yararlanılması” durumlarında, özel normun önceliği ilkesinden hareketle bir görünüşte içtima uygulamasına gidilmesi ve failin ancak FSEK hükümlerince cezalandırılmadığı durumlarda TCK m.163/2 uyarınca cezalandırılması gerekmektedir.

Televizyon platformlarının yayınlarının izletilmesinde kullanılan dekoder sisteminin veya ankesörlü telefon sistemlerinin bilişim sistemi olarak kabul edilip edilemeyeceğine¹²⁸ bağlı olarak, bilişim suçları ile TCK m.163/2 bakımından hangi içtima kuralının uygulanacağı sorunu özellik gösterebilir. Yargıtay’ın, bir bilişim suçu ile karşılıksız yararlanma suçunun aynı anda işlenmesi halinde fikri içtima kuralının uygulanması gerektiği hakkında güncel bir kararı vardır.¹²⁹

TCK m.163/3 açısından, elektrik enerjisinin mühür bozma suçunun fiil unsurunu oluşturacak hareketler yardımıyla kayıt dışı kullanılması halinde mühür bozma suçu ile gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçlarının mütemadi suç görünümünde olduğu hallerde failin fiilini sürdürürken yakalanması durumunda tek bir suçtan dolayı hüküm kurulmalı ve zincirleme suç hükümleri gündeme gelmemelidir. Bununla beraber somut olayın özelliklerine bağlı olarak karşılıksız yararlanma suçu açısından da zincirleme suç hükümleri gündeme gelebilir. Söz gelimi üçüncü fıkradaki suçun elektrik enerjisi üzerinde işlendiği durumlarda fail aleyhinde bir kez tutanak tutulmasını müteakip söz konusu fiilin tekrar edilmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Tutanak düzenlenmesi ile örneklenen bazı hallerde temadinin kesildiği ve artık suçun bu olayla birlikte sona erdiği ifade edilmekte ve yeni fiilin yeni bir suç oluşturacağı savunulmaktadır.¹³⁰ Aynı şekilde suç hakkında bir iddianame düzenlenmiş olması ihtimalinde, bu iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi şartıyla beraber iddianamenin düzenlenme tarihi de bir hukuki kesinti olarak kabul edilir.¹³¹ İddianame düzenlenmesinden sonra yeni bir tutanak tutulmuş olması veya iddianame düzenlenmemiş olmakla beraber tutulan bir tutanaktan uzun bir süre geçtikten sonra tekrar bir tutanak düzenlenmesi ile birlikte artık yeni bir suçtan bahsetmenin ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının gereği ifade edilmektedir.¹³²

128 Bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz/Apiş**, A.g.e., s. 1768.

129 Bkz. CDBK, E. 2016/233, K. 2016/233 T. 27.12.2016. Bununla beraber TCK m.163 ile bilişim suçlarının arasındaki içtima ilişkisinin ne olduğu hakkında da öğretilerde tartışma olduğu görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. A.e.

130 **Balcı/Öztürk**, A.g.e., s. 404.

131 A.e.

132 A.e. Bkz. 13.CD, E. 2013/27779, K. 2015/5026 T. 19.3.2015.

III. CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN DİĞER KOŞULLARI VE MUHAKEME

Ceza hukuku çerçevesinden bakıldığında; cezalandırılabilirlik kavramı, bir fiile cezai yaptırım uygulanabilme imkanını ifade etmektedir.¹³³ Kural olarak suçun kanuni unsurlarını oluşturan kusurlu bir fiilin varlığı, cezaya hükmedilmesi için yeterli olmakla beraber ceza siyaseti gereği, cezalandırma için birtakım fazladan koşulların oluşması gerektiği kabul edilebilir.¹³⁴ İşte bu durumlarda suçun unsurları dışında kalan ve fiile cezai yaptırım uygulanması için aranan bazı koşulların varlığından söz edilir.

Karşılıksız yararlanma suçları açısından da yaptırım uygulanabilmesi için gerekli görülen birtakım koşullar olduğunu görmekteyiz. Bu koşullardan birisi olan TCK m.167 hükmünde şahsi cezasızlık ve cezada indirim sebepleri düzenlenmektedir. Bir sonraki madde olan TCK m.168'de ise failin birtakım hareketlerine bağlı olarak kamu davasının açılmayacağı veya cezanın bir miktar indirileceği kaydedilmiştir. Son olarak da TCK m.163/3'teki suç açısından, 6352 sayılı kanunun geçici ikinci maddesindeki düzenleme ile 2012 öncesinde "elektrik hırsızlığı" olarak bilinen fiil nedeniyle hırsızlık suçundan hakkında hüküm verilmiş veya kovuşturma yürüten kişilere; cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran nitelikte bir *genel af*¹³⁵ "benzeri"¹³⁶ bir imkânın getirildiğini görmekteyiz.

A.YAPTIRIM VE UYGULANABİLİRLİĞİ

TCK m.167/1'de, karşılıksız yararlanma suçunun "haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin", "üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın" ve "aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin" zararına işlenmesi durumunda cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bu hüküm kapsamına giren durumlarda faile hiçbir şekilde ceza verilmemekte ve bu anlamda cezasızlık sebebi öngörülmektedir. Öte yandan bir sonraki fıkrada düzenlendiği üzere fiilin; "haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşlerden birinin", "aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin" ve "aynı konutta beraber yaşamakta olan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci derecede kayın hısımlarının" zararına işlenmesi durumunda bir cezasızlık sebebinden değil cezada indirim sebebinden bahsetmek gerekir. Bu durumlarda iki sonuç doğar; ilk olarak suç artık takibi şikâyete bağlı olan bir suça dönüşür ve ikinci olarak ise verilecek olan ceza yarı oranda indirilir. Burada evli olma durumunun Medeni Kanun'a göre belirlenmesi gerektiği ifade edilebilir.¹³⁷ Dolayısıyla

133 Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Basım, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s. 473.

134 Koca/Üzülmez, A.g.e., s. 347.

135 Detaylı bilgi için bkz. Toroslu/Toroslu, A.g.e., s. 487; 6352 sayılı kanunun geçici ikinci maddesinin ikinci fıkrasında kendisine yer bulan düzenlemeye göre; söz konusu kanunun yürürlük tarihi itibarıyla hakkında "elektrik hırsızlığı" nedeniyle hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya hüküm verilenler, kanunun yürürlük tarihten itibaren altı ay içinde verdikleri zararı tamamen tazmin ederlerse haklarında cezaya hükmolunmaz veya hükmolunan ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar.

136 Kaya/Göçmen, A.g.e., s. 478.

137 Doğan Soyaslan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 468.

kanunun öngördüğü şekilde gerçekleşmemiş bir evlilik TCK anlamında da evlilik sayılmamalı ve TCK m.167 hükümleri böyle hallerde uygulanmamalıdır. Aynı konutta yaşama ifadesinden ise aynı apartman içinde yaşamanın değil, aynı ev içinde yaşamanın anlaşılması gerekir¹³⁸.

Ceza kanunlarında şahsi cezasızlık sebebi düzenlemelerinin yer almasının nedeni hakkında birçok görüş ileri sürülmüş olduğu görülmektedir. Akrabalık ilişkisinin fiili daha az haksız hale getirdiği, aile birliğinin korunması açısından aile mensuplarının suça konu malvarlığı değeri üzerinde beraber tasarruf etmeleri gerektiği ve sosyal bir kurum olan ailenin ve aile birliğinin adli merci müdahalelerinden uzak tutularak korunmasının lüzumu bu görüşlerden bazılarıdır.¹³⁹ Karşılıksız yararlanma suçları özelinde ileri sürülen görüşlerden birine göre ise bu düzenlemelerin nedeni; suçun hafif nitelikte oluşu ve çoğu zaman ihtiyaç nedeniyle işlenmesidir.¹⁴⁰

Ceza kanunumuzun özel hükümlerinde bazı başka suçlar açısından olduğu gibi konumuzu oluşturan suç bakımından da etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. TCK'nın 168. Maddesinde 2012 yılında yapılan değişikliğe kadar karşılıksız yararlanma suçları hakkında bu maddenin ilk fıkrası uygulama alanı bulacak iken, değişiklikle beraber madde metnine müstakil olarak karşılıksız yararlanmayı ilgilendiren beşinci fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre failin, azmettirenin yahut yardım edenin pişmanlık göstermesi ve mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişisinin uğradığı zararı tazmin etmesi halinde kamu davası açılmaması veya cezanın üçte bir oranına kadar indirilmesi gerekmektedir. Kamu davası açılmaması için bu zarar tazmini, soruşturma evresi bitmeden evvel ve tamamen yapılmalı; indirim için ise hüküm verilme anına kadar tamamen tazmin gerçekleşmelidir. Maddenin devamında, failin bu hükümden iki defadan fazla yararlanamayacağı düzenlenmiştir.¹⁴¹ Metnin öngördüğü uygulama gereği, şartların oluşması halinde, hâkimin indirim yapmakta veya savcının kovuşturmayaya yer olmadığı kararını verme hakkında takdir yetkisi bulunmamaktadır.¹⁴² Yargıtay kararlarında,¹⁴³ faille, soruşturma evresinde zararı tamamen tazmin etmesi halinde dava açılmayacağını bildirilmesi ve uygun bir süre verilmesi gerektiği, zararın tazmini halinde ise kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği sıklıkla vurgulanmaktadır. Kişiye bu imkânın hatırlatılmadığı durumlarda ilk derece mahkemesinin kararlarının bozulduğu görülmektedir.

B.MUHAKEME

Karşılıksız yararlanma suçları, esasen re'sen soruşturulan bir suç olmakla beraber, TCK m.167/2 düzenlemesinin uygulandığı durumlarda soruşturulması şikâyete bağlı suç niteliği

138 A.e. s. 469.

139 **Bezci**, A.g.e., s. 94.

140 **Soyaslan**, A.g.e., s. 467.

141 Bu durumun takibi için; 2012 yılında yürürlüğe giren 6352 sayılı kanunun 103. maddesiyle Adli Sicil Kanunu'nun 6. maddesine bir fıkra eklenmiş ve bu fıkra ile birlikte karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanan kişi hakkında verilen hükmün on beş yıl boyunca adli sicilde özel bir bölümde korunacağı kaydedilmiştir.

142 **Soyaslan**, A.g.e., s. 466.

143 Bu kararlardan biri için bkz. 17.CD, E. 2016/10472, K. 2017/8982 T. 5.7.2017.

göstermektedir. Öngörülen ceza miktarı nedeniyle görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Failin suça sürüklenen çocuk olduğu hallerde uzlaştırma hükümleri uygulama alanı bulur. Bir görüşe göre¹⁴⁴ mağdur ile fail arasında TCK m.167/2'de öngörülen bir ilişki olduğunda da uzlaştırma hükümleri uygulanmalıdır. Devletin şüpheli veya sanığı soruşturma, yargılama veya cezalandırma yetkisini sona erdiren bir faktör olan¹⁴⁵ zamanaşımı, karşılıksız yararlanma suçları bakımından olağan dava zamanaşımı süresi görünümünde sekiz yıl, olağanüstü dava zamanaşımı süresi olarak ise on iki yıldır.¹⁴⁶

SONUÇ YERİNE

Karşılıksız yararlanma suçları, ceza hukuku tarihi açısından bakıldığında görece yeni nitelik arz eden ve ekonomik suçlar şemsiyesi altında kalan normatif düzenlemelerdir. Bu suçlar, ülkemiz ceza hukuku mevzuatına 1991 yılında eTCK'nın 521. maddesine eklenen fıkralarla girmiştir. Karşılaştırmalı hukukta, suçun fiil unsurunu oluşturan hareketler ağırlıklı olarak sınırlı sayıda sayma yöntemi ile belirlenmiştir. Eski ceza kanunumuzda da benzer şekilde bir yöntem izleyen Türk kanun koyucusu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçların fiil unsurunu genel ve kapsayıcı ifadelerle düzenleyerek kazuistik kanun yapma yöntemini terk etmiştir. Teknolojinin geldiği aşama ve ekonomik hayatın gerçekleri düşünüldüğünde yeni yaklaşımın daha isabetli olduğu söylenebilir.

Her ne kadar öğretilerde aksi görüşler bulunuyor olsa da ekonomik hayatın günümüzdeki durumu ve teknolojinin hızlı gelişiminin, karşılıksız yararlanma fiillerinin suç olarak düzenlenmesini kaçınılmaz kıldığı ifade edilebilir. Nitekim kanun koyucu TCK m.163 hükmüyle karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında üç ayrı fıkroda üç ayrı suç konusu belirleyerek her bir fıkroda farklı bir karşılıksız yararlanma suçunu düzenlemiştir. Söz gelimi, elektrikli şarj istasyonlarından ücret ödemediği yararlanmak maddenin ilk fıkrasını, uygulamada kaçak maç veya dizi yayını olarak adlandırılan olgular ikinci fıkrasını, *elektrik hırsızlığı* olarak bilinen vakalar ise suçun üçüncü fıkrasını gündeme getirmektedir.

Karşılıksız yararlanma suçları ile korunan hukuki değer, zilyetliği de kapsayacak şekilde malvarlığı değerlerinin ceza hukuku anlamındaki karşılığını oluşturan kalemlerin teşkil ettiği değerler olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir.

144 **Gündüz**, A.g.e., s. 1051.

145 **Kılınç**, A.g.e., s. 98.

146 **Dava zamanaşımı**

Madde 66 – (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; (...)

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer. (...) (3) *Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar. (4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar. (...)*

TCK m.163/1 hükmündeki suçun konu unsurunu hizmet otomatlarının oluşturduğu, mal otomatlarının da bu suçun konu unsurunu oluşturacağı şeklindeki yorumun ise genişletici yorum yasağına aykırı olduğu ifade dileyebilir. Kanımızca bu suçun fiil unsurunun oluşması için suçun konusuna teknik bir müdahalede bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Madde metninin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun ise bilişim suçları ile yakın bir ilişkisi bulunmakta ve her bir somut olay bakımından içtima hükümlerine ayrıca dikkat etmek gerekmektedir. Üçüncü fıkradaki suçun elektrik enerjisi üzerinde işlendiği durumları ifade eden ve elektrik hırsızlığı olarak bilinen fiiller, TCK’da 2012 yılında yapılan değişikliğe değin hırsızlık suçunun nitelikli halini ifade etmekte iken 6352 sayılı Kanun ile birlikte bir karşılıksız yararlanma suçunu ifade eder hale gelmiştir. Yeni dönemde kayıt dışı elektrik kullanımının cezalandırılma alanı, fiilin “tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde” işlenmesi şartına bağlanarak daraltılmış ve özel bir etkin pişmanlık hükmü getirilerek faile ceza verilmesi imkânı oldukça azaltılmıştır. Bu durum, elektrik tedariki hizmeti sunan şirketlerin ülke çapındaki kaçak elektrik kullanımlarından doğan ekonomik zararı *kayıp-kaçak bedeli* adı altında abonelerden toplamasının, abonelerin mülkiyet hakkını ihlal etmediğine hükmedilen Anayasa Mahkemesi kararı¹⁴⁷ ile birlikte değerlendirildiğinde eleştiriye açık görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Aker, Halit:** “Futbol Karşılaşmalarına İlişkin Yayın Haklarının Hukuki Niteliği ve Rekabet Hukuku Açısından Yayın Haklarının Merkezi Pazarlanması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, ss. 1-46.
- Artuç, Mustafa:** Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007.
- Bacı, Fidan / Öztürk, Seyithan:** Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- Bezi, Yiğit M.:** Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m. 163), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Basım, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.
- Çetin, Soner Hamza:** Elektrik, Su ve Doğalgazdan Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163/3), Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.
- Dülger, Murat Volkan:** Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Ercan, İsmail:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 10. Basım, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Erdem, Mustafa Ruhan:** Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Esen, Sinan:** Anlatımlı ve İctihatlı: Malvarlığına Karşı Suçlar, Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.
- Evirgen, Selen:** “Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, No 65, 2016, ss. 3433-3455.

¹⁴⁷ AYM, E. 2016/150, K. 2017/179, T. 28.12.2017.

- Gündüz, Remzi:** Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı Suçlar (Açıklamalı-İçtihatlı), 2. Basım, Ankara, Bilge Yayınevi, 2017.
- Hafızoğulları, Zeki:** "Malvarlığına Karşı Suçların Ortak Genel Yapısı", *Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan*, Ed. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, ss. 145-175.
- Kaya, Özen:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Karşılıksız Yararlanma Suçu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Kaya, Göçmen Özen:** "6352 Sayılı Kanun'un Karşılıksız Yararlanma Suçuna Etkileri", Ankara Barosu Dergisi, No 3, 2013, ss. 449-480.
- Kılınç, Abdulvahap:** Elektrik Enerjisi Hakkında Karşılıksız Yararlanma Suçu, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Koçu, Reşad Ekrem:** Tarihimizde Garip Vakalar, 3. Basım, İstanbul, Varlık Yayınevi, 1971.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami / Karadeniz, Serra:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2017.
- Malkoç, İsmail:** Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 150-241), Cilt 3, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2013.
- Meran, Necati:** Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Nomer, Haluk Nami / Ergüne, Mehmet Serkan:** Eşya Hukuku, Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. Basım, İstanbul On İki Levha Yayınları, 2017.
- Oğuzman, Kemal / Barlas Nami:** Medenî Hukuk, 19. Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker:** Türk Ceza Hukuku-Özel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Rado, Türkan:** "Gaius'a Göre Klasik Roma Hukukunda Furtum Suçu". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 18, Sayı 1-2, 2011,1952, ss. 479-519.
- Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Basım, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Sözüer, Adem:** Suça Teşebbüs, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1994.
- Sözüer, Adem:** "Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, No 1, 2013, Ön söz.
- Sözüer, Adem:** Ceza Hukuku Uygulama Rehberi ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, yy, 2015.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel:** Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Sutherland Edwin H.:** "White-Collar Criminality", American Sociological Review, Volume 5, No 1, 1940, ss. 1-12.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Basım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Basım, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.
- Ünver, Yener:** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Yılmaz, Zahit / Apış, Özge:** "Karşılıksız Yararlanma Suçu (TCK m.163)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, No 2, 2013, s. 1749-1779.

İfade Özgürlüğü Kapsamında Maddi Olgular ve Değer Yargıları Ayrımı

Distinction between Factual Statements and Value Judgments within the Scope of Freedom of Expression

Gizem GÜNAYDIN*

Öz

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde özellikle hakaret davaları sonucu yapılan müdahalelerde söz konusu müdahalenin, hakkın ihlaline neden olup olmadığı konusunda maddi olgular ve değer yargıları arasında yapılacak ayırım belirleyici özelliktedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) bu ayırımın belirlenmesinde etkili olacak hususları zamanla içtihatlarında geliştirmiştir. Bir ifadenin değer yargısı veya maddi olguya dayanması durumunda müdahalenin ihlale yol açıp açmadığı hususunda bir takım ölçütler ayrıca bu içtihat ile gelişmiştir. Bu çalışmada söz konusu ayırımın yapılmasında incelenen hususlar ve ayırım yapıldıktan sonra uygulanan ölçütlerin değerlendirmesi yapılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken hem İHAM içtihatları hem de ulusal uygulayıcı olarak Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin kararları incelenecektir. Çalışmanın amacı bu alanda yapılan çalışmalarda yol gösterici standartların oluşturulması ve bu standartların AYM açısından nasıl uygulandığını açığa çıkartmaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, İHAS 10. Madde, Maddi Olgular, Değer Yargıları, Takdir Marjı.

Abstract

In case of interference to freedom of expression, especially interferences results after defamation cases, distinction between factual statements and value judgments is decisive to decide whether the interference violates the right. European Court of Human Rights (ECtHR), with its case law, has been developed over time standards that will be effective to make this distinction. Also, in situations when an expression is classified as factual statement or value judgment, some criteria have been evolved with the Court's case law on whether interference violates the right. In this study, criteria leading to this distinction and application of this criteria are interpreted. Both ECtHR case-law and Constitutional Court (CC) judgments have been examined while this interpretation is carried out. The aim this study is to reveal guiding standards within this subject and demonstrate how they are interpreted by CC.

Keywords: Freedom of Expression, ECHR Article 10, Factual Statements, Value Judgments, Margin of Appreciation.

* Avukat, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, gunaydin.gzm@gmail.com, (ORCID : 0000-0003-2137-0118).

Giriş

Demokratik toplumun en önemli unsurlarından biri olan ifade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde üç özgürlüğü koruma altına almaktadır; fikir sahibi olma, bilgi ve görüşleri açıklama ve bilgi ve görüşleri edinme özgürlüğü. İfade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp, örneğin başkalarının kişilik hakları ile çatıştığı durumlarda sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmanın sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığı sorununun İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) oluşturduğu içtihatlarıyla belirlemektedir.

İHAM ölçülülük ilkesini incelerken ifade özgürlüğünü kullanan ve ifadelerin muhatabı olan kişilerin sahip olduğu statüler, uyumsuzluk konusu ve ifadelerin içeriği, ifadelerin yöneldiği kişiler, açıklamaların niteliği ve verilen cezanın ağırlığı gibi ölçütlere başvurmaktadır.² Bunun yanı sıra ifadenin ortaya çıktığı ortam, ifadenin söylenme niyeti, kullanıldığı zaman dili gibi unsurlarının da belirleyici özelliğe sahip olabildiği Mahkeme'nin geliştirdiği içtihattan anlaşılmaktadır. Mahkeme, ölçülülük ilkesi içerisinde ifadeleri bu unsurlara göre değer yargıları ve maddi olgular olarak ikiye ayırmaktadır.

Mahkemenin geliştirdiği içtihada göre, yerel mahkeme öncelikle ifade özgürlüğü kapsamında kullanılan ifadelerin değer yargısı ya da maddi olgu olup olmadığını belirler. Maddi olgu olarak değerlendirilen ifadelerin kanıtlanması beklenirken, değer yargısı sayılan ifadeler için ise belli bir olgusal temel varlığın gerekliliği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Mahkemenin geliştirdiği bu içtihat zamanla Rusya ve Polonya gibi ülkelerde düzenlenmiş olan her ifadeyi bir maddi olgu olarak sayan ve bu yüzden ifadelerin kanıtlanmasını gerekli gören yasaların değişmesine de neden olmuştur ve artık birçok üye devlet iç hukukunda bu ayrımı yaparak kararlarını vermeye başlamıştır.

Her ne kadar doktrinindeki kıstaslar belirlenmiş olsa da bu kıstasların bazı olaylara uyarlanması sırasında tartışmalar meydana gelebilmektedir. Maddi olgular ve değer yargıları arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı, maddi olguların nasıl kanıtlanacağı, yeterli olgusal temelin oluşup oluşmadığının nasıl belirleneceği konusunda genel bir standart İHAM tarafından geliştirilmemiştir. Bununla birlikte bu makalenin amacı Mahkemenin verdiği kararlardan yola çıkarak bu standartların ne olabileceği konusunda bir değerlendirme yapmak ve bu standartlarla AYM'nin kararlarının ne derece örtüşüğünü belirtmektir.

Yukarıda belirttiğimiz amaç doğrultusunda öncelikle içtihadın nasıl geliştiğini, İHAM'ın hangi ifadeleri değer yargısı olarak hangi ifadeleri maddi olgular olarak değerlendiğini açıklayacağız. Daha sonra maddi olguların kanıtlanması zorunluluğuna değineceğiz, özellikle ifadeyi açıklayan kişinin sahip olduğu statüye göre Mahkeme'nin hangi ölçütleri izlediğini inceleneyecektir. Aynı inceleme değer yargıları için gerekli görülen yeterli maddi temelin sınırını belirleyecek gerekli unsurlar için de yapılacaktır. Bu ölçütleri ortaya koyarken aynı zamanda AYM'nin benzer ve çelişen kararlarına da makale içerisinde değinilecektir.

² Paraskevopoulos v. Greece, Application No:64184/11, 28.06.2018, Para.57.

I. İçtihadın Gelişimi

İHAM başvuru konusu ifadeleri maddi olgular ile değer yargıları olarak ilk defa 8 Temmuz 1986 tarihli Avusturya'ya karşı Lingens başvurusunda ayırmıştır. Bu davada, gazeteci olan Lingens yazdığı köşe yazısında dönemin Avusturya başbakanı hakkında “*adi bir oportünizm*”, “*ahlakdışılık*” ve “*şerefsizlik*” tabirlerini kullandığı için yargılanmıştır. Başvurucu, bu ifadelerin değer yargısına girdiğinden bahsederek ceza kanunu kapsamına girmediğini belirtmiştir. Bölge Mahkemesi ifadelerdeki gerçekliğin ispatı meselesini ele almıştır. Başvurucu sarf ettiği sözlerinin gerekçesini kanıtlayamadığı için dava aleyhine sonuçlanmıştır. İHAM, bölge mahkemesinin üzerinde durmadığı ama başvuruçunun ısrarla bu ifadelerin değer yargısı kapsamına girdiği savunmasını incelemeye alarak, mevcut olayda değer yargılarının varlığını kabul etmiştir.³

Mahkeme'nin görüşüne göre, olgular ‘*facts*’ ile değer yargıları ‘*value judgments*’ arasında dikkatlice bir ayırım yapılması gerekir. Olguların varlığı kanıtlanabilir; fakat değer yargılarının doğruluğu ispata elverişli değildir.⁴ Olgular ifadesi daha sonra Mahkeme tarafından maddi olgular ‘*statement of facts*’ şeklinde kullanılmıştır. İHAM bu içtihadı ile bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü kapsamında korumaktadır. Bir fikir şahsın gerçekleri kendi anlayış şeklidir ve bu açıdan maddi olgulardan ayrılmaktadır.

İHAM'a göre ispat şartının değer yargıları bakımından yerine getirilmesi imkansız olup, böyle bir şart, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkın temel bir unsuru olan düşünce özgürlüğünü ihlal edecektir.

İHAM'ın Lingens kararı ile birlikte maddi olgular ve değer yargılarını birbirinden ayıran sağlam bir doktrin mahkemenin içtihadında oluşturmuştur.

İHAM değer yargısının kanıtlanamaz olduğu görüşüne ek olarak bu değer yargılarının yeterli olgusal temele dayanmasını, 24 Şubat 1997 tarihli Belçika'ya karşı De Haes ve Gijssels başvurusunda gerekli görmüştür.⁵ Bu karar terminolojik açıdan İHAM'ın maddi olgular ve değer yargıları içtihadını tamamlamıştır. Ancak bu başvurudan önce yine de Mahkeme değer yargılarının yeterli olgusal temelin varlığını, adil yorum ‘*fair comment*’ amacı ile değerlendiriyordu. Değer yargısı kapsamında kullanılan ifadelerin adil bir bağlamda ortaya çıkıp çıkmadığı inceleniyordu.⁶ Mahkemenin bu yaklaşımı Lingens başvurusunda da dikkat çekmektedir. Zira Mahkeme, başvuruçunun ifadelerinin hem değer yargıları olduğunu hem de bu ifadelerin iyi niyetle söylendiğini belirtmiştir.⁷ Açıkladığımız nedenlerle aslında yeterli olgusal temel gerekliliği içtihadı eklenmeden önce de mahkeme asılsız karalama amaçlı değer yargılarını ifade özgürlüğü kapsamında korumamıştır.

3 Lingens v. Austria, Application No:9815/82, 8.07.1986, para.22

4 Lingens v. Austria, para.46.

5 De Haes and Gijssels v. Belgium, Application No:19983/92, 24.02.1997, para.47

6 Prager and Oberschlick v. Austria, Application No:15974/90, 26.04.1995, para.37.

7 Lingens v. Austria, para.46.

Bir açıklamanın tamamen değer yargısından oluşması durumunda bile müdahalenin orantılılığı ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince desteklenip desteklenmemesine göre tespit edilmelidir. Çünkü somut unsurlarla desteklenmiyorsa değer yargısı ölçsüz olabilir.⁸ Mahkemenin bu görüşü daha önceki adil bağlam ve iyi niyet kıstaslarından daha net bir kıstasa geçmesinin bir sonucudur.

Bu karar ile değer yargıları ve maddi olguların değerlendirilmesi ile ilgili Mahkemenin kesin kıstasları belirlenmiştir. Mahkeme öncelikle ihlal konusu ifadelerin kapsamını maddi olgu mu yoksa değer yargısı mı olduğunu incelemektedir. Daha sonra eğer ifadeler maddi olgu kapsamına giriyor ise bu ifadelerin ortaya çıkmasını sağlayan kanıtların var olup olmadığını incelemek; eğer ifadeleri değer yargısı kapsamında değerlendirir ise bu sefer Mahkeme bu değer yargılarının somut olaylarla desteklenip desteklenmediğini yani değer yargılarının temelinde yeterli olgusal temellerin var olup olmadığını incelemektedir.

II. Maddi Olgu Ve Değer Yargısı Ayrımı

Bu ayrımı yaparken mahkeme başvuruya konu olayları, açıklamaların genel üslubunu (*general tone of remarks*) incelemekte ve kamu yararı ile ilgili iddiaları göz önünde bulundurmaktadır.⁹ Bazen kullanılan fiilin zamanı bile ifadeleri ayırıcı bir işlev görebilmektedir. Örneğin ifadelerin içince bulunan eylem kelimelerinin gelecek zaman ekleri ile yazılması, ifadelerin öngörülerden oluştuğunun düşünülmesine ve dolayısıyla değer yargısı olarak sayılmasına neden olur.¹⁰

İHAM ayrımı yaparken birçok unsuru incelemekte ancak bu ayrımın yapılması her zaman kolay olmamaktadır. Bunun en belirgin olduğu örnek Danimarka'ya karşı Pedersen ve Baadsgard başvurusudur. Bu başvuruda, Büyük Daire'nin on yedi yargıcından dokuzu başvuru konusu ifadeleri maddi olgu olarak değerlendirirken diğer sekiz yargıç ise değer yargısı olarak değerlendirmiştir. Kararda başvurucular işlenmiş olan cinayetlerle ilgili televizyon programı yürütmektedir. Programın bir bölümünde başvurucular, cinayet vakasını incelerken tanık taksi şoförü ile görüşmüştür. Tanık, televizyon programından sonra polislerin kendisini tanık olarak sorguladığını ancak kendisine inanmadıklarını ve ifadelerini yazmadıklarını söylemiştir. Bunun üzerine başvurucular, soruşturmayı yürüten polislerin görüntülerini ekranlara yansıtarak, tanıklarının ifadelerini engelleme konusunda suçlamıştır. Bu suçlamalar kamuoyuna, "*Tanığın kaybolan ifadesinden kimler sorumlu tutulmalı, acaba bu konu ile ilgili rapor yazması gereken polislerin mi sorumluluğu söz konusu*" şeklindeki imalı sorular ile yansımıştır.¹¹ Mahkeme bu soru şeklindeki ifadeleri, soruşturmayı yürüten polislere yönelik suç atfı, içeren maddi olgular olarak değerlendirmiştir.¹² Karşı çıkan sekiz oyun sahibi yargıçlar başvurucuların kullandıkları ifadelerin değer yargısı veya tanık beyanına dayanan tahrik içerikli hipotezler kapsamında

8 De Haes and Gijssels v. Belgium., para. 47.

9 ,Morice v. France, Application No: 29369/10, 23.04.2015, para.126.

10 Krasulya v. Russia, Application No: 12365/03, 22.02. 200, para.41.

11 Pedersen and Baadsgard,v. Denmark, Application No: 49017/99, 17.12.2004, para.18-22

12 Pedersen and Baadsgard,v. Denmark, para.76.

değerlendirilmesi gerektiğini ve dolayısıyla başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmışlardır. Söz konusu başvuru maddi olgular ile değer yargıları arasındaki ayrımın ifadelerin tam olarak içeriğinin belirlenmediği durumlarda ne kadar zor olduğunu göstermektedir.

Maddi olgular ve değer yargılarının ayrımında kullanılan ölçütlerin belirlenmesi tekrardan Pedersen ve Baadsgar başvurusunda olduğu gibi bir ikilemin yaşanmaması için önemlidir. Her ne kadar İHAM'ın her olayda uyguladığı özel bir ölçüt bulunmasa da, içtihadında geliştirdiği bazı ölçütler yol gösterici niteliktedir.

A. Takdir Marjı

İHAM ifadelerin sınıflandırılması konusunda öncelikle yerel mahkemelere takdir marjı tanımaktadır.¹³ Ancak İHAM bu sınıflandırmanın doğru yapıldığını her olayda ayrıca incelemektedir.¹⁴ İHAM'ın denetleyici işlevi, yerel mahkemelerin yerine geçerek karar vereceği anlamına gelmemektedir aksine Mahkeme, yerel mahkemelerin kararlarının sözleşme ile uyumlu olup olmadığını incelemektedir.¹⁵ Yine de bu inceleme sadece yerel mahkemelerin kararlarının ne kadar gerekçelendirildiği, iyi niyetli bir şekilde ele alınıp alınmadığının incelenmesinden ziyade ihlale ilişkin davadaki başvuru sahibinin ifadeleri, olay örgüsü gibi bütün unsurların incelenmesinden ibarettir.¹⁶

Maddi olgular ve değer yargıları ayrımında devletlere takdir marjının verilmesinin nedeni ifadelerin içeriğinin ve anlamının devlet tarafından daha iyi anlaşılıp değerlendirileceği hususudur. Özellikle kullanılan dil konusunda Mahkeme kullanılan ifadenin içeriğini anlamak için büyük bir çaba harcamaktadır zira bazı dillerdeki ifadelerin Mahkeme'nin resmi dillerinden herhangi birinde karşılığı bulunmayabilir veya ifade edilen kelime o ülkede daha ağır bir hakaret sayılır iken çevirisi normal bir hakaret olarak değerlendirilebilir. Ceferin başvurusunda, avukat olan başvuru sahibi yürüttüğü bir davada bilirkişiler için kullandığı ifadeler İHAM tarafından değer yargıları olarak sınıflandırılmıştır. Mahkeme ifadeleri, ağır kişisel saldırı ve tek niyetinin aşığılamak olmadığını belirterek başvuru sahibinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁷ Karşı oy kullanan yargıç ifadelerin çevirisinde bir sıkıntı olduğunu 'mantıksız' olarak İngilizceye çevrilen Slovence ifadesinin aslında 'saçma sapan konuşmak' anlamına geldiğini ve diğer ifadelerle birleştğinde başvuru sahibinin söylediği Slovence ifadelerin daha zedeleyici anlamlar içerdiğinin üzerinde durmuştur. Yargıç aynı zamanda bu ifadelerin argo ve ağır anlamlar içermesine rağmen başvuru tarafından İngilizce tercümesinin bilerek nötr anlamlar içeren ifadelere çevrilmesini kötü niyetli olarak değerlendirmiştir. Yargıca göre, ifade özgürlüğüne devlet

13 Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, Application No: 21279/02 and 36448/02, 22.10.2007, para.55.

14 Kharlamov v. Russia, Application No. 27447/07, 08.10.2015, para. 31.

15 Fressoz and Roire v. France, Application No: 29183/95, 21.01.1999, para. 45.

16 News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria, Application No: 31457/96, 11.01.2000, para. 52.

17 Ceferin v. Slovenia, Application No: 40975/08, 16.01.2018, para.51

tarafından haklı bir müdahale yapılmıştır.¹⁸ Anlaşılacağı üzere, özellikle bazı argo kelimelerin tam tercümesi bazen mümkün olamayabilir. Ceferin başvurusunda Mahkeme takdir marjını uygulamamasında neden olan unsurlardan biri taraf devletin başvuruçunun çevirdiği ifadeler konusunda herhangi bir itirazda bulunmaması da olabilmektedir. Zira karşı oy kullanan yargıç aslında başvurunun devlet aleyhine sonuçlanmasının nedenini olarak devletin ifadeler ile ilgili güçlü savunmalarda bulunmaması olarak değerlendirmektedir. Böyle durumlarda İHAM'ın yerel mahkemelerin değerlendirmelerini dikkate alması takdir marjı açısından önemlidir.

B. Politikacıların Siyasi Tartışmalarda Kullandıkları İfadeler

Maddi olgular ve değer yargıları arasındaki ayrım, hakaret içeren ifadelerin canlı siyasi tartışmalarda meydana gelmesi durumunda daha az önemli hale gelmektedir. Zira seçilmiş milletvekilleri hükümet faaliyetlerini eleştirirken ifade özgürlüğünün korunmasından daha fazla yararlanabilmelidir. Siyasi ortamda kullanılan ifadeler, maddi temelleri olmasalar bile ifade özgürlüğü kapsamında korunmalıdır.¹⁹

Mahkeme yukarıda bahsettiğimiz politikacıların birbirlerine karşı kullandıkları ifadelerin ayrımın önemini yitirdiği yaklaşımını Makedonya'ya karşı Makraduli başvurusunda uygulamıştır. Başvurucu Jani Makraduli, Makedonyalı bir politikacı ve muhalefet partisinin başkan yardımcısıdır. Başvuruya konu ilk olayda, başvuruçusu, Makedonya kanallarındaki ana haberlerde canlı yayınlanacak olan basın toplantısında, güvenlik ve karşı istihbarat teşkilatının başkanı ve aynı zamanda başbakanın kuzeni olan Bay S.M'nin sahip olduğu yetkileri, Makedonya'nın borsasını etkilemek için, kötüye kullandığını kendisinin anında bilgilere ulaşarak borsada kar ettiğini ifade etmiştir.²⁰ İkinci olayda, Skopje'nin merkezinde kamuya ait toprakların satışı ile ilgili televizyonda canlı yayımlanacak olan konferansta, başvuruçusu M.S'nin aile üyelerine veya partisindeki önemli üyelere satılacağını belirterek "En çok yolsuzluk yapan siyasetçi 'Oscari' başbakana veya onun kuzenine verilmeli" ifadesini kullanmıştır.²¹ İki olayda da S.M, başvuruçuya karşı hakaret davası açmıştır ve yerel mahkeme başvuruçusu aleyhine karar vermiştir. Başvuruçusu, ifadelerinin partisini temsil ettiği bir basın toplantısında söylendiğini ve amacının kamu yararına katkı sunan bir kamusal tartışma yaratmak olduğunu iddia etmiştir.

Öncelikle Mahkeme, ifadelerin özünün siyasi olduğuna karar veriyor ve siyasi konuşmalarda ya da kamu yararına ilişkin tartışmalarda sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasının daraldığını belirtmiştir.²² Ayrıca maddi olgular ile değer yargıları arasındaki ayrımın öneminin bu tarz siyasi ifadelerde azaldığından bahsetmiştir. Mahkeme bu doğrultuda ifadelerin değer yargısı mı yoksa maddi olgulardan mı oluştuğunu incelememiştir. Devlet, maddi olguların ispatlanmadığı

18 Ceferin v. Solovenia, Dissenting Opinion of Ad Hoc Judge Galic.

19 Lombardo and Others v. Malta, Application No: 7333/06, 24.04.2007, para. 60.

20 Makraduli v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Application No: 64659/11 and 24133/13, 19.07.2018, para.7.

21 Para. 20.

22 Para.,61.

konusunda, başvurusunun hiçbir duruşmaya gelmediğini ve ifadelerini kanıtlayacak hiçbir çabada bulunmadığı savunmasında bulunmuştur. İHAM, bu iddiaların sözleşmeye aykırılık oluşturmadığını ancak kamu tartışmasına katılan bir bireye ifadelerindeki maddi olguları kanıtlama yükümlülüğünün getirilmesinin bu bireyin 10. maddenin koruması dışında bırakılabileceğini belirtmiştir.²³ Sonuç olarak, Mahkeme siyasetçilerin ifade özgürlüklerinin korumasının daha geniş uygulanması gerektiğinden başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Polonyalı Yargıç Wojtyczek diğer Mahkeme hakimleri gibi ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini savunmuştur ancak kararın değer yargıları ve maddi olguların ayrımı konusundaki gerekçesine karşı çekincelerini belirtmiştir. Öncelikle Mahkeme'nin söz konusu ayırım mantıksal bir ayırım değil, maddi bir ayırımdır. Mutabık görüş bildiren yargıcın açıklamaları maddi olgu ve değer yargısı kavramlarının anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Doğal dilde, bazı mantıksal önermelerin sonucu ifadeler değer yargılarıdır ama birçok kez telaffuz olguları anlatır ve değer yargılarını ifade eder. Bu konuya açıklık getirmek için yargıcın verdiği örnekte "O kötü niyetli bir polis" ifadesi aynı anda birçok şey ifade eder; ifadedeki şahsın polis memuru olduğunu, sözü söyleyenin bu kişi hakkında olumsuz düşünceleri olduğunu, bu kişinin işi ile ilgili olumsuz değerlendirme olduğu. Bu ifadenin maddi olgu kısmı kanıtlanabilir ya da kanıtlanamaz ama değerlendirme içeren kısmı sadece gerekçelendirilebilir ya da gerekçelendirilemez.²⁴

Yargıç, İHAM'ın Lingens başvurusunda kullandığı maddi olguların kanıtlanması gerekliliğinin kamu tartışmasındaki ifadeler açısından içtihadın "yeterli olgusal temele dayandırma gerekliliğine" ve bunun yanı sıra özen yükümlülüğüne doğru yöneldiğini tartışmış ve bu şekilde içtihadta benimsenmiş olan kriterlerin esnetilmesini ileride içtihadta köklü değişikliklerin başlangıcı olarak değerlendirmiştir. Bu noktada da ileride belki maddi olguların genellikle kanıtlanması gerekliliği önemini yitirecektir. Bu yeni yönelim daha çok canlı siyasi söylemlerde bulunan siyasetçileri ve basın mensuplarını kapsamaktadır. İHAM, siyasetçiler ve basın mensupları açısından içtihadlarını esnek bir şekilde uygulamaktadır. Sonuç olarak kamu nezdinde yapılan konuşmalar bağlamında gerçeklik zorunluluğu yerini yeterli olgusal temellerin varlığına bırakmaktadır.

Yargıç aynı zamanda, böyle bir imkanın sadece siyasetçilere tanınmasını haklı bulmamış ve kamu nezdinde konuşan herkesin bu değişimden yararlanması gerektiğini vurgulamıştır.

Yargıç, ifadelerin kamudaki dedikodulardan oluştuğu iddiasını İHAM'ın incelemesini eleştirmiştir. Çünkü yargıca göre, dedikodular yanlış bilgilerin verilmesini haklı kılabilir.²⁵ Aslında İHAM dedikoduları değerlendirerek bir bakıma yeterli olgusal temel gerekliliğini de etkileyebilecektir. Zira, dedikodular aslında ifadeyi kullanan kişi tarafından oluşturulmuş bile olabilir.

Türkiye'ye karşı Uzan başvurusunda, Mahkeme incelemesinde, maddi olgular ve değer yargıları ile ilgili içtihadından bahsederek, bölge mahkemesinin bu ayrımı gözetmediğini eleştirmesine

23 Makraduli v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia. Para.75.

24 Makraduli v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Concurring Opinion of Judge Wojtyczek, para.2.

25 Makraduli v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Concurring Opinion of Judge Wojtyczek, para.7.

rağmen, kendisi de başvurucunun ifadelerindeki ayrımı incelememiştir. Bu incelemeyi yapmak yerine başvuranın ifadelerinin, bütünüyle değerlendirilmiştir. Özellikle başvurucunun kullandığı “kalleş”, “eşkiya”, “densiz”, “Allahsız herif” ifadelerinin başvuranın çoğunluk hissesine sahip olduğu iki şirketin hisse işlemlerini durdurması sonrasında söylenmesini değerlendirmiştir.²⁶ Netice olarak, İHAM, olumsuz ve düşmanca bir çağrışım yapmasına rağmen, siyasetçiler arasında bu türden bir teati, bu bağlamda tedbirden yoksun olarak değerlendirilemez olduğundan bahsetmiştir. Hükümet’in ilişkin konular hakkında yapılan siyasi bir konuşma kapsamında ifade edildiği kanaatine varmıştır. Bu kararların hepsinde ifadeler değer yargısı ve maddi olgu ayrımı konusunda detaylı inceleme yapılmamasına rağmen diğer faktörler nedeniyle başvurucuların ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²⁷

İHAM’da incelenen Uzan kararına benzer nitelikte olan Kemal Kılıçdaroğlu başvurusunda AYM öncelikle kamu tarafından tanınan kişilerin ve kamu görevlilerinin toplumdaki işlevleri nedeni ile kendilerine yönelik eleştirilerin sınırlarının normal bireylere göre daha geniş olduğunu vurgulamıştır. Ancak dönemin ana muhalefet partisi başkanı, dönemin başbakanı olan Recep Tayyip Erdoğan için “, “yalan söylemek ancak sana yakışır”, “ahlaktan uzak”, “densiz”, “ahlaksız”, “dindar görünümlü din tüccarı” söylemlerinde bulunmuştur. Yerel mahkemeye başvuru savunmasında başbakana yapılan söylemlerin karşılıklı olduğunu başbakanın da kendisinin inancına yönelik incitici söylemlerde bulunması bunun üzerine söylemlerde bulunduğunu belirtmiştir.²⁸ Söylemlerin hakkında değer yargısı maddi olgu ayrımı yapmaksızın, ifade özgürlüğü hakkı ile çatışan kişinin maddi ve manevi bütünlüğe sahip olma hakkının dengelenmesi üzerinde durmuştur. Nitekim Mahkeme, “*hitapların siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir hakaret zinciri*” olduğunu bu ifadelerin eleştiri sınırı aştığından bahsederek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.²⁹ AYM’ye göre politikacılara yönelik eleştiriler bireylerin kişilik haklarına zarar verecek boyuta ulaşmamalıdır.³⁰

AYM’nin bu yaklaşımının İHAM’ın daha önceki yaklaşımlarına benzediğini söyleyebiliriz. Zira Ukrayna’ya karşı Vitrenko ve Diğerleri başvurusunda, başvuru olan siyasetçinin diğer bir siyasetçiye seçim zamanı söylemiş olduğu ‘hırsız’ ‘günahlarından arınamaz’ gibi ifadelerin eleştiri sınırını aştığından bahsetmiştir. Özellikle ‘hırsız’ ithamı her ne kadar başvuru tarafından konuyla ilgili mahkeme kararları sunulmuş olsa da adil olmayan suçlamalar şeklinde değerlendirilmiştir. İHAM son olarak bu başvuruda, seçim kampanyası sırasında siyasetçilerin rakip siyasetçiler tarafından haksız bir şekilde ithamda bulunmasının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir.³¹

26 Uzan c. Turquie, Requête no:30569/09, 20.03.2018, par.6.

27 Para.45-46.

28 Kemal Kılıçdaroğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/1577, 25.10.2017, par.19.

29 Para.63.

30 Para.15.

31 Vitrenko and Others v. Ukraine, Application No: 23510/02, 16.12.2008, para.1.

Hem İHAM'ın Uzan başvurusunda hem de AYM'nin Kemal Kılıçdaroğlu başvurusunda benzer ifadeler kullanılmış ve benzer olay örgüleri mevcut olmasında rağmen iki mahkeme arasında görüş ayrılıkları mevcuttur. Her iki mahkeme de öncelikle ifadelerin içerikleri konusunda maddi olgu ve değer yargısı ayrımında bulunmamıştır. Bunun yanı sıra İHAM, başvuru konusu ifadeleri değerlendirirken siyasi gerginlik ortamlarında ortaya çıkan ifadelerin değer yargısı çerçevesinde anlaşılmasına daha olumlu bir şekilde yaklaşmıştır çatışan haklar arasında denge kurarken siyasetçinin ifade özgürlüğüne daha çok ağırlık vermiştir. AYM ise daha farklı bir anlayışla bu dengeyi hakarete uğrayanın kişilik haklarının korunması lehine kurmuştur. AYM'nin bu tutumu İHAM'ın daha önceki kararlarıyla benzer nitelikte olmakla beraber, İHAM'ın siyasetçilerin birbirine söylediği ifadeler açısından güncel kararlarının, kişilik haklarının korunmasından ziyade ifade özgürlüğünün korunmasına yönelmesinin ayrıca göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

C. İfadelerin bir Bütün Olarak İncelenmesi

İfade özgürlüğünün ihlaline yol açan ifadeler, makale içerisinde bir bütün olarak yerel mahkemeler tarafından incelenmelidir. Makale içerisinde kullanılan her cümle birlikte değerlendirilerek makalenin bütününe ulaşılır. Burada Mahkeme bir bakıma makalenin bütününde yazarın yazdığı makale ile neyi amaçladığını ve bu amacın kamu yararına nasıl bir katkıda bulunduğunu inceleyecektir. Kamu yararına katkıda bulunan ifadeler maddi olgulardan çok değer yargılarını oluşturmaktadır. Bunun dışında yazan kişinin kullandığı üslup da ifadelerin değer yargısı mı yoksa maddi olgu mu olduğunun tespitinde önem taşımaktadır.

Ukrayna'ya karşı Instytut Reform başvurusunda İHAM, yerel mahkemenin hakaret davasına konu makalede geçen tek bir cümleyi ele alarak maddi olgu şeklinde değerlendirilmesini ve kanıtlanmadığı gerekçesiyle başvuru aleyhine karar vermesini ifade özgürlüğünün ihlali saymıştır.³²

Instytut Ekonomichnykh Reform şirketi dönemin başbakanına yakınlığı ile bilinen 'Evening News' gazetesinin sahibidir. Gazetede "Nasıl bir demagog kurbanı oldum?" başlığı ile yayınlanan makalede, Milletvekili Gana German'nın para ve Kiev'de ev alabilmek için kendisinin politik görüşlerini sattığını iddia ediyor. Hatta yazar, makalede 'hangimiz parayı tercih etmeyiz ki' şeklinde ifadelerde de bulunarak ifadelerini hiciv haline getirmiştir. Yerel mahkeme makaleyi bütüncül bir şekilde incelemeyip sadece başvuruçunun Kiev'de ev ve para alabilmek için bu kişinin milletvekili olduğu ifadesini maddi olgu kapsamına sokarak ispatlamasını gerekli görmektedir.³³ İHAM bu sonuca iki nedenden ötürü katılamamıştır. Öncelikle yerel mahkemenin ifadelerdeki iğneleyici 'sarcastic' üslubu dikkate almadığından ve bir ayırım yapılırken makalenin tümünün ele alınmadığından bahsetmektedir. Özellikle makalenin son kısmında yazarın, yazılanların bir

32 Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov v. Ukraine, Application No:61561/08, 2.06.2016.

33 Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov v. Ukraine, par. 12.

şaka olduğunu, söylemlerin iğneleyici yerine ironi oluşturan bir yapıda olduğunu ve ifadelerin abartıldığının belirtilmesine rağmen yerel mahkemenin bu kısımları dikkate almamasını eleştirmektedir. İkinci olarak, İHAM yerel mahkemeyi, makalenin kamu tartışmasına sağladığı katkısı önemsememesini eleştirmiştir. Halbuki Kamu yararına ilişkin iddiaların maddi olgulardan daha çok değer yargılarını oluşturduğu mahkemenin kabul ettiği bir görüştür. Ayrıca, bir siyasi tartışma ortamında yapılan yönlendirici ve önyargılardan oluşan ifadeler değer yargısını oluşturmaktadır.³⁴

Başvurusunda devlet savunmasını yaparken İHAM'ın önceki bir kararına atıfta bulunuyor. Fransa'ya karşı *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July* başvurusunda, İHAM siyasetçilerin bile kişilik haklarının ve tartışmalı olsa bile itibarının korunmasında bir ölçüde sözleşmenin korumasından yararlanabileceği belirtilmiştir. Bu çıkarıma varırken Mahkeme ifadelerde kullanılan üslubun şiddeti çağrıştırdığını ve siyasetçiye lekelediğinden bahsederek bu ifadelerin siyasi tartışmada tahammül sınırını aştığına karar vermiştir.³⁵

AYM Hasip Kaplan başvurusunda da İHAM ile benzer nitelikte başvuru konusu makaleyi bir bütün olarak inceledikten sonra değer yargısı ve maddi olgular arasında bir ayırım yapmıştır. Başvuruda, terör eylemleri sonucu Çukurca ilçesinde on bir askerin şehit olması üzerine Yeni Şafak gazetesi "katil sizsiniz" başlıklı yazısında, askerlerin şehit olmasından Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) milletvekillerini sorumlu tutmuştur. BDP milletvekillerinden Hasip Kaplan kişilik haklarının ihlal edildiği kendisine suç isnadında bulunulduğu gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. Yerel mahkeme yazılar hakkında değer yargısı veya maddi olgu ayırımı yapmadan yazıların siyasi partinin ülkede gerçekleşen terör eylemlerine karşı takındığı tavrın eleştirilmesi olarak değerlendirmiş ve davayı reddetmiştir. AYM, yazının değer yargılarından oluştuğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca varmadan önce, katil suçlaması içeren ifadeleri makalenin bütünü ile değerlendirmiştir. Makalede, BDP'nin terör örgütü ile ilgili söylemleri özellikle BDP milletvekillerinin ölen teröristleri şehit olarak değerlendirmesi, terörist eylemler sonucu şehit olan askerler için yeterli tepkiyi göstermemesi eleştirilmektedir.³⁶ Bu noktada AYM başvurucuya karşı söylenmiş katilsiniz ifadelerini maddi olgulardan çok BDP'ye yönelik değer yargıları olarak nitelendirmiş ve yerel mahkemenin kararını haklı bularak yazılanları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir.

İHAM hem daha önceki başvurularda hem de güncel başvurularda ifadelerin söylendiği üslubu ayrıca araştırmıştır ve üslubu ifadelerin bütünü ile değerlendirerek sonuca ulaşmıştır. Bu noktada AYM'nin de İHAM ile benzer şekilde başvuruları değerlendirdiği Hasip Kaplan başvurusunda belirttiği gerekçelerden anlaşılmaktadır.

34 Para. 54-57.

35 *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France*, para.57.

36 Hasip Kaplan Başvurusu, Başvuru No: 2014/2420, 8/11/2017, para.38.

D. İfadeyi Söyleyenin Niyeti

İHAM maddi olgu ve değer yargıları arasındaki ayırımı incelediği bir diğer husus ise başvuruçunun savunduğu ideoloji, konu ile ilgili daha önceki söylemleri ve çalışmalarıdır. İsviçre'ye karşı Perinçek başvurusunda, başvuruçunun İsviçre'de bir konferansta Ermeni soykırımını olduğu düşüncesini “uluslararası bir yalan” olarak tanımlamıştır ve “Türkler kendi topraklarını koruyan taraftaydı, Ermeniler ise emperyalist güçlerin tarafında ve onların araçlarıydı...Olaylar insanlar arasında meydana gelmiş ve birçok kayba yol açmış bir savaştan ibarettir”³⁷

Mahkeme içtihadında soykırımın yalanlanması ifade özgürlüğünün koruma dışında bırakmıştır. Bu başvuruda Mahkeme, ifadeleri tam bir soykırım inkarı olarak değerlendirmemiştir. Öncelikle soykırım ile ilgili ifadelerde ikili bir ayırımı varıyor. Soykırımın inkarı, olayların gerçekleşmediğinin kabul edilmemesi veya olayların soykırım olarak nitelendirilemeyeceği görüşünün savunulmasıdır. Gerekçeleştirme ise soykırımın tam olarak inkar etmek anlamına gelmez ancak eylemlerin görecelendirilmesi ya da hukuka aykırı olduklarının inkarından oluşur. Gerekçeleştirme ifadeleri değer yargılarıdır ve akademik özgürlük kapsamına girmektedir. Ayrıca, hakları zedelenen topluluklar üzerinde düşmanlık hissi yaratacak boyutta değildirler. Mahkeme söylemlerdeki hedef kitlenin emperyalist güçler olduğunu belirtiyor ve başvuruçunun Anti-Amerikan yaklaşımda olduğunu daha önce yayınlanmış bir kaç makaleye dayandırıyor. Aynı zamanda Kürt siyasi haklarını savunduğu için daha önce hüküm giymiş olmasını da göz önünde bulundurarak başvuruçunun söylemlerinin tam bir soykırım inkarı olmadığını ancak bu olayların gerekçelendirilmesi olarak görülebileceğini bu doğrultuda başvuruçunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmediyor.³⁸

Perinçek başvurusu incelendiğinde İHAM'ın, ifadelerin mahiyetini belirlerken başvuruçunun daha önceki söylemlerini ve eylemlerini nasıl değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu başvurunun diğer bir özelliği ise diğer soykırım inkarını içeren ifadelerden ayrılmasıdır. Özellikle Yahudi soykırımının ‘holocaust’ Mahkeme tarafından hiçbir zaman ifade özgürlüğü kapsamında korunmamıştır. Ancak burada yapılan eylemlerinin gerekçelendirilmesini soykırımın inkarı olarak değil, bir değer yargısı olarak değerlendirmiştir. Netice itibari ile artık Mahkeme'nin soykırımın inkarını içeren ifadeler konusunda da maddi olgular ve değer yargıları ayırımından bahsedebileceği anlaşılabilir. Bu netice, başvuruda karşı oy kullanan yargıçlar tarafından da ayrıca eleştirilmiştir.

E. Kişilere Suç Atfeden İfadeler

İHAM'ın maddi olgu ve değer yargısı ayırımını en net şekilde kişilere suç atfeden ifadeler ile ilgili yapmaktadır. Genellikle Mahkeme ifadenin ortaya çıktığı devlet içerisinde söz konusu ifade suç atfeden bir ifade ise maddi olgu olarak değerlendirmektedir. İfade içerik olarak bir değer

37 Perinçek v. Switzerland, Application No: 27510/08, 15.10.2015, para.28 ve para.161-163.

38 Perinçek v. Switzerland, para.241

belirtse bile maddi olgu kapsamında değerlendirilebilmektedir. Bu konuda Mahkeme'nin verdiği tartışmalı kararlardan bir tanesi İzlanda'ya karşı Egill Einarsson başvurusudur.

Başvurucu Egill Einarsson İzlanda'da yazdığı kitaplar, yazılar ve oyuncu olduğu filmlerle tanınmış bir şahıstır. Bu şahıs hakkında iki kadın cinsel istismara uğradıklarını iddia ederek suç duyurusunda bulunmuştur. Savcı delil yetersizliğinden konu ile ilgili dava açmıyor. Daha sonra başvuru bir gazeteye verdiği röportajda suçlamaları tekrardan inkar ediyor. Aynı gün Bay X. başvuru fotoğrafını, altında ters dönmüş haç sembolü, yüzüne izlandaca ezik ve fotoğrafın altına “*Fuck you rapist bastard*” yazılarını yazarak sosyal medyada paylaşmıştır. Başvurucu, Bay X' karşı hakareten suç duyurusunda bulunmuştur. Yerel mahkeme, fotoğraf ve yazıların kamu tartışmasının bir parçası olduğunu, şikayetçinin kamu tarafından bilinen bir kişi olması ve davalının açıklamalarının maddi olgulardan çok hakaret içerdiği, söz konusu kamuya mal olmuş kişilerin olumsuz eleştirilere karşı daha çok toleranslı olması gerektiğinden bahsederek Bay X'in paylaşımını ifade özgürlüğü kapsamında sayarak davayı reddetmiştir. Temyiz mahkemesi de Bay Einarsson'un verdiği röportaj ile bir kamu tartışması yarattığını ve bunun sonucunda ağır tepkiler alacağını bilmesi gerektiğini vurgulayarak yerel mahkemenin kararını hukuka uygun bulmuştur.³⁹

İHAM, yerel ve temyiz mahkemesinin olayda uyguladığı başvuru kişinin ünlü olması bu konuda eleştirinin limitlerinin genişlemesi, kamu tartışması gibi birçok unsuru doğru buluyor. Ancak İHAM'a göre, asıl problemler ve değerlendirilmesi gereken düğüm yerel mahkemelerin “*fuck you rapist bastard*” ifadesini incelerken maddi olgu ve değer yargısı arasında yaptığı ayrımıdır. İHAM tecavüzcü “*rapist*” ifadesini özü itibarıyla objektif ve olgusal bir ifade olarak değerlendiriyor. Zira bu kelime direkt kişinin suç teşkil eden bir fiil işlediği anlamına gelmektedir.⁴⁰

Objektif bir maddi olgu, mevcut başvuruda olduğu gibi kendi bağlamında bir değer yargısı olarak görülebilir, bununla birlikte bağlamsal unsurlar, ilk bakışta tecavüzcü kelimesinin nesnel ve olgusal niteliği ışığında ikna edici olmalıdır.⁴¹

Yargıç Lemmens, karşı oy kullanarak yerel mahkemenin kararının başvuru kişinin özel hayatını ihlal etmediğini belirtmiştir. Hakime göre ifadelerin maddi olgu veya değer yargısı olup olmadığının kesin değil. Bu noktada önemli olan yerel mahkemenin ifade özgürlüğü ile özel hayatın korunması hakları arasında gerekli makul dengeyi kurup kurmadığının incelenmesi gerekir. Yerel mahkeme bu dengeyi makul bir şekilde kurduğu için yerel mahkemenin değerlendirmesinden ayrılmayı gerektirecek bir neden yoktur.⁴²

Yargıç Mourou-Vikström da farklı bir gerekçe ile karşı oyunu belirtmiştir. Karşı oyun gerekçesinde, başvuru kişinin karakterinin, daha önceki söylemlerinin ifadeler incelenirken dikkate alınması gerektiğini ancak bunun İHAM tarafından incelenmediğini. Başvuru kişinin kendini tecavüzcü

39 Egill Einarsson v. Iceland, Application No:24703/15, 7.11.2017, para.12-16.

40 Para.47-49

41 Para.50

42 Egill Einarsson v. Iceland, Dissenting Opinion of Judge Lemmens, para.6

olarak anımsanmasını sağlayacak hareketlerde bulunduğunu bu yüzden, Bay X'in yayınladığı fotoğrafın değer yargısı olarak değerlendirilmesi gerektiğini, başvurunun özel hayatının ihlal edilmediğini belirtiyor.⁴³

Daha önce açıkladığımız üzere, değer yargıları ve maddi olgular arasındaki ayrımın önemi politikacıların sözlü tartışmalarda kullandığı ifadeler açısından azalıyor. Aynı zamanda, İHAM suç isnat eden kelimeleri maddi olgu kategorisinde değerlendirmektedir. Bu noktada, bir politikacının siyasi bir konuşma yaparken başka bir kimseye suç isnat etmesi İHAM tarafından nasıl değerlendirilecek tartışması ortaya çıkmaktadır. Daha önce değindiğimiz Marudili kararına muhalefet partisinin başkan yardımcısı dönemin başbakanı ve başbakanın kuzeni olan güvenlik ve karşı istihbarat teşkilatının başkanını yolsuzluk yapmakla suçlamıştı. İHAM'nın yukarıda açıkladığımız karardan anlaşılacağı üzere politikacılar birbirleri hakkında suç isnat edilen ifadelerde bulunsalar bile bu ifadeler maddi olgu şeklinde değerlendirilerek ispatlanması gerekli görülmez zira politikacıların mesleklerini icra ederken kamuoyunu aydınlatma yükümlülüğü vardır ve onlara getirilecek bir sınırlandırma demokratik toplum anlayışıyla bağdaşmayacaktır.

Kemal Kılıçdaroğlu (3) kararında, AYM, İHAM içtihatlarına yakın bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu başvuruda AYM, başvurunun Kayseri Belediyesi başkanını rüşvet almak ile suçlaması ve belediye çalışanları için kullandığı “çete” ifadelerini değer yargısı ve maddi olgu kavramları açısından değerlendirmiştir. Değer yargısı olarak değerlendirilen ifadeler konu ile ilgili daha önceden açılmış bir soruşturmanın varlığı nedeniyle yeterli maddi temele dayanmaktadır. Mahkeme başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴⁴ Bu kararda karşı oy belirten hakim, belediye çalışanlarına yönelik başvurunun sarf ettiği kimi sözlerin kişisel saldırı içerdiği ve eleştiri sınırlarını aştığı da kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.⁴⁵

İHAM, politikacıların suç isnat eden ifadelerini başka bir politikacıya yönelmeleri durumunda, politikacıları ifade özgürlüğü çatısı altında koruma altına alırken politikacıların basın yayın organlarına karşı suç isnadı içeren ifadelerini aynı şekilde korumuyor.

Başvurucu Jan Besty, Polonyalı milletvekili hakkında “*Super Express*” ve diğer iki gazete, başvurunun öğretmen olarak çalışırken okuldaki öğrencilere cinsel istismarda bulunduğu dair haberler yayımlanmıştır.⁴⁶ Bunun üzerine başvuru düzenlenen basın toplantısında çıkan haberler ile ilgili gazetecilerin kendisine şantaj yaptığını, hangi basın mensuplarının kendisinden para alabilmek için bu haberleri kendisine verenlerle irtibat kurduklarını bildiğini ifade etmiştir. Bunun üzerine gazetenin editörü başvuru aleyhine itibarlarının zedelenmesinden dolayı dava açmıştır. Yerel mahkeme politikacının ifadelerini maddi olgular olarak değerlendirmiştir. İHAM da yerel mahkemenin görüşünü benimseyerek maddi olgu içerisinde değerlendirdiği ifadelerin başvuru tarafından yerel mahkemede kanıtlanmadığını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme'ye göre,

43 Egill Einarsson v. Iceland, Dissenting Opinion of Judge Mourou-Vikström

44 Kemal Kılıçdaroğlu (3) Başvurusu, Başvuru No: 2015/1220, 18/7/2018, para.67

45 Kemal Kılıçdaroğlu (3) Başvurusu, Üye Rıdvan Güleç'in karşı oyu

46 Besty v. Poland, Başvuru No: 57675/10, 3.11.2015, par.7-13

ifade özgürlüğü, izin verilen eleştiri sınırını aşamaz ve diğerlerinin kişilik haklarını zedeleyici asılsız basın açıklamalarına izin vermez.⁴⁷ İHAM yerel mahkemenin ceza olarak başvurusunun özür yazısı yayınlamasını da hakkaniyetli bularak, başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁸

Bestry başvurusunda, başvuru kendisi hakkında cinsel istismar suçlamalarıyla ilgili gazetecilere herhangi bir dava açmamıştır. Açmış olsaydı eğer, bu sefer suç inat eden gazetecilerin ifade özgürlükleri ne derecede korunacaktı bu başvuruda olduğu gibi gazetecilerin ifadelerini ispatlaması gerekecek miydi sorusunun cevabı makalenin maddi olgular için kanıtlanma sorunu başlıklı kısmında ayrıca incelenecektir. Ancak, şu bir gerçektir ki, İHAM politikacılar karşı yapılan suç isnatlarında, bu suç isnadını ifade eden bireyler için ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını oldukça dar yorumlamaktadır. İHAM'ın bu görüşünün daha önce değindiğimiz Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July başvurusundan itibaren ciddi bir değişiklik sonucu olduğu da bir gerçektir.

F. İç İç Geçmiş Maddi Olgular ve Değer Yargıları

Yukarıda bahsettiğimiz maddi olgu ve değer yargısı ayırımında incelenen unsurlar bazen ayırımın yapılmasında yeterli olmamaktadır. Zira değer yargısı ve maddi olgu ayırımının değerlendirilmesi her zaman kolay olmuyor, bazı durumlarda maddi olgular ile değer yargıları iç içe geçmiş bir şekilde karşımıza çıkıyor.

Mahkeme bu yüzden, her kararında değer yargısı ve maddi olgu ayırımında bulunmuyor ya da maddi olgular ve değer yargıları ifadenin içerisinde bütünsel bir şekilde olduğu için ayırt etmek neredeyse Mahkeme için imkânsız hale geliyor. Bu durumda Mahkeme çıkarımlarını maddi olgu veya değer yargısı şeklinde kategorileştirmeden başka unsurlarla beraber değerlendirerek hakkın ihlal edilip edilmediğine karar veriyor.

Polonya'ya karşı Zybertowicz başvurusunda, Mahkeme gazetecinin ifadelerinin değer yargısı veya maddi olgu diye kategorileştirmemiştir. Maddi olgular ve değer yargıları ile ilgili içtihadını anımsatarak, gazetecinin kışkırtıcı ifadelerini bir politikacının daha önceki söylemlerinden yola çıkarak oluşturduğunu belirtmiştir ve bu ifadeleri sadece gazetecinin bir yorumu olarak nitelendirmiştir. Mantıken yorumlamalar içeriği itibariyle bir değer yargısı oluşturduğu için Mahkeme ayrıca ifadelerin değer yargısı olduğunu özel olarak belirtmemiştir. Zira ifadenin salt değer yargılarından oluşmadığından da bahsetmiştir çünkü başvuru politikacının söylediği maddi olgulardan bahsederek onları değerlendirmiştir. Bu durumda maddi olgular ile değer yargıları iç içe geçmiş bir ifadeden bahsedilebilir. Mahkeme'ye göre, yerel mahkeme dava açan tarafın daha önceden söyledikleri göz önünde bulundurarak bir karar vermesi gerekmektedir.

47 Para. 66.

48 Para.70.

Ancak bu hususu dikkate almadığı için yerel mahkemenin vermiş olduğu ceza başvurusunun ifade özgürlüğünü ihlal etmiştir.⁴⁹

Bazı durumlarda değer yargıları ve maddi olgular ifadenin sadece bir tanesinde bütün bir şekilde mevcut olmayabilir. Ancak ifadelerin oluşturduğu yazı, değer yargısı ve maddi olgular içeren ifadelerden oluşabilir. Bu durumda, Mahkeme yazıdaki maddi olgu ve değer yargısı içeren ifadeleri ayrı ayrı incelemeye çalışmaktadır.

Ukrayna'ya karşı Siredzhuk başvurusunda Mahkeme söz konusu yazıdaki ifadelerin nasıl hem maddi olgu hem de değer yargısı oluşturabileceğini örneklendirmelerle açıklamıştır. Başvurucu Petro Siredzhuk, Ukrayna vatandaşı bir tarih profesörü, bir grup akademisyenin hazırladığı tarih kitabında, yerel halkın 17. ve 18. yüzyıllarda karşılaştığı ekonomik zorluklar başlıklı yazısında, dönemin belediye başkanını feodal prens diye nitelendirmiş ve belediye seçimlerinde hile yaptığını, engelli bir vatandaşın arazisini elinden aldığını, haksız kazanç ile (yolsuz bir şekilde), ailesinin ev sahibi olduğunu belirtmiştir. Belediye başkanı bu yazılara karşı hakaret davası açılmış ve yerel mahkemeler başvuru aleyhine hüküm vermiştir.⁵⁰

Mahkeme başvurusunun ifadelerinin üç maddi olgu içerdiği sonucuna ulaşıyor; belediye başkanının seçim yasasını ihlal etmesi, engelli bir bireyin arazisinin elinden alınması ve yolsuz bir şekilde ev sahibi olması. Mahkeme'ye göre, bu maddi olgular potansiyel bir ceza gerektiren haksız fiil atfından ibarettir.⁵¹

Başvurusunun ifadesinin başında belirttiği 'feodal prens' ve sonlara doğru "Ukrayna, yolsuzluk yapan yöneticiler olduğu sürece ayaklarının üzerinde duramaz" şeklindeki ifadeleri değer yargısı olarak nitelendirmiştir.⁵²

Mahkeme ayrıca, ifadelerin üçüncü kişilerin davranışlarıyla alakalı olduğu durumlarda maddi olgular ile değer yargıları arasındaki ayrımın zorlaşabileceğini vurgulamıştır. Bu yüzden başvurusunun belediye başkanının eylemleri hakkındaki ifadelerini tam olarak kategorize etmemiştir. Ancak yine de belli bir olgusal temele dayanması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, ifadeler hem maddi olgu hem de değer yargısı içeriyor o yüzden yerel mahkeme değer yargısı ve maddi olgu arasında herhangi bir ayrım yapmadan ifade özgürlüğü ile kişilerin haysiyeti arasında bir denge gözeterek karar vermesi uygundur.⁵³

İHAM, yerel mahkemenin kararını uygun bularak takdir marjını aşmadığını belirtmiş ve ihlal olmadığına karar vermiştir. Zira yerel mahkemenin, başvurusunun hiçbir duruşmaya gelmemesi, ifadelerini kanıtlamak için herhangi bir çabada bulunmaması ve seçimlerdeki yolsuzluk

49 Zybertowicz v. Poland, Application No: 59138/10, 17.01.2017, para.46-48.

50 Siredzhuk v. Ukraine, Application No: 16901/03, 21.01.2016, para. 6-17.

51 Para.83.

52 Para.84.

53 Para.87.

suçlamaları ile ilgili iddiaları ile ilgili davanın düşmesi gibi gerekçeleri göstererek belediye başkanının kişilik haklarının zedelendiğine hükmetmesini haklı bulmuştur.

II. Maddi Olgular İçin Kanıtlanma Sorunu

Bir ifade eğer Mahkeme tarafından maddi olgu olarak sınıflandırılmış ise bu durumda bu maddi olgunun başvuru tarafından ispatlanması gerekmektedir. İfadesinde belirttiği maddi olguları ispatlayamayan başvurucağın ifade özgürlüğü korunmaz. Yerel mahkemeler başvurucağıya ifadesinin doğruluğunu kanıtlayacak tanık dinletilmesi veya belge sunulması gibi imkanları yargılama aşamasında sağlamak zorundadır.

Basın mensupları tarafından maddi olguların kanıtlanması zorunluluğı biraz daha daralmaktadır. Bazen basın mensupları kamu yararını bilgilendiren konularda henüz kanıtlanmamış bilgileri okuyucuları ile paylaşmak zorunda kalabilirler. Neticede kamunun bilgi almasını sağlayan haberlerin kaynağı bazen kamu tarafından oluşturulan söylentiler de olabilir. İHAM'a göre basın bir kamusal gözetleyici '*public watchdog*' görevi icra eder ve bu söylentileri kamuya paylaşarak kamu tartışmasına katkıda bulunabilir. Basının bu özelliklerinden dolayı yayınladıkları her ifadeyi kanıtlamaları beklenemez.⁵⁴Bu durumda maddi olguların ispatlanması noktasında basın mensuplarına tanınmış bir ayrıcalıktan bahsedilebilir.

Bu istisnai durumun uygulanmasında İHAM hakaret içeren ifadelerin özünü ve derecesini, gazetecinin kaynaklarının güvenilir olup olmadıkları gibi unsurları incelemektedir. Bu unsurları incelerken haberin kaynağının bu konuda yetkili ve uzman olup olmadığını, gazetecinin bu makaleyi yayınlamadan önce yeterince araştırma yapıp yapmadığını⁵⁵, yazının makul dengelenmiş bir üslupla yazılmış olması⁵⁶ ve gazetecinin aleyhine yazı yazılan kişiye bu iddialar ile ilgili söz hakkı verip vermediğini dikkate almaktadır.⁵⁷ Özellikle suç isnat edilen kişinin ismi zikredilmiş ve ithamlar mahiyet olarak ciddi ise bu değerlendirmeler daha katı bir şekilde yapılabilmektedir.

Rusyaya karşı Fedchenko (no:3) başvurunda, başvurucağı bir haftalık gazetesinin editörlüğünü yapıyor. Başvurucağı "Fedorov her zaman başa geçer" başlıkla yayınladığı makalede Bryansk bölgesinin milli meclis üyesi Victor Fedorovich Fedorov'ın siyasi partisini değiştirmesini eleştirmesi eleştirilmiştir. Yazının bir kısmında, bu siyasi değişikliğin Sosyal demokratları aptal yerine koymak ve onlara ihanet etmek olduğu belirtilmiş, yolları ayrılan iki siyasetçi için "*tatlı çift*" betimlemesi kullanılmıştır. Yazının sonlarına doğru Federov görevi süresince üç tane araba aldığını ve her birisinin bir öncekisinden daha pahalı olduğundan bahsediyor. Mahkeme makalenin bu kısımlarını değer yargıları olarak nitelendirmiştir.⁵⁸

54 Fedchenko v. Russia (No:3), Application No:7972/09, 02.10.2018, para.54-57.

55 Prager and Oberschlick v. Austria, para.37.

56 Bergens Tidende and Others v. Norway, Application No. 26132/95, 02.05.2000, para.57.

57 Bergens Tidende and Others v. Norway, para.58.

58 Fedchenko v. Russia (No:3), para.62.

Yazının bir kısmında dedikodulara göre Federov'un komşu Orel şehrinde küçük bir toptancılık işi yürüttüğü ifadesi kullanılmaktadır. Burada Mahkeme Federov'a bir suç isnat edildiği üzerinde duruyor zira Rus yasalarına göre milli meclis üyelerinin başka paralı bir işte çalışması ya da iş kurması yasaktır. Mahkeme bu ifadenin maddi olgu olup olmadığını tam olarak belirtmemiş ancak Mahkemenin daha önceki başvurularındaki yaklaşımlarından da anlaşılacağı üzere eğer ifade bir suç isnadını içeriyor ise, bu ifadeler maddi olgu olarak değerlendirilir. Maddi olguların ispatlanması sorununda yukarıda açıkladığımız gazetecilere uygulanan istisnayı Mahkeme bu başvuruda da uyguluyor. Makaledeki bu ifadelerin dedikodulara dayandırılmıştır, bu durumda gazeteciler yazılarını doğrulanmamış haber kaynaklarına dayandırılması suç atfının maddi olgu olarak değerlendirilmesini engelleyecek şekilde yorumlanmıştır⁵⁹

İHAM'ın basın mensuplarına tanıdığı maddi olguların kanıtlanması istisnası ile çelişkili olabilecek bir karar, AYM tarafından Ramazan Fatih Uğurlu başvurusunda verilmiştir. Söz konusu başvuruda, terör faaliyetlerinin yoğun olduğu Şırnak'ın Uludere ilçesine gerçekleştirilen hava hareketinde terör örgütü ile ilgili olmadığı tespit edilen kişilerin hayatını kaybetmesi üzerine, Uludere kaymakamı taziye için insanların öldüğü Gülyazı köyüne ziyarete gitmiştir. Kaymakam ziyaret sırasında saldırıya uğramış ve yaralanmıştır. Bu saldırı kamuoyunda ve devamındaki gelişmeler kamuoyunda tartışılmıştır.⁶⁰ Açılan soruşturma kapsamında tanıkların kaymakama yapılan saldırının BDP milletvekili Hasip Kaplan tarafından organize edildiği ve köy halkının bu doğrultuda kışkırtıldığı şeklindeki beyanları basın mensuplarınca tanıkların ismi verilmeden haber yapılmıştır. Hasip Kaplan, aleyhine yapılmış tanık beyanlarının varlığını kabul ederken, kendisine isnat edilenleri yapmadığını aksine daha çok olayın çıkmasını engellediğini belirtmiştir.⁶¹ Yeni Akit gazetesi de "Uludere'de Kaymakama Yapılan Saldırının Görgü Tanıkları, Savcıya İfade Verdi: Provokatör Kaplan!" başlıklı yazılarda söz konusu tanıkların ifadelerine ayrıntılı bir biçimde yer verilmiştir. Başvurucu kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddiasıyla savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur.

Yerel mahkeme ilgili Cumhuriyet savcılıklarından davacı hakkında yürütülen soruşturmalarla ilgi bilgi istemiştir. Ancak bu savcılıklarda konuyla ilgili herhangi bir soruşturma dosyası bulunamamıştır. Bunun üzerine başvuru duruşmada tanık beyanı olduğunu belirttiği, ifadeyi alanın, tanığın isminin ve imzasının olmadığı belgeyi mahkemeye sunmuş ve tekrardan bir araştırma yapılmasını talep etmiştir.⁶² Mahkeme talebi reddetmiştir ve dava konusu yazıların davacının masumiyet karinesini ihlal ettiğini savunarak davayı kabul etmiştir. Kararın Yargıtay'dan onanarak dönmelerinden sonra gazetenin sahibi AYM'ye başvurmuştur. Başvurucunun iddialarından bir tanesi ise yerel mahkemeye sunmuş olduğu tanık beyanlarının ihbar niteliğinde de sayılabileceğidir.

AYM kararında, basın özgürlüğünün geniş yorumlanması gerektiğini ancak basın mensuplarının da meslek ahlakına uygun bir şekilde, görev ve sorumluluklarını göz önünde bulundurarak haber

59 Para.33, 54 ve 57.

60 Ramazan Fatih Uğurlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/2461, 30.10.2018, para.10-12.

61 Para.14

62 Ramazan Fatih Uğurlu Başvurusu, para.36.

yapma zorunluluğuna değinmektedir. Meslek ahlakına uygun şekilde basın doğru ve güvenilir bilgiyi verirken iyi niyetli hareket etmelidir. Zira Kötü niyetli olarak gerçeğin çarpıtılması kabul edilebilir eleştiri sınırlarını aşabilir. AYM söz konusu yazıları suç isnadı içerdikleri için maddi olgular olarak değerlendirmektedir. Kanıtlanması noktasında başvurunun yerel mahkemeye sunmuş olduğu tanık beyanlarını güvenilir delil olarak kabul etmemiştir ve Hasip Kaplan ile ilgili herhangi bir soruşturma dosyasına da ulaşamadığı için başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶³

Basın organlarına görevlerinin özellikleri açısından tanınan bu istisna haricinde genellikle, maddi olgu sayılan her ifade kanıtlanmak zorundadır.

Yerel mahkemeler, bireylere ifade ettikleri maddi olguları kanıtlayabilmesi için imkanlar sağlamalıdır. Aksi takdirde, yerel mahkemenin hem maddi olguların kanıtlanmasını beklerken, bireyin bu kanıtları sunmasına olanak vermemesi tartışmaya açık bir durum oluşturacaktır.

III. Değer Yargılarının Olgusal bir Temele Dayanması

Genel olarak, Mahkeme değer yargısı ile onu destekleyen olgular arasındaki bağlantının gerekliliğini olaydan olaya farklılık gösterebilmektedir. Bu gereklilik olaydaki durumlara göre değerlendirilmiştir.⁶⁴

Değer yargılarının adil bir yorum olarak nitelendirilebilmesi için yeterli olgusal temellere dayanmalıdır.⁶⁵ Aksi durumda asılsız yere kişilere atılan iftiralar meşrulaştırılır. Mahkeme yeterli olgusal temelin varlığının ispatlanmasında, başvuruçuların köşe yazılarından, belgelerden, karşı tarafın tutumundan, kamu tartışması niteliğini ispatlayacak belgelerden yararlanabileceğini belirtmiştir.

İHAM, hakaret niteliğindeki değer yargılarını incelerken, kullanılan dilin özü itibariyle aşırı veya ölçüsüz olup olmadığını, hakaretin veya yaftalamanın amacının belli olup olmadığını ve ifadelerin yeterli temel olguya dayanıp dayanmadığını incelemektedir.⁶⁶

Kullanılan ifadelerin aşırı veya ölçüsüz olup olmadığını tespiti ve ifade sahibinin niyeti incelendikten sonra çıkan sonuca göre başvuruçunun üzerindeki yeterli temel olguları ispat gücü zorlaşabilmektedir. İfadeler aşırı ve ölçüsüz ise ve aynı zamanda kişilere hakaret etme amacı taşıyorsa bu noktada başvuruçunun ifadelerinin katı bir olgusal temele ‘*solid factual basis*’ dayanmasını beklenmektedir. Bu ilke doğrultusunda, Mahkeme bazı durumlarda değer yargısı olarak nitelendirdiği ifadelerin başvuruçulardan maddi olgular gibi kanıtlanmasını beklenmektedir.

Avusturya’ya karşı Genner başvurusunda, başvuruçunun “*Asyl in Not*” adlı mülteci ve sığınmacılara hukuki destek sağlayan bir kuruluşta çalışmaktaydı. Avusturya iç işleri bakanı L.P. aniden anevrizmadan öldükten bir gün sonra başvuruçunun çalıştığı kuruluşun web sitesinde bir yazı

63 Ramazan Fatih Uğurlu Başvurusu, para.58.

64 De Haes and Gijssels v. Belgium, para.47.

65 Krasulya v. Russia, para.41.

66 Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, para. 56-57.

yayımlamıştır. Bu yazıda “Yeni yılda güzel haberler, işkence ve sınır dışı bakanı L.P öldü...masa başı savaş suçlusuydu...Hiçbir insan onun ölümü için gözyaşı dökmez” ifadeleri kullanılmıştır. Bu ifadeler kullanılırken başvurucu iç işleri bakanının görev yaptığı süre içerisinde yabancılar aleyhine değişen kanunlardan ve bir takım mülteci hikâyelerinden bahsedilmiştir. Ölen iç işleri bakanının kocası, özel hayatın ihlal edildiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunuyor.⁶⁷

Yerel mahkeme ifadelerin değer yargılarından oluştuğunu ancak bu değer yargıların yeterli olgusal temellere dayanmadığından dolayı başvurucu aleyhine karar vermiştir. İHAM yerel mahkeme ile aynı görüşü paylaşarak ifadeleri değer yargısı olarak değerlendirmiştir. Başvurucu yazıyı yayınlarken ölen içişleri bakanının döneminde çıkan yasalardan ve mültecilerin hikayelerinden bahsetmiştir. Bu unsurları Mahkeme, yeterli olgusal temel olarak değerlendirmemiştir. Özellikle politikacılar için söylenen ifadeler konusunda İHAM yeterli maddi temel marjını düşük tutmuş olsa da bu başvuruda bu tutumunu korumamıştır. Çünkü başvurusunun ifadeleri bakanın hemen ölümünden sonra henüz ailesi yas tutarken yayınlanmıştır. Böyle bir durumda ifadelerin zamanlaması değerlendirilmiştir, zamanlamanın önemine vurgu yapılmıştır ve uygun bir zaman ve ortamda söylenmediği için daha sağlam olgusal temellere dayandırılmalı. Mahkeme bu gerekçelendirmelerle başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verdi.⁶⁸İHAM, sağlam olgusal temellerin varlığını gerekli görürken daha önce değindiğimiz Lindon başvurusuna da atıfta bulunmuştur. Her ne kadar daha önce siyasetçilere karşı İHAM’ın ifade özgürlüğünü daha çok koruduğu içtihadının güncel bir şekilde geliştiğinden bahsetmiş olmamıza rağmen, Mahkeme hala bu yeni içtihadı ile çelişen eski kararlarını uygulamaktadır.

İHAM, basın mensuplarının ve politikacıların değer yargısı içeren ifadelerinin yeterli olgusal temellere dayandırılması yerine yetersiz olgusal temellere “*slim factual basis*” dayandırılabilirliğini içtihadında belirtmiştir.⁶⁹ Değer yargılarının yetersiz olgusal temellere dayandırılabilirliği prensibinin bir bakıma maddi olguların da kanıtlanmasında basın mensuplarına tanınan istisna ile bağlantılı olarak geliştirildiği düşünülebilir. Mahkeme bu ilkeden sadece birkaç kararında bahsetmesine rağmen, bu ilkeden bahsetmediği ama bu ilkeyi yine de uyguladığı kararları da mevcuttur. Örneğin Polonya’ya karşı Kurski başvurusunda Hukuk ve Adalet Paritisi üyesi milletvekili, katıldığı bir televizyon programında, ‘Wyborcza’ isimli yerel gazetesinin kendisi ve partisine yönelik propaganda yaptığını, haberlerinde kendisi hakkında yalan ifadelerde bulduklarını, verdikleri reklamların kar amaçlı değil ancak mensubu olduğu siyasi partiyi karalama amaçlı olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine gazete başvurucu aleyhine kişilik haklarına zarar verildiği iddiası ile dava açmıştır ve yerel mahkeme gazeteyi haklı bularak başvurucu aleyhine tazminata hükmetmiştir. Yerel mahkeme ifadelerin hem değer yargılarından hem de maddi olgulardan oluştuğunu ve maddi olgular kanıtlanmadığı için başvurucu aleyhine karar vermiştir.⁷⁰

67 Genner v. Austria, Application No:55495/08, 12.01.2016, para.6-18.

68 Para. 46.

69 Arbeiter v. Austria, Application No: 3138/04, 25.01.2007 para.26; Marian Maciejewski v. Poland, Application No:34447/05, 13.01.2015, para.56

70 Kurski v. Poland, Başvuru No:26115/10, 05.07.2016, par.6-12

İHAM başvurusunun ifadelerini açıkça belirtmese de değer yargısı olarak değerlendirmiştir ve değer yargısı içeren ifadelerin yerel mahkeme tarafından yeterli temel olgular tarafından desteklenmesinin beklenmesini kendi içtihadına uygun bulmamıştır. Zira beklenen kanıtlanma gerekliliği özen yükümlülüğünden daha ağırdır ve başvuruda özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine bakılmalıdır.⁷¹ Burada Mahkeme'nin belirtmiş olduğu özen yükümlülüğü, yetersiz olgusal temellerle aynı amaca hizmet etmektedir. Kamusal tartışmalara giren politikacıların haricinde basın kamusal gözetleyici olan basın mensuplarının da değer yargısı içeren ifadelerinin özen yükümlülüğüne uygun, etik habercilik ilkelerini iyi niyetli bir şekilde uygulamış olması durumunda yeterli olgusal temeli sağlamadan ifade özgürlüğünden yararlanabilirler.⁷²

Yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı İHAM'ın başvurudaki ifadelerin çıktığı bağlamı ayrıca ifadenin sahibi ve yöneldiği şahsın konumunu dikkate alarak değer yargılarının olgusal temele dayandırılmasını üç eşiği temel olarak incelemektedir. Basın mensuplarının kullandığı ifadeler veya siyasetçilerin birbirleri için kullandığı ifadeler açısından bu eşik en düşüktür. Kötü niyetli bir şekilde hakaret kastı taşıyan değer yargısı içeren ifadeler açısından ise bu eşik son derece yüksek tutulmuştur. Bunların haricinde Mahkeme genel olarak her değer yargının yeterli bir temel olguya dayanmasını beklemektedir.

Sonuç

Maddi olgular ve değer yargıları konusunda İHAM'ın geliştirdiği içtihat çok yönlü bir içtihat olmakla birlikte standartlarının tam olarak belirlenmesi her zaman mümkün olmamaktadır. İchtihat belki de İHAM'ın yarattığı en canlı/değişken içtihatlardan biri olma özelliğine sahiptir. Zira her durum ve olguya göre farklı bir şekilde değerlendirilebilmekte, kendisini bu doğrultuda geliştirmektedir. Perinçek başvurusunda olduğu gibi bu içtihadın başka alanlarda da kullanılmaya başlanması olasıdır. Aynı zamanda İHAM'ın her başvuruda bu içtihadını göz önünde bulundurmaması aslında içtihadın değişken bir şekilde tarafından kullanıldığını göstermektedir. İchtihadın daha somut kıstaslar ile birlikte genişletilmesi gerekmektedir.

Yine de bu çalışmada bazı temel standartlar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Özellikle ifadenin türü, ifadeyi kullananın ve ifadenin yöneldiği kişinin toplumdaki konumuna göre sınıflandırmaların nasıl yapıldığı ve aynı şekilde bu unsurların maddi olgular açısından kanıtlanma sorununa ve değer yargıları açısından yeterli olgusal temelin varlığına nasıl etki ettiği konuları detaylıca incelenmiştir.

İHAM'ın eski ve güncel kararlarında bazı çelişkilerin olması AYM'nin değerlendirmesini de bir bakıma etkilemiştir. Bu yüzden özellikle siyasetçiler arasında kullanılan ifadeler konusunda İHAM ve AYM görüşü bazı açılardan farklılaşmaktadır. Aynı zamanda standartların bir temel çerçevesine oluşmaması da bu farklılığa neden olmuş olabilir. Zira İHAM, basın mensuplarının maddi olguları kanıtlanması noktasında bazı kararlarında kamudaki söylenti ve dedikoduları bile kanıtlanma aracı olarak sayarken, AYM ise bu eşiği daha yüksek bir şekilde uygulamaktadır.

71 Para.56.

72 Mahmudov ve Agazade v. Azerbaijan, Application No: 35877/04, 18.12.2008, para.45.

Sonuç olarak, maddi olgular ve değer yargıları ile ilgili içtihadın ileride de daha da çok tartışmalara yol açacağı şüphesizdir. Ancak her zaman ifade özgürlüğünün korunmasında kullanılan önemli araçlardan biri olarak varlığını sürdürecektir ve muhtemelen doktrin gelecekteki başvurularda daha da çok İHAM tarafından geliştirilecektir. Bu bakımdan içtihadın uygulandığı kararların çeşitliliği bir bakıma AYM'nin gelecekteki kararlarına da etkide bulunacaktır. Zira AYM maddi olgular ve değer yargıları açısından İHAM içtihatlarını temel almaktadır.

KAYNAKÇA

- Arbeiter v. Austria, Application No: 3138/04, 25.01.2007
 Bergens Tidende and Others v. Norway, Application No. 26132/95, 02.05.2000.
 Besty v. Poland, Application No: 57675/10, 3.11. 2015.
 Ceferin v. Solovenia, Application No: 40975/08, 16.01.2018.
 De Haes and Gijssels v. Belgium, Application No:19983/92, 24.02.1997.
 Egill Einarsson v. Iceland, Application No:24703/15, 7.11.2017.
 Fedchenko v. Russia (No:3), Application No:7972/09, 02.10.2018.
 Fressoz and Roire v. France, Application No. 29183/95, 21.01.1999.
 Genner v. Austria, Application No:55495/08, 12.01.2016.
 Kharlamov v. Russia, Application No. 27447/07, 08.10.2015.
 Krasulya v. Russia, Application No: 12365/03, 22.02.2007.
 Kurski v. Poland, Application No:26115/10, 05.07.2016.
 Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, Application No: 21279/02 and 36448/02, 22.10.2007.
 Lingens v. Austria, Application No: 9815/82, 8.07.1986.
 Lombardo and Others v. Malta, Application No: 7333/06, 24.04.2007.
 Mahmudov ve Agazade v. Azerbaijan, Application No: 35877/04, 18.12.2008.
 Makraduli v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia, Application No: 64659/11 and 24133/13, 19.07.2018.
 Marian Maciejewski v. Poland, Application No:34447/05, 13.01.2015
 Morice v. France, Application No: 29369/10, Karar Tarihi: 23.04.2015.
 Paraskevopoulos v. Greece, Application No:64184/11, 28.06.2018.
 Pedersen and Baadsgard, Application No: 49017/99, 17.12.2004.
 Prager and Oberschlick v. Austria, Application No:15974/90, 26.04.1995.
 News Verlags GmbH & Co. KG v. Austria, Application No:31457/96, 11.01.2000.
 Siredzhuk v. Ukraine, Applicatio No: 16901/03, 21.01.2016.
 Uzan c. Turquie, Requête no:30569/09, 20.03.2018.
 Vitrenko and Others v. Ukraine, Application No: 23510/02, 16.12.2008.
 Zybortowicz v. Poland, Application No: 59138/10, 17.01.2017.
 Hasip Kaplan başvurusu, Başvuru No: 2014/2420, 8/11/2017.
 Kemal Kılıçdaroğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/1577, 25.10.2017.
 Kemal Kılıçdaroğlu (3) Başvurusu, Başvuru No: 2015/1220, 18/7/2018.
 Ramazan Fatih Uğurlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/2461, 30.10.2018.

Beps'in 2 Numaralı Eylem Planı: Hibrit Uyumsuzlukların Etkilerinin Giderilmesi

Beps Action 2: Neutralising The Effects Of Hybrid Mismatch Arrangements

Merve ÖNAL*

Öz

Küreselleşen dünya ekonomisi, bireyler ve şirketler tarafından yapılan uluslararası vergi planlamasının önemli ölçüde artmasına neden olmuştur. Finansal krizlerin kamu maliyesi krizlerine dönüştüğü günümüzde vergi sorunları politik gündemi daha fazla oluşturmaya başlamıştır. Uluslararası vergi işbirliğindeki eksiklikler, endişeleri artırmış ve küresel düzeyde çözüm arayışlarını hızlandırmıştır. Bu kapsamda OECD, uluslararası vergi kurallarındaki eksiklerin giderilmesine yönelik olarak, Matrah Aşındırması ve Karın Kaydırılması Eylem Planı (Base Erosion and Profit Shifting, BEPS) Projesini başlatmıştır. 15 eylem planından oluşan BEPS Projesinin temel amacı; vergilendirme yetkisinin gerçek ekonomik faaliyetle eşleştirilmesi olarak belirtilmektedir. BEPS eylem planları, ülkelerin matrah aşındırma ve kar kaydırma ile mücadele etmesine yardımcı olacak yeni veya güçlendirilmiş uluslararası standartları içermektedir. Söz konusu raporda 2 Numaralı Eylem Planı “Hibrit¹ Uyumsuzluk Düzenlemelerinin Etkilerinin Giderilmesi” konusuna ayrılmıştır. Hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri, çok uluslu şirketlerin vergiden kaçınma stratejilerinin önemli itici güçlerinden birisidir ve OECD bünyesinde yürütülen BEPS projesinin odak noktalarından birini oluşturmaktadır. OECD, bu eylem planı ile bir ülkede vergiye tabi olmayan bir gelirin diğer ülkede indirim konusu yapılmasının ve yurtdışında ödenen verginin birden çok kez mahsup edilmesinin önlenmesi yolları ile çifte vergilendirmeme durumunun engellenmesini hedeflemektedir. G20 ve OECD ülkesi olan Türkiye, 2012 yılında OECD/ G20 BEPS projesinin şartlarını yerine getirme taahhüdünde bulunmuştur. Ancak Türkiye, OECD'nin hibrit uyumsuzluklara yönelik tavsiyelerini uygulama konusunda henüz somut bir adım atmamıştır.

Anahtar Kelimeler: Beps, Atad, Hibrit uyumsuzluklar, Vergiden kaçınma, Küresel ekonomik kriz.

Abstract

Economic globalization has significantly increased international tax planning by individuals and companies. Today, when financial crises turn into public finance crises, tax issues have begun to form

* Hazine Uzmanı, Hazine ve Maliye Bakanlığı, merve.onal@hmb.gov.tr. (ORCID : 0000-0003-3551-459X).

1 Hibrit kelimesi, sınır ötesi bir faaliyetin iki ülkenin mevzuatları tarafından aynı şekilde ele alınmadığı durumu ifade etmektedir. Remeur, C., Hybrid mismatches with third countries. EPRS | European Parliamentary Research Servicei.2017, s. 2.

the political agenda greater. Deficiencies in the international tax cooperation increased concerns and accelerated the solution seeking at global level. In this context, the OECD launched the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project to address the shortcomings of international tax rules. The main objective of the BEPS Project, which consists of 15 action plans, is stated as matching of the taxation authority with real economic activity. BEPS actions plans include new or strengthened international standards to help countries tackle base erosion and profit shifting. The Action 2 in this report is devoted to the “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements”. Hybrid mismatch arrangements are a major driver of multinational tax avoidance strategies and one of the focal points of the OECD BEPS project. With this action plan, OECD aims to prevent in a country the deduction of an income item that has not been subjected to tax in another country, and prevent the outcome of methods to credit the paid in a foreign country multiple times as well as obviating double nontaxation. Affiliated to the G20 and the OECD, Turkey has made a commitment to endorse the OECD/ G20 BEPS project since its formal launch in 2012. However, Turkey has not taken a concrete step yet in following the OECD's advices with regard to the hybrid mismatch.

Keywords: *Beps, Atad, Hybrid mismatch, Tax aviodance, Global economic crisis.*

Giriş

Küreselleşen dünya ekonomisi nedeniyle, bireyler ve şirketler tarafından yapılan uluslararası vergi planlaması önemli ölçüde artmaktadır. BEPS ülkelerin vergi kurallarındaki boşlukları ve uyumsuzlukları kötüye kullanan vergi planlaması stratejilerini ifade etmektedir; BEPS ile ülkeler kazançlarını *doğal olmayan biçimde, hiçbir ekonomik faaliyet yapılmayan veya sınırlı ekonomik faaliyette bulunan düşük vergili veya vergisiz ülkelere* kaydırabilmektedir².

Her bir devletin vergileme konusundaki deneyimleri dikkate alınarak oluşturulmuş olan uluslararası vergilendirme ilkeleri, değişen ekonomik ortama ayak uyduramamaktadır. Bugün artık küresel çaptaki mükellefler, gayrimaddi hakların değer yaratma açısından giderek daha da artan önemi ve bilgi ve iletişim teknolojilerinde hızlı gelişmelerle karakterize olmuş kapsamlı bir ekonomik entegrasyon ile karşı karşıyayız³. “*Son yıllarda, küreselleşme ve çok uluslu şirketlerin uluslararası pazarlara nüfuzu, uluslararası vergiden kaçınma ve kaçakçılığın hızla yükselmesini sağlamıştır. Bu nedenle, ülkeler, birbirleriyle işbirliği ihtiyacı hissetmiştir*”⁴.

Finansal krizlerin kamu maliyesi krizlerine dönüştüğü günümüzde vergi sorunları medya ve siyasiler tarafından daha fazla gündeme alınırken, ülkeler arası vergi işbirliğindeki eksiklikler endişeleri artırmış ve küresel düzeyde çözüm arayışlarını hızlandırmıştır. Bu kapsamda OECD, uluslararası vergi kurallarındaki eksiklerin giderilmesine yönelik bir proje başlatmıştır. Bu proje OECD'ye üye ülkeler tarafından güçlü bir şekilde desteklenmiş ve G-20 ülkeleri başta olmak üzere uluslararası platformda geniş bir destek görmüştür.

2 Yaltı, Billur. BEPS'in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi, Ötesinde mi? Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma. Şubat 2018. Beta Basım ve Yayım. 2015,s 175.

3 OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, 2013, s. 36-41.

4 Özgenç, A.S. Vergi Anlaşmalarının Kötüye Kullanılması-Anlaşma Alışverişi – On iki levha yayıncılık. 1. Baskı, İstanbul. 2016, s. 39.

“BEPS Eylem Projesi nihai raporları 2015 yılı Ekim ayında kamuoyu ile paylaşılmış ve Kasım ayında G20 Antalya liderler zirvesinde kabul edilmesinin ardından uygulama sürecine geçilmiştir”⁵.

BEPS Projesi, OECD üyesi olan veya olmayan ülkelerde, matrahın aşındırılması ve karın kaydırılmasına karşı 15 adet eylem planını kapsamaktadır. “OECD’nin bu eylem planları, ülkelerin BEPS ile mücadele etmesine yardımcı olacak yeni veya güçlendirilmiş uluslararası standartları içermektedir”⁶.

Barsch’ın da ifade ettiği gibi:

“BEPS Projesi, uluslararası vergi kurallarının tutarlılığını artırmayı, ekonomik işlem ya da faaliyetlerin gerçek mahiyetine – ekonomik yaklaşım ilkesi gereğince – yoğunlaşmalarını sağlamayı ve daha şeffaf bir vergi ortamı oluşturmayı hedeflemektedir”⁷.

Özgenç’in de ifade ettiği üzere:

“Eylem planları belirli bir zaman dilimi içerisinde hayat geçirilmesi gereken bir dizi önlemler grubundan oluşmaktadır. Eylem planlarında, kurumlar vergisinde uluslararası işbiliğinin sağlanması, uluslararası standartların etkinlik ve faydalarının yeniden etkinleştirilmesi, belirlilik ve öngörülebilirlik artarken şeffaflığın sağlanması, kabul edilen vergi politikalarının kurallara dönüşümünü hızlı biçimde sağlanması”⁸ hususları yer almaktadır.

BEPS projesinin hedefine ulaşabilmesi, projede belirtilen önlemlerin ve standartların dünya genelinde eşzamanlı ve ortak bir şekilde uygulanmasına bağlıdır⁹.

Söz konusu Plan’ın 2 Numaralı Eylem Planı “Hibrit Uyumsuzluk Düzenlemelerinin Etkilerinin Giderilmesi” konusuna ayrılmıştır. Hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri, çok uluslu kuruluşların vergiden kaçınma stratejilerinin önemli bir itici gücüdür ve bu durum BEPS projesinin odak noktalarından birini oluşturmaktadır.

BEPS projesi bu eylem planı ile bir ülkede vergiye tabi olmayan bir gelirin diğer ülkede indirim konusu yapılmasının ve yurtdışında ödenen verginin birden çok kez mahsup edilmesinin önlenmesi yolları ile çifte vergilendirmeme gibi sorunları engellemenin yollarının bulunmasına yardımcı olmayı hedeflemektedir¹⁰.

5 Erdem, Türk Bakış Açısıyla BEPS: Türkiye’nin Geldiği Yer Nedir? Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma. Şubat 2018. Beta Basım ve Yayım, 2015, s. 71.

6 Barsch, AB Vergiden Kaçınmaya Karşı Paket: OECD/G20 BEPS Eylem Planı İle Karşılaştırma. Dolaysız Vergilerin Dolanılmasıyla Mücadelede AB’deki Güncel Durum ve Türkiye. 2018, On İki Levha Yayıncılık. 2017, s. 91.

7 Barsch, s. 91.

8 Özgenç, 2016, s. 62.

9 Erdem, s. 94.

10 Erdem, s. 88.

I. BEPS ve ATAD KAPSAMINDA HİBRİT UYUMSUZLUKLAR

Hibrit uyumsuzluklar, sınır ötesi bir faaliyetin, ilgili ülkelerin vergi sistemleri tarafından farklı şekilde nitelendirilmiş olmaları nedeniyle vergi dışı kalması durumunu beraberinde getirmektedir. Hibrit uyumsuzluklar, verimliliğin azalması, adalet ve şeffaflık ilkelerinin zedelenmesi, vergi gelirlerinin aşınması ve böylece devlet hazinelerinin kayba uğraması gibi pek çok soruna da yol açmaktadır¹¹.

Kazancın, bu kazancı sağlayan ekonomik faaliyetin yapıldığı ülke yerine daha düşük oranlı vergi uygulayan ülkelerde elde edilmiş gibi gösterilmesi nedeniyle devletlerin vergi tabanları aşınmaktadır¹². Uluslararası boyutta hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri, kurumlar vergisi özelinde ciddi vergi kayıplarına neden olmaktadır.

Adil bir vergi sistemi, emekten ziyade, sermayenin elde ettiği geliri vergilendirmelidir¹³. Sermayenin vergiden kaçınabilmesi vergi tabanının aşınmasına ve vergi gelirlerini telafi etmek için emek gelirleri üzerinden alınan vergilerin artmasına yol açmaktadır.

Diğer yandan adil olmayan sonuçlar kurumlar vergisi mükellefleri açısından da geçerli olabilir. Sınır ötesi faaliyet gösteren bazı işletmeler, vergi konusunda sahip oldukları uzmanlıklarını kullanarak hibrit uyumsuzluk düzenlemelerinden yararlanmak suretiyle vergi matrahını düşük gösterebilir ve bu alanda oluşan fırsatları kullan(a)mayan küçük ve orta ölçekli işletmeler gibi diğer işletmelerin rekabet edemeyeceği avantajlara sahip olabilir. Belirli bir vergi mükellefi grubunun vergilerini düşürme kabiliyeti olması, diğer mükellefler tarafından haksızlık olarak algılanabilir ve dolayısıyla vergi sistemine duyulan güveni olumsuz etkileyebilir¹⁴.

Ayrıca, hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri yatırım kararları üzerinde saptırıcı etkilere de sebep olabilir. Hibrit uyumsuzluklardan yararlanarak vergiden kaçınma amacı güden yatırımcılar kendi ülkeleri yerine sınır ötesi başka ülkeleri tercih edebilir. Ayrıca benzer şekilde normal şartlar altında bir ülkeye yatırım yapacak yabancı sermaye, hibrit uyumsuzluk düzenlemelerinden yararlanma amacıyla başka ülkeleri tercih edebilir. Buna ek olarak, hibrit uyumsuzluklar yeterince şeffaf olmadığı için vergi avantajı sağlayan riskli faaliyetleri de teşvik etmektedir. Dolayısıyla yüksek kaldıraçlı borçlanma işlemleri gibi faaliyetler artmakta ve sonuç olarak finansal istikrarsızlığa katkıda bulunmaktadır¹⁵.

Bütün olarak bakıldığında, hibrit uyumsuzluklar, devletlerin hibrit araçları farklı olarak nitelendirmelerinden kaynaklanmakta ve çifte vergilendirmeme¹⁶ sorununu beraberinde

11 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, 2012, s. 11.

12 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, s. 11.

13 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, s. 12.

14 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, s. 12.

15 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, s. 11.

16 Çifte vergilendirmeme farklı vergi sistemlerinin etkileşimindeki boşluklardan ve bazı durumlarda vergi anlaşmalarının uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Çifte vergilendirmeme sonucunda, sınır ötesi yatırımlardan veya faaliyetlerden elde edilen gelir, vergilendirilmeyebilir veya çok düşük vergilere tabi olabilir. Bu durum ülkeler

getirmektedir¹⁷. Hibrit uyumsuzluklar sorununun uluslararası niteliği uluslararası çözümler gerektirmektedir. Hibrit uyumsuzluklarla başa çıkmak için ülkeler; kurumlar, araçlar ve transferlere uygulanan vergi işlemlerindeki farklılıkları ortadan kaldırmalıdır¹⁸. BEPS Projesi; diğer ticari faaliyetleri etkilemeden, bu tür uyumsuzlukların sıklığını azaltmayı amaçlayan ülkelerin iç hukuklarında iyileştirmeler ve hibrit uyumsuzluğu etkisiz hale getirmek için hibrit uyumsuzluk düzenlemelerine yönelik spesifik öneriler içermektedir¹⁹. Getirilen kurallar özellikle, çok uluslu şirketlerin vergiden kaçınarak ya da hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri yoluyla çifte vergilendirmeme gibi durumları kullanarak haksız rekabet avantajı elde etmelerini engellemeyi amaçlamaktadır.

OECD'nin 5 Ekim 2015 tarihinde BEPS nihai raporlarını yayınlaması üzerine Avrupa Konseyi, BEPS'e uygun olarak Avrupa Birliği (AB) düzeyinde bu kararlar için ortak, ancak esnek çözümler bulma gereğini vurgulamıştır. Nitekim "AB'de kurumlar vergisinden kaçınma, kamu bütçelerinde her yıl milyonlarca Euro zarar oluşturmakta, vatandaşlar için daha ağır vergi yükü yaratmakta ve kendi kamusal paylarını ödeyen işletmeler için rekabeti bozucu etkiye yol açmaktadır"²⁰. Bu hedefle AB, 2016 yılı Temmuz ayında OECD tavsiyelerinin uygulanmasını amaçlayan ATAD (The Anti Tax Avoidance Directive) uygulamasını kabul etmiştir. ATAD'ın amacı, OECD'nin BEPS ile ilgili tavsiyelerinin AB ülkelerinde koordineli ve tutarlı bir şekilde uygulanmasını sağlamaktır²¹.

BEPS'te yer alan eylem planları tavsiye niteliği taşıyan esnek hukuk kurallarıdır ve yasal olarak bağlayıcı değildir. Ancak tüm OECD ve G20 ülkeleri, zararlı vergi uygulamalarıyla mücadele ve uyumsuzlukların giderilmesi yönünde tutarlı uygulama yapmayı taahhüt ettikleri için, bu ülkelerin eylem planlarını uygulayacakları yönünde bir beklenti vardır. Öte yandan ATAD ile gelen düzenlemeler, AB ülkeleri için bağlayıcıdır ve iç hukuklarına bu düzenlemeleri aktarmaları gerekmektedir.

Bununla birlikte, OECD tarafından getirilen tavsiye niteliğindeki kurallar, devletlerin iç hukuk sistemlerine dahil oldukları aşamaya kadar yumuşak hukuk olmakla birlikte, ülke yasalarına aktarıldığında bağlayıcı hale gelmekte ve katı hukuk niteliğine kavuşmaktadır²². "Bu anlamda

açısından beraberinde gelir kaybını getirmektedir. Detaylı bilgi için bakınız: Vijver A., International double (non-) taxation: comparative guidance from European legal principles, in EC Tax Review, Vol. 24, no. 5. 2015, s. 2.

17 Smith, F., "Asset protection in multinational enterprises – where to now?: Implications for asset protection planning in multinational enterprises from the OECD's work on BEPS", The Multinational Business Review, Vol.22 Issue: 4, 2012, s. 351-371.

18 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, s. 14.

19 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, s. 5.

20 Gökuna, E.D., Türk Vergi Hukuku Mevzuatı ile AB'nin Vergiden Kaçınmaya Karşı Paketi'nin Karşılaştırılması. 2018, On İki Levha Yayıncılık. 2017, s. 121.

21 European Commission, Council Directive Amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries. Strasbourg, 25.10.2016. 2016, s. 9-10.

22 Küçük E.Ö. Küçük E., Küresel Vergi Yönetimi: Yeni Ortak Hukuka Doğru. Siyaset, Ekonomi Ve Yönetim Araştırmaları Dergisi. Cilt:5, Sayı:5. 2017, s. 41-42.

OECD kural koyucu sıfatını üstlenmiş, bu kurallar şekli açısından yumuşak hukuk, ancak maddi açıdan tıpkı iç hukuk düzenlemesi gerektiren bir AB direktifi gibi de algılanabilmiştir”²³.

ATAD, BEPS'in tamamlanması üzerine kurumlar vergisi istismarına karşı tutarlı bir AB yaklaşımı sağlamak amacıyla hızla kabul edilmiş ve uygulamaya konulmuştur. ATAD'ın hibrit uyumsuz kuralları, hibrit uyumsuzlukların etkilerini gidermeyi amaçlayan OECD'nin BEPS raporunun 2 Numaralı Eylem Planı üzerine inşa edilmiştir²⁴. “ATAD her ne kadar OECD ülkelerince benimsenen eylemlerle birebir uyumlu olmasa da BEPS eylemlerinin uygulamaya konması için ortak bir çerçeve oluşturmayı amaçlamaktadır”²⁵.

ATAD'da başlangıçta hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri ile mücadele konusu AB ile sınırlı tutulmuştur²⁶. Bu nedenle ATAD'ın hibrit uyumsuzlukları gidermeye yönelik getirdiği kurallar, OECD tavsiyeleriyle tam olarak uyum göstermemiştir²⁷.

29 Mayıs 2017 tarihinde kabul edilen ATAD II ile AB hibrit uyumsuzluğu kurallarının kapsamı, üçüncü ülkelerle olan hibrit uyumsuzlukları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ayrıca sadece hibrit kuruluş ve hibrit finansal araç uyumsuzlukları ile sınırlı olan ATAD'ın kapsamına hibrit transfer uyumsuzluğu, hibrit daimî işyeri uyumsuzluğu, ithal edilen hibrit uyumsuzluklar, ters hibrit kuruluş uyumsuzluğu ve çifte yerleşiklik uyumsuzluğu da dahil edilmiştir²⁸.

BEPS'i tamamlayıcı nitelik taşıyan ATAD, yapılan bu değişiklikler ile BEPS raporunun 2 Numaralı Eylem Planı ile uyumlu hale gelmiştir. Belirli istisnalara tabi olarak, ATAD II ile gelen kuralların bir kısmı için, ülkelerin iç hukuklarına aktarması bakımından ileri tarihler verilmiştir. ATAD II'nin hibrit uyumsuzluk düzenlemelerine yönelik getirdiği kuralların tamamınının 31 Aralık 2022 itibarıyla yürürlüğe girmesi planlanmaktadır²⁹.

A. HİBRİT UYUMSUZLUKLARIN ETKİLERİ

Hibrit Uyumsuzluk düzenlemeleri *indirim ve dahil edilmeme, çifte indirim ve dolaylı indirim ve dahil edilmeme* sorunlarına yol açabilir³⁰. Bu sorunları gidermek için OECD BEPS projesi, en iyi uygulama yöntemlerine ilişkin kurallar sunmakta ve önerilerde bulunmaktadır.

23 Yaltı, s. 184.

24 Venetkoski, L. EU Approach to Elimination of Hybrid Mismatch Arrangements. Analysis under the Objectives of EU Anti-Tax Avoidance Policy. Master's thesis Tilburg University. LLM International Business Tax Law, 2016–2017, ANR 778364. 2017, s. 1.

25 Barsch, s.122-123.

26 Bhogal S., Swanson K. ATAD II: the revised EU rules on hybrid mismatches. 2017, s, 22.

27 Vanik, M. (Reverse) Hybrid Entity Mismatches in EU. Master thesis International Business Taxation Track: International Business Tax Law – Business Organizations and Strategies Tilburg School of Law Tilburg University. 2017, s, 20-21.

28 European Commission, s. 1-11.

29 European Commission, s. 1-11.

30 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues, s.7. Ayrıca ATAD II'nin 9'ncü maddesine göre hibrit uyumsuzluklar, çifte indirim veya indirim ve dahil etmeme etkilerini ifade etmektedir.

1. İndirim ve Dahil Edilmeme

Ödeme yapan kişinin ülkesinde yaptığı ödemenin vergi matrahından indirilmesi, karşılığında ödeme alan ülkede ödemenin vergi matrahına dahil edilmemesi, indirim ve dahil edilmeme (Deduction/ No Inclusion, D /NI) sorununu doğurmaktadır³¹.

BEPS Projesi'nin 2 Numaralı Eylem Planı birincil müdahale olarak, yatırımcı kuruluşun (ödeme yapan) ülkesinin indirimi reddetmesini tavsiye etmektedir. Eğer indirim reddedilmezse, ikinci kural olan koruma kuralı devreye girmeli ve alacaklının ülkesi, ödemeleri vergi matrahına dahil etmelidir³².

Hibrit finansal araçlar, hibrit transferler, hibrit kuruluşlar ile daimi işyerleri dahil edilmeden indirim sorununa yol açabilir³³.

2. Çifte İndirim

Yapılan tek bir ödemenin birden fazla ülkede vergi matrahından indirilebilmesi durumunda çifte indirim (Double Deduction, DD) sorunu ortaya çıkmaktadır³⁴. BEPS 2 Numaralı Eylem Planı'na göre birinci kural birincil müdahale olarak ifade edilmekte ve yatırımcının bulunduğu ülkenin indirimi reddetmesi yönünde iken, koruma kuralı olarak geçen ikinci kurala göre, alacaklı kuruluşun bulunduğu ülkenin indirim hakkını reddetmesi gerekmektedir³⁵. Diğer bir ifade ile hibrit uyumsuzluğun çifte indirime yol açtığı ölçüde, birincil müdahaleye göre yatırımcı ülkede, koruma kuralına göre ödemenin yapıldığı ülkede indirim reddedilmelidir.

Hibrit kuruluşlar, çift yerleşik uyumsuzlukları ve daimi işyerleri çifte indirime yol açabilir³⁶.

3. Dolaylı İndirim ve Dahil Edilmeme

Dolaylı indirim ve dahil edilmeme (dolaylı D/ NI) sorunu, üçüncü bir ülkenin yargı alanı ile uyumsuz bir sonuca yol açarak ana hibrit uyumsuzluk kurallarından kaçınmaya yönelik düzenlemeler sonucu ortaya çıkmaktadır³⁷. Bu tür düzenlemeler "içe aktarılan" veya "ithal edilen"

Dolaylı indirim ve dahil edilmeme etkisine ATAD II'de yer verilmemiştir. Bu hususta detaylı bilgi için bakınız: European Commission, s. 1-11.

31 OECD, Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015, s.17.

32 OECD, Preventing Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, s.25-26.

33 HMRC, Updated Guidance – March 2017 1 Intm Guidance Hybrid and Other Mismatches. 2017, s.5.

34 OECD, Preventing Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, s.17.

35 OECD, Preventing Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, s. 12.

36 HMRC, s.5.

37 OECD, Preventing Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final

uyumsuzluklar olarak da bilinmektedir. Bu durumda, BEPS 2 numaralı eylem raporuna göre “hibrit uyumsuzluk düzenlemesinin etkisinin ithal edildiği ülke tarafından indirim reddedilmelidir”³⁸.

Özetle OECD, hibrit uyumsuzlukların neden olduğu vergi sorunlarını önlemek için iki tipte düzenleme önerisinde bulunmaktadır. Birincil müdahale olarak geçen birinci kuralda, *elde edilen gelirin ikamet devletinde vergilendirilmediği durumda kaynak devleti ödemenin tamamen vergi dışı kalmasını engelleyebilmek için ödemenin vergi matrahının tespitinde gider olarak dikkate alınmasına izin verilmemesi söz konusudur*. OECD'nin diğer önerisi olan ve ikinci kural olarak bilinen koruma kuralında ise *eğer kaynak devlet ödemenin gider olarak dikkate alınmasını engellememişse, ikamet devleti elde edilen geliri vergilendirilebilir gelir olarak nitelendirecektir*³⁹.

Hibrit uyumsuzluklar; hibrit kuruluşlar, finansal araçlar ve daimî işyerleri bakımından söz konusu olabilir⁴⁰. En yaygın olarak ortaya çıkan hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri örnekleri ve BEPS ile ATAD'ın bu uyumsuzluklara yönelik getirdiği kurallar aşağıda yer almaktadır.

B. HİBRİT UYUMSUZLUK DÜZENLEMELERİ

I. Hibrit Kuruluş Uyumsuzluğu

“Kuruluş” (entity) terimi, bir işin gerçekleştirilebileceği her tür yasal organizasyon anlamına gelmektedir. Bir kuruluş vergisel açıdan değerlendirildiğinde şeffaf veya opak (şeffaf olmayan) durumdadır. Bir kuruluş kurumlar vergisine tabi olduğunda opak, kurumlar vergisine tabi olmayıp ortaklığın sahiplerinin vergiye tabi olduğu durumda ise şeffaftır⁴¹.

Bir kuruluşun, bir ülke tarafından şeffaf ve bir başka ülke tarafından opak bir şekilde işlem görmesi durumunda *hibrit kuruluş uyumsuzluğu* ortaya çıkmaktadır. Kuruluşun yer aldığı ülkede vergisel açıdan opak bir şekilde işlem görmesi halinde, kuruluşun vergi matrahından gider veya zararları indirilebilir. Aynı kuruluşun, başka bir ülkede bulunan hisse senedi sahibinin ülkesi tarafından şeffaf olarak kabul edilmesi durumunda; bu ödemeler, giderler veya zararlar, hisse senedi sahibinin vergi matrahından da indirilebilir. Bu durum çifte indirim yol açmaktadır⁴².

Report, s.17.

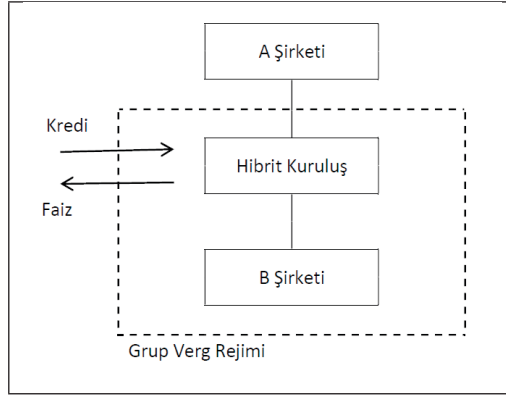
38 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, s. 15.

39 Ferhatoğlu, E., BEPS Projesinin Vergi Anlaşmaları Hukukunda Hibrit Finansal Araç Sorununa Etkisi. Vergi Sorunları Dergisi. Sayı: 326 2015, s. 27-28.

40 HMRC, s.5.

41 Detaylı bilgi için bakınız: Armağan, R. Türkiye’de Gelir ve Kurumlar Vergisi Oranlarında İndirimin Vergi Gelirleri Üzerine Etkileri. Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi 2007, s.231; Bilici, N. 2011. Vergi Hukuku. Seçkin Yayıncılık. Hukuk Kitapları Dizisi. 26. Baskı, 2011, s. 207-210.

42 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.8.



Şekil 1: Hibrit Kuruluş ve “Çifte İndirim” Sorunu⁴³

Şekil 1’de hibrit kuruluş uyumsuzluğu sonucunda oluşan çifte indirim sorunu gösterilmektedir. A ülkesindeki ana şirket (A Şirketi), B ülkesinde yer alan bir şirketi (B Şirketi’ni) dolaylı olarak elinde bulundurmaktadır. A Şirketi ve B Şirketi arasında bulunan hibrit kuruluş, A ülkesinde şeffaf olarak nitelendirilmektedir ve vergiden muaf tutulmaktadır. B ülkesinde ise söz konusu hibrit kuruluş opak olarak nitelendirilmekte ve kurumlar vergisi mükellefi kabul edilmektedir.

Hibrit kuruluş, B Şirketi’nin hisselerini satın almaktadır ve almış olduğu borcun karşılığında faiz ödemektedir. Faiz ödemesi dışında herhangi bir gelir veya gideri bulunmamaktadır. Hibrit kuruluşun net zararı B Şirketi’nin karından mahsup edilebilecektir. A ülkesinde ise hibrit kuruluş vergiden muaf kabul edildiği için, A Şirketi faiz giderlerini indirim konusu yapılabilecektir. Sonuç olarak hibrit kuruluşun ödediği faiz, her iki ülkede de çifte indirimde yol açmaktadır. Çifte indirimde yol açan hibrit uyumsuzluk durumunda, birincil kural yalnızca ana şirketin (yatırımcının) bulunduğu ülkede indirimin reddedilmesi yönündedir. Bu kuralın gerçekleşmemesi durumunda alacaklının bulunduğu ülke indirimi reddetmelidir⁴⁴.

Hibrit kuruluş uyumsuzluğu dahil edilmeksizin indirimde de yol açabilir. Örneğin bir kuruluş, faaliyet gösterdiği ülkede opak olarak işlem görürse, o kuruluşdaki hisse senedi sahibine ödenen faiz, vergi matrahından indirilebilir. Bununla birlikte aynı kuruluş, hisse senedi sahibinin mukimi olduğu ülkede şeffaf olarak değerlendirilirse, ödenen faiz hisse senedi sahibinin vergilendirilebilir gelirine dahil edilmeyecektir. İndirim ve dahil edilmeme durumunda birincil kural ana şirketin ülkesinin indirimi reddetmesi, koruma kuralı ise alacaklının ülkesinin ödemeyi vergi matrahına dahil etmesi şeklindedir⁴⁵.

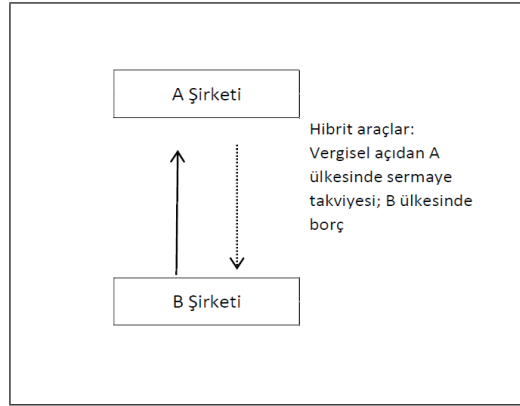
43 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.8.

44 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.8.

45 OECD, Preventing Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, s.68.

2. Hibrit Finansal Araç Uyumsuzluğu

Bir finansal araca uygulanan vergi işlemi iki ülke arasında farklılık gösteriyorsa, hibrit finansal araç uyumsuzluğu oluşur. Finansal araçların ilgili ülkelerde vergisel açıdan farklı işlemlere tabi olması, sıklıkla bir ülkede borç (alacak hakkı), diğer ülkede ise öz kaynak (şirket hakkı) olarak görüldüğünde ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Bu durumda, borcun faiz gideri vergi matrahından indirilmekte, kar payı ise vergiden muaf olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Bu nedenle finansal varlığın borç mu, yoksa öz kaynak mı olduğunun *belirlenmesi elde edilen kazancın niteliğinin ve uygulanacak düzenlemenin saptanması bakımından son derece önemli olmaktadır*⁴⁸.



Şekil 2: Hibrit Araç İle “İndirim/ Dahil Etme”⁴⁹

Şekil 2’de gösterilen örnekte, B ülkesinde mukim olan B Şirketi, A ülkesinde mukim olan A Şirketi tarafından, A ülkesinde öz kaynak, B ülkesinde ise borç olarak nitelenen bir araçla finanse edilmektedir. Bu ödemeler, B ülkesi vergi kanunu kapsamında B Şirketi için borç olarak kabul edilmekte ve faiz giderleri vergi matrahından indirilmektedir. Aynı ödeme, A ülkesinde vergiden muaf kâr payı olarak kabul edilmektedir. Sonuç olarak, B ülkesinde, A ülkesinde dahil edilen bir gelir olmaksızın net bir indirim ortaya çıkmaktadır. Böylece her iki ülkede vergi avantajı elde edilmektedir. Burada, yatırımcı kuruluşun (A) ülkesinin indirimi reddetmesi, aksi takdirde alacaklının ülkesinin (B ülkesi), ödemeleri vergi matrahına dahil etmesi gerekmektedir⁵⁰.

46 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.7.

47 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, s.34.

48 Ferhatoğlu, s.19.

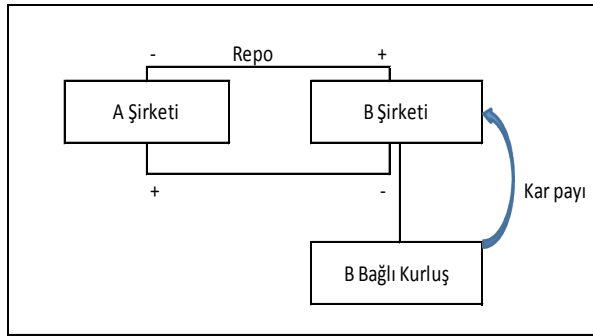
49 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.9.

50 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.9.

3. Hibrit Transfer Uyumsuzluğu

Hibrit transfer uyumsuzluğu aslında hibrit finansal araç uyumsuzluğunun bir alt türüne örnek teşkil etmektedir. Bir ülkenin mevzuatı açısından bir varlığın sahipliğinin transferi, başka bir ülkenin mevzuatı açısından farklı bir şekilde, genellikle teminatlandırılmış bir kredi olarak görülebilir⁵¹.

Bir kimsenin hisselerini 12 ay sonra geri iade edilmesi şartıyla başka bir tarafa satması ve aradaki bu süre içinde devralanın hisselerine ilişkin bir temettü ödenmesi halinde hibrit transfer uyumsuzluğu ortaya çıkmaktadır. Bir ülke, transfer edilen araçtaki temel getiri ile bağlantılı bir ödemeyi indirebilir gider olarak ele alırken, diğer ülke, söz konusu varlığa karşılık olarak aynı tutarı vergiden muaf kabul edebilir. Şeklen, hisselerin mülkiyeti devredilmiştir ve bu nedenle devralan temettüden yararlanan kişi olarak kabul edilmektedir. Esasında, transfer eden hisseleri gerçekten satmamıştır ve bu nedenle temettünün maliki veya intifa hakkı sahibi olarak değerlendirilebilir. Bu durum indirim ve dahil edilmemeye yol açabilir⁵².



Şekil 3: Hibrit Transfer Uyumsuzluğu⁵³

Yukarıdaki şekilde, B ülkesinde mukim olan B Bağlı Kuruluşu, A ülkesinde mukim olan A Şirketi'ne bağlıdır. A ve B Şirketi, A şirketinin hisselerini gelecekteki bir tarihte karşılaştırılmış bir fiyattan geri satın almak üzere satması üzerinde anlaşma yapmaktadır, diğer bir ifade ile repoya girmektedir. A Şirketi, B Bağlı Kuruluşu'nun hisselerini B Şirketi'ne satmaktadır. Satış ve geri alım arasında, B Bağlı Kuruluşu, B şirketine sabit bir oranda kâr payı ödemesinde bulunmaktadır. Reponun A Şirketi'ne olan net maliyeti, indirilebilir bir finansman maliyetidir. A Şirketi'nin maliyeti, B Bağlı Kuruluş tarafından B şirketine ödenen ve B Şirketi'nde tutulan temettü tutarlarını içerir. B Ülkesinde temettü ödemeleri, vergi indirimi sağlayacaktır. B Şirketi

51 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.7.

52 HMRC, s. 4.

53 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, s.35.

aynı zamanda hisselerin gelecekte A Şirketine devredilmesini, hisselerin gerçek satışı olarak değerlendirir ve hisse senedi katılma veya sermaye kazancı için herhangi bir kazanımı vergiden muaf tutabilir. Bu nedenle, repo işleminin birleşik etkisi, repo kapsamında yapılan toplam ödemelerin A şirketi için bir indirim, B Şirketi için dahil edilmeme ile sonuçlanmaktadır⁵⁴. Bu durumda, temel kural, yatırımcının (ödeme yapan) mukim olduğu ülkede indirimin reddedilmesidir. İndirimin reddedilmemesi halinde kural, ödemenin, ödemeyi yapan ülkenin vergi matrahına dahil edilmesidir⁵⁵.

4. Hibrit Daimi İşyeri Uyumsuzluğu

Bir vergi mükellefinin başka bir ülkede yürüttüğü faaliyetlerin, faaliyetin yürütüldüğü ülke tarafından daimi bir işyeri aracılığıyla sürdürülmediği, vergi mükellefinin mukimi olduğu ülke tarafından ise diğer ülkede daimi bir işyeri aracılığıyla sürdürüldüğü kabul edildiğinde hibrit daimi işyeri uyumsuzluğu ortaya çıkabilir⁵⁶.

Hibrit daimi işyeri uyumsuzluğu çifte indirim sorununa neden olabilir. Bir ödeme, gider veya zararın, hem vergi mükellefinin ikamet ettiği ülkede hem de (ödeme, gider veya zararın mahsup edilebileceği) hibrit daimi işyerinin bulunduğu ülkede vergilendirilebilir matrahtan indirilebilmesi durumunda çifte indirim oluşmaktadır. Vergi mükellefinin mukim olduğu ülkede indirim reddedilmelidir. İndirim ve dahil edilmemeye yol açıldığı durumda ise, vergi mükellefinin mukim olduğu ülke, bu daimi işyerine atfedilen geliri dahil etmeli bir başka ifade ile vergiden muaf tutmamalıdır.

5. İçte Aktarılan Hibrit Uyumsuzluklar

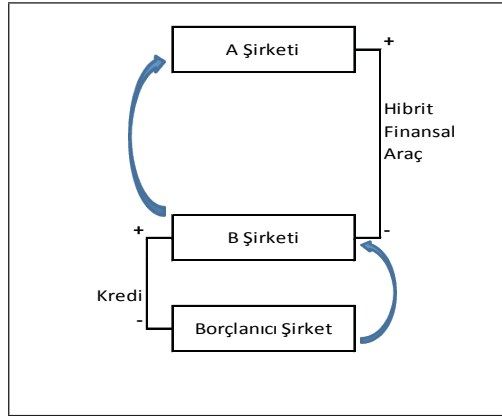
İki ülke arasında ortaya çıkan hibrit uyumsuzlukların etkisi, hibrit uyumsuzlukları gidermeye yönelik kuralların etkinliğini zayıflatan hibrit olmayan bir finansal aracının kullanılmasıyla başka bir ülkeye kaydırılabilir (veya ithal edilebilir). İçte aktarılan hibrit uyumsuzluklar (imported mismatches) diğer bir ifade ile ithal edilen hibrit uyumsuzluklar, yatırımcı ve aracı ülkelerde etkili hibrit uyumsuzluk kurallarının bulunmamasına ve daha sonra ödemede bulunanın ülkesine aktarılacak vergi sonuçlarında uyumsuzluğun yaratılmasına dayanmaktadır⁵⁷.

54 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.35.

55 OECD, Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March, s.37.

56 EY Global Tax Alert Library. ECOFIN agrees on Directive addressing hybrid mismatches with non-EU countries. 2017, s. 3.

57 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, s.59.



Şekil 4: Hibrit Finansal Araç ile İçte Aktarılan Uyumsuzluk⁵⁸

Şekildeki örnekte, B Şirketi A Şirketi'nin yüzde yüz bağlı kuruluşudur. A Şirketi B Şirketi'ne hibrit bir finansal araç kullanarak borç vermektedir. A Şirketi bu araç aracılığıyla B Şirketi'ni finanse etmektedir ve ardından B Şirketi ile C ülkesindeki Borçlanıcı Şirkete borç vermektedir (hibrit olmayan finansal araç)⁵⁹. Ne A ne de B Ülkesinde hibrit uyumsuzluk kuralları vardır, C ülkesi hibrit kurallarına uyan tek ülkedir. Hibrit finansal araç kapsamındaki ödemeler A Ülkesi kanunları uyarınca vergiden muaf tutulurken, B Ülkesi kanunlarına göre vergi matrahından indirilebilir. Hibrit olmayan finansal araç kapsamındaki ödemeler ise B ülkesindeki düzenlemeler uyarınca B Şirketi tarafından elde edilen gelire dahil edilmektedir. B Şirketi'ne gelir ve indirim birbirini nötrlemektedir (çünkü verilen krediden elde edilen gelir, hibrit araç üzerindeki indirimle eşittir). Borçlanan şirketin mukim olduğu C ülkesindeki düzenlemelere göre de borçtan dolayı ödenecek faizler indirilebilir giderlerdir. Diğer yandan A Ülkesi finansmanı kar payı olarak değil de hisse senedi olarak değerlendirdiği için A Şirketi'ne gelir dahil edilmemektedir⁶⁰.

Sonuç olarak, A ve C Ülkeleri arasında dolaylı indirim ve dahil edilmeme sorunu ortaya çıkmaktadır. Burada Borçlanıcı Şirketin (hibrit uyumsuzluğun aktarıldığı C ülkesinin) indirimi reddetmesi gerekmektedir⁶¹.

58 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, s.59.

59 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, s.60.

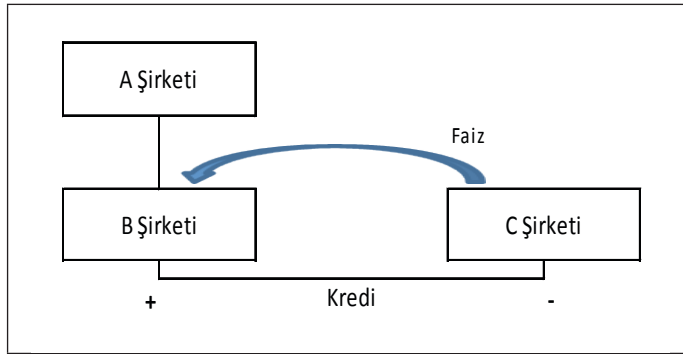
60 English, B., Woodhouse, M., Addressing hybrid mismatch arrangements A Government discussion document. First published in September 2016 by Policy and Strategy, Inland Revenue, PO Box 2198, Wellington 6140. 2016, s. 69.

61 English, Woodhouse, s. 69-70.

6. Ters Hibrit Kuruluş Uyumsuzluğu

Ters hibrit kuruluş uyumsuzluğu durumunda, normal hibrit kuruluş uyumsuzluğunun tersi bir durum mevcuttur. Bu durumda, hibrit kuruluş yabancı yatırımcı/alacaklı tarafından opak, kuruluşun bulunduğu ülkede ise şeffaf olarak kabul edilmektedir. Böyle bir durumda, ana şirket yerleşik olduğu ülkede, vergilendirilebilir bir kuruluştur. Ters hibrit kuruluş uyumsuzluğunun temel unsurlarından biri, hibrit kuruluşun – sınırlı ortaklığın ana şirkete herhangi bir ödeme yapmamasıdır⁶².

Şekil 5'teki örnekte, A Ülkesinde yerleşik bir şirket olan A Şirketi (yatırımcı ülkesi), B Ülkesinin (ters hibrit kuruluşun olduğu ülke) yasaları uyarınca kurulmuş bir yabancı ülkedeki bağlı kuruluşu olan B Şirketi'ndeki hisselerin tümüne sahiptir. B Şirketi, B Ülkesi yasaları uyarınca vergisel açıdan şeffaf olarak değerlendirilir, ancak A ülkesi yasaları uyarınca ayrı bir vergilendirilebilir varlık olarak görülür. C Ülkesinde mukim bir şirket olan C Şirketi (ödemede bulunan), B ülkesinden borç alır ve karşılığında faiz öder. Ne yatırımcı (A ülkesi) ne de kuruluşun bulunduğu ülke (B ülkesi) ödemeyi yerleşik bir kimsenin geliri olarak görmektedir. Her iki ülke de geliri, diğer ülkenin mukimi tarafından elde edilen gelir olarak kabul etmektedir⁶³. Ters hibrit kuruluş için yapılan ödemeler, ödeme yapanın ülkesi (C Ülkesi) yasalarına göre indirilebilir. Ancak bu ödeme yatırımcının (A) veya kuruluşun bulunduğu ülkenin (B) yasalarına göre gelir olarak dahil edilmezse, dahil edilmeden indirim neden olabilir⁶⁴.



Şekil 5: Ters Hibrit Kuruluşa Ödeme Yapılması⁶⁵

Çifte indirim neden olduğu ölçüde indirim, ana şirketin olduğu ülkede (A ülkesi) aksi takdirde, ödeme yapanın ülkesinde (C ülkesi) reddedilecektir⁶⁶. İndirim ve dahil edilememe durumunda

62 Vanik, 2017, s. 15.

63 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, s. 46.

64 English, B., Woodhouse, M. Addressing hybrid mismatch arrangements A Government discussion document. First published in September 2016 by Policy and Strategy, Inland Revenue, PO Box 2198, Wellington 6140. 2016, s. 1.

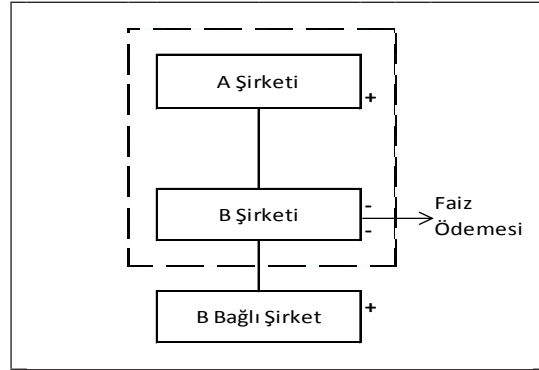
65 English ve Woodhouse, 2016, s. 1.

66 English ve Woodhouse, s. 1.

ise ödeme yapanın ülkesi, böyle bir ödeme için indirim ve dahil edilmemeye yol açtığı ölçüde bir indirimi reddedecektir⁶⁷.

7. Çifte Yerleşiklik Uyumsuzluğu

Vergi mükellefinin çifte yerleşik (dual residents) olması durumunda çifte indirim meydana gelebilir.



Şekil 6: Çifte Yerleşiklik Uyumsuzluğu⁶⁸

Şekil 6'daki örnekte, A şirketi (A Ülkesinde anonim ve mukim vergi mükellefi olan bir şirket) B şirketinde (B Ülkesinde anonim, ancak A Ülkesinde ve B Ülkesinde mukim vergi mükellefi olan bir şirket) tüm hisselerine sahiptir. B şirketi, B Bağlı Şirketteki (B Ülkesinde anonim ve mukim vergi mükellefi olan bir şirket) hisselerin tümüne sahiptir. B Şirketi, hem A Ülkesinde hem de B Ülkesinde ikamet ettiği için, her iki ülkede de küresel ölçekte elde ettiği net gelirleri üzerinden vergiye tabidir, her iki ülkeden elde ettiği gelirlerin vergilerini konsolide etmektedir. B ülkesi vergi konsolidasyonu (vergi borçlarının birleştirilmesi) ile net zararı diğer yerleşik şirkete bırakabilir. B Şirketi bir bankadan borç alıp karşılığında faiz ödediğinde, vergi konsolidasyonu B Şirketi'ne vergi avantajı sağlamak ve A ve B Ülkelerinde elde ettiği gelirlerden faiz giderini ayrı ayrı indirebilmesine imkan tanımaktadır. Dolayısıyla bu durum çifte indirim yol açmaktadır⁶⁹.

Ana şirketin bulunduğu ülke (A ülkesi), böyle bir ödeme için yinelenen indirimi çifte indirim yol açtığı ölçüde reddetmelidir. Ana şirketin bulunduğu ülke uyumsuzluğu etkisiz hale getirmese, ödeyenin bulunduğu ülke (B ülkesi) bu tür bir ödemeyi çifte indirim yol açtığı tutarda indirilmesini reddetmelidir⁷⁰.

67 OECD, Preventing Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, s.49.

68 European Commission, s. 6.

69 European Commission, s. 6; OECD, 2014, s. 55.

70 OECD, Preventing Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final

II. TÜRKİYE'DE HİBRİT UYUMSUZLUKLARA YÖNELİK DÜZENLEMELER

G20 ve OECD ülkesi olan Türkiye, 2012 yılında OECD/ G20 BEPS projesinin şartlarını onaylama taahhüdünde bulunmuştur⁷¹. 2015 yılı G20 Antalya zirvesinde ise diğer G20 ülkeleri ile birlikte Türkiye, BEPS projesini onaylamıştır.

OECD BEPS Projesi öncesinde mevzuatımızda hibrit uyumsuzluklara yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Ateş'in de ifade ettiği gibi:

“Türkiye'nin BEPS projesini uygulama taahhüdünde bulunmasından sonra da bu konuda bir adım atılmamıştır. Dolayısıyla, Türk vergi sisteminin, BEPS projesi öncesi veya sonrasında, hibrit uyumsuzluk düzenlemelerinin etkisiz hale getirilmesine ilişkin 2 Numaralı Eylem Planı maddeleriyle uyumluluğunu tartışmak mümkün değildir”⁷².

Diğer yandan hibrit uyumsuzluk düzenlemeleri ile yakın ilişkili olan daimi işyeri kavramı üzerinden bir değerlendirme yapılabilir. “Şirketlerdeki daimi işyerleri, özellikle çok uluslu şirketler için uyumsuzluk fırsatları sağladıkları için genellikle vergi planlama düzenlemelerinde hibrit kuruluşlara alternatif olarak kullanılmaktadır”⁷³.

Ticari kazançların vergilendirilebilmesinde ölçüt olarak OECD Modelinin üzerine inşa edildiği temel ilke uyarınca “daimi işyeri” kavramı kullanılmaktadır⁷⁴. OECD Model Anlaşmasının 5. Maddesinin 1. Fırcasında yer alan “işyeri” tanımı, “Bir teşebbüsün ticari faaliyetinin kısmen veya tamamen aracılığıyla sürdürüldüğü bir sabit iş yerini” ifade etmektedir. Bu tanıma göre, bir işyerinin varlığından bahsedilebilmesi için iş yapılan bir yer ve iş yapılan yerin belli bir coğrafi konumu bulunmalıdır⁷⁵. Ancak dijitalleşme ile birlikte, fiziki anlamda işyeri şartını taşımadan faaliyette bulunulabilmesi, daimi işyeri kapsamına girmeyi önlemekte ve vergiden kaçınmaya imkan vermektedir. OECD'nin BEPS raporunun 7 Numaralı Eylem Planı *Daimi işyeri Statüsünden Kaçınmanın Önlenmesi*'ne ayrılmıştır⁷⁶. Bu raporda daimi işyeri tanımında değişikliklere gidilmiştir.

Türkiye'de daimi işyeri kavramı hakkında henüz herhangi bir düzenleme uygulamaya konulmamış olmakla birlikte, Vergi Usul Kanunu Tasarısı taslağında daimi işyeri kavramı güncellenmiştir.

Report, s.67.

71 Ates, L., Assessing BEPS: Origins, Standards, and Responses – Turkish Report for the 2017 Annual IFA Congress, Rio De Janeiro, Brazil (November 15, 2016). IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 102A. 2017, s. 767.

72 Ates, s. 780.

73 HMRC, s. 6.

74 Detaylı bilgi için bakınız: Akçaoğlu, E.. BEPS Eylem 7: İşyeri Statüsünden Yapay Yollarla Kaçınmanın Önlenmesi, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi 5 Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırmanın (BEPS) Önlenmesi: Politika, Hukuk, Eylem. Konuşma Metni. 2015, s. 329.

75 Akçaoğlu, s. 330.

76 AB, ATAD uygulamasında daimi işyeri eylem planları arasında yer almamakla birlikte ATAD II'de hibrit düzenlemesi ile birlikte ele alınmıştır.

Buna göre taslakta yer alan 129 ve 130. maddelerde⁷⁷ iş yeri ve elektronik ortamda işyeri yer almaktadır. Taslakta yer alan 129. maddeye göre elektronik ortam işyeri tanımına dahil edilmiştir. Bu maddeyi takip eden 130. Madde elektronik ortamda işyeri başlığını taşımaktadır.

Bu düzenleme ile birlikte, bir ülke tarafından coğrafi konumu bulunmadığı için daimi iş yeri olarak kabul edilmeyen bir kuruluşun diğer ülke tarafından daimi iş yeri olarak kabul edilmesi sonucunda oluşan hibrit uyumsuzlukların önlenmesi sağlanmaktadır. Bu nedenle Vergi Usul Kanunu Tasarısı taslağının zaman kaybetmeden hayata geçirilmesinde yarar görülmektedir.

OECD öncülüğünde ortaya çıkan BEPS projesinin, vergi önceliklerimiz arasına doğru ve dengeli bir şekilde konumlandırılması gerekmektedir. Türkiye'nin çok daha acil çözüm bekleyen, daha önemli vergi sorunları olduğu da unutulmamalıdır⁷⁸. Dolayısı ile “*asgari standartlar ve öneriler, ekonomik etkileri bakımından kapsamlı olarak incelenmeli, mümkün olduğu ölçüde etki analizleri yapılmalı, yerel ve uluslararası olumlu sonuçları, mükelleflere ve idareye getirdiği yük ve yükümlülüklerle uyumlu olduğu ölçüde mevzuata dönüştürülmelidir. Konulara sadece kanunlar ve anlaşmalar çerçevesinde de bakılmamalı, BEPS farkındalığının mükellef, vergi inceleme elemanları ve yargı nezdinde yaratacağı tereddütlerin ayrıntılı ikincil düzenlemeler yoluyla giderilmesine ve açıklığa kavuşturulmasına çalışılmalıdır*”⁷⁹.

III. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Vergi, ülkelerin kendi egemenlik alanlarında yer alan bir iç mesele olmakla birlikte, ekonomik dünya küreselleştikçe ve giderek bütünleştikçe, ülkelerin vergi sistemleri arasındaki etkileşim kaçınılmaz hale gelmiştir. Özellikle çok uluslu şirketler ülkelerin vergi sistemlerindeki farklılıklardan yararlanarak vergiden kaçınmaya çalışmaktadır. Bu durum vergi sisteminin adil, etkili ve şeffaf olmasının önünde engel teşkil etmektedir. Nitekim hibrit uyumsuzluklar, birden fazla vergi sistemi arasındaki etkileşim sonucunda gerçekleşmektedir. Ülkelerin farklı nitelendirme sorununu ortadan kaldırmak için, iç vergi yasalarının uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu noktada, ülkelerin birbiriyle uyumlu düzenlemeler yapması yönünde uluslararası platformda

77 Vergi Usul Kanunu Taslağı'nda yer alan daimi işyeri ile ilgili maddeler:

“MADDE 129 – (1) İş yeri, mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalâthane, şube, satış yeri, atölye, depo, laboratuvar, sergi ve teşhir salonu, eğitim ve kurs yerleri, ev ofis, müzayede salonu, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiflik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, tuzla, taş ve maden ocakları, şantiyeler, yük ve yolcu taşıma araçları, vapur büfeleri, mobil araçlar, elektronik ortam veya alanlar gibi ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir.

MADDE 130 – (1) İnternet, ekstranet, intranet ya da benzeri bir telekomünikasyon ortam veya aracının ticari, sınai veya mesleki faaliyete tahsis edilmesi veya bu faaliyetlerde kullanılması durumunda elektronik ortamda iş yeri oluşur.

(2) Maliye Bakanlığı, elektronik ortamda oluşan iş yerlerinin kapsamına ve mükellefiyetle ilgili ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin hususları belirlemeye, elektronik ortamda oluşan işyerleri vasıtasıyla mal veya hizmet temininde ya da bunların bedelinin ödenmesinde aracılık yapan kişiler ile mal veya hizmetin alıcılarını ilgili vergilerin ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutmaya ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.” Detaylı bilgi için bakınız: Vergi Usul Kanunu Tasarısı.

78 Güngör, A.F., Vergi Mükelleflerinin Bakış Açısıyla BEPS: Mükellefin Beklentileri Neler Olabilir? Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma. Şubat 2018. Beta Basım ve Yayım. 2015, s. 154.

79 Güngör, s. 154.

kurallar belirlenmesi ve uygulanması büyük önem arz etmektedir. OECD, BEPS raporunda yer alan tavsiyeleriyle, farklı yargı bölgeleri arasındaki vergi uygulamalarındaki farklılıklardan kaynaklanan hibrit uyumsuzluk düzenlemelerinin etkisini düzeltmeyi amaçlamaktadır. AB, OECD'nin tavsiyeleri doğrultusunda hazırlanan ATAD uygulaması ile Birlik içindeki ülkelere hibrit uyumsuzluklara yönelik uygulaması gereken kurallar getirmektedir. Türkiye ise, OECD tavsiyelerini uygulama konusunda taahhütte bulunmuş olmakla birlikte hibrit uyumsuzluklara yönelik henüz somut bir adım atmamıştır. Türkiye kendi öncelikli vergi sorunlarını ihmal etmeden BEPS projesinin gerekliliklerine yönelik mevzuat düzenlemelerini hayata geçirmeli ve uygulanmasını gözetlemelidir. Türkiye'nin önünde bu alanda kat edilmesi gereken uzun bir yol bulunduğu söylenebilir. Bununla birlikte Vergi Usul Kanunu Taslağı'nda daimi işyeri tanımına yönelik yer alan düzenleme dikkate alındığında, taslağın yasalaşmasının ve uygulamaya konulmasının hibrit uyumsuzluklarla mücadelede etkili olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akçaoğlu, E., (2015). BEPS Eylem 7: İşyeri Statüsünden Yapay Yollarla Kaçınmanın Önlenmesi, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi 5 Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırmanın (BEPS) Önlenmesi: Politika, Hukuk, Eylem. Konuşma Metni. 27 Kasım 2015, Anamed, İstanbul.
- Armağan, R., (2007). Türkiye'de Gelir ve Kurumlar Vergisi Oranlarında İndirimin Vergi Gelirleri Üzerine Etkileri. Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi.
- Ates, L., (2017). Assessing BEPS: Origins, Standards, and Responses – Turkish Report for the 2017 Annual IFA Congress, Rio De Janeiro, Brazil (November 15, 2016). IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 102A (2017). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3059414>
- Barsch, S.E., (2017). AB Vergiden Kaçınmaya Karşı Paket: OECD/G20 BEPS Eylem Planı İle Karşılaştırma. Dolaysız Vergilerin Dolanılmasıyla Mücadelede AB'deki Güncel Durum ve Türkiye. (VEHUP, Marmara Üniversitesi ile işbirliği içinde 06.02.2017'de İstanbul'da düzenlediği II. Uluslararası Kongresinden derlenen çalışma) 2018, On İki Levha Yayıncılık.
- Bhogal S., Swanson K., (2017). ATAD II: the revised EU rules on hybrid mismatches. <http://www.taxjournal.com/>.
- Bilici, N., (2011). Vergi Hukuku. Seçkin Yayıncılık. Hukuk Kitapları Dizisi. 26. Baskı.
- English, B., Woodhouse, M., (2016). Addressing hybrid mismatch arrangements A Government discussion document. First published in September 2016 by Policy and Strategy, Inland Revenue, PO Box 2198, Wellington 6140. ISBN 978-0-478-42436-2
- European Commission (EC), (2016). Council Directive Amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries. Strasbourg, 25.10.2016. COM(2016). 2016/0339(CNS). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52016PC0687>.
- EY Global Tax Alert Library, (2017). ECOFIN agrees on Directive addressing hybrid mismatches with non-EU countries.
- Erdem, T., (2015). Türk Bakış Açısıyla BEPS: Türkiye'nin Geldiği Yer Nedir? Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma. Şubat 2018. Beta Basım ve Yayımları.
- Ferhatoğlu, E., (2015). BEPS Projesinin Vergi Anlaşmaları Hukukunda Hibrit Finansal Araç Sorununa Etkisi. Vergi Sorunları Dergisi. Sayı: 326.

- Göktuna, E.D., (2017). Türk Vergi Hukuku Mevzuatı ile AB'nin Vergiden Kaçınmaya Karşı Paketi'nin Karşılaştırılması. (VEHUP, Marmara Üniversitesi ile işbirliği içinde 06.02.2017'de İstanbul'da düzenlediği II. Uluslararası Kongresi), 2018, On İki Levha Yayıncılık.
- Güngör, A.F., (2015). Vergi Mükelleflerinin Bakış Açısıyla BEPS: Mükellefin Beklentileri Neler Olabilir? ("Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırmanın (BEPS) Önlenmesi: Politika, Hukuk, Eylem" başlıklı Beşinci Uluslararası Vergi Konferansında sunulan ve tartışılan tebliğlerin derlendiği çalışma) Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma. Şubat 2018. Beta Basım ve Yayım.
- HMRC (HM Revenue and Customs), (2017). Updated Guidance – March 2017 1 Intm Guidance Hybrid and Other Mismatches.
- Küçük E.Ö., Küçük E., (2017), Küresel Vergi Yönetimi: Yeni Ortak Hukuka Doğru. Siyaset, Ekonomi Ve Yönetim Araştırmaları Dergisi. Ekim 2017, Cilt:5, Sayı:5.
- Molenaars, M., (2017). Ecofin agrees to extend the scope of the EU hybrid mismatch rules. <https://www.stibbe.com/en/news/2017/march/ecofin-agrees-to-extend-the-scope-of-the-eu-hybrid-mismatch-rules>.
- OECD, (2012). Hybrids Mismatch Arrangements: Tax Policy And Compliance Issues March.
- OECD, (2013). Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/978.926.4192744-en>
- OECD, (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/978.926.4218819-en>
- OECD, (2015). Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/978.926.4241220-en>.
- Özgenç, A.S., (2016). Vergi Anlaşmalarının Kötüye Kullanılması-Anlaşma Alışverişi – On iki levha yayıncılık. 1. Baskı, İstanbul.
- Remeur, C., (2017). Hybrid mismatches with third countries. EPRS | European Parliamentary Research Servicei.
- Smith, F., (2014). "Asset protection in multinational enterprises – where to now?: Implications for asset protection planning in multinational enterprises from the OECD's work on BEPS", The Multinational Business Review, Vol. 22 Issue: 4, pp.351-371.
- Vanik, M., (2017). (Reverse) Hybrid Entity Mismatches in EU. Master thesis International Business Taxation Track: International Business Tax Law – Business Organizations and Strategies Tilburg School of Law Tilburg University. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=144384>
- Venetkoski, L., (2017). EU Approach to Elimination of Hybrid Mismatch Arrangements. Analysis under the Objectives of EU Anti-Tax Avoidance Policy. Master's thesis Tilburg University. LLM International Business Tax Law, 2016–2017, ANR 778364.
- Vergi Usul Kanunu Tasarısı, <https://korunanmuhasabe.com/vergi-usul-kanunu-yasa-tasarisi-taslagi-yayimlandi/> adresinden ulaşılabilir.
- Vijver A., (2015). International double (non-) taxation: comparative guidance from European legal principles, in EC Tax Review, Vol. 24, no. 5.
- Yaltı, B., (2015). BEPS'in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi, Ötesinde mi? ("Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırmanın (BEPS) Önlenmesi: Politika, Hukuk, Eylem" başlıklı Beşinci Uluslararası Vergi Konferansında sunulan ve tartışılan tebliğlerin derlendiği çalışma) Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma. Şubat 2018. Beta Basım ve Yayım.

Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk

Liability in the Context of Conflict of Interest of the Board Members and Company Interest

Murat Yusuf AKIN*
Muhammed SULU**

Öz

Şirket menfaati kavramı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, bu kavrama kanunun pek çok yerinde bazen açıkça bazen de örtülü olarak değinildiği görülmektedir. Bu kavram, şirket eksenli çatışan tüm menfaatlerin ortak paydasıdır. Herhangi bir menfaat çatışmasında şirket menfaatinin tercih edilmesi, orta ve uzun vadede tüm menfaatlerin yararınadır. Bazı hallerde yönetim kurulu üyelerinin kendi menfaatlerini şirketin menfaatinin önünde tutarak şirket menfaatinin zararına uğratması neticesinde hukukumuzdaki sorumluluk rejimi çerçevesinde hangi hukuki adımların atılacağı bu çalışmanın konusudur. Şirket menfaatinin koruyucu esaslı bir rejimin hukukumuzda bulunmayışı, şirket menfaatine aykırı hareket eden yönetim kurulu üyelerinin aleyhine işletilecek sorumluluk hükümlerinin önemini artırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim Ortaklıklar, Şirket Menfaati, Menfaat Çatışmaları, Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati

Abstract

The concept of company interest is not defined in the Turkish Commercial Code No. 6102. However, this concept is sometimes explicitly and sometimes implicitly applied in many parts of the law. This concept is the common denominator of all conflicting interests. In any conflict of interest, the preference of the company interest is in the benefit of all interests in the medium and long term. It is the subject of this study to determine how the provisions of the liability regime in our law will be applied as a result of the loss of the company interest by holding the own interest before the interests of the company. The fact that there is no essential regime in our law which protects company interests entirely, increases the importance of the liability provisions to be executed against the members of the board of directors who act against the company interest.

Keywords: Joint-Stock Companies, Company Interest, Conflict Of Interest, Interest of Board Members

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, makin@marmara.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-0194-9571).

** Dr., İstanbul Barosu Avukatlarından, av.muhammedsulu@gmail.com, (ORCID: 0000-0001-9634-2272).

GİRİŞ

Kendi menfaatlerine öncelik vererek şirket menfaatlerini arka plana itme ihtimali bulunan anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin herhangi bir menfaat çatışmasında şirket menfaati yerine kendi menfaatlerini seçmemeleri için kanun koyucu sorumluluk davası kurumunu ihdas etmiştir. Şirketin meşru menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözetmekle yükümlü olan anonim ortaklık yöneticileri, bu yükümlülüklerini yerine getirmemeleri sebebi ile meydana gelen zararlardan sorumludur. Hususen TTK m. 553'te vücut bulan bu hukukî sorumluluğun müeyyidesi maddi tazminattır. Hukukumuzda istisnai mahiyette olmak üzere, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesinde banka yönetim kurulu üyeleri için belirli koşullar altında iflas müeyyidesi de öngörülmüştür. Bir anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi hakkında sorumluluk doğmuş ise ilgili üye tüm malvarlığı ile sınırsız olarak zararı tazminle sorumlu olmaktadır¹.

Ticaret Kanunu'muzda şirkete verilen zararlara ilişkin hukuki sorumluluğa dair hükümler, özel ve genel sorumluluk halleri olmak üzere iki gruba ayrılmıştır. TTK m. 549-552 hükümleri arasında yer alan; *“Belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması”*, *“Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi”*, *“Değer biçilmesinde yolsuzluk”*, *“Halktan para toplamak”* halleri, ayrıca TTK m. 1524'te düzenlenen *“Elektronik işlemler ve bilgi toplumu hizmetleri”* yükümlülüklerine aykırılık halinde sorumluluk kanunda düzenlenmiş özel sorumluluk halleridir. Bunların dışında TTK m. 553'te ise, *“..kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerin..”* ihlalden kaynaklanan genel sorumluluk hali düzenlenmiştir. Hiç şüphesiz, yukarıda belirtilen özel sorumluluk halleri de şirket menfaati kavramı ve şirket menfaatine aykırılık ile ilgilidir, fakat şirket menfaatine aykırılıktan açılacak sorumluluk davalarında hukuki sebep genel olarak TTK m. 553'teki genel sorumluluk hükmüdür. Bu minvalde, yönetim kurulu üyelerinin, borç, yasak ve kaidelere aykırı davranışları TTK'nın 553. maddesine göre sorumluluk doğuracaktır.

Şirket kurucusu, yöneticisi, tasfiye memuru gibi kimselerin dışında kanun, şirket denetçilerinin şirkete verdikleri zarar nedeni ile oluşacak sorumluluklarını TTK m. 554'te düzenlemiştir. Gerek özel gerek bağımsız denetçiler, görevlerini yerine getirirken kusurları ile şirkete vermiş oldukları zarardan dolayı sorumlu tutulmuşlardır. Denetçilerin sorumluluğu bağlamında özellikle şirketin ticarî sırlarının korunması, aksi takdirde bunun bir sorumluluk sebebi olacağı önem arz eder.

Yönetim kurulu üyeleri hakkında açılacak davalar bakımından şirketler topluluğunda bağlı şirket yöneticileri önem ve farklılık arz eder. Şöyle ki, TTK m. 203'e göre, tam hakimiyet halinde bağlı şirketin kaybına sebebiyet verse dahi hakim şirketin talimatlarına uyulması zorunludur. Bu talimatların yerine getirilmesinden dolayı oluşan kayıp ve zararlardan bağlı şirket yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bulunmaz. Ne var ki, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek talimatlara uyan bağlı şirket yönetim kurulu üyesi hakkında sorumluluk davası açılabilir.

1 Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)*, İstanbul 2010, s. 9 vd.; Yılmaz Yördem, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklaştırılmış Teselsül İlkesi*, Ankara 2017, s. 26.

Anonim ortaklık yöneticilerinin hukukî sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 553'e göre, yöneticiler kusurları ile şirket menfaatine verdikleri zararlardan dolayı şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar. Hükümde şirket ile birlikte pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının da sayılmasının sebebi; hiç şüphesiz bu iki grubun şirket ile menfaat ilişkisinde bulunan menfaat gruplarından olmalarıdır. Şirket menfaati kavramını açıklayan teorilerden biri olan çıkar grubu teorisine (*stakeholder theory*) göre pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaati, şirket menfaati şemsiyesinin altında yer almaktadır. Yönetim kurulu üyesinin, menfaat grubundaki bu kişilere karşı sorumlu tutulabilmesi için şirket menfaatine verdiği zararı kusuru ile vermiş olması gerekmektedir.

I. Genel Olarak Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Şirketin Menfaatlerinin Çatışması

Bir anonim ortaklığın yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu, kontrolünde bulundurduğu sermaye ve diğer araçlardan dolayı kendisinin veya bir başkasının menfaatinin şirket menfaatinin önüne geçirebilir. Öyle ki, bu menfaat çatışmalarının sonucunda şirketin hukukî bağımsızlığını kaybederek bir başkasının kontrolüne girmesi ("*takeover*") dahi söz konusu olabilir². Bunların engellenmesi ise şirket menfaati kavramının somutlaştırılması ve öncelenmesi ile mümkündür. Yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı olan kanaatimizce en önemli yükümlülüğü TTK m. 369'da düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğüdür. Yönetim kurulu üyelerine şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetme yükümlülüğü yükleyen bu hükmün gerekçesine göre, *yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim paysahibinin veya paysahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi* gerekmektedir. Kanun koyucu, gerekçenin devamında şirket menfaati ile diğer menfaatlerin çatışması halinde yönetim kurulunun nasıl davranması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, "*...Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar...*" Görüldüğü üzere, kanun koyucunun son derece haklı olarak muradı menfaat çatışmalarında şirket menfaatinin ön plana alınmasıdır.

Yönetim kurulu üyelerinin kendi menfaatlerini şirket menfaatinin önünde tutmasını engellemek adına performanslarının ödüllendirilmesi önem arz eder. Nitekim SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin 4.6.1. maddesinde, yönetim kurulu üyelerinin performans değerlendirilmelerinin yapılması ve bu değerlendirmeler sonucunda ödüllendirilmeleri veya azledilmeleri gerektiği belirtilir³.

2 Feyzan Hayal Şehirli Çelik, **Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler**, Ankara 2008, s. 51-52.

3 İsmail Kırca / Feyzan Hayal Şehirli Çelik, / Çağlar Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku**, C.1, Ankara 2013, s. 266-267.

Anonim ortaklıklarda genellikle yönetim kurulu ya çoğunluk paylarına sahip olan pay sahipleri veya bu kişilerin seçtiği kişilerden oluşmaktadır. Bu çoğunluk pay sahiplerinin şirket ile veya şirketteki herhangi bir menfaat grubu ile menfaat çatışması içine girmesi halinde bu kişiler tarafından seçilen yönetim kurulu üyelerinin çoğunluk pay sahiplerinin menfaatini gözetmeyi istemeleri muhtemeldir. Ne var ki, yönetim kurulunun menfaat çatışması halinde şirket dışında bir başka kişinin menfaatini tercih etmesi sorumluluk hükümlerinin harekete geçmesini sağlar. Zira yönetim kurulu üyeleri, kendilerini seçen pay sahiplerine karşı değil, şirket tüzel kişiliğine karşı sorumludurlar⁴.

II. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarında Kusur

Yönetim kuruluna karşı şirket menfaatine aykırılık sebebi ile açılacak sorumluluk davalarında TTK m. 369'daki özen borcu önem arz eder. Şöyle ki, özen borcu yöneticilere yüklenmiş başlı başına bir borç olmasının yanında bu tür davalarda yöneticinin kusurlu olup olmadığını belirlerken başvuru bir kıstastır⁵. “*Tedbirli bir yöneticinin özeni*”ni tam olarak göstermeyen yönetim kurulu üyesi, bu özeni göstermediği ölçüde sorumlu olur. Başka bir ifade ile yönetim kurulu üyesi, ancak kendisine isnat edilebilen zararlardan ancak kusuru nispetinde sorumlu tutulabilir. Kusur, zarar veren kişinin sorumlu tutulabilmesi için, hukuk düzeni tarafından belirlenen model davranışa uymayan her türlü davranıştır⁶. Şirket menfaatine verilen zararlar, herhangi bir kusur neticesinde ve özen borcunun ihlali ile oluşmuş ise yönetim kurulu/üyeleri aleyhine sorumluluk davası yoluna gidilebilir. Yani, şirket menfaatinin zarara uğraması her halükarda yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna sebebiyet vermez. Yönetim kurulu üyesi şirketi yönetirken belirli riskler ile hareket eder. Alınan bu risklerin bazı durumlarda olumsuz sonuçlara yol açması kaçınılmazdır. Burada önem arz eden husus, yönetim kurulu üyesinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü ihlal ederek söz konusu zarara sebebiyet verip vermediğidir⁷. Yönetim kurulu üyesinin tüm yükümlülüklerine uyduğu halde oluşan zararlara –sigorta vb. teminat sözleşmelerinin bulunmadığı varsayımında– ticaret hayatının riski olarak tüm çıkar grupları katlanmak durumundadır. Bu itibarla, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere TTK m. 553/3 hükmündeki kontrol dışındaki yolsuzluklar sebebi ile sorumsuzluk hükmü, kanaatimizce gerekliliği tartışılır bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kusuru ispat yükü ise haksız fiil temelli davalarda davayı açanların üzerindedir. Nitekim içtihatımızı zenginleştiren yeni İstinaf Mahkemesi kararlarında da bu husus dile getirilmektedir: “...TTK 553. maddesine göre kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları TTK ve şirket esas sözleşmesinden doğan yükümlülükleri kusurlarıyla yerine getirmedikleri

4 Mehmet Helvacı / Emin Çamurcu / İsmail Türkyılmaz, **Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı**, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 314.

5 Çamoğlu, Sorumluluk s. 68.

6 O. Gökhan Antalya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul 2015, s. 21; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, İstanbul 2016, s. 54.

7 Bkz. Özge Ayan, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara 2013, s. 236.

ve sonuç olarak kusurları nedeniyle oluşan zararlardan kişisel bakımdan sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Zarardan sorumlu olanların kusurlu olduğunu davacının yani zarar görenin ispatlaması gerekmektedir. Zararın tutarı da davacılar tarafından ayrıca kanıtlanmalıdır. Bu tür davalarda zarar her türlü delille ispat edilebilir. Öncelikle zarara uğrayan şirket defter ve belgeleri üzerinde hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde bilirkişi vasıtasıyla inceleme yapılarak rapor alınmalıdır...⁸. Görüldüğü üzere İstinaf Mahkemesi, serbest delil ilkesinin geçerli olduğu sorumluluk davalarında, kusurun ve zararın miktarının davacılar tarafından ispat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Fakat önemle vurgulamak gerekir ki, yönetim kurulu üyesi ile anonim ortaklık arasındaki sözleşmesel ilişki, özen yükümü gibi sözleşmesel yükümlülüklerle aykırılık halinde ispat yükünü yönetim kurulu üyesine yüklemektedir. Başka bir deyişle, yönetim kurulu üyesi, şirket ile arasındaki sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan zararlardan herhangi bir kusuru olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. Bu durum TBK m. 112'nin gereğidir⁹. Böylece şirket menfaatini ihlal iddiası ile açılan sorumluluk davalarında davacıların yalnızca zararın varlığını ispat etmeleri yeterlidir¹⁰. Sonuç olarak, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk davasında ispat yükü davalı yönetim kurulu üyesine, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk davasında ise davacıya ait olacaktır¹¹. Şayet her iki sebep de gerçekleşmiş ise veya hangi sebepten kaynaklandığı hususunda bir tereddüt bulunuyor ise "Sebeplerin yarışması" başlıklı TBK m. 60¹² uyarınca menfaati zarar gören şirketin lehine olacak bir şekilde, zararın sözleşmeye aykırılıktan kaynaklandığı ve ispat yükünün davalı yönetim kurulu üyesi üzerinde olması gerektiği kabul edilmelidir kanaatindeyiz. TTK m. 1521'e göre basit yargılama usulüne tâbi olan sorumluluk davalarında, yönetim kurulu üyeleri tâcir olmadığından dolayı ticari defterlerin delil olarak kullanılması mümkün değildir¹³. Bununla birlikte, ticari defterlerin takdiri delil olarak kullanılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Somut olayda hafif ihmalin bulunması da yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun doğması için yeterlidir¹⁴. Kusurun kast derecesinde olması gerekmez. Kast ve ihmalin yanında hafif ihmal veya dikkatsizlik sonucu şirket menfaatine verilen zararlar için dikkatsizlik gösteren

8 İstBAM 12HD 2017/53 E. 2017/75 K. 09.03.2017 T. (www.lexpera.com.tr)(erişim: 19.03.2018)

9 TBK m. 112: "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."

10 Mehmet Helvacı, **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2001, s. 40; Oruç Hami Şener, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Ankara 2017, s. 419; Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2016, s. 694. İspat yükünün davacıda olacağı yönünde bkz. Reha Poroy / Ünal Tekinalp / Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku II**, İstanbul 2017, s. 389.

11 Aynı yönde Mehmet Helvacı, **Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül**, GSÜHFD, S. 2013/2, İstanbul 2013, s. 81; Emin Çamurcu, **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul 2015, s. 75. Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun farkları için bkz. M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul 2016, s. 435-436.

12 TBK m. 60: "Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir."

13 Çamoğlu, Sorumluluk s. 170; Ayan s. 289.

14 Peter Böckli, **Schweizer Aktienrecht**, Zürich 2009, kn. 1966.

yönetim kurulu üyesi hakkında da sorumluluk davası açılabilir¹⁵. Şirket işlerine tedbirli bir yöneticinin özenini gösterme yükümlülüğü bunu gerektirir. Tedbirli ve özenli bir yöneticinin de aynı koşullarda benzer davranışı sergileyeceği sonucuna varılır ise, somut olayda herhangi bir kusurun bulunmadığını kabul etmek gerekir¹⁶. Aksi takdirde, yönetim kurulu üyesinin şahsi işleri için gösterdiği özen derecesi sorumluluktan kurtulma sebebi olamaz¹⁷.

III. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarında Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi

Şirket menfaatine aykırı bir fiille meydana gelen şirket zararı için açılacak bir sorumluluk davasında önem arz eden hususlardan biri de farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre sorumluluğun sınırının belirlenmesidir. 6102 sayılı TTK ile hukukumuzda dahil edilen bu ilkenin temelini, 1991 reformu ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesinde bulmaktadır. Bilindiği üzere, kimsenin sorumlu tutulamayacağı bir zararı tazmin yükümlülüğü olmaması genel bir hukuk kaidesidir. Farklılaştırılmış teselsül de, bu ilkenin anonim ortaklıklara özgü sorumluluk hukukuna yansımış halidir. Bu ilke; iç ilişkide ileri sürülebilecek olan kusurun derecesine ilişkin değerlendirmenin dış ilişkide de ileri sürülebilmesine imkan sağlar. Hal böyle olunca her bir yönetim kurulu üyesi, bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide de ileri sürebilir ve zararın ancak kusuru ölçüsünde ve halin gereklerine göre kendisine yükletilebilecek kısımdan sorumlu olur¹⁸. Hakikaten TTK'nın m. 557/1 hükmüne göre, *“Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.”* Görüldüğü üzere kanundaki bu düzenleme, yönetim kurulu üyelerinin lehinedir. Kurul halinde çalışan yönetim kurulu üyeleri hakkında farklılaştırılmış teselsül ilkesinin ne denli hakkaniyete uygun olduğu şüphelidir. Şöyle ki; şirket menfaatinin yönetim kurulu üyeleri tarafından zarara uğratıldığı durumda şirket, pay sahipleri ve alacaklılar, yalnızca kendisine sorumluluk yükletilebilen üyelere ve zarara sebebiyet verdikleri oranda başvurabilirler. Hal böyle olunca, zararın kendisine yükletilebildiği yönetim kurulu üyesinin ödeme güçlüğü çektiği bir durumda ne kendisinden ne de diğer kurul üyelerinden bu zararın tazmini mümkün olacaktır. Bu durumda da mağduriyetin davacı şirket veya diğer çıkar grupları üzerinde kaldığı görülmektedir. Böylece zaten zarara uğrayıp mağdur olan davacılar ikinci kere zarara uğratılmış olmaktadır. Oysa kurul halinde çalışan bir yönetim kurulundaki üyeler, bir zarara sebebiyet vermişler ise mutlak surette az veya çok kusurludurlar ve zarara kurul olarak katlanmalıdırlar. Bu itibarla, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin, davalının ödeme güçlüğü gibi davacıyı mağdur edecek hallerinin bulunmadığı durumlara özgü olarak uygulanması, bunun dışında tam teselsül ilkesinin geçerli olması şirket menfaatine daha uygun olabilirdi¹⁹.

15 “...kast aranması gerekmeyip, tedbirsizlik ve buna benzer hafif kusur halindeki sorumluluk bahse konu olacağından...” Y11HD 1992/5424 E. 1992/11589 K. 21.12.1992 T. (Eriş s. 2342-2343.) Ayrıca Bkz. Pulaşlı Genel Esaslar s. 691.

16 Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich 2009, S. 18 kn. 432.

17 Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi*, GÜHFD C. 18 S. 3-4, Ankara 2014, s. 37.

18 Helvacı, *Teselsül* s. 84.

19 Helvacı, *Teselsül* s. 95.

IV. Sorumluluk Davasını Açmaya Yetkili Kişiler

Yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaatine vermiş oldukları zararın tazmini için sorumluluk davası açmak için yetkili olan kişiler TTK'da üç grup halinde belirtilmektedir. TTK m. 555'e göre, şirket –tabii olarak şirketi temsilen diğer yönetim kurulu üyeleri– ve tazminatın şirkete ödenmesini isteme şartı ile her bir pay sahibi, TTK m. 556'ya göre ise, şirketin iflası halinde tazminatın şirkete ödenmesi isteme şartı ile alacaklılardır. Doktrinde, pay sahiplerinin ve alacaklıların şirketin uğradığı zararı talep etmeleri durumunda bu kişilerin şirketi denetleme hakkından yoksun oldukları gerekçesi ile zararı somutlaştırmalarının güç olduğu ama yine de ispat yükünün kendilerinde olduğu belirtilmektedir²⁰. Bu gerekçenin kabulü iki açıdan mümkün değildir. Birincisi; alacaklılar için geçerli olmasa dahi, her bir pay sahibi TTK m. 437'ye göre, şirket işleri hakkında bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilir ve m. 438'e göre şayet sermayenin en az onda birini oluşturuyorlar ise özel denetçi atanmasını talep edebilir. İkinci olarak da, daha önce belirtmiş olduğumuz üzere yönetim kurulu üyesinin şirkete karşı olan sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlali halinde zaten ispat yükü yine yönetim kurulu üyesinde olacaktır. Ancak yine önemle vurgulamak gerekir ki, zararın varlığını ispat etmek her durumda davacının üzerindedir.

6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu'nun 341. maddesinde şirket adına yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması için genel kurul kararının olması bir dava şartı olarak kabul edilmekteydi. 6102 sayılı TTK'da ise böyle bir dava şartı aranmamıştır. Uygulamada, zaten genellikle çoğunluk hisselerini elinde bulunduran kişilerin seçtiği yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi bu şekilde bertaraf edilebilmekteydi. Kanunda genel kurulun iznine dair bu dava şartının yer almaması bilinçli bir tercihtir²¹. Artık sorumluluk davası açmak için genel kurulun onayına gerek bulunmamaktadır²². Bu durum, hiç şüphesiz TTK'da açıkça belirtilmese dahi özü itibari ile şirket menfaatinin korunmasına hizmet etmektedir.

Yönetim kurulunun tek kişiden oluşması halinde ise, sorumluluk davasının açılarak şirket menfaatinin yeniden tesisi amacı ile TMK m. 426 bent 3 uyarınca şirkete bir temsil kayyımı atanır ve dava bu kişi tarafından açılır²³. Zira bu halde menfaat çatışması olduğundan dolayı yasal temsilci olan yönetim kurulu üyesinin görevini yerine getirmesine engel bir hal vardır. Temsil kayyımı, şirket menfaatini eski hale getirmek adına tek kişilik yönetim kuruluna sahip anonim ortaklığı sorumluluk davasında temsil eder.

20 Akdağ Güney, Sorumluluk s. 56; Ayan s. 238-239.

21 Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul 2014, s. 396.

22 Aksi yönde Ayan s. 201.

23 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, s. 396.

V. Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller

A. Genel Sorumsuzluk Halleri

Yönetim kurulu üyesinin şirket menfaatine vermiş olduğu zararın tazmini için öncelikle üyenin sorumlu tutulabilmesi gerekir. Bu durum da yönetim kurulu üyesinin kusuru ile şirket menfaatine zarar vermesini gerektirir. Somut olayda objektif özen ölçüsüne ve bağlılık yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olan bir yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Zira bu halde ortada bir zarar bulunsa dahi kusur bulunmamaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Örneğin, şirket menfaatini zedeleyen bir kararın verildiği yönetim kurulu toplantısına –haklı bir mazereti olduğu için– katılmayan veya katılıp da olumsuz oy veren bir yönetim kurulu üyesinin zarardan sorumlu tutulmaması gerekir²⁴. Bu durum aynı zamanda TTK m. 557’de kabul edilmiş olan farklılaştırılmış teselsül ilkesini de bir gereğidir.

Yönetim kurulu üyesi tarafından şirket menfaatinin ihlal edilmesi sonucunda oluşan sorumluluğu bertaraf edebilecek bir diğer savunma imkanı da TTK m. 560’taki zamanaşımı def’idir. Şirket menfaatine verilen zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl ve her durumda zararı doğuran fiilin üzerinden beş yıl geçtikten sonra tazminat isteme hakkı zamanaşımına uğramış olur²⁵. İki yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anı hem zararın hem de sorumlunun birlikte öğrenilmiş olduğu andır. Bunlardan birinin öğrenilmesi veya bilinmesi iki yıllık zamanaşımı süresinin başlaması için yeterli değildir²⁶.

Şirket menfaatine verilen zararın tazmini noktasında yönetim kurulu üyesinin savunabileceği bir başka def’i, anonim ortaklığın veya diğer davacıların zararın doğmasında veya artmasında etkili olduğu iddiasıdır. Bu kişiler kurucu, denetçi veya tasfiye memuru olabilir. Bu def’inin kanuni temeli TBK m. 52’dir. Bu hükme göre, somut olayda birlikte kusur veya zarara yol açan fiile katılma olgusu var ise, hakim duruma göre tazminatın indirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir. Ancak her halükarda şirket menfaatine verilen zararın tazmin edilmesi gerekli olduğundan dolayı, zararın tazmini asıl kusurlu olan kişiye düşecektir. TBK m. 52/2’ye göre ise, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olan sorumlu kişi, şayet zarara hafif kusuru ile sebebiyet verdiyse ve hakkaniyet de gerektiriyorsa hakim yine tazminat miktarını indirebilir. Bu durum, şirketin yönetim kurulunun yönetim ve temsilinde iken de uygulama alanı bulur. Somut olayda TBK m. 52’nin uygulama koşulları var ise hakim, yönetim kurulu üyesindeki tazmin yükümlülüğünü hafifletebilir veya ortadan kaldırabilir. Örneğin şirket menfaatine açıkça aykırı olan bir genel kurul kararının derhal yerine getirilmesi yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğüne aykırıdır. Bu itibarla şirket menfaatine aykırı bir genel kurul kararının akabinde yönetim kurulu, genel kuruldan talimat sormalıdır. Genel kurul uyarıya rağmen eski

24 “...Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun belirlenmesinde, zararın oluştuğu tarihe göre, yönetim kurulu üyeliğinin sıfatı olup olmadığı veya zararlandırıcı eylemlere karşı çıkılıp çıkmadığı ve kararlara iştirak edilip edilmediğinin üzerinde durulması gerekir...” Y11HD 1998/1030 E. 1998/2826 K. 27.04.1998 T. (Gönen Eriş, **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu**, C. II, Ankara 2010, s. 2350.)

25 Bu süre Alman hukukuna göre 5 yıl (§ AktG 93-6), Fransız hukukunda ise 3 yıldır (OK m. 210-7).

26 Helvacı, Sorumluluk s. 148.

kararında ısrar ederse, bu kararın yerine getirilmesi yönetim kurulunun sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır²⁷. Ancak unutulmamalıdır ki, şirket menfaatine aykırı bir genel kurul kararının aleyhine yönetim kurulunun iptal davası açması gerekir.

1. İbra

İbra, her hesap dönemi sonunda genel kurulun, yönetim kurulu üyelerinin o hesap dönemi içindeki faaliyetlerinin hukuka ve işin gerektirdiklerine uygun olduğunu tasdik eden karar şeklindeki irade beyanlarıdır²⁸. Menfi borç ikrarı²⁹ mahiyetinde olan ibranın sözlük anlamı ise “*aklama, temize çıkarma*”dır³⁰.

Yönetim kurulu üyelerinin şirket tarafından sorumlu tutulmayacağı yönünde ibraları hakkında karar verilmesi TTK m. 408/1-b uyarınca genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerindedir. Genel kurulun tek taraflı irade beyanı olan ibra kararı yenilik doğurucu bir mahiyettedir³¹. Yenilik doğuran haklar kullanıldığı anda ortaya yeni bir durum çıkartmaları ve tükenmeleri hasebi ile bundan geri dönülemez. Nitekim Kanun da genel kurul kararlarının iptali davasını istisna tutarak ibra kararının genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamayacağına –kanaatimizce gerekli olmasa da malumun ilamı mahiyetinde– hükmetmiştir (TTK m. 558/1).

İbra kararı verilmesinin pratikteki anlamı, şirket tarafından yönetim kurulu üyelerinin aleyhine sorumluluk davasının artık açılmayacak olmasıdır. Diğer taraftan, TTK m. 558/2’ye göre, ibranın kapsadığı vakıalara ilişkin olarak şirketin, ibra kararına olumlu oy veren pay sahiplerinin ve ibra kararını bilerek payı iktisap edenlerin sorumluluk davası açma hakları ortadan kalkmaktadır. Son durumda, payı devreden pay sahibinin ibranın aleyhinde oy vermiş olması da sonucu değiştirmez. Çoğunluk kararı ile yönetim kurulunun ibra edildiğini bilen yeni pay sahibinin dava açma hakkı düşmüş olur. 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu, pay sahiplerinin ibra edilen yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açıp açamayacağı hususunda herhangi bir düzenleme içermemekteydi. Fakat doktrinde, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 758. maddesinde yer alan düzenleme ve TMK m. 2’deki dürüstlük kuralı çözüm olarak kabul edilmekte ve ibra kararına olumlu oy veren pay sahiplerinin dava açma haklarının bulunmadığı sonucuna varılmaktaydı³². 6102 sayılı kanunda bu durum açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca aynı fıkraya göre, karara olumlu oy vermeyen diğer pay sahiplerinin dava hakları da ibra tarihinden itibaren altı ay geçmekle düşmektedir. Fakat hemen belirtmek gerekir ki, pay sahibinin oylama sırasında iradesi herhangi

27 Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, s. 394.

28 Çamoğlu, Sorumluluk s. 223. İbra kavramı, hukukumuza Mecelle’nin 1536. maddesi ile dahil olmuştur. Mecelle m. 1536: “İbrâ : İbrâ iki kısım olup, biri ibrâ-i iskat ve diğeri ibrâ-i istifâdır. İbrâ-i iskat: Bir kimse, diğer kimsede olan hakkının tamamını iskat, yahut bir mikdarını hatt ve tenzil ile, ol kimseyi beri kılmaktır. İbrâ-i istifâ: Bir kimse, diğer kimseden hakkını kabz ve istifâ eylemiş olduğunu, i’tirâf etmekten ibaret olarak bir nevi’ ikrârdır.”

29 Bkz. Çamoğlu, Sorumluluk s. 225; Helvacı, Sorumluluk s. 137.

30 TDK Büyük Türkçe Sözlük (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid= TDK.GTS.5abb88f2456.053.12741897) (erişim: 28.03.2018)

31 Helvacı, Sorumluluk s. 137.

32 Çamoğlu Sorumluluk s. 254; Helvacı Sorumluluk s. 146.

bir nedenle sakatlanmış ise, ibra kararı lehinde oy vermiş olsa dahi vermiş olduğu oyun iptali ile birlikte sorumluluk davası açma hakkının var olduğunu kabul etmek gerekir³³. Bu itibarla, pay sahiplerinden kasten saklanmış maddi bir vakianın sonradan ortaya çıkması, hile gerekçesi ile pay sahibinin ibra yönünde verdiği oyun iptali ile yönetim kurulu üyelerinin ibralarına ilişkin genel kurul kararının TTK m. 445 hükmüne göre iptal edilmesi imkanını doğurur. Kaldı ki, TTK m. 558/2'deki "...*ibranın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak...*" ifadesi de – bünyesinde anlatım bozukluğu barındırıyor olsa da – mehz İsvBK m. 758'deki gibi yalnızca genel kurulca bilinen, genel kurula açıklanan olayların ibraya konu olduğunu belirtmektedir. Başka bir deyişle, genel kurula açıklanmayan, genel kurulun bilmediği olaylar bakımından yönetim kurulu ibra edilmiş sayılmaz³⁴.

Genel kurulda ibra kararına olumsuz oy veren pay sahipleri ve ibra kararını bilmeyerek payı iktisap eden pay sahiplerinin sorumluluk davası açma hakkı ibra tarihinden itibaren altı ay geçmekle düşer. Bununla birlikte, yönetim kurulu üyeleri tarafından doğrudan bir zarara uğratan pay sahipleri, yönetim kurulunun ibra edilmeleri yönünde oy kullansalar dahi doğrudan zararlarının tazminini isteyebilir³⁵. Yine genel kurulca verilecek ibra kararının şirket alacaklıları tarafından açılacak sorumluluk davasına bir etkisi bulunmamaktadır³⁶. Aksi bir kabul, şirket menfaatine ciddi aykırılıklar meydana getirebilir. Şöyle ki; şirket yönetimindeki çoğunluk pay sahipleri, şirketin değil, kendi seçtirdikleri yöneticilerin menfaatini öncelikli olarak kabul edebilirler. Bu durum da hem alacaklıların hem de uzun vadede şirketin aleyhine bir durum oluşturur³⁷.

a. İbra Davası

Yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmeleri gerekirken dürüstlük kuralına aykırı olarak ibra edilmemeleri de yönetim kurulu üyelerinin menfaatini zedeleyebilir. Haksız bir şekilde ibra edilmediği kanısında olan yönetim kurulu, asliye ticaret mahkemesinde bir ibra davası açabilir³⁸. Bu dava, menfi tespit davası niteliğindedir³⁹. Şayet yönetim kurulu, özen ve bağlılık yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmiş ise, yönetim kurulunun şirket tarafından ibra edilmesi de hakkaniyet gereğidir⁴⁰. Bunun yerine getirilmemesi halinde, yönetim kurulu üyesi

33 Bkz. Çamoğlu, Sorumluluk s. 254.

34 Bkz. Şener s. 429-430.

35 Bkz. Şener s. 430; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar I, s. 416.

36 Böckli, Aktienrecht S. 18 kn. 452; Harald Bärtschi, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zürich 2001, s. 188.

37 Bkz. Ayan s. 267.

38 İbranın reddi yönündeki genel kurul kararının iptali davasının aynı zamanda yönetim kurulunun ibrası anlamına gelmediği, bu bakımdan ibra davası açılmasının pratik anlamda daha yararlı olduğu yönündeki haklı ifadeler için bkz. Helvacı Sorumluluk s. 144.

39 Bürgi s. 472; Helvacı, Sorumluluk s. 145; Çamoğlu, Sorumluluk s. 246.

40 "...*bir anonim şirkette, görev yapan yönetim kurulu üyeleri ile denetçiler, yasadan ve anasözleşmeden doğan bütün görevlerini özenle, tam ve eksiksiz olarak yerine getirmeleri halinde şirketin görevi de TTK. nun 380. maddesi uyarınca onları ibra etmek olmalıdır. Zira, böyle bir ibra kararı onları sorumluluktan kurtaracağı gibi, insiyatif sahibi olması gereken yöneticilerin her türlü kuşku ve endişeden uzak bir çalışma ortamı içinde bulunmalarını da sağlayacaktır. İşte böyle bir durumda, yani şirket yönetim kurulu üyeleri ve denetçilerinin görevlerini lâıykı ile yapmış olmalarına rağmen şirket genel kurulunca hiç bir haklı nedene dayanmaksızın ibra edilmemeleri veya ibra konusunda bir karar*

aleyhine sorumluluk davası açılmamış olsa ve hiç açılmayacak olsa dahi, ilgili yönetim kurulu üyesinin ibra davası açmasında hukuki menfaat kanaatimizce mevcuttur. Zira maddi bir menfaati ihlal edilmemiş olsa dahi, haksız bir şekilde ibra edilmeyen yönetim kurulu üyesinin manevi menfaatinin zarara uğratıldığı kabul edilmelidir⁴¹.

İbra davası ve sorumluluk davası arasında bağlantı bulunduğundan dolayı HMK m. 166 uyarınca iki dava usulen birleştirilerek görülecektir. Ne var ki, sorumluluk davasının açılmadığı netlik kazandıktan sonra yönetim kurulu üyesinden sakınılan ibra kararının haklı olup olmadığı yönünde açılacak ibra davası, mahkeme tarafından dinlenilebilirlik kazanır⁴².

Anonim ortaklık tüzel kişiliğinin davalı olarak gösterildiği ibra davasında, ispat yükü, davayı açan yönetim kurulu üyesinin üzerindedir. Davalı taraf olan anonim ortaklığı bu davada yönetim kurulu yerine mahkeme tarafından atanan temsil kayyımı temsil eder. Bu itibarla, davacı yönetim kurulu üyesi (veya yönetim kurulu), ortaklığı yönetirken gereken tüm özeni yerine getirdiğini ispat etmekle yükümlüdür⁴³. Bununla birlikte yönetim kurulu üyesinin tüm görev süresi boyunca yaptığı bütün işlemlerde özen gösterdiğinin ispatının beklenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Yönetim kurulu üyesinin o faaliyet dönemi içerisindeki işlemlerinde ibra edilmeyi hak edecek ölçüde özen gösterdiğinin ispatı yeterlidir.

vermekten kaçınılması halinde artık ortada objektif iyiniyet kurallarına aykırı bir davranış bulunduğundan, yönetim ve denetim kurulu üyelerine ibra edilmeme kararının iptali (TTK. 381) veya ibra edilmeleri gerektiği konusunda şirket aleyhine dava açılması olanağının tanınması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, dairemizin yerleşmiş içtihatları da bu yolda bulunmaktadır (Bkz. 11. HD. 24.6.1976 gün ve 1976/2890 E. 1976/3333 K. sayılı ilâmı. YKD., 1978, Cilt 4, Sayı 7, s. 11491152)...” Y11HD 1984/252 E. 1984/594 K. 07.02.1984 T. (www.lexpera.com.tr)(erişim: 31.03.2018) Bazı Yargıtay kararlarında da ibra edilmeyen yönetim kurulu üyelerinin ibra davası açabilmeleri için haklarında sorumluluk davasının açılıp açılmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmektedir: “...Mahkemeye, öncelikle davacı hakkında genel kurulda alınan ibra edilmeme kararına dayanılarak alınmış bir sorumluluk davası açılması kararı ile açılmış bir sorumluluk davası bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Davacı hakkında açılmış bir sorumluluk davasının mevcut olduğunun belirlenmesi halinde, davacı hakkında verilen ibra edilmeme kararının açılmış sorumluluk davasında değerlendirilecek olması karşısında, davacının bu davayı açmakta hukuki yararı bulunmadığının kabulüyle davanın reddi gerekir. Ancak, davacı hakkında açılmış bir sorumluluk davası bulunmadığının ve makul bir süre geçmesine rağmen bu davanın açılmadığının anlaşılması halinde ise bu davada alınan ibra edilmeme kararının TTK ve ana sözleşme hükümleri gereğince kanun, ana sözleşme hükümleri ve iyi niyet esaslarına aykırı bulunup bulunmadığı yönlerinden tarafların dayandıkları deliller de değerlendirilmek suretiyle ortaya çıkacak sonuca göre davacının istemi hakkında bir karar verilmesi gerekir...” Y11HD 2015/10277 E. 2016/5229 K. 9.5.2016 T. (www.kazanci.com.tr)(erişim: 18.04.2019)

41 Çamoğlu, Sorumluluk s. 246.

42 “Dava, kooperatifin yönetim kurulu üyeleri olan davacılar hakkında alınan “İbra edilmeme” kararının iptali istemine ilişkin olup, mahkemeye öncelikle davacılar hakkında genel kurulda alınan ibra edilmeme kararına dayanılarak alınmış bir sorumluluk davası açılması kararı ile açılmış bir sorumluluk davası bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmekte, sorumluluk davasının mevcut olduğunun belirlenmesi halinde, davacılar hakkında verilen ibra edilmeme kararının açılmış sorumluluk davasında değerlendirilecek olması karşısında, davacıların bu davayı açmakta hukuki yararları bulunmadığının kabulü ile davanın reddi gerekir. Ancak, davacılar hakkında açılmış bir sorumluluk davası bulunmadığının ve makul bir süre geçmesine rağmen bu davanın açılmadığının anlaşılması halinde ise, bu davada alınan ibra edilmeme kararının kanun, ana sözleşme hükümleri ve iyi niyet esaslarına aykırı bulunup bulunmadığı yönlerinden tarafların dayandıkları deliller de toplanarak, değerlendirilmek suretiyle ortaya çıkacak sonuca göre, davacıların istemleri hakkında bir karar verilmesi gerekir.” Y11HD 2004/2554 E. 2004/11495 K. 25.11.2004 T. (www.kazanci.com)(erişim: 03.04.2018)

43 Turhan Atan, **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti**, Ankara 1967, s. 63.

Nihai olarak belirtmek gerekir ki, ibra davası, her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa dahi, yönetim kurulu üyelerinin haklı menfaatini koruyan ve ortaklık içindeki menfaat dengesini sağlamaya hizmet eden önemli bir davadır.

b. Sulh Sözleşmesi

Sulh sözleşmesi, hiçbir kanunda düzenlenmemiş *sui generis* bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile birlikte taraflar, ihtilafı veya belirsiz bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldırmak adına karşılıklı ödünler verirler⁴⁴. Sulh sözleşmesi sonucunda, yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı doğmuş veya doğabilecek hukuki sorumluluğu sona erdirilirken, buna karşılık ivaz olarak şirket menfaatinin zarara uğratıldığı hallerde maddi bir tazminat öngörülebilir. Zira ibradan farklı olarak sulh sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir borçlar hukuku sözleşmesi mahiyetindedir.

Sulh sözleşmesi, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının doğacağı hallerde söz konusu olmalıdır. Böyle bir hal ortada yok ise, yönetim kurulu üyesinin şirkete vermiş olduğu zararı tazmin amacı ile şirkete ödeyeceği bir karşı edimden bahsedilemeyeceği için sulh sözleşmesi imzalanması da anlamsızdır. Şirket menfaatine verilen bir zararın bulunmadığı hallerde, yönetim kurulu üyeleri şirket tarafından ibra edilmelidir, aksi takdirde yönetim kurulu üyesi bir önceki başlıkta incelediğimiz ibra davasını açabilir.

Ne TTK'da ne de mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yönetim kurulu ile yapılacak sulh sözleşmesi açıkça düzenlenmiştir⁴⁵. Fakat TTK'nın 559. maddesinde şirketin tescilinden itibaren dört yıl geçmedikçe kuruluştan ve sermaye artırımından doğan sorumluluğun sulh ve ibra yolu ile ortadan kaldırılamayacağı, dört yıldan sonra ise sulh ve ibranın ancak genel kurulun onayı ile geçerli olacağı belirtilmektedir. Kanun ayrıca burada bir yetersayı düzenlemektedir. Buna göre, *esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz*. Bu hükmün dışında sulh sözleşmesine de ibra hükümleri kıyasen uygulanır⁴⁶.

Şirket genel kurulu, sulh sözleşmesi imzalanacak yönetim kurulu üyesi haricindeki diğer üyeleri bu sözleşmeyi şirketi temsilen imzalamak üzere yetkilendirir. Yönetim kurulu tek kişiden oluşuyor ise, kanaatimizce burada bir temsil kayyımına ihtiyaç duyulur. İlgili yönetim kurulu üyesi ile yapılacak sulh sözleşmesi kural olarak tüm şirketi bağlar. Ne var ki, sulh sözleşmesi

44 Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2015, s. 938; Işık Önay, **Yenileme**, İstanbul 2016, s. 218 vd.

45 Buna mukabil Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'nun (AktG) 93/4. hükmünde sulh sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, gözetim kurulu, sorumluluğun akabinde şirketin alacağının doğduğu andan itibaren üç yıl geçtikten sonra yönetim kurulu üyeleri ile bir sulh sözleşmesi yapabilir. Ancak bu sözleşme genel kurulun onayı ve esas sermayenin yüzde onunu oluşturan azınlığın itirazının bulunmaması halinde geçerlidir. Hukukumuzda ise Alman hukukunda olduğu gibi sulh sözleşmesi için herhangi bir koşul düzenlenmemiştir. Ne var ki, hukukumuzda kuruluştan doğan sorumluluğun sona erdirilmesi adına imzalanan sulh sözleşmesini düzenleyen TTK m. 559'a göre genel kurulun onayı, sulh sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Bu şart kıyasen diğer durumlara da uygulanmalıdır.

46 Peter Forstmoser **"Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?"**, Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt 2005, kn. 490; Helvacı Sorumluluk s. 145; Ayan s. 269.

yapılmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy veren pay sahibinin doğrudan zararları için sorumluluk davası açması mümkün olmalıdır. Buna karşılık, şirketin yanında kişisel olarak da sulh sözleşmesine imza atan pay sahipleri olur ise, bu kişilerin sulh sözleşmesi ile bağlı oldukları kabul edilerek dava açma haklarının bulunmadığı kanaatine varılmalıdır⁴⁷. Zira aksi kanaat, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Tüm bunlara ilaveten belirtmek gerekir ki, bilindiği üzere sulh sözleşmesi üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek ihtilaflar hususunda geçerlidir. Bu itibarla, aynı ibra konusunda belirtmiş olduğumuz gibi, şirketin pay sahiplerinden ayrı bir kişiliği ve menfaati olduğu gerçeği karşısında, pay sahiplerinin şirket zararının giderilmesi hususunda feragatte bulunma haklarının olup olmadığı meselesinin tartışmaya layık bir konu olduğu düşüncesindeyiz.

c. Sorumluluk Sigortası

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şirket menfaatini koruma amacı ile getirilen yeniliklerden birisi de yönetim kurulu üyelerinin kusurları ile şirkete verecekleri zararların tazminine güvence teşkil etmesi adına ihdas olunan sorumluluk sigortasıdır. TTK m. 361'e göre, yönetim kurulu üyelerinin şirkete verebilecekleri zarar *şirket sermayesinin yüzde yirmibeşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır*. Belirtmekte fayda vardır ki, sorumluluk sigortasını yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu doğrudan ortadan kaldıran bir kurum olarak görmemek gerekir. Sorumluluk sigortalarını daha detaylı bir şekilde düzenleyen TTK m. 1473⁴⁸ vd. hükümlerinde de görülebileceği üzere, bu sigortanın işlevi, şirket menfaatine zarar verildikten sonra bu zararın tazmini noktasında ortaya çıkar. Başka bir deyişle, yönetim kurulu üyesinin kusurlu bir hareket ile şirkete verilen zarar sonucunda hukuki sorumluluk doğar fakat bu sigorta sayesinde yönetim kurulu üyesinin bu zararı tazmin yükümlülüğü noktasındaki ifa riski ortadan kalkar. Duruma göre sigorta şirketinin kusurlu yönetim kurulu üyesine rücu etmesi halleri ise ayrı bir meseledir. Sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafı ve sigortanın prim borçlusu anonim ortaklıktır⁴⁹. Bu sigorta türü ile sigortalanan risk, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri sebebi ile doğan hukuki sorumluluklardır. Pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının yönetim kurulu üyelerinin doğrudan uğradığı zararlar bu sigorta kapsamında değildir⁵⁰.

47 Helvacı, Sorumluluk s. 145; Akdağ Güney, Sorumluluk s. 337.

48 TTK m. 1473/1: "Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder."

49 Bärtschi s. 43; Hasan Pulaşlı **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, C. 1, Ankara 2011, s. 1076.

50 Tobias Harzenetter, **Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung Nach Dem Vorstag und Der Neufassung des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**, DStR 2010 München, s. 654.

Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'nun 93/2. hükmünde 2009 yılında yapılan değişiklik ile sorumluluk sigortası Alman hukukunda da detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sorumluluk sigortasında (*Versicherung zur Absicherung*) zararın yüzde onluk kısmından, yönetim kurulu üyesinin yıllık gelirinin bir buçuk katına kadar muafiyet öngörülebilir. Alman doktrininde sorumluluk sigortası ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin kendilerini daha güvende hissedecekleri ve böylece daha cesur karar alacakları savunulmaktadır⁵¹. Yine yönetim kurulu üyelerinin, şirket menfaatine kusurları ile verecekleri zararların sorumluluk sigortası kapsamında garanti ettirilmesi İsviçre doktrininde de tavsiye edilmektedir⁵².

Kanaatimizce yönetim kurulu üyeleri için halihazırda zorunlu olmayan sorumluluk sigortası önümüzdeki yıllarda ülkemizdeki önemini artıracaktır. Kanun koyucu da TTK m. 361 hükmünün bu konudaki “ilk çekingen adım” olduğunu madde gerekçesinde belirtmektedir. Bu maddeyi, sorumluluk sigortasını kapsamlı bir şekilde düzenleyen değil, bu sigortanın yapılmasını teşvik edici bir hüküm olarak görmek gerekir⁵³. Şirket yöneticilerine karşı açılan davaların 1960'lı yılların sonunda artması ile Avrupa ve Amerika'da sorumluluk sigortaları hızlı şekilde yaygınlaşmıştır⁵⁴. Ne var ki, TTK m. 361'in gerekçesinde Türk sigorta sisteminin bu sigortanın riskini şu aşamada taşıyamayacağı belirtilmektedir. Yine madde gerekçesine göre; “...*hükümün yavaş ve tedricen de olsa gereksinimlere cevap vermesi olasılığı toplumsal politika ve yarar açısından ihmal edilemeyecek bir katkı olarak değerlendirilmiştir.*” Görüldüğü üzere, sorumluluk sigortası şirket menfaatine ve toplumsal menfaate hizmet eden bir kurum olarak görülmektedir. Kaldı ki, şirketin meşru menfaatlerinin sağlanmış olması, günün sonunda toplumsal menfaate de hizmet edecektir.

SONUÇ

Anonim ortaklığın yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu üyelerinin bu görevlerini yerine getirirken TTK m. 369'da düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğüne uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Bu yükümlülüğe uymamanın birinci şartı ise, şirket menfaatini kendi menfaatlerinden önde tutmaktır. Bu yükümlülüğe uymayarak şirket menfaatine zarar veren yönetim kurulu üyesi bu zararı tazminle yükümlüdür. Şirket menfaatine verilen zarar, aynı zamanda şirketin malvarlığında bir zarar meydana getirmiş ise, genel sorumluluk rejimi hükmü olan TTK m. 553 işlerlik kazanır.

Bir şemsiye kavram olan şirket menfaatinin sağlandığı durumlarda orta veya uzun vadede diğer grupların da menfaati sağlanmış olur. Bu kavram, şirket hayatının sürdürülebilirliği için en önemli enstrümandır. Bu itibarla, şirket menfaatine verilen zararların tazmin edilmesi önem arz

51 Jens Buchta, *Die Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft–aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung (Teil II)*, DstR 2003 München, s. 745.

52 Böckli S. 13 kn. 894; Alexander Nikitine, *Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide: Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance*, Zürich 2007, s. 78.

53 Birgül Sopacı Öztuna, *Yönetici Sorumluluk Sigortası*, İstanbul 2015, s. 101.

54 Mehmet Çelebi Can, *Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası*, Ankara Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2012, s. 36.

eder. Mevcut sistemimizde şirket menfaatini bütüncül olarak koruyan bir rejimin bulunmaması, bu menfaatin korunması bağlamında kanundaki mevcut sorumluluk rejiminden faydalanmayı gerekli kılmaktadır.

KISALTMALAR

- AktG** : Aktiengesetz
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
DCGK : Deutschen Corporate Governance Kodex
E. : Esas Sayısı
GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İstBAM : İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi
K. : Karar Sayısı
kn. : kenar numarası
m. : madde
s. : sayfa
T. : Tarih
TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve devamı
YHD : Yargıtay Hukuk Dairesi

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla; **Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi**, GÜHFD C. 18 S. 3-4, Ankara 2014.
Antalya, O. Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, İstanbul 2015.
Atan, Turhan; **Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti**, Ankara 1967.
Ayan, Özge; **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara 2013.
Böckli, Peter; **Schweizer Aktienrecht**, 4. Aufl. Zürich 2009.
Buchta, Jens; **Die Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft-aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung (Teil II)**, DstR 2003 München.
Can, Mehmet Çelebi; **Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası**, Ankara Üniversitesi Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2012.
Çamoğlu, Ersin; **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle)**, İstanbul 2010 (Sorumluluk).
Yılmaz Yördem, **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi**, Ankara 2017.
Çamurcu, Emin; **Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi**, İstanbul 2015.

- Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara 2015.
- Eriş, Gönen; **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu**, C. II, Ankara 2010.
- Forstmoser, Peter; “**Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?**”, Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt 2005.
- Harzenetter, Tobias; **Der Selbstbehalt In Der D&O-Versicherung Nach Dem Vorstag Und Der Neufassung Des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)**, DStR 2010 München.
- Helvacı, Mehmet; **Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul 2001 (Sorumluluk).
- Helvacı, Mehmet/Çamurcu, Emin/Türkyılmaz, İsmail; **Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı**, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 309-330.
- Helvacı, Mehmet; **Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül**, GSÜHFD, S. 2013/2, İstanbul 2013, s. 77-97 (Teselsül).
- Kırca, İsmail / Şehirli Çelik, F. H. / Manavgat, Çağlar; **Anonim Şirketler Hukuku**, C.1, Ankara 2013.
- Nikitine, Alexander; **Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide: Konzeption und Ausgestaltung der “Business Judgment Rule” im Gefüge der Corporate Governance**, Zürich 2007.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, İstanbul 2016.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, İstanbul 2016.
- Önay, Işık; **Yenileme**, İstanbul 2016.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin; **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul 2014.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin; **Ortaklıklar Hukuku II**, İstanbul 2017.
- Pulaşlı, Hasan; **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, C. 1, Ankara 2011.
- Pulaşlı, Hasan; **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. III, Ankara 2018.
- Sopacı Öztuna, Birgül; **Yönetici Sorumluluk Sigortası**, İstanbul 2015.

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın İş Sözleşmelerinde Uygulama Alanı*

Ercüment ÖZKARACA**

Öz

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı 13.09.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Cumhurbaşkanlığı kararı ile bazı sözleşme türleri açısından yabancı para ile ödeme yükümlülüğü öngörülmesi yasaklanmış; kararın yürürlük tarihinden itibaren otuz gün içinde daha önce akdedilmiş ve yürürlükte olan sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bedelin Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmesi öngörülmüştür. Daha sonra Cumhurbaşkanlığı Kararının uygulanmasına ilişkin olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından tebliğler çıkarılmış; sözleşme bedelinin yabancı para ile veya yabancı paraya endekli olarak kararlaştırılmaması açısından istisnalar getirilmiştir.

Bu sözleşmeler arasında sayılan sözleşmelerden biri de iş/hizmet sözleşmeleridir. Çalışmamızda öncelikle Kararda kullanılan iş ve hizmet sözleşmeleri ibarelerinin aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığı incelenecek, daha sonra Karar ve buna dayanarak çıkarılan Tebliğler uyarınca hangi iş sözleşmelerinde yasağın söz konusu olduğu hangilerinin istisna kapsamında bulunduğu ve yasağın içerik açısından kapsamı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kararı, İşçinin ücretinin yabancı para üzerinden ödenememesi

Abstract

The Presidential Decision No. 85 about Amendment to the Resolution of Protection of the Value of the Turkish Currency No. 32 entered into force in 13.09.2018. According to the Presidential Decision, the contract value cannot be determined in foreign currency for certain types of contracts; the parties shall re-determine the agreed value in the contracts within thirty days following the effective date of the decision. In addition to this, the Ministry of Treasury and Finance have issued regulations regarding the implementation of the Presidential Decision; in those regulations, some exceptions are made about determining the contract value in foreign currency or indexing to foreign currency.

One of the contracts regulated with Presidential Decision is the labour/service contract. In our study, first of all, the terms used in the Decision will be examined and then in accordance with the Decision

* Bu makale 06.12.2018 tarihinde düzenlenen “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması” sempozyumunda sözlü olarak sunduğumuz tebliğde savunduğumuz görüşler çerçevesinde hazırlanmıştır.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ORCID: 0000-0003-3625-9041).

and the regulations issued on the basis of which the prohibition is included in the scope of the exception and the content of the prohibition will be evaluated.

Keywords: Presidential Decision No. 85, Resolution of Protection of the Value of the Turkish Currency, Wage payment in foreign currency

I. GİRİŞ

İş Kanunu'na göre, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak Türk parası ile ödenir. Söz konusu ödemelerin, yabancı para olarak kararlaştırılmış olması halinde ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabilir¹ (m.32/2). Türk Borçlar Kanunu'na göre de, konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir. Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir (m.99)².

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer alan başka bir düzenleme ile sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan ve taraflarca öngörülemeyen olağanüstü bir durumun aşırı ifa güçlüğüne neden olması durumunda borçluya hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde ise sözleşmeden dönme (sürekli edimli sözleşmelerde fesih) hakkı tanınmıştır (m.138). Madde metninde bu düzenlemenin yabancı para borçları hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir³.

- 1 İnceleme konusu yaptığımız 32 sayılı Karara ilişkin değişiklikten bağımsız olarak, – değişiklik öncesi dönemde – İşK m32/2'de kullanılan "ödeme yapılabilir" sözünün, ücretin yabancı para olarak kararlaştırılabileceğinin vurgulanması anlamında kabul edilmesi ve bundan ücretin yabancı para ile ödenebileceği sonucu çıkarılmaması gerektiği görüşü için bkz. **Çelik**, Nuri / **Caniklioğlu**, Nurşen / **Canbolat**, Talat : İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018, dn. 688, 322; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi / **Astarlı**, Muhittin / **Baysal**, Ulaş: İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, 649-650; **Narmanlioğlu**, Ünal: İş Hukuku I, 5. Baskı, İstanbul 2014, 302. Karş. **Şahlanan**, Fevzi: Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 461-462; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, 377; **Eyrenci**, Öner / **Taşkent**, Savaş / **Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017, 152-153; **Aktay**, Nizamettin / **Arıcı**, Kadir / **Senyen Kaplan**, E. Tuncay: İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013, 106; **Sümer**, Haluk Hadi: İş Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2016, 81; **Akyiğit**, Ercan: İş Hukuku, 12. Basım, Ankara 2018, 225; **Güven**, Ercan / **Aydın**, Ufuk: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, Eskişehir 2017, 120; **Senyen-Kaplan**, E. Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara 2018, 170; **Başbuğ**, Aydın / **Yücel Bodur**, Mehtap: İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018, 149; **Sümer**, 81; **Demircioğlu**, A. Murat / **Korkmaz**, Doğan / **Kaplan**, Hasan Ali: Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası, İstanbul 2018, 162.
- 2 Bu konuda bilgi için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 321-322; **Süzek**, 377; **Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal**, 649-650; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 152-153; **Demir**, Fevzi : İş Hukuku Uygulaması, 7. Baskı, İzmir 2013, 132; **Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan**, 106; **Narmanlioğlu**, 302; **Güven / Aydın**, 119-120; **Senyen-Kaplan**, 169-171; **Akyiğit**, 225-226; **Demircioğlu/Korkmaz/Kaplan**, 161-162; **Başbuğ / Yücel Bodur**, 149.
- 3 TBK m.138 hükmünün iş sözleşmelerinde uygulama alanı bulup bulmayacağı öğretide tartışmalıdır. İş sözleşmesi ile ilgili olarak uyarılma durumunun söz konusu olmayacağı yönünde, **Çelik / Caniklioğlu / Canbolat**, 958. Uyarılmanın mümkün olduğu yönünde, **Mollamahmutoğlu /Astarlı / Baysal**, 400-401. Yazarlara göre, TBK m.138 hükmünde sözleşme türleri arasında ayırım yapılmamıştır. Hatta sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkı

Yasal düzenlemeler bu şekilde olmakla birlikte, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun⁴ ilişkin ikincil mevzuatta yapılan değişikliklerle bazı sözleşme türleri açısından yabancı para ile ödeme yükümlülüğü öngörülmesi yasaklanmıştır. Bu yasağı öngören 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı (Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar)⁵ ile 32 sayılı Kararın⁶ “Döviz” başlığını taşıyan 4. maddesine (g) bendi ile Karara geçici 8. madde eklenmiştir. 85 sayılı Karar, yayımı tarihi olan 13.09.2018 tarihinde yürürlüğe girerken (m.3), Kararın hükümlerinin Hazine ve Maliye Bakanı tarafından yürütüleceği belirtilmiştir (m.4).

Karar ile öncelikle Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca belirlenen haller dışında; Türkiye’de yerleşik kişilerin kendi aralarındaki bazı sözleşmelerde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini “döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak” kararlaştırılmaları yasaklanmıştır. Ayrıca Kararda bu yasağın yürürlüğe girdiği 13.09.2018 tarihinden itibaren otuz gün içinde, daha önce akdedilmiş yürürlükteki bu tür sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedellerin, Türk parası olarak taraflarca yeniden belirleneceği öngörülmüştür. Yasak öngören hükme göre, “Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.” (32 sayılı Karar m.4,g).

13.09.2018 tarihinde yayınlanan Karar ile yapılan düzenlemeler bu tarihte yürürlüğe girmiş olmakla birlikte ne kadar süre ile yürürlükte kalacağı belli değildir. Başka bir deyişle, ani ve önemli ölçüde kur yükselişlerine karşı alınan diğer bazı tedbirlerden⁷ farklı olarak, belirtilen

yerine fesih hakkının kullanılacağı öngörülerek, iş sözleşmesinin taraflarından biri bakımından sözleşmeye mevcut şartlarla devam mümkün değilse hâkimin sözleşmeye müdahalesiyle sözleşmede değişiklik yapılarak iş ilişkisine devam edilmesine, bu mümkün olmayacaksa aşırı ifa güçlüğü nedeniyle dürüstlük kuralı gereği sözleşmeye devamı kendisinden beklenemeyecek işçi veya işverenin fesih hakkını kullanabilmesine imkân tanınmıştır. İş Kanunu m.22 hükmü buna engel olarak görülmemelidir. Fesih hakkının işçi ve işveren tarafı açısından değerlendirilmesi için bkz. **Mollamahutoğlu / Astarlı / Baysal**, aynı yer. Bu konuda ayrıca bkz. **Alp**, Mustafa : İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, 82 vd.; **Başbuğ**, Aydın : İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması, İstanbul 2007, 52-58.

4 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’a göre, “Kambiyo, nuket, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarıyan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve *Türk parasının kıymetinin korunması zmnında kararlar ittihazına Cumhurbaşkanlığı salahiyetlidir.*” (m.1).

5 RG, 13.09.2018, 30543.

6 07.08.1989 tarihli, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar, RG, 11.08.1989, 20249.

7 Örneğin, 04.09.2018 tarihli 30525 sayılı RG’de yayınlanan “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (İhracat Bedelleri Hakkında) (No: 2018-32/48)” ile ihracat bedellerinin Türkiye’ye getirilmesi ve söz konusu bedellerin en az % 80’inin bir bankaya satılması diğer bir ifadeyle Türk Lirasına çevrilmesi zorunlu kılınmış ve uygulamanın 6 ay süresince (4.3.2019 tarihine kadar) geçerli olacağı düzenlenmişti. Daha sonra, çıkarılan 2019-32/53 No.lu Tebliğ (RG, 3.3.2019, 30703) ile düzenlemenin uygulanma süresi altı ay (04.09.2019 tarihine kadar) uzatılmıştır.

sözleşmelerde yabancı para ve yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırmayı yasaklayan Kararın yürürlüğü herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştır.

Kararın uygulanmasına ilişkin olarak, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 6 Ekim ve 16 Kasım 2018 tarihlerinde Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de⁸ (Tebliğ No: 2008-32/34) değişiklik yapan 2018-32/51⁹ ve bunun yerini alan 2018-32/52¹⁰ sayılı Tebliğler çıkarılmıştır. Bu arada yine Bakanlık tarafından 12 Ekim 2018 tarihinde "Sıkça Sorulan Sorular" adı altında bir açıklama metni yayınlanmış, bu açıklama metninde de 16 Ekim 2018 tarihinde değişiklikler yapılmıştır. Daha sonra 27 Şubat 2019 tarihli duyuru ile "Sıkça Sorulan Sorular" adı altında 16 Kasım 2018 tarihli Tebliğ hakkında sorulara cevaplar içeren yeni bir açıklama metninin Bakanlık sitesinde ilan edildiği duyurulmuştur¹¹.

Tebliğler ile Karar m.4/g'de öngörülen yasağın kapsam ve istisnaları ile geç.m.8'de öngörülen Türk parası olarak yeniden belirleme zorunluluğu açısından taraflarca mutabakata varılamaması halinde sözleşme bedeli ve diğer ödeme yükümlülüklerinin hangi esaslara göre Türk parasına çevrileceği düzenlenmiştir¹². Belirtelim ki, 16.11.2018 tarihinde çıkarılan 32/52 sayılı Tebliğ, daha önce çıkarılan 6.10.2018 tarihli 32/51 sayılı Tebliğin yerini almıştır. Daha doğru bir ifadeyle ilk Tebliğ, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'in (Tebliğ No: 2008-32/34) mülga 8. maddesini¹³ yeniden düzenlemiş; ikinci Tebliğ ise söz konusu 8. maddeyi bütünüyle değiştirmiştir. Bu nedenle çalışmamızda sadece Tebliğ ifadesini kullandığımızda kastedilen, 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'in 16.11.2018 tarihli Tebliğ ile değiştirilmiş şeklidir.

Kararda döviz cinsinden veya dövize endekli kararlaştırma yapılması yasaklanan sözleşmeler arasında "iş, hizmet" sözleşmeleri de sayılmıştır. Aşağıda öncelikle Kararda kullanılan iş ve hizmet sözleşmeleri ibarelerinin aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığı incelenecek, daha sonra Karar ve buna dayanarak çıkarılan Tebliğler uyarınca hangi iş sözleşmelerinde yasağın söz

8 RG, 28.02.2008, 26801.

9 Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de (Tebliğ No: 2008-32/34) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/51), RG, 06.10.2018, 30557.

10 Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ'de (Tebliğ No: 2008-32/34) Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/52), RG, 16.11.2018, 30597.

11 <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/02/S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular-1.pdf>

12 16.11.2018 tarihli Tebliğ ile değiştirilen 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğin 8. maddesinde Türk parasına çevirme ile ilgili olarak, "Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endekli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde yer alan bedeller 32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesi kapsamında Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenirken mutabakata varılamazsa; akdedilen sözleşmelerde döviz veya dövize endekli olarak belirlenen bedeller, söz konusu bedellerin 2/1/2018 tarihinde belirlenen gösterge niteliğindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası efektif satış kuru kullanılarak hesaplanan Türk parası cinsinden karşılığının 2/1/2018 tarihinden bedellerin yeniden belirlendiği tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması suretiyle belirlenir." hükmüne yer verilmiştir (f.28).

13 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ 2008 yılında ilk çıkarıldığında 8. maddesi "Peşin Döviz" başlığını taşımaktaydı ve maddede peşin döviz karşılığında ihracat düzenlenmekteydi.

konusu olduğu hangilerinin istisna kapsamında bulunduğu ve yasağın içerik açısından kapsamı değerlendirilecektir. Ancak bu incelemelerden önce söz konusu düzenlemelerin mevzuat yapma tekniği açısından kısa bir değerlendirmesi yapılacaktır.

II. DÜZENLEMELERİN MEVZUAT YAPMA TEKNİĞİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

32 sayılı Kararda değişiklik yaparak bazı sözleşme türlerinde ödeme yükümlülüklerinin yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırılmasını yasaklayan 85 sayılı Karar, Ülkemizde döviz kurlarının aniden ve önemli ölçüde artması üzerine çıkarılmıştır. Bu yönüyle gerek 85 sayılı Kararın gerek Kararın uygulanmasına ilişkin tebliğlerin yeterli ölçüde hazırlık çalışmaları yapılmadan çıkarıldığını düşünüyoruz. Esasen Karar ile ilk Tebliğin yayınlanması arasında 23 gün var ise de, ikinci Tebliğ Karardan iki aydan uzun bir süre sonra yayınlanmıştır. Ancak aksaklıkların devam ettiği görülmektedir.

Gerçekten, terminolojik açıdan Kararın eleştirilecek yönleri olarak, örneğin satış sözleşmesi (TBK m.207) yerine alım satım sözleşmesi ifadelerinin kullanılması, finansal kiralama/leasing sözleşmeleri farklı sözleşmeler gibi ayrı belirtilmiş olması sayılabilir. Yine iş, hizmet sözleşmesi ifadelerinin bir arada kullanılmış olması acaba burada da eş anlamlı bir kullanım mı söz konusudur sorusuna neden olmuştur. Aşağıda açıklayacağımız üzere, daha sonra çıkarılan tebliğler ile bunların farklı anlamda kullanıldıkları açıklığa kavuşmuş ise de, bu defa da getirilen düzenlemelerle hizmet sözleşmeleri ile kastedilen sözleşmelerin kapsamı tereddütlere yol açmıştır.

Öyle ki, konuya ilişkin bilimsel toplantılarda Borçlar Hukuku öğretisi tarafından, örneğin vekalet sözleşmelerinin yasak kapsamında olup olmadığı hususunda birbirine zıt görüşlerin dile getirildiği görülmüştür. Karara aykırılık için öngörülen idari para cezaları¹⁴ da dikkate alındığında, yasağın kapsamı hususunda çok temel konularda alanında uzman kişilerce dahi farklı yorumlara neden olan düzenlemeler getirilmesi isabetli olmamıştır.

Tereddüte yol açan bir diğer husus, Karar ile sadece yabancı para veya yabancı paraya endeksli ödeme öngören kararlaştırmaların mı yasaklandığı yoksa yasağın daha geniş kapsamlı mı

14 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre, "Cumhurbaşkanının bu Kanun hükümlerine göre yapmış bulunduğu genel ve düzenleyici işlemlerdeki yükümlülüklerine aykırı hareket eden kişi, için Türk Lirasından yirmibeşbin Türk Lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılır." (f.1). "Hükümlenilecek idari para cezasına, suç tarihi ile tahsil tarihi arasındaki süreler için 6183 sayılı Kanuna göre tespit edilen gecikme zammı oranında, para cezası ile birlikte tahsil olunmak üzere, gecikme faizi uygulanır. Gecikme faizinin hesaplanmasında ay kesirleri nazara alınmaz. Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçların tekrarı halinde verilecek cezalar iki kat olarak hükm edilir. Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir." (f.8-10). Bakanlıkça 27.2.2019 tarihinde yayınlanan "Sıkça Sorulan Sorular" başlıklı metinde, "...(yeniden değerlendirme oranları dikkate alındığında yaklaşık 6.300-55.000 TL) idari para cezası sözleşmenin her bir tarafı için ayrı ayrı olmak üzere uygulanacaktır. Ancak Tebliğe aykırılıklara ilişkin olarak Cumhuriyet Başsavcılıkları nezdinde işlem başlatılabilmesini teminen Bakanlığımıza gönderilen ihbarların ekinde söz konusu iddiaları destekleyici somut bilgi ve tevsik edici belgelerin (fatura, sözleşme örneği, fiyat teklifi vb.) yer alması gerekmektedir. Hiçbir somut belgeye dayanmayan ihbarlar hakkında Bakanlığımızca işlem tesis edilememektedir." ifadelerine yer verilmiştir (Soru 36).

olduğudur. Zira 32 sayılı Kararda döviz kavramı, “Efektif dâhil yabancı parayla ödemeyi sağlayan her nev’i hesap, belge ve vasıtalar” olarak tanımlanmıştır (m.2/1,h). Bu konunun da açık bir şekilde düzenlenmesi isabetli olurdu. Tebliğde bu konuda sadece, uluslararası piyasalarda fiyatı döviz cinsinden belirlenen kıymetli madenlere ve/veya emtiaya endekslenen ve/veya dolaylı olarak dövize endekslenen sözleşmelerin, dövize endekli sözleşme olarak değerlendirileceği hükmüne yer verilmiştir (m.8/22). Buna göre, örneğin işçinin ücret alacağı altın veya akaryakıt fiyatlarına endekli olarak karşılaştırılmayacaktır¹⁵.

Kararda yer verilen iki hükmün de birbiri ile uyumlu olmadığı görülmektedir. Gerçekten, 4. maddeye eklenen (g) bendi, belirli sözleşmelerde ödeme yükümlülükleri “...döviz cinsinden veya dövize endekli olarak karşılaştırılmaz.” şeklinde iken; geçici m. 8 “...otuz gün içinde... yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden karşılaştırılmış bulunan bedeller, ... Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir.” hükmünü havidir. Daha açık bir deyişle, Kararın lafzına bakıldığında, bundan sonra yabancı para ve yabancı para değer kaydı üzerinden karşılaştırma yapılamayacağı ancak 13.09.2018 tarihinden önce yapılmış sözleşmeler açısından sadece yabancı para üzerinden yapılan karşılaştırmalar için Türk parasına çevrilme zorunluluğu bulunduğu, yabancı para değer kaydı üzerinden yapılan karşılaştırmalarda böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Zira geç.m.8’de sadece “döviz cinsinden karşılaştırılmış bulunan bedeller”den söz edilmiştir. Böyle bir yaklaşım ise, tutarlı olmadığı gibi Kararla amaçlanan hususlarla da bağdaşmamaktadır. Tebliğde ise bu konuda bir ayırım yapılmaksızın dövize endekli sözleşmeler için de Türk parasına çevirme zorunluluğu öngörülmüştür (m.8/27)¹⁶.

Kararda 13.09.2018 tarihinden itibaren 30 gün içinde Türk parası olarak yeniden belirleme zorunluluğu öngörülmüşken, Karara ilişkin istisnalar yukarıda belirtildiği gibi önce 6 Ekim daha sonra ise 16 Kasım’da çıkarılan tebliğlerle düzenlenmiştir. Burada uygulamada uyumsuzluklara neden olabilecek bir husus söz konusudur. Şöyle ki, ilk Tebliğde istisna kapsamında olmamasına rağmen ikinci Tebliğ ile istisna kapsamına alınan sözleşmeler bulunmaktadır. Örneğin gemiadamlarının taraf olduğu iş sözleşmeleri için ilk defa 16.11.2018 tarihli Tebliğ ile istisna tanınmıştır. Bir gemiadamı ile işverenin istisna tanınmadan önce Kararın gereğini yerine getirerek Türk parasına dönmüş olmaları halinde istisna tanınması üzerine yabancı para karşılaştırmasının kendiliğinden avdet edeceği söylenemeyecek, ancak yeni bir mutabakat ile yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden karşılaştırma mümkün olabilecektir¹⁷.

15 Bakanlık tarafından Sıkça Sorulan Sorular adı altında yayınlanan son açıklama metninde, Tebliğ m.8/22’deki ifadelerle fiyatı dolaylı olarak dövize endekslenen altın, petrol vb. kıymetli maden ve/veya emtiaların kullanılmasının kastedildiği belirtilmiştir (Soru 32).

16 Sözü edilen hükmeye göre, “Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endekli olarak karşılaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde yer alan bedellerin 32 sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesi kapsamında Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmesi zorunludur.” (m.8/27).

17 Bakanlıkça yayınlanan son “Sıkça Sorulan Sorular” başlıklı metninde bu konuya, benzer bir durumun söz konusu olduğu gayrimenkul kiralalarına ilişkin olarak ilk defa 16.11.2018 tarihinde getirilen istisnaya bağlantılı olarak değinilmiştir. Bu konuda yapılan açıklamaya göre, “Bilindiği üzere, 13.09.2018 ile 16.11.2018 arasındaki dönemde yürürlükte olan mevzuat uyarınca gayrimenkul kiralamasına ilişkin bir istisna bulunmaması nedeniyle sözleşmenin Türk parasına çevrilme zorunluluğu bulunmaktaydı. Söz konusu dönemde gayrimenkul kiralama sözleşmesinin

Öte yandan Karara dayanılarak çıkarılan Tebliğlerin sistematik bir bütünlük arz etmedikleri görülmektedir. Kural ve istisnalar farklı farklı yerlerde düzenlenmiş olup, bir sözleşme türüne ilişkin istisnaların tespit edilebilmesi için her seferinde 28 fıkradan oluşan maddenin hemen hemen bütünüün okunması gerekmektedir.

İş sözleşmelerini doğrudan ilgilendirmemekle birlikte Tebliğ hükümlerindeki belirsizliklere dikkat çekmek amacıyla örnek olarak değineceğimiz bir diğer husus eser sözleşmesine ilişkin istisnalar arasında yer verilen, “döviz cinsinden maliyet içeren eser sözleşmelerinde” yasağın uygulanmayacağına ilişkin düzenlemedir (m.8/8). Söz konusu maliyetin ne oranda olması gerektiği konusunda herhangi bir kriter getirilmemiştir. Sözleşme özgürlüğüne müdahalenin söz konusu olduğu, aykırılıklar için idari para cezalarının öngörüldüğü bir düzenlemenin belirsizlikler içermeyecek, yoruma ihtiyaç bırakmayacak açıklıkta olması gerekirdi.

III. HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİ KAVRAMLARININ FARKLI ANLAMDA KULLANILMIŞ OLMASI

1) Genel Olarak

85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararının yayınlanması üzerine tartışma konusu olan temel hususlardan biri de, Kararda yer verilen “iş, hizmet...sözleşmelerinde” ibareleri ile aynı sözleşme tipinin mi kastedildiği yoksa hizmet sözleşmesi ifadesi ile başka sözleşme ilişkilerinin mi yasak kapsamına alınmak istendiği hususu olmuştur.

Bilindiği gibi, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku mevzuatı ve öğretisinde işçi ile işveren arasındaki ücret karşılığında bağımlı olarak iş görmeyi konu edinen sözleşmeyi ifade etmek üzere, iş sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, iş akdi, hizmet akdi gibi çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Aslında tüm bu kavramlarla ifade edilen aynı sözleşmedir¹⁸. İş Kanunu’nda iş sözleşmesi (m.8);

Türk parasına çevrilmiş olması halinde 16.11.2018 tarihinden sonra gayrimenkul kiralama sözleşmelerine istisna getirilmesi gerekçesiyle kiralayanın rızası hilafına daha önce Türk parasına çevrilmiş sözleşme bedelinin yeniden döviz cinsinden talep edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunun nedeni ise gayrimenkul kiralama sözleşmelerine istisna getiren Tebliğ’in 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasının lafzında “mümkündür” ifadesinin yer alması olup, söz konusu hüküm kapsamında istisna tanınan taraflara sözleşme bedelini döviz cinsinden veya dövize endekli olarak düzenleme konusunda bir zorunluluk yüklenmemesidir.

Söz konusu hüküm uyarınca, sözleşme taraflarının mutabık kalmaları şartıyla daha önce Türk parasına çevrilmiş olan sözleşme bedeli döviz cinsinden kararlaştırılabilecektir. Bu itibarla, yeni yapılacak bir gayrimenkul kiralama sözleşmesinin mezkur istisna kapsamında bulunması halinde sözleşme bedeli sözleşme taraflarının mutabık kalmaları şartıyla döviz cinsinden veya dövize endekli olarak kararlaştırılabilecektir. Ancak, 13.09.2018 tarihinden önce akdedilmiş bulunan gayrimenkul kiralama sözleşmeleri aynı zamanda istisna kapsamında yer alıyorsa; öncelikle gayrimenkul kiralama sözleşmesine ilişkin döviz cinsinden belirlenmiş bedelin 13.09.2018 ile 16.11.2018 tarihleri arasında Türk parasına çevrilip çevrilmediğine bakmak gerekmektedir. Eğer çevrilmiş ise bedelin yeniden döviz cinsinden belirlenmesi ancak sözleşmenin diğer taraflarının rıza göstermesi halinde mümkün bulunmaktadır. Ancak bedel 13.09.2018 ile 16.11.2018 tarihleri arasında Türk parasına çevrilmemişse 16.11.2018 tarihinde istisna kapsamına alınmış olması nedeniyle Tebliğ’in 8 inci maddesinin yirmi dördüncü fıkrası uyarınca Türk parasına çevrilmesine gerek bulunmamaktadır” (Soru 29).

18 Oğuzman, M. Kemal : Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 3-4; Süzek, 241; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, 336-340; Narmanlıoğlu, 163; Akyiğit, 117; Güven / Aydın, 56.

Türk Borçlar Kanunu'nda hizmet sözleşmesi (genel hizmet sözleşmesi m.393 vd., pazarlamacılık sözleşmesi m. 448, evde hizmet sözleşmesi m.461); Deniz İş Kanunu (m.5) ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda hizmet akti; Basın İş Kanunu'nda iş akdi (m.4) kavramları kullanılmıştır. SSGSSK m.3/11'de hizmet akti, "Borçlar Kanununda tanımlanan hizmet akdini ve iş mevzuatında tanımlanan iş sözleşmesini veya hizmet akdini" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Hizmet sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen bir sözleşme türü olması nedeniyle Kararda da doğal olarak bu sözleşme türünün kastedildiği düşünülebilir. Biz de Karar yayımlandığında bu şekilde, salt iş mevzuatındaki isimlendirme farklılıklarından kaynaklanan bir mükerer sayım bulunduğunu düşünmüştük. Gerçi Kararda, "iş, hizmet...sözleşmeleri" ayrı ayrı sayılmış, biri parantez içinde kullanılmamıştır. Ancak aynı durum, aynı anlama gelen finansal kiralama ve leasing sözleşmeleri açısından da söz konusudur¹⁹. Bu husus da, iş ve hizmet sözleşmelerinin aynı anlamda kullanıldığı tezini güçlendirmiştir.

Buna karşılık daha sonra çıkarılan Tebliğler "hizmet sözleşmesi" ile kastedilenin TBK'da düzenlenen ve bu Kanun kapsamındaki işçilerin işverenleri ile olan iş ilişkilerini düzenleyen hizmet sözleşmesi olmadığını açıklığa kavuşturmuştur. Gerçekten, örneğin Tebliğ m.8/7 hükmünde, "danışmanlık, aracılık ve taşımacılık dâhil hizmet sözleşmeleri", m.8/11 hükmünde, "yurt dışında üretilen donanım ve yazılımlara ilişkin lisans ve hizmet sözleşmeleri"; m.8/19 hükmünde, "hizmet alan olarak taraf olduğu...hizmet sözleşmeleri"; m.8/22 hükmünde, "taşımacılık faaliyetlerine ilişkin hizmet sözleşmeleri" ifadeleri kullanılmıştır. Belirtilen sözleşmelerin teknik anlamda hizmet (iş) sözleşmesi olmadığı açıktır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, hizmet sözleşmesinin teknik anlamından farklı anlamda kullanıldığı açık ise de, kapsamına hangi borç ilişkilerinin girdiği tartışmalıdır.

Bakanlık tarafından yayınlanan son "Sıkça Sorulan Sorular" başlıklı metinde, "hizmet sözleşmelerinin kapsamı nedir?" sorusuna "Hizmet; teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemlerdir. Bu işlemlere ilişkin sözleşmeler "hizmet sözleşmesi" olarak kabul edilmektedir" ifadelerine yer verilmiştir²⁰.

Kararda ve Tebliğde kullanılan hizmet sözleşmesi ifadeleri ile teknik anlamda iş (hizmet) sözleşmelerinin kastedilmediği yönündeki tespitin önemli bir sonucu bulunmaktadır. Şöyle ki, Tebliğde sadece hizmet sözleşmesinden söz edilen fıkralardaki istisnalar iş sözleşmeleri için geçerli olmayacaktır. Aynı sonuç şüphesiz tersi durum için de geçerlidir.

19 Buna karşılık, örneğin Türk Uluslararası Gemi Sicili Yönetmeliği m.4/k hükmünde "Finansal Kiralama (Leasing)" ifadeleri kullanılmıştır. Esasen, Tebliğde de "finansal kiralama (leasing) sözleşmeleri" ifadelerine yer verilmiştir (f.12-13).

20 <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/02/S%C4%B1k%C3%A7a-Sorulan-Sorular-1.pdf>

2)Kararda Kullanılan “İş Sözleşmesi” Kavramının Kapsamı

a)Genel olarak

Kararda ve Tebliğde kullanılan “hizmet sözleşmesi” ifadesi ile teknik anlamda iş (hizmet) sözleşmelerinin kastedilmediği, bunun Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen hizmet sözleşmesi olmadığı anlaşılmalı birlikte, söz konusu Kararda kullanılan iş sözleşmesi ifadesi kural olarak İş Kanunu, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamına giren tüm işçilerin iş/hizmet sözleşmelerini kapsamaktadır. Başka bir deyişle, Kararda öngörülen yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırma yasağı ve Türk parasına çevirme zorunluluğu kural olarak, bireysel iş ilişkilerini düzenleyen hangi kanunda yer alırsa alsın ve ne şekilde isimlendirilirse isimlendirilsin, işçinin ücret karşılığında işverene bağımlı olarak iş görmesini konu edinen tüm iş sözleşmeleri için geçerlidir. Zira Kararda iş sözleşmelerinden söz edilirken herhangi bir kanuna yollamada bulunulmamış, yasağın belirli bir kanuna tabi işçilere özgü olduğuna ilişkin sınırlandırıcı bir ifade kullanılmamıştır. İş kanunlarının kapsamı açısından bakıldığında, sadece daha sonra 16 Kasım 2018 tarihli değişiklik Tebliği ile gemiadamlarının taraf olduğu iş sözleşmelerinin istisna kapsamına alındığı görülmektedir.

Kararın kapsamına girmek açısından iş sözleşmesinin türünün de herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin belirli-belirsiz süreli, kısmi-tam süreli olması, çağrı üzerine çalışmaya veya uzaktan çalışmaya dayalı olması veya işçinin geçici iş ilişkisi kapsamında çalışması bu açıdan önem taşımaz.

Öte yandan Kararda kullanılan iş sözleşmesi deyimi, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliğini ve iş sözleşmesi hükmü haline gelen işyeri uygulamalarını da kapsayıcı niteliktedir. Yine toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmeleri üzerindeki doğrudan ve emredici etkisi nedeniyle ödemenin kaynağının toplu iş sözleşmesi olduğu gerekçesiyle de yasağın uygulanmasından kaçınılamayacaktır.

b)Üçlü iş ilişkilerindeki durum

Üçlü iş ilişkilerinden işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri durumunda bir işveren değişikliği söz konusu olmakta, asıl işveren – alt işveren ilişkisinde ise bir işveren değişikliği söz konusu olmasa da işçi başka bir işverene ait işyerinde çalışmaktadır. Geçici iş ilişkisinde ise işveren değişikliği yaşanmasa da işçi başka bir işverene ait işyerinde çalışmakta ve o işveren belirli bir süre işçiden iş görme edimini talep hakkına sahip olarak işçiye emir ve talimat verebilmektedir. Esasen tüm bu üçlü iş ilişkilerinde işçinin iş sözleşmesi kesintisiz varlığını sürdürmektedir. Bununla birlikte, iş sözleşmelerinde ücret veya sözleşmeden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırılması yasağının üçlü iş ilişkileri açısından özel olarak ele alınması gerekmektedir. Bu gereklilik her şeyden önce Tebliğde düzenlenen istisnaların hangi zaman ve hangi işveren esas alınarak belirleneceğinin

tespiti açısından önemlidir. Öte yandan, bazı yasal düzenlemeler de farklı değerlendirmelerde bulunmayı gerektirebilmektedir.

Asıl işveren – alt işveren ilişkisinde işçi başka bir işverene ait işyerinde çalışsa da, işçi ile asıl işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmamakta, işçi yine kendi işvereni olan alt işverenden emir ve talimat alarak iş görme edimini yerine getirmektedir. Hukuka uygun bir ilişkide alt işveren işçisinin bu ilişki süresince de olsa, asıl işverenin işçilerine sağlanan haklardan ve Kanunda açıkça belirtildiği üzere asıl işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Bu durumda, alt işveren işçisinin iş sözleşmesinde yabancı para/değer kaydı kararlaştırması yapıp yapılamayacağı kendi işverenleri dikkate alınarak belirlenecektir.

Tebliğın uygulanması yine üçlü iş ilişkilerinden olan işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri durumlarında özellikler gösterebilir. Şöyle ki, gerek işyeri devri gerek iş sözleşmesi devrinde bir işveren değişikliği yaşandığı, iş sözleşmesi bütün hak ve borçları ile birlikte devralan işverene geçtiği için bu işlemler sonucunda daha önce yasak kapsamında olan bir iş sözleşmesi bu kapsamdan çıkabilir veya tersi durum söz konusu olabilir. Karar ve Tebliğden önce ya da sonra yapılmış ve Tebliğde sayılan işverene yönelik istisna kapsamında ücretin yabancı para olarak kararlaştırıldığı bir iş sözleşmesi örneğin istisna kapsamında olmayan bir işverene devredildiğinde, Türk parasına çevirme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Buna karşılık yasak kapsamında iken istisna kapsamında olan bir işverene devir durumunda ise, devir tarihinden itibaren yabancı para/değer kaydı üzerinden kararlaştırma serbestisi gündeme gelecektir.

Üçlü iş ilişkilerinden olan geçici iş ilişkisi, özel istihdam bürosu aracılığıyla veya holding ya da aynı şirketler topluluğuna bağlı işverenler arasında kurulabilmektedir (İşK m.7/1). Bu ilişkide iş sözleşmesinin işveren tarafı değişmemekte sadece belirli bir süre için işçiye karşı olan iş görme edimini talep hakkı devredilmektedir. Dolayısıyla yabancı para (değer kaydı) üzerinden kararlaştırma yasağının, iş sözleşmesinin işveren tarafı esas alınarak belirlenen istisnaları açısından, asıl işveren – alt işveren ilişkisinde olduğu gibi, geçici işçinin iş sözleşmesi ile bağlı olduğu işveren esas alınarak belirleme yapılmalıdır. Özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi açısından bakıldığında, şayet özel istihdam bürosu – Tebliğde istisnalar arasında sayılan – dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin veya ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip bulunduğu bir şirket durumunda ise, dilerse kendisine iş sözleşmesi ile bağlı olan tüm işçilerle yabancı para veya yabancı para değer kaydı üzerinden iş sözleşmesi akdedebilecektir (m.8/19).

Bazı durumlarda işçinin fiilen çalıştığı geçici işverenin işyeri esas alınarak belirleme yapılması da gerekebilir. Örneğin, aşağıda inceleneceği üzere, istisnalar arasında yurt dışında ifa edilecek iş sözleşmeleri de bulunmaktadır. İşçi geçici iş ilişkisi kapsamında yurt dışında çalışacaksa²¹ bu süre boyunca istisna kapsamında değerlendirilebilecektir.

21 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu’na göre, özel istihdam bürolarının geçici iş ilişkisi kurmak suretiyle yurt dışına işçi göndermesi halinde, işçilerin yurt dışı hizmet akitlerinin Kuruma onaylatılması zorunludur (m.17/10).

Esasen geçici iş ilişkisinin her iki türünde de söz konusu olan, geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşullarının, bu işçinin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşulların altında olamaması ilkesi²² (İşK m.7/10, m.15/son c.) de bazı durumlarda geçici işçinin fiilen çalıştığı işyerinin esas alınmasını gerekli kılabilir. Örneğin, geçici işverenin işyerinde Tebliğdeki istisnalara uygun olarak yabancı para üzerinden kararlaştırma yapılabilirdiği bir durumda, söz konusu kararlaştırma, işçinin işverenin geçici işyerindeki temel çalışma koşullarını sağlama yükümlülüğü nedeniyle etki doğurabilir.

IV. İŞ SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN YASAĞIN KAPSAMI

1) İş Sözleşmeleri Açısından Sözleşme Bedeli ve Sözleşmeden Kaynaklanan Diğer Ödeme Yükümlülüklerinin Belirlenmesi

a) Genel olarak

Karara göre, “Türkiye’de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki... iş... sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.” (m.4,g). Kararda kullanılan sözleşme bedeli iş sözleşmeleri açısından ücret olarak anlaşılacaktır. Esasen tüm sözleşmeler için “sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri” yerine sadece “bu sözleşmelerden kaynaklanan ödeme yükümlülükleri” ifadesi kullanılabilir. Böyle bir ifade amaçlanan hususu anlatmakta yeterli olacağı gibi, sözleşme bedeli gibi pek çok sözleşme türüne yabancı bir ifadeye de yer verilmemiş olurdu.

Kararda herhangi bir ayırım yapılmaksızın iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm ödeme yükümlülükleri yabancı para (değer kaydı) üzerinden kararlaştırma yasağı kapsamına alındığından, yasağın geçerli olduğu iş sözleşmelerinde, ücret ve ücret eki niteliğindeki tüm ödemeler bu kapsamda değerlendirilecektir. İşçinin temel ücreti, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, prim, ikramiye gibi alacakları, avans ödemeleri, aile-çocuk-egitim yardımları, yakacak yardımı, yol, yemek parası gibi ödemeler bu kapsamdadır. Yine iş sözleşmesinden kaynaklanan ceza koşulu, ölüm tazminatı, rekabet yasağı için öngörülen karşı edim ve ceza koşulu, ikale sözleşmesinde ödeneceği kararlaştırılan tutarlar da bu kapsamda değerlendirilecektir.

Bu kapsamda bir işverenin görevi gereği yurt dışına seyahat edecek işçisine döviz cinsinden avans ödemesi yapıp yapamayacağı ve yurt dışında döviz cinsinden yapılan (yemek, ulaşım, şehir vergisi vb.) harcamaların işçiye döviz olarak ödenmesinin mümkün olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimizce, Tebliğde sözü geçen diğer ödeme yükümlülüklerini, iş sözleşmesi açısından değerlendirdiğimizde nakden ödenen ücret ekleri, yani yakacak yardımı,

22 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkaraca**, Ercüment : Özel İstihdam Bürosu Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Barosu tarafından 3-4 Haziran 2016 tarihinde “İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 2016 Yılı Toplantıları”na sunulan tebliğ yayını, İstanbul 2018, 79 vd. ve orada anılan kaynaklar (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/kitaplar/doc/ISHUK2016TN.pdf>).

bayram harçlığı, yol parası, yemek parası vb. gibi sosyal yardım niteliğindeki ödemeler şeklinde anlamak isabetli olur. Bir diğer deyişle, işçinin işe ve işyerine bağlılığını artıran ve yine iş görme ediminin karşılığı olarak ödenen paraların bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. İnceleme konusu yaptığımız ödemeler ise, bir çalışma karşılığı olarak işçiye sağlanan ücret veya sosyal yardım niteliği taşımamakta, işçinin yapması gereken harcamaları karşılamakta, gider karşılığı olarak ödenmektedir. Ayrıca harcamalar yurt dışında yapılıncı söz konusu harcamaların o yerin para birimi üzerinden gerçekleştirilmesi ve işçiye de söz konusu para birimi üzerinden verilmesi de bu sonucu desteklemektedir. Aşağıda değineceğimiz üzere, yurt dışında ifa edilecek iş sözleşmelerinin istisna kapsamında olması da bu sonucu destekleyen başka bir husustur. Burada genel olarak yurt dışında ifa söz konusu olmasa da geçici olarak bu nitelikteki bir görevin ifası kapsamında yapılan/yapılacak harcamalar için yapılan ödemeler söz konusudur.

Buna karşılık, bu ödemeler dışında işçiye yurt dışına gittiği, evinden uzak kaldığı, ekstra emek harcadığı düşüncesiyle gider (harcama) avansı dışında bir ödeme yapılıyorsa bunu ücret olarak düşünmek ve yabancı para (değer kaydı) üzerinden kararlaştırma yasağı kapsamında değerlendirmek gerekir.

İş sözleşmesinden kaynaklanan ödeme yükümlülüğünün sahibi yasak açısından önem taşımamaktadır. Başka bir deyişle, sadece işverenin borçlusu olduğu ödemeler değil işçinin ödeme yükümlülükleri de bu kapsamda bulunmaktadır. Örneğin iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın belirli bir süreden önce feshi durumu için sözleşmede bir ceza koşulunun öngörülmüş olması halinde, işçinin ödemekle yükümlü olacağı ceza koşulu da yasak kapsamındadır. Benzer durum sözleşme sonrası rekabet yasağının ihlali için öngörülen ceza koşulu veya işçinin belirli durumlarda ödemekle yükümlü olabileceği eğitim masrafları açısından da söz konusudur.

Tebliğde yer verilen bir düzenlemeye göre, yabancı para (değer kaydı) üzerinden kararlaştırma yapılamayacak sözleşmeler kapsamında düzenlenecek kıymetli evraklarda yer alan bedellerin de yabancı para (değer kaydı) üzerinden belirlenmesi mümkün değildir. Ancak, Karar'ın geçici 8. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenmiş ve dolaşıma girmiş bulunan bu kapsamdaki kıymetli evraklar anılan geçici madde hükmünden yani Türk parasına çevirme yükümlülüğünden istisnadır (m.8/21).

Bunun gibi, yabancı para (değer kaydı) üzerinden kararlaştırma yapılamayacak sözleşmelerde tahsili yapılmış veya gecikmiş alacaklar ile sözleşmelerin ifası kapsamında dolaşıma girmiş²³ kıymetli evraklar için Türk parasına çevirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (m.8/28, son paragraf).

23 Sıkça Sorulan Sorular'da "Söz konusu fıkrada yer alan "sözleşmelerin ifası kapsamında dolaşıma girmiş kıymetli evraklar" ibaresi ile söz konusu kıymetli evrakın Tebliğ'in yayımlanma tarihi olan 16.11.2018 tarihinden önce düzenlenmiş olması gerektiği ve buna ek olarak kıymetli evrakın türüne göre düzenleyen tarafından hamile verilmiş olması gerektiği kast edilmektedir. Bu itibarla, kıymetli evrakın 16.11.2018 tarihinden önce düzenlenmiş olması halinde anılan fıkra kapsamında yer alacağı değerlendirilmektedir." denilmiştir (Soru 38).

b) Kararlaştırma yasağının “ödeme” yasağını kapsamaması

Gerek iş sözleşmesi gerek Karar kapsamındaki diğer sözleşmeler açısından Karar ile yasaklanan husus, sözleşme bedeli ve sözleşmeden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaktır. Bu noktada Karar ve Tebliğ hükümleri ile temel bir ilkeye istisna getirilerek sözleşme serbestisinin kısıtlandığı, yasaklamalar getirildiği, bu nedenle bu hükümlerin dar yorumlanması gerektiği belirtilmelidir. Ücretin Türk parası ile (örneğin 10.000 TL olarak) belirlendiği bir durumda herhangi bir aydaki ücret ödemesinin tarafların mutabakatı ile örneğimizde 10.000 TL'nin o anki yabancı para karşılığı olarak fiilen ödenmesi Karar kapsamında yasaklanan bir husus değildir. Gerçekten hüküm aynen ve sadece, “... sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak *kararlaştırılmaz*.” şeklindedir. Düzenlemenin lafzı bu sonucu gerektirmekte olup, aksinin amaçlanması durumunda bunun açıkça belirtilmesi gerekir.

c) Aynı yardımlar ve döviz cinsinden/dövize endeksli kararlaştırma yasağı

İşçiye iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri uygulaması vb. kaynaklarla yapılması taahhüt edilen aynı yardımlar açısından konunun özel olarak ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Gerçekten örneğin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçiye her yıl Ekim ayında bir ton kömür verileceği veya kendisinin ya da çocuklarının evlenmesi yahut çocuğunun olması durumunda bir adet Cumhuriyet altını verileceğinin kararlaştırılması durumunda ne şekilde hareket etmek gerekecektir? Aynı şekilde işyerinde belirli bir hizmet yılını dolduran işçilere hatıra amaçlı altın verileceğinin hatta işverenin şirketin kendi amblemini taşıyan altın bastıracağına kararlaştırıldığı toplu iş sözleşmeleri söz konusu olabilmektedir²⁴.

Konuya ilişkin mevzuat hükümlerini tekrarlamak gerekirse, Karara göre, “iş...sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan *diğer ödeme yükümlülükleri* döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.” (m.4/g). Tebliğde ise, konu ile ilgili olabilecek, “Uluslararası piyasalarda fiyatı döviz cinsinden belirlenen kıymetli madenlere ve/veya emtiyaya *endekslenen* ve/veya dolaylı olarak dövize *endekslenen* sözleşmeler, 32 sayılı Kararın 4 üncü maddesinin (g) bendi uygulaması kapsamında dövize endeksli sözleşme olarak değerlendirilir..” hükmüne yer verilmiştir (m.8/22).

Görüldüğü gibi, Kararda ve Tebliğde ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli yahut fiyatı döviz cinsinden belirlenen kıymetli madenlere ve/veya emtiyaya endekslenerek kararlaştırılması yasaklanmıştır. Kanaatimizce verdiğimiz örneklerde çalışma

24 Örneğin, Türkiye Şeker Sanayii İşverenleri Sendikası ile Türkiye Şeker Sanayi İşçileri Sendikası (Şeker-İş) arasında imzalanan 01.02.2013-31.01.2015 yürürlük süreli işletme toplu iş sözleşmesinin “Hizmet Yılı Ödülü” başlıklı 56/b maddesinde, “20 ve 30 yıl hizmeti bulunan işçilere ayrıca, hatıra olarak bir Cumhuriyet Altını verilir. Ancak Şirket kendi amblemi bulunan özel altın bastırma imkânı bulursa, Cumhuriyet Altını yerine aynı gram ve ayardaki bu özel altın verilir.” hükmü yer almaktaydı. Toplu iş sözleşmesi metni için bkz. <https://www.turkseker.gov.tr/dokumanlar/25TopluIsSozlesmesiMetni.pdf>

yaşamının geleneklerine uygun olarak sosyal yardım amacıyla aynı olarak arızı bir yardım yapılması söz konusu olup bir ödeme yükümlülüğünden değil, aynı yardımın ifasından söz edilmeli ve yasağın bulunmadığı kabul edilmelidir. Verdiğimiz örnekler döviz cinsinden, dövize endeksli veya kıymetli maden ya da emtiaya endeksli bir ödeme yükümlülüğü içermemektedir.

Öte yandan, Tebliğde kullanılan emtia kelimesi de oldukça geniş kapsamlı ürünleri içerebilecek bir niteliğe sahiptir. Şüphesiz bir emtianın fiyatının uluslararası piyasalarda döviz cinsinden belirlenip belirlenmediği – alanımız dışında – ayrı bir uzmanlık konusudur. Ancak yasak belirttiğimiz şekilde anlaşılmazsa, örneğin Ramazan ayında yapılan erzak yardımı içinde uluslararası piyasalarda fiyatı döviz cinsinden belirlenen bir emtia bulunması veya çelik tencere üreten bir işverenin işçilerine iki yılda bir çelik tencere vermesi de yasak kapsamında mı değerlendirilecektir? şeklinde sorular da ortaya çıkacaktır. Sonuç olarak, işverenin işçiye aynı olarak kömür, altın vermesini öngören iş sözleşmesi hükümlerinin yasak kapsamında olmadığı kanaatindeyiz. Şüphesiz burada yasağı dolanmak amacıyla yapılacak kararlaştırmaların korunmaması gerekir. Örneğin yasak sonrası işçinin ücretinin bir kısmının sosyal yardım adı altında altın olarak ödenmesinin öngörülmesi yasak kapsamındadır.

2)Türk Parasına Çevirme Zorunluluğunun Zaman Bakımından Uygulanma Alanı

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Karar, yayımı tarihinden itibaren yapılacak belirli sözleşmelerde sözleşme bedeli ve diğer ödeme yükümlülüklerinin “döviz cinsinden veya dövize endeksli” olarak kararlaştırılmayacağını (m.4/g) düzenlemekle yetinmeyip, Kararın yayınlanmasından önce yapılmış olan bu nitelikteki sözleşmelerde de Türk parasına çevirme zorunluluğu öngörmüştür (geç.m.8).

Bununla birlikte Tebliğde, bu konuda bazı sözleşme türleri açısından istisna getirilmiştir. Tebliğ uyarınca, geçici 8. maddenin yürürlüğe girdiği 13.09.2018 tarihinden önce akdedilmiş bulunan, taşıt kiralama ve yolcu taşıma amaçlı ticari taşıt satış sözleşmeleri ile menkul ve gayrimenkullere ilişkin finansal kiralama sözleşmeleri geçici 8. madde hükmünden istisnadır. Yani 13.09.2018 tarihinden önce akdedilen bu sözleşmeler için Türk parası olarak yeniden belirleme zorunluluğu bulunmamaktadır (m.8/25-26). İş sözleşmeleri hakkında bu yönde bir istisnaya yer verilmediğinden, 13.09.2018 tarihinden önce yapılan iş sözleşmeleri için de, Tebliğde sayılan diğer istisnalar kapsamına girmedikçe, tarafların Türk parası olarak belirleme yükümlülükleri bulunmaktadır.

Tebliğde Kararın geçici 8. maddesinin zaman bakımından uygulanması konusunda da bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, Tebliğ ile istisna kapsamına alınan ancak geçici 8. maddenin yürürlüğe girdiği 13.09.2018 tarihinden önce akdedilmiş bulunan sözleşmeler (bu kapsamda iş sözleşmeleri) de geç.m.8 hükmünden, yani Türk parasına çevirme zorunluluğundan istisnadır (m.8/24). Dolayısıyla 13.09.2018 tarihinden önce akdedilmiş bulunan iş sözleşmelerinden sadece daha sonra yayınlanan Tebliğler ile istisna kapsamına alınanlar açısından Türk parasına çevirme yükümlülüğünden muafiyet söz konusudur.

Gerek yabancı para (değer kaydı) üzerinden kararlaştırma yasağının yürürlüğe girmesinden önce gerek daha sonra yapılan bir iş sözleşmesinin başlangıçta Tebliğde sayılan istisnalar kapsamında olmakla birlikte sonradan yasak kapsamına girmesi durumunda da, Türk parasına çevirme zorunluluğu söz konusu olacaktır. Sözleşmenin yasak kapsamında olup olmadığına ilişkin belirleme, sözleşmenin yapıldığı veya yasak ve istisnaları düzenleyen mevzuatın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tek defada yapılacak bir değerlendirme değildir. Bu yöndeki tespit örneğin istisnaları daraltan ya da genişleten yeni bir Tebliğ değişikliği ile zaman içinde değişkenlik gösterebileceği gibi, sözleşmenin ifa yeri, tarafları, işveren şirketin pay sahipliği durumu gibi istisnalar açısından kriter olarak alınan bazı hususlardaki değişikliklere göre de değişkenlik gösterebilir. Örneğin, istisna kapsamındaki serbest bölgede faaliyet gösteren bir şirkette çalışan bir işçinin iş sözleşmesinin istisna kapsamında olmayan bir işverene devri durumunda da işçinin ücretinin ve sözleşmeden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin Türk parasına çevrilmesi gerekir.

V. İŞ SÖZLEŞMELERİ İÇİN ÖNGÖRÜLEN İSTİSNALAR

1) Genel Kural: Türkiye’de Yerleşik Olmayanlar İçin Yasak Bulunmaması

Karar ile “Türkiye’de yerleşik kişilerin kendi aralarındaki...iş sözleşmelerinde” sözleşme bedeli ve sözleşmeden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin yabancı para ve yabancı para değer kaydı üzerinden kararlaştırılması yasaklanmıştır (32 sayılı Karar m.4,g). Dolayısıyla taraflardan birinin Türkiye’de yerleşik olmaması durumunda yasak söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle kimlerin Türkiye’de yerleşik sayılacaklarının tespiti önem arz etmektedir. Türkiye’de yerleşik kişi kavramı, 32 sayılı Kararda tanımlanmıştır. Karar m. 2/1, b hükmüne göre “Yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dâhil Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişiler” Türkiye’de yerleşik kişi olarak kabul edilecektir. Bir kişinin Türkiye’de yerleşik kabul edilmesi için Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunması şarttır.

Türk Medeni Kanunu m.19’a göre bir kimsenin sürekli kalma niyeti ile oturduğu yer yerleşim yeridir. Bir kimsenin aynı anda birden fazla yerleşim yeri olamaz. Tüzel kişiler bakımından yerleşim yeri ise TMK m.51’de düzenlenmiştir. Buna göre, kuruluş belgesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça işlerin yönetildiği yer tüzel kişinin yerleşim yeridir.

Bakanlıkça yayınlanan “Sıkça Sorulan Sorular”da da belirtildiği gibi, dışarıda yerleşik gerçek ve tüzel kişiler Karar hükümlerine tabi değildir. Ülkemiz ile vatandaşlık bağı bulunmayan ancak Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek kişiler ile Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan tüzel kişiler ise Türkiye’de yerleşik olduklarından kural olarak Karar kapsamına dahildir. Ancak iş sözleşmeleri açısından baktığımızda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişilerin taraf oldukları iş sözleşmelerinde sözleşme bedellerinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür (Tebliğ m.8/14). Bu istisnaya aşağıda ayrıca değinilecektir.

Tebliğde yer verilen bir diğer düzenlemeye göre, Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışındaki; şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, işlettiği veya yönettiği fonlar, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin bulunduğu şirketler 32 sayılı Kararın 4’üncü maddesinin (g) bendi uygulaması kapsamında Türkiye’de yerleşik olarak değerlendirilir. Ancak, sözleşmenin yurt dışında ifa edilmesi durumunda bu fıkra hükmü uygulanmaz (m.8/23).

2) Türkiye’de Yerleşik Kişiler Hakkında Tebliğde Öngörülen İstisnalar

Tebliğ m.8 hükmünde iş sözleşmeleri açısından öngörülen istisnalar şunlardır:

- yurt dışında ifa edilecek iş sözleşmeleri (f.6),
- gemiadamlarının taraf oldukları iş sözleşmeleri (f.6),
- Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan Türkiye’de yerleşik kişilerin taraf olduğu iş sözleşmeleri (f.14)²⁵,
- kamu kurum ve kuruluşlarının²⁶ taraf olduğu iş sözleşmeleri (f.15),
- Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı şirketlerinin²⁷ taraf olduğu iş sözleşmeleri(f.15),
- dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan; şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin veya ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip bulunduğu şirketlerin²⁸ *işveren olarak* taraf olduğu iş sözleşmeleri (f.19),
- serbest bölgedeki faaliyetleri kapsamında serbest bölgelerdeki şirketlerin *işveren olarak* taraf olduğu iş sözleşmeleri (f.19)²⁹.

25 Bu istisna ile ilgili olarak “Sıkça Sorulan Sorular”da, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan futbolcuların ücretlerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak ödenmesi mümkündür. Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunan futbolcuların Türkiye’de yerleşik kulüplerle yapacağı sözleşmelerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün değildir.” ifadelerine yer verilmiştir (Soru 21).

26 Bakanlık tarafından Sıkça Sorulan Sorular adı altında yayınlanan son açıklama metninde, kamu kurum ve kuruluşları ibaresi ile 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri olarak ifade edilen, anılan Kanun’un I, II, III ve IV sayılı cetvellerinde bahsedilen kurumlar, idareler ve mahalli idareler ile doğrudan ve dolaylı olarak en az %50’si bu kurum ve idarelere ait olan şirketlerin ifade edildiği belirtilmiştir (Soru 15).

27 Bakanlıkça yayınlanan aynı metinde, Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı şirketleri ile sermayesinin en az yüzde ellisi doğrudan veya dolaylı olarak Türk Silahlı Kuvvetlerini güçlendirmek amacıyla kurulmuş bulunan Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı’na ait olan Aselsan, Havelsan, Roketsan gibi şirketlerin ifade edildiği açıklanmıştır (Soru 27).

28 Sıkça Sorulan Sorular başlıklı metinde “dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin veya ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip bulunduğu şirketler” ifadesi ile payların asgari olarak yüzde ellisine sahip olma şartı veya doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliği bulunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması suretiyle şirketin ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip olunmasının kastedildiği belirtilmiştir (Soru 27).

29 “Sıkça Sorulan Sorular”da, “Limanlarda gerçekleştirilen iş ve hizmet sözleşmelerinin döviz cinsinden ya da dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün müdür?” sorusuna “Türkiye’deki gümrüklü liman sahalarında sunulan hizmetler kapsamında Türkiye’deki yerleşik kişiler arasında akdedilecek iş ve hizmet sözleşmelerinde sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli

Sayılan istisnalardan özellikle kamu kurum ve kuruluşları, TSK Güçlendirme Vakfı şirketleri ve dışarıda yerleşik kişilerin ülkemizdeki şube, temsilcilik, kontrol altında tuttıkları şirketler vb. için öngörülen istisnaların eşitlik ilkesine uygunluğu tartışılabilir niteliktedir.

Serbest bölgedeki şirketler için öngörülen istisna bunların sadece serbest bölgedeki faaliyetleri için tanındığından bu kapsama girmeyen faaliyetler için yapılacak iş sözleşmelerinde başkaca bir istisna bulunmadıkça yasak söz konusu olacaktır.

Gerek serbest bölgedeki şirketler gerek dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan şube, temsilcilik, kontrolüne sahip oldukları şirketler vb. için öngörülen istisna hükmünde iş ve hizmet sözleşmeleri için öngörülen istisna ifade edilirken, m.8/19 hükmünde, bu kişilerin “işveren veya hizmet alan olarak taraf olduğu iş ve hizmet sözleşmelerinde” ifadeleri kullanılmıştır. Hizmet sözleşmeleri açısından “hizmet alan olarak” taraf olma kriterinin getirilmiş olması bir anlam taşımakta, böylece söz konusu kişilerin hizmet veren olarak taraf oldukları hizmet sözleşmelerinin bu fıkra kapsamında bulunmadığı vurgulanmış olmaktadır. Bu açıdan bu konuda herhangi bir ayırım yapmayan önceki Tebliğe göre bir sınırlandırma da yapılmış olmaktadır. Ancak aynı şeyi iş sözleşmeleri açısından söylemek mümkün değildir. Zira işçi ancak bir gerçek kişi olabileceğinden, fıkra da sayılan kişilerin işçi olarak bir iş sözleşmesine taraf olmaları zaten söz konusu olamayacaktır. Bu açıdan söz konusu ifade biçiminin isabetsiz olduğunu düşünmekteyiz. Bu ifade biçiminin, Tebliğde söz konusu istisnanın iş ve hizmet sözleşmeleri için ortak olarak düzenlenmiş olmasından ve hizmet sözleşmesi için böyle bir sınırlama getirilirken ayrı cümleler kurulmamış olmasından kaynaklandığını düşünüyoruz³⁰.

Bu noktada sözleşmenin bir tarafına yapılan vurgunun acaba başka bir anlam mı taşıdığı sorusu akla gelmektedir. Şöyle ki, acaba Bakanlık istisna öngörürken taraf vurgusu yaparak istisnadan yararlanmayı bir tarafın iradesine mi terk etmiş olmaktadır? Esasen bu sorunun aklımıza gelme sebebi, Bakanlıkça yayınlanan, daha sonra siteden kaldırılarak, yeni Tebliğin çıkarılması üzerinde değiştirilerek yenisi yayınlanan “Sıkça Sorulan Sorular”ın ilk şeklinde, Tebliğde öngörülen istisnaların genel olarak sözleşme türüne tanınmayıp sözleşme taraflarından birine tanınmış olması halinde, kendisine istisna tanınan tarafın isteğine göre Türk parası ile belirleme zorunluluğunun uygulanacağı, bu taraf isterse yabancı para üzerinden kararlaştırmanın sürdürülebileceği ancak istemezse Türk parasına dönüşmek zorunda olduğu yönündeki açıklamalardır. Ancak belirtelim ki, 16.11.2018 tarihli Tebliğ üzerine yayınlan “Sıkça Sorulan Sorular” başlıklı son metinde bu yönde bir soru ve açıklamaya yer verilmemiştir. Bu durum

olarak kararlaştırılabilmesi mümkün bulunmaktadır. Ayrıca; Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’ın 4 üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten önce Türkiye’deki gümrüklü liman sahalarında sunulan hizmetler kapsamında Türkiye’deki yerleşik kişiler arasında akdedilmiş olan ve yürürlükte bulunan iş ve hizmet sözleşmelerindeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedellerin Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.” şeklinde cevap verilmiştir (Soru 5).

30 Bakanlıkça 27.2.2019 tarihinde yayınlanan “Sıkça Sorulan Sorular” başlıklı son metinde, söz konusu istisna hususunda iki tebliğ arasındaki farklar açıklanırken, “Bu kapsamda ilave olarak, dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan ortak kontrol ve/veya kontrolüne sahip bulunduğu şirketler kapsama dahil edilmiştir. Ayrıca istisnanın kapsamı, bahse konu dışarıda yerleşik kişilerin yalnızca işveren veya hizmet alan olarak taraf oldukları iş ve hizmet sözleşmeleri ile sınırlandırılmıştır.” şeklinde açıklamaya yer verilmiştir (Soru 26).

Bakanlıkça bu yorumdan vazgeçildiği şeklinde yorumlanabilecektir. Söz konusu metinler arasında örneğin sigorta sözleşmelerine ilişkin soruya verilen cevapta olduğu gibi başkaca farklılıklar da söz konusu olup bu farklılıklardan kaynaklı uyuşmazlıkların çıkması da muhtemeldir.

3)Diğer Bazı Sözleşme Türleri için Tanınmasına Karşın İş Sözleşmeleri Bakımından İstisna Tanınmayan Haller

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu döviz cinsinden veya dövize endeksli ihaleler, sözleşmeler ve milletlerarası andlaşmaların ifası kapsamında gerçekleştirilecek olan projeler dahilinde; yükleniciler veya görevli şirketlerin ve bunların sözleşme imzaladığı tarafların üçüncü taraflarla akdedeceği veya bahsi geçen projeler çerçevesinde akdedilecek, gayrimenkul satış sözleşmeleri ve *iş sözleşmeleri dışında kalan* sözleşmelerde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür (m.8/16).

Türkiye'de yerleşik yolcu, yük veya posta taşıma faaliyetinde bulunan ticari havayolu işletmeleri; hava taşıma araçlarına, motorlarına ve bunların aksam ve parçalarına yönelik teknik bakım hizmeti veren şirketler; sivil havacılık mevzuatı kapsamında havalimanlarında yer hizmetleri yapmak üzere çalışma ruhsatı alan veya yetkilendirilen kamu ya da özel hukuk tüzel kişiliği statüsündeki kuruluşlar ile söz konusu kuruluşların kurdukları işletme ve şirketler ile doğrudan veya dolaylı olarak sermayelerinde en az yüzde elli hisse oranına sahip olduğu ortaklıkların Türkiye'de yerleşik kişilerle döviz cinsinden veya dövize endeksli bedeller içeren gayrimenkul satış, gayrimenkul kiralama ve *iş sözleşmeleri haricindeki* sözleşmeleri akdetmeleri mümkündür (m.8/20).

Roma Usul Hukukunda *Condemnatio In Id Quod Facere Potest* İlkesi

The Principle of *Condemnatio In Id Quod Facere Potest* In Roman Procedural Law

Sevgi KAYAK*

Öz

Condemnatio in id quod facere potest, Roma Hukukunda borçlular yararına usul hukuku aracıdır. Kural olarak, borçlu borcun tamamı için sorumludur. Borçlunun malları borcu ödemeye yetmediği zaman borçlu acz içinde demektir. Bu borçlunun malvarlığı *bonorum venditio* yoluyla satışa çıkarılır. Bu ise, borçlunun *infamis* (şerefsizlik) olmasıyla sonuçlanır. *In id quod facere potest* mahkûmiyeti sayesinde borçlular borç miktarının tamamı yerine, mahkûmiyet anında sadece malvarlıklarında fiilen bulunan değerlerin toplam tutarı ile sorumlu tutulmuşlardır. *In id quod facere potest* mahkûmiyeti ile ilgili olarak hemen belirtelim ki, kavramı ifade etmek üzere bu tabir yerine “*beneficiae competentiae*” tabiri de kullanılmıştır. Aslında “*beneficium competentiae*” tabiri Roma hukuku kökenli değildir. *In id quod facere potest* Roma hukuku kaynaklarında bir defa olarak nitelendirilir. *In id quod facere potest*, borçlunun kişiliğine bağlıdır, başkasına devredilemez.

Anahtar Kelimeler: Borçlu, Ödeme Güçlüğü, Defi, *In id quod facere potest*, *Beneficium competentiae*.

Abstract

Condemna in id quod facere potest is an instrument of procedural law for the benefit of debtors in Roman Law. In principle, the debtor is responsible for the entire debt. When the debtor's goods are not sufficient to pay the debt, the debtor is in difficulty in payment. The goods of this debtor are put on sale through the *bonorum venditio*. For this reason, the debtor would be *infamis*. With the possibility of *condemnatio in id quod facere potest*, debtors are responsible for values of assets during conviction. *Condemnatio in id quod facere potest* is used instead of *beneficium competentiae* in sources of Roman Law. Words of “*beneficium competentiae*” are not of Roman Law origin. *In id quod facere potest* described as a *exceptio* in sources of Roman Law. *In id quod facere potest* depends on the debtor's personality, it's not transferable to others.

Keywords: Debtor, Difficulty of payment, *Exceptio*, *In id quod facere potest*, *Beneficium competentiae*.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, sevgikayak@istanbul.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-6147-6147).

I.Kavram

Dilimize, “yapabildiği kadarına mahkûmiyet” olarak çevirebileceğimiz *condemnatio in id quod facere potest*, Roma Usul Hukukunda borçlular yararına kabul edilmiş usul hukuku anlamında bir olanaktır. Buna göre bazı borç ilişkilerinde borçlunun, hakkında mahkûmiyet kararı verildiği anda malvarlığında bulunan değerler ile borçtan sorumlu tutulmasını sağlayan ve böylece borçlunun şahsı üzerinde icraya geçilmesini yahut da borçlunun acz içine düşmesini önleyen bir usul hukuku vasıtası olarak kabul edilmiştir¹.

Prencip olarak Roma Usul Hukukunda, borçlunun kendisine karşı açılmış bir ifa davasında ödemeye mahkûm edileceği miktar, sahip olduğu malvarlığı değerlerinin toplam tutarı ile değil, ifa etmek zorunda olduğu borcun toplam tutarı ile ölçülür. Borçlunun ödemede acz içine düşmüş olması onu borcundan kurtarmaya yetmez, başka deyişle, borçlu acz içinde de olsa borcun tamamından sorumlu olmaya devam eder. Sahip olduğu malvarlığı değerleri borcunu karşılamaya yetmeyen borçlu, yine de tüm borç miktarından sorumlu olmaya devam edecektir². Malvarlığının aktifi pasifinin altında kalan bir borçlu ise, acz halinde demektir ve böyle bir borçlunun malvarlığının *bonorum venditio* yoluyla satışa çıkarılması esastır. Bu ise, borçlunun *infamis* (şerefsizlik)³ statüsü içine dâhil olmasına neden olur. Bilindiği üzere şahıs üzerinde icranın geçerli olduğu Klasik Dönem boyunca⁴, borçlunun tüm malvarlığı satılmaktan başka, borçlunun şahsı üzerinde icraya da geçilebilirdi. Borçlunun malvarlığı değerleri borç miktarını karşılamaya yetmediği zaman borçlunun bu olumsuz sonuçlara maruz kalmaması adına öngörülen *in id quod facere potest* mahkûmiyeti, borçlunun mahkûm edildiği anda sadece malvarlığında bulunan

1 **Cuq E.**, Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928, s. 859; **Raymond, M.** Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome I, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948, s. 174; **Accarias, C.**, Précis, De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien, Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891, s. 1124; **Tahiroğlu B. / Erdoğmuş B.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar – Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 273; **Karadeniz Çelebican Ö.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 364.

2 **Accarias C.**, s. 1124.

3 *Infamia* (şerefsizlik); Roma Hukukunda güvene dayalı hukuki ilişkiler sebebiyle mahkûm olmuş kişiler hakkında önemli bir yaptırımdır. *Infamia*'yı gerektiren bir davada, genellikle güvene ihanet suçlarında mahkûmiyet almış olan kişi, kamu hizmetlerinden yasaklanır, tanıklık yapamaz, *magistra* seçme ve seçilme haklarından yoksun kalır, (*Infamia* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Türkoğlu Özdemir G.**, Roma Hukukunda *Infamia* (Şerefsizlik), Ankara 2008, s. 43 vd.

4 Bilindiği üzere Roma'nın Eski Hukuk Devrinde; borçluyu zincire vurmak, satmak ya da öldürmek şeklinde uygulanan şahıs üzerinde icra, MÖ 313 veya 326 tarihinde çıkarılan *Lex Poetelia* isimli bir kanunla sona erdirilmiştir. Bununla beraber kabul etmek gerekir ki bu kanun, şahıs üzerinde icra usulünü kökten kaldıramamıştır; bu tarihten sonra da şahıs üzerinde icra, borçluyu öldürmek ya da satmak şeklinde olmasa bile, alacaklının yanında birtakım işlerde çalıştırılmış olmak suretiyle uygulanmış olacaktır (**Schwarz, A. B.**, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, çeviren: Türkan Rado, İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965, s. 67-68.

değerler ile sorumlu tutulmasını sağlamıştır⁵. Böylece borçlunun şahsı üzerinde uygulanabilecek bir cebri icraya engel olunmuştur⁶.

In id quod facere potest mahkûmiyetine Digesta'nın muhtelif yerlerinde ve Iustinianus'un Institutiones'inde, 4. 6. 38-40 arasında rastlıyoruz. Bunlar arasında I., 4. 6. 38'deki metin, söz konusu mahkûmiyetin anlamını açıklaması bakımından oldukça önemlidir⁷:

Sed si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio iudicio societatis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur

Keza ana babasına veya patronus'una karşı dava ikame eden ve yine, şirket davası ile diğer şerik aleyhine davada bulunan kimse de, davalının yapabildiğinden fazlasını elde edemez.

Metinde *in id quod facere potest* olanağından yararlanabilecek bazı kimseler sayılırken bu olanağın ne anlama geldiği de açıklanmıştır. "...*quam adversarius eius facere potest...*" cümlesiyle *in id quod facere potest*, davalının yapabildiğinden ya da ödeyebildiğinden fazlasının davacı tarafından elde edilemeyeceği, davalı lehine usul hukuku olanağı olarak tespit edilmektedir. Buradan yola çıkarak, *in id quod facere potest*'in, borçlunun ifa edebileceği miktardan daha fazlasına mahkûm edilemeyeceğine yönelik bir usul hukuku ilkesi olduğu sonucuna ulaşıyoruz⁸. Bununla birlikte *in id quod facere potest*'in, sadece borçlunun mahkûmiyet anındaki malvarlığı değerleriyle sınırlı bir sorumluluk sağlamadığı, bundan daha öteye giderek borçlunun geçinmesi için gerekli olan mallarının ayrılıp geri kalanı ile sorumlu tutulması imkânını sağladığı fikri de doktrinde ileri sürülmüştür⁹. Ancak fikrimize göre, metnin sözüne göre yorum yapıldığında bu anlamı çıkarmak zordur. Borçlunun, ifanın yapabildiği kadarına mahkûm edilmesi, *in id quod facere potest*'in, borçlunun mahkûmiyet anındaki tüm malvarlığı ile sorumlu tutulduğu usuli bir olanak olduğu fikrini daha fazla destekler. Bu sebeple bize göre *in id quod facere potest*, borçluya geçinebileceği kadar bir malını ayırarak geri kalan kısmı ile borçtan sorumlu olma imkanını sağlamamıştır; en fazla borçlunun şahsı üzerinde icraya geçilmesini engellemiştir.

In id quod facere potest mahkûmiyeti ile ilgili olarak hemen belirtelim ki, kavramı ifade etmek üzere bu tabir yerine "*beneficiae competentiae*" tabiri de kullanılmıştır ve Roma Hukuku ile ilgili eserlerin birçoğunda bu usul hukuku vasıtası, "*beneficiae competentiae*" adıyla bilinmektedir¹⁰. Bununla birlikte "*beneficium competentiae*" tabiri Roma Hukuku kökenli değildir, konu ile doğrudan ilgili metinlerde "*beneficium competentiae*" diye bir tabire yer verilmemiştir¹¹. Yine,

5 Levet A., Le Bénéfice De Compétence, Paris, Recueil Sirey, 1927, s. xv.

6 Cuq E., s. 859.

7 Çalışmamızda kullandığımız Iustinianus'un Institutiones'indeki metinlerinin çevirisi için Iustinianus Institutiones, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968 adlı eserden yararlanılmıştır.

8 Levet A., s. 145-146.

9 Hâkim görüş hakkında Wünsch O., Zur Lehre vom Beneficium Competentiae, Leipzig, Verlag von Veit & Comp., 1897, s. 13; Türk hukukunda bu görüşte Karadeniz Çelebican Ö., s. 364.

10 Örneğin bkz. Umur Z., Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mevhumlar – Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 632; Karadeniz Çelebican Ö., 364; Tahiroğlu B./Erdoğan B., s. 273.

11 Wünsch O., s. 11.

Digesta metinlerinin ilk şerhlerinde de “*beneficium competentiae*” yerine “*in id quod facere potere/possunt*” ifadeleri kullanılmıştır¹². Mesela 16 ıncı yüzyıl Fransa’sında Roma Hukuku kaynaklarını tetkik eden çalışmalarda “*beneficium competentiae*” tabiri bilinmemektedir. 18 inci yüzyıla gelindiğinde ise “*condemnatio in id quod debitor facere potest*” kalıbı yerine “*privilegium* veya *exceptio competentiae*” sözcüklerinin yerleştirildiğine tanık olunur. Bu isimlendirmeler, muhtemelen kaynakların şerhi ile ilgilenen hukukçuların, Roma Hukukunda birkaç sözcükle dolaylı yoldan anlatılan bir kuruma özel bir isim verme çabalarından ileri gelmektedir. 19 uncu yüzyıla gelinceye dek bu olanak, borçlunun yaşamak için ihtiyaç duyduğu mallarının bir kenara ayrılarak geri kalan değerlerin sorumluluk konusu olmaya devam etmesi olarak anlaşılmıştır ve nitekim *in id quod facere potest* kalıbı da buna uygun olarak kullanılmış olacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki kalıpta geçen “*competentiae*” sözcüğü oldukça özensiz kullanılmıştır zira bu sözcük, kurumu ifade etmeye yetecek elverişlilikte değildir. Aslında “*competentiae*” yerine kullanılması gereken sözcük “*compotentiae*”dır, zira bu sözcüğün bileşenleri olan ve “muktedir” anlamına gelen “*potens-entis*” sözcükleri, kurumu ifade etmekte daha elverişlidir. Bu bakımdan aslında bu usul hukuku olanağıyla kastedilen, “*eius quod debitor facere potest* (borçlunun muktedir olduğu kadarına) mahkûm edilmesidir¹³.

Gerçekten de Iustinianus’un Institutiones’inde, konu ile metinlerde (I., Inst., 4. 6. 36-40) “*In id quod facere potest*” tabirine yer verilmiş olduğunu görüyoruz. Borçlunun bazı davalarda borcun tamamına değil, daha azını ödemeye mahkûm edileceği belirtilerek, bu davaların hangileri olduğu sayılırken “*beneficium competentiae*” yerine “*in id quod facere potest*” tabiri kullanılmıştır¹⁴. Bu da *in id quod facere potest* tabirinin Roma hukukundan sonraki kaynaklara ait olduğu fikrini güçlendirmektedir. Bu bakımdan Levet’in tespitlerine biz de katılıyor ve çalışmamızda “*beneficium competentiae*” tabiri yerine Roma Hukuku kaynaklarında bizzat geçen, “*condemnatio in id quod facere potest*” tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

Borçlu yararına olmakla birlikte her borç ilişkisi bakımından *condemnatio in id quod facere potest* kabul edilmediği için tüm borçlular bu olanaktan yararlanamazlar. *Condemnatio in id quod facere potest* olanağının kendisine tanındığı borçlular; kadın eş karşısında erkek eş, aile üyeleri karşısında aile reisi, azatlısı karşısında *patronus*, birbirleri karşısında şirket ortakları, bağışlanan karşısında bağışlayan, tereke alacaklıları karşısında hakimiyetten ya da mirasçılıktan çıkarılan aile evladı, cihaz alacalıları karşısında cihaz borçluları, âciz halde olduğu için tüm malvarlığı bir tür açık arttırma (*bonorum venditio*) ile satılmış borçlular ve askerler olarak sayılmıştır. Sayım tahdidi olup, sayılanların dışında kalan hukuki ilişkilerde bu usul ilkesinden yararlanmak olanak dâhilinde değildir¹⁵. Diğer taraftan Iustinianus’un, bu usul hukuku ilkesini tüm borçlular yararına

12 Levet A., s. xv.

13 Levet A., xv-xvii.

14 Örneğin I., 4. 6. 37: “...*quatenus facere potest...*”; I., 4. 6. 38: “*eius facere potest...*”; I., 4. 6. 40: “...*in id quod facere potest...*” gibi.

15 Levet A., s. xvii.

genişletmiş olduğunu da ilave etmemiz gerekir¹⁶. Nitekim bunu D. 50. 17. 173'teki metinden anlıyoruz:

In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt, damnantur: non totum quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.

Kişisel mahkûmiyette (sorumlulukta), borçlu yapabileceği kadarına mahkûm edilir: borçlu olduğunun tamamını değil, acz içine düşmemesi için istisna edilmiştir (ayrıcılık kılınmıştır).

Condemnatio in id quod facere potest'in hukuki niteliği tartışmalıdır; bazı metinlerde¹⁷ bir imtiyaz gibi dikkate alınırken, bazı metinlerde¹⁸ bir defi gibi dikkate alınmıştır. Hukuki nitelendirmenin pratik önemi, bu olanağın kullanılma şartları noktasında ortaya çıkar. Zira defi olarak kabul edildiği zaman, bu olanaktan yararlanabilmek için borçlu tarafından bizzat ileri sürülmüş olması şartı aranacaktır. Accarias'a göre, metinler arasında bir çelişki olduğu inkâr edilemez ise de, bu olanaktan yararlanabilmek için harekete geçmesi ve çaba göstermesi gereken kişinin bizzat borçlu taraf olduğu tüm metinlerden anlaşılan ortak bir sonuçtur. Bu durumda *in id quod facere potest*'in bir defi olma olasılığı daha kuvvetlidir¹⁹. Aksi kanaatte olan Cuq'e göre ise, bu olanak bir defi olarak nitelendirilemez. Zira borçlu tarafından hiçbir talepte bulunulmasa dahi hâkimin borçluyu yalnızca borcun ödeyebileceği kadarına mahkûm etmek zorunda bulunması, söz konusu olanağın bir defi değil, bir usul hukuku ayrıcalığı olduğu düşüncesini haklılaştırır²⁰. Bu ayrıcalık, sıkı surette borçlunun kişiliğine tanınmış olup, başkalarına devri ya da miras yolu ile intikali kabul edilmemiştir²¹. *Condemnatio in id quod facere potest*'in klasik kaynağının praetor beyannameleri olduğu, sonrasında ise bu olanağın, imparator emirnameleri ve mahkeme kararları çerçevesinde geliştiği tahmin edilmektedir²².

II. Hukuki İşlevi

In id quod facere potest mahkûmiyeti, borçlunun alacaklıya karşı sadece malvarlığındaki değerler ile sorumlu tutulmasını sağlayarak, temelde iki işleve sahip olmuştur: Borçlunun şahsı üzerinde uygulanacak bir icrayı engellemek ve borçlunun şerefsizlik yaptırımına uğramasına mani olmak²³. Bilindiği üzere Roma Hukukunda uzunca bir dönem şahıs üzerinde icra usulü geçerli olmuştur. *Legis actio* usulünün²⁴ uygulandığı dönemde mahkûmiyet kararını yerine getirmeyen borçluya

16 Cuq E., s. 859.

17 D. 24. 3. 18.

18 D. 44. 1. 7 pr.; D. 17. 2. 63. 1; D. 42. 1. 41 pr.; D. 44. 2. 33.

19 Accarias C., s. 1124; Defi tabirinin metinlerde daha çok geçtiği yolunda bkz. Wunsch O., s. 12.

20 Cuq, s. 859 dn. 5.

21 Cuq, s. 859; Levet, s. 19.

22 Cuq, s. 859. Girard, P. F., Manuel Élémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929, s. 1002 dn. 1.

23 Cuq E., s. 859; Levet A., s. 145 vd.; Umur Z., Roma Hukuku, s. 632; Tahiroğlu B./Erdoğan B., s. 273; Karadeniz Çelebician Ö., s. 364.

24 *Legis actio* usulü, Roma'nın Cumhuriyet döneminden başlayarak Principatus devrinin ilk zamanlarını da kapsayacak

karşı takip, *legis actio per manus iniunctionem* ile yapılırdı. Bunu On İki Levha Kanunlarının²⁵ icra hukukuna ayrılmış olan üçüncü levhasından anlıyoruz²⁶. Borçlu, mahkûm edilmiş ya da borcunu ikrar etmişse, borcunu ödemesi için kendisine otuz günlük bir süre verilir, eğer bu süre içinde ödemeyi yapmazsa, şahsı üzerinde icraya geçilirdi. Bunun üzerine alacaklı, borçlusuna el koyarak onu *magistra* önüne götürür ve burada da borçlu borcunu ödemez ya da bir teminat göstermezse, alacaklı onu zincirleyerek evine götürebilirdi. Alacaklının evinde hapsedilen borçluya bir altmış günlük süre daha verilir ve bu süre içinde de ödeme yapılmayacak olursa alacaklı, borçlusunu Tiber nehrinin öte yakasına götürüp köle olarak satabilirdi. Eğer alacaklı borçluyu satamaz ise, borçlunun şahsı üzerinde mutlak bir hak kazanmış olarak kabul edilir ve alacaklı bu hakka dayanarak isterse borçluyu öldürebilir ya da borç ödeninceye kadar onun işgücünden yararlanmak suretiyle borçluyu kullanabilirdi²⁷. Borçlunun kişilik değerleri üzerinde olumsuz sonuçları olan böyle bir uygulamanın önüne, ancak *in id quod facere potest* sayesinde geçilebilirdi. Malvarlığı, borç miktarını karşılamaya yetmediği için tam bir ifa yapamayacak durumda olan borçlunun, *in id quod facere potest*'e başvurmak yoluyla sadece malvarlığında bulunan değerler ile sorumlu tutulması sağlanır ve böylece borçlu, şahsı üzerinde bir icraya uğramaktan kurtarılmış olurdu²⁸.

şekilde yargılama sistemine hâkim olan özel mahkemeler düzeninin (*ordo iudiciorum privatorum*) ilk usulüdür. *Legis actio*, sözlük anlamıyla “kanuni dava” demektir. Bundan kasıt, davaların kanun tarafından ihdas edilmesi, belirli şekil ve kalıplarda olması ve günlük hayatta konusu ne olursa olsun tüm uyumsuzlukların ancak kanun tarafından ihdas edilmiş bu dava kalıplarından birine uyuyorsa dava konusu yapılarak çözüme bağlanabilmesidir. Bu dava kalıpları *legis actio per sacramentum*, *legis actio per iudicis per postulationem*, *legis actio per conductionem*, *legis actio per manus iniunctionem*, *legis actio per pignoris capionem* olmak üzere beş adetti. Bunlardan ilk üçü, kimin haklı kimin haksız olduğunu tespit ve haksız olanın mahkûm edilmesine yönelik usul hukukuna, diğer ikisi ise hakkın elde edilmesine yönelik icra hukukuna ilişkindir. **Umur Z.**, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983, s. 112. *Legis actio*'ların en önemli özelliği sıkı şekilcilikleridir zira kanunun koyduğu bu dava şekillerinden başka bir dava hakkı verilmezdi. Taraflar arasındaki uyumsuzluk, konusu ne olursa olsun bu dava kalıplarından birine uydurulmalıydı aksi takdirde dava hakkı tanınması ve hakkın takibinin yapılması olanaksızlaşır. **Tahiroğlu B./ Erdoğmuş B.**, s. 220.

- 25 Cumhuriyet devrinin ilk yıllarında, (M.Ö. 451-449) yapıldığı tahmin edilen ve toplam on iki levhadan oluştuğu için Roma hukukçuları tarafından bu isimle anılan XII Levha Kanunlarının, Romalıların bilinen en eski Roma kanunlaştırması olduğu tahmin edilmektedir. Kanunlar, hukukun çeşitli alanlarında kısa ve özlü cümlelerle kaleme alınan bir takım kurallardan ibarettir. *Particium* ve *pleb* sınıfları arasındaki çatışmalara son vermek siyasi kaygısıyla düzenlenen bu kanunların en önemli özelliği, o zamana kadar yazılı olmayan hukuk kurallarını yazılı hale getirmiş olmasıdır. Böylece *pleb* sınıfı da dâhil , herkesin hukuk kurallarına ulaşması sağlanmış; *patricium* ve bu sınıfa mensup rahip hukukçularının hukuk kurallarını kendi gizli tekellerinde tutmaları ve bu yolla da, daima kendi lehlerine yorumlamaları önlenmek istenmiştir. Nesilden nesile aktarılarak günümüze kadar ulaşmış metinlerin orijinal olup olmadığı konusunda kesinlik yoktur. Söz konusu kanunların, başta usûl ve icra hukuku olmak üzere aile, miras, mülkiyet, *in ius re aliena* (başkalarının malları üzerindeki haklar/sınırlı aynı haklar), borç ilişkileri ve ceza hukuku alanında *ius civile*'nin ana prensiplerini özetlediği söylenebilir. **İpek N.**, “XII Levha Kanunu”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34, s. 609 vd.
- 26 Metinlerin çeviri için bkz. **Sandalcı S.**, “On İki levha Yasaları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, İstanbul, 1993, s. 46 vd.
- 27 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Schwarz A. B.**, s. 65 vd; **Rado T.**, “Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı”, Hukuk Fakültesi Mecmuasından Ayrı bası, İstanbul, 1944, s. 235 vd.; **Somer P.**, “Roma Hukukunda Mahkûmiyet Kararına Rağmen Borcun İfa Edilmemesinin Borçlu Bakımından Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-3, 1994, s. 225 vd.
- 28 **Levet A.**, s. 145-146.

Formula usulüne²⁹ geçildikten sonraki dönemde mahkûmiyet bir miktar paraya ilişkin olmuştur. Dolayısıyla davacı tarafından davalıya yöneltilen talep ne olursa olsun, hâkim borçluyu ancak bir miktar paraya mahkûm etmek konusunda yetkilidir³⁰. Nitekim *formula* usulünde, ödeme kabiliyeti bulunmayan borçluların durumuna ilişkin özel düzenlemeler de yapılmıştı. Buna göre ödeme gücü bulunmayan bir borçlu, eğer isterse mallarının tamamını alacaklılarından birine devrederek (*bonorum cessio*), elde ettiği para ile diğer borçlarını ödeyebilirdi. Ayrıca bu yolla borçlu, tüm malvarlığının *bonorum venditio* yoluyla satılmasını engellediği için şerefsiz duruma düşmekten de kurtulurdu³¹. Bununla birlikte, salt *bonorum cessio*'ya başvuran bir borçlu, şerefsizlik yaptırımından kurtulsa da, elde edeceği yeni iktisapları alacaklıların takibinden bu yolla kurtaramazdı; ona bu olanağı sağlayan, yalnızca *in id quod facere potest* olmuştur. Bu sebeple *bonorum cessio* ve *in id quod facere potest* kurumları, şahıs üzerine icrayı engellemekle aynı hukuki fonksiyona sahip olsalar da, borçluyu elde edeceği yeni değerlerle sorumlu tutma konusunda birbirlerinden ayrılırlar. *In id quod facere potest*, borçluyu elde edeceği yeni malvarlığı değerleriyle sorumlu tutmaktan kurtardığı için *bonorum cessio*'dan daha avantajlı bir olanaktır³².

Bonorum cessio yolunu tercih etmeyen borçlular hakkında ise, ödemedikleri borçlar için malvarlıklarının bir tür açık arttırma yoluyla satılması usulü olan *bonorum venditio* geçerli olmuştur. *Bonorum venditio*'nun en olumsuz tarafı, borçlunun tüm malvarlığını kaybetmesinden başka, onun aynı zamanda şerefsizlik (*infamia*) statüsü içine düşürülmesidir. Ayrıca *bonorum venditio*'da tüm malvarlığı satılmasına rağmen borçlunun yine de borçlu kalmaya devam etme tehlikesi vardır. Malvarlığını devralan *bonorum emptor*, devraldığı malvarlığına ait borçların tamamını ödemek zorunda olmadığı için, ödeme yapmaktan kaçınabilir ve bu durumda bu borçları ödeme yükümlülüğü devreden borçlu üzerinde kalmaya devam ederdi³³.

Formula usulünde mahkûmiyetin bir miktar paraya ilişkin olması nedeniyle *in id quod facere potest* mahkûmiyetinin *formula* usulünde *legis actio* usulündeki kadar önemli olmadığı düşünülebilir. Zira icra borçlunun şahsı üzerinde değil, malvarlığı üzerinde söz konusu olduğu için *in id quod facere potest*, ilk etapta *formula* usulünde herhangi bir fayda sağlamıyor izlenimi

29 Roma'nın özel mahkemeler düzeninde *legis actio*'lardan sonra uygulanan usul *formula* usulüdür. *Formula*, dava formülü anlamında kullanılır, davanın izleyeceği program hakkında hâkime talimat veren belli sözcüklerin yazılı bulunduğu bir belgedir. Uyuşmazlık taraflarını dinleyen *magistra* bu uyuşmazlığın takibini haklı görürse buna uygun bir dava tanır ve bunun için bir *formula* hazırlardı. *Formula*'da tarafların seçtikleri hâkim ya da hâkimlerin isimleri yazılır, arkasından davacının iddiası belirtilir ve iddianın ispatı halinde hâkime davalıyı mahkûm ettirmesi aksi takdirde beraat ettirmesi emredilirdi. **Umur Z.**, Lügat, s. 75; **Öztek S.**, "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları: Törelerden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine", İÜHFİM 1985, Cilt: 51, S. 1-4, s. 346 vd).

30 **Somer P.**, s. 228; **Umur Z.**, Roma Hukuku, s. 599.

31 **Di Marzo S.**, Roma Hukuku, çeviren Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 133; **Somer P.**, s. 230.

32 I., 4. 6. 40.

33 **Somer P.**, s. 231; **Monier R.**, s. 174. Devraldığı malvarlığı borçların tamamını karşılamaya yetmemesine rağmen *bonorum emptor*, borçların tamamını ödeme yolunu tercih ederse, bu borçlardan bu defa kendi malvarlığı ile sorumlu olurdu. Eğer kendi malvarlığı da borçları ödemeye yetmiyorsa, bu defa kendisi hakkında bir *bonorum venditio* uygulanması söz konusu olurdu (**Monier R.**, s. 174).

uyandırmaktadır. Zira *in id quod facere potest* ileri sürülmüş olsa da olmasa da, mahkûmiyet malvarlığı üzerinde olacak ve icap ediyorsa malvarlığının tamamının satışa çıkarılması şeklinde gerçekleşecektir. Bu bakımdan âciz halde olan bir borçlu *in id quod facere potest*'i ileri sürmüş olsa bile malvarlığının tamamının kaybına engel olamayacaktır. Fakat *in id quod facere potest*'e başvurmanın borçlu için faydası, tüm malvarlığının satılacak olması nedeniyle içine düşeceği *infamia* statüsünden kurtulabilmesidir. Daha doğrusu, *in id quod facere potest* olanağından yararlanacak olan bir borçlu, malvarlığının tümü satılsa bile, bu satış *bonorum venditio* yoluyla olmayacağı için şerefsiz duruma düşmeyecektir³⁴. Ayrıca *formula* usulünde *in id quod facere potest*'in bir başka faydası da, borçluyu, hayatın olağan akışı içinde elde edeceği yeni değerlerle sorumlu olmaktan kurtarmasıdır. Zira *bonorum venditio* yoluyla malvarlığı satılan borçlunun, tüm malvarlığını yitirmesine rağmen alacaklılar karşısındaki sorumluluğu, *bonorum emptor*'un borçların tamamını ödemek istememesi ya da ödemekte acze düşmesi nedeniyle devam edecektir. Borçlunun, malvarlığının satışından sonra edindiği yeni bir değer varsa, bunu alacaklıların takibinden kurtarabilmesi ancak *in id quod facere potest* ileri sürmek sayesinde mümkün olabilecektir³⁵.

III. *In Id Quod Facere Potest* Mahkûmiyetinin Uygulama Alanı

A. Bağışlama Sözleşmesi

In id quod facere potest mahkûmiyetinin söz konusu olduğu hallerin başında bağışlama sözleşmesi gelir. Bağışlayan taraf, bağışlamanın gereğini yerine getirmediği zaman kendisine karşı bağışlanan tarafından açılacak olan davada *in id quod facere potest* olanağından yararlanabilir³⁶. Bilindiği üzere bağışlama sözleşmesi ivazsız bir kazandırmadır ve bağışlama sözleşmesinde *in id quod facere potest* kuralının geçerli olması da onun bu ivazsızlık niteliğinden ileri gelir. Bağışlama sözleşmesinden doğan mahkûmiyetler bakımından *in id quod facere potest* ilkesinin geçerli olduğu özellikle D. 42. 1. 19. 1'de ifade edilmiştir:

D. 42. 1. 19. 1 Paulus libro 6 ad Platinum

Is quoque qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur, ...

D. 42. 1. 19. 1 Paulus Platinus hakkındaki 6. kitabından

Bağışlama sözleşmesi nedeniyle dava edilen bağışlayan, sadece yapabileceği kadarına mahkûm edilir³⁷,...

34 Cuq E., s. 859; Levet A., s. 146.

35 I. Inst., 4. 6. 40; ayrıca bkz. Accarias C., s. 1130.

36 Girard P. F., s. 1002 dn. 1.

37 Aynı yönde I. Inst. 4. 6. 38.

B.Şirket Sözleşmesi

In id quod facere potest mahkûmiyetinin söz konusu olduğu bir başka ilişki, şirket ilişkisidir. Şirket sözleşmesinde şirket ortaklarına karşı açılacak olan davalarda *in id quod facere potest*'in ileri sürülmesi kabul edilmiştir. Diğer taraftan, bu olanağın şirket sözleşmesinde üçüncü kişilerle sözleşme akdeden borçlu ortağa mı yoksa tüm ortaklara mı tanındığı belli değildir. Ancak çoğunlukla kabul edilen, ortaklar arasında mevcut olan *ius fraternitatis* gereği, tüm ortakların *in id quod facere potest* olanağından yararlanmalarına bir engel bulunmadığı yolundadır³⁸. Şirket ilişkisi bakımından *in id quod facere potest* olanağını D. 17. 1. 63 pr'daki metinde görüyoruz:

D. 17. 1. 63 pr. Ulpianus libro 31 ad Edictum

Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

D. 17. 1. 63 pr. Ulpianus Edictum hakkında 31. kitabından

Sabinus'un söylediği doğru görünür, sadece *universorum bonorum* (tüm mallar ortaklığı) değil fakat *unius rei* (tek bir mal ortaklığı) olsa da, ortaklar yapabildikleri (ödeyebildikleri) veya hileli olarak ödemekten kaçındığı miktar kadarına mahkûm edilir. Bu tamamen makuldür, zira şirket bir nevi kardeşlik hukuku vasfındadır³⁹.

C. Dos Tesisi

Roma Hukukuna özgü özel bir kurum olan *dos* ilişkisi, *in id quod facere potest*'in uygulama alanı bulduğu bir başka ilişkidir. Evlilik ilişkisi dolayısıyla kendisine *dos* tesis edilmiş erkek eş, evlilik ilişkisinin sona ermesinden sonra, *dos* konusu malları geri almak için kendisine kadın eş tarafından açılacak bir davada, *in id quod facere potest* ileri sürerek *dos*'u iade borcundan sadece malvarlığında bulunan değerler ile sorumlu tutulmayı sağlayabilir. *Dos*, evlenecek olan kadın ya da onun hesabına bir başkası tarafından evlilik birliğinin giderlerini karşılamak amacıyla erkek eşe verilen (*datio dotis*) ya da verilmesi taahhüt edilen (*dictio dotis*) malların ortak ismidir⁴⁰. *Dos*'un varlığından bahsedebilmek için, bu malların evlilik sebebiyle ve evlilik birliğinin giderlerinin karşılanması amacıyla verilmesi şarttır⁴¹. Ailenin geçimini sağlama yükümlülüğünün sadece erkek eşe yüklenmesinin hakkaniyetli olmayacağı, kadın eşin de belli bir ölçüde evlilik birliği giderlerine katılmasının gerekli olduğu anlayışı, Roma'da *dos* uygulamasını başlatmıştır⁴².

38 Accarias C., s. 1124; Di Marzo S., s. 447.

39 Metnin çevirisi için bkz. Gönenç F. İ., Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), İstanbul, Der Yayınları, 2004, s. 121.

40 Ayiter K., Klasik Roma Hukukunda *Dos*'un Tesisi, Ankara, 1958, s. 32.

Ayiter K., Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara, 1960, s. 16-18.

41 D. 23. 3. 56. 1: "Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt (Evlilik birliği giderlerinin bulunduğu yerde dos da bulunmak zorundadır)".

42 Ayiter K., s. 16-18.

Sui iuris kadın, *dos* mallarının verilmesine ilişkin anlaşmayı, evleneceği erkek ya da onun tabi olduğu aile reisi ile hukuki işlem ehliyeti şartlarına uygun olarak bizzat akdedebilir. *Alieni iuris* kadın için *dos* anlaşmasını ise, kadını hakimiyeti altında bulunduran aile reisi yapacaktır. *Datio dotis*'in hukuki sebebi *causa dotis*'tir, bu nedenle, evlilik gerçekleşmediğinde ya da sona erdiğinde erkeğin malvarlığında bulunan *dos* malları sebepsiz bir zenginleşmeye dönüşür ve artık bu malların kadına iadesi gerekir⁴³.

Dos mallarının mülkiyetinin evlilik boyunca erkek eşe geçip geçmediği meselesi Roma Hukukunda uzunca bir dönem tartışılmıştır; baskın görüş geçtiği yolundadır⁴⁴. Evlilik birliği sona erdiğinde ise, *dos* mallarının kadına aynen veya nakden iadesi öngörülmüştür ve bu iade için kadına, erkeğe karşı ikame edebileceği *actio uxoriae* adı verilen bir dava hakkı tanınmıştır⁴⁵. *Actio rei uxoriae*, borçlusuna *in id quod facere potest* olanağını tanıyan davalardan biridir. Böylece iade yükümü altında olan erkek eş, *dos* mallarını sadece elinde kalan kadarıyla iadeye mahkûm edilerek, iade borcunun tamamını ifa etmekten kurtarılmıştır. *Dos* mallarının iadesi bakımından erkek eşe tanınan *in id quod facere potest* olanağı, evliliğin doğası icabı eşler arasında bulunması gerekli karşılıklı saygı yükümlülüğünün⁴⁶ bir uzantısıdır. Evlilik süresince eşler arasında var olması gereken karşılıklı saygı yükümlülüğü, evlilik birliği sona erdikten sonra da devam etmelidir. Evlilik birliği sona erdikten sonra erkek eşe karşı açılacak bir davada, erkeğin tüm malvarlığını *venditio bonorum* nedeniyle kaybetmesi ve bu yolla *infamis* (şerefsiz) duruma düşmesi, evlilik onurunun korunması ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, bir zamanlar evli olan eşler tarafından da arzu edilecek bir durum değildir. Bu nedenle evlilik birliği sona erdikten sonra *dos* mallarının iadesi için açılacak davalarda erkek eşe bir *in id quod facere potest* tanınması uygun görülmüştür⁴⁷. Bununla birlikte bu yetkinin sadece erkek eşe tanınmış olması da dikkat çekicidir⁴⁸.

43 *Dos* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter K., *Dos*'un Tesisi, s. 32 vd.

44 Ayiter K., *Dos*'un Tesisi, s. 120 vd., özellikle s. 123; Di Marzo S., s. 206-208; Ayiter K., Roma Hukukunda Aile s. 35-42.

45 Bu davanın *actio dotis* olarak da adlandırıldığı hakkında bkz. Di Marzo S., s. 211.

46 Di Marzo S., s. 192.

47 Di Marzo S., s. 208 vd. ve s. 192.

48 Kadına *dos* verilmesi gibi bir uygulama bulunmadığından, *dos*'un iadesi bakımından *in id quod facere potest*, ister istemez sadece erkek eşe tanınan bir yetki olarak karşımıza çıkacaktır. *Dos* mallarını alan ve evlilik sona erdiğinde de iade edecek olan erkek eştir, dolayısıyla *dos* mallarından elinde kalan kadarını iade etme ayrıcalığına ihtiyaç duyacak olan da odur. Bununla birlikte Justinianus döneminde, evlilik nedeniyle kadına verilen ve genellikle *dos*'a benzetilen bir uygulamaya, *donatio propter nuptias* (evlilik sebebiyle bağışlama) uygulamasına rastlıyoruz. Eşler arasındaki bağışlama yasağına dâhil olmaması için, evlilik öncesi yapılan bu bağışlama, zamanla evlilik sonrasında da yapılmaya başlanmış ve Justinianus, bunu erkek eşin kadına eşe verdiği *dos* gibi kabul ederek yasak kapsamından çıkarmıştır. Bu tarihten sonra kadının evlilik nedeniyle erkeğe verdiği mallar *dos* adı altında, erkeğin kadına verdiği mallar ise *donatio propter nuptias* adı altında ifade edilir olmuştur. *Dos*'un iadesi konusunda erkeğe getirilen yükümlülüğe paralel olarak kadına da *donatio propter nuptias*'i iade yükümlülüğü (*collatio*) getirilmiştir. Evlilik sona erdiğinde her iki eş de, birbirlerinden aldıkları malları birbirlerine iade edeceklerdir (Kochaker P. / Ayiter K., Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993, s. 323). Buradan anlıyoruz ki iade yükümlülüğü her iki eş için de geçerlidir. Fakat erkek eşin iade yükümlülüğü bakımından tanınan bir *in id quod facere potest*'in, kadına eşin iade yükümlülüğü bakımından ona da tanındığına dair bir bilgi yoktur. Mesela I., Inst., 4. 6. 37'de, *dos* mallarının iadesinde, erkek eşin elinde kalan kadarıyla sorumlu olduğuna açıkça vurgu yapılmakta, ancak kadının böyle bir hakkı olup olmadığından bahsedilmemektedir. Daha doğrusu metinde, *donatio propter nuptias* meselesine hiç değinilmemiştir. Bu sebeple bize göre *dos* mallarının iadesi bakımından eşler arasında bir eşitlik ilkesi gözetilmiş değildir. Diğer taraftan Di Marzo, aynı olanağın hakkaniyet

Condemnatio in id quod facere potest olanağının *actio rei uxoriae* dışındaki davalar bakımından gündeme gelip gelmeyeceği ise tartışılmalı durumdadır. *In id quod facere potest* tanınması, evlilik birliği boyunca eşler arasında bulunması gerekli karşılıklı saygı yükümlülüğünün evlilik bitiminden sonra da devam ettiği düşüncesinin bir neticesi olduğuna göre, *actio furti* yerine ikame edilecek bir *actio rerum amotarum*⁴⁹ davasında da bu olanak gündeme gelmiş olsa gerektir⁵⁰. Buna karşılık, evlilik öncesi ve sonrası kurulan borç ilişkileri bakımından *in id quod facere potest*'in gündeme gelmeyeceğinde bir tereddüt yoktur, zira bu dönemlerde kurulan hukuki ilişkilerin, taraflar arasında eşlilik sıfatı henüz bulunmadığı için, birbirine yabancı alelade kişiler arasında kurulan ilişkilerden bir farkı yoktur. Aralarında evlilik birliği mevcut değil iken tarafların üstlendikleri borçların takibi bakımından, bu borçlar evlilik birliğinin özel doğasından etkilenmiş olmayacağı için, *in id quod facere potest*'e başvurmaya da lüzum olmayacaktır⁵¹. Evlilik öncesinde doğan bir borcun henüz evlilik sona ermeden takip edilmeye başlandığı durumlarda *in id quod facere potest*'in ileri sürülüp sürülemeyeceği de tartışılmıştır. Levete göre konuyla ilgili kaynaklarda buna net cevap veren bir metin mevcut değildir. Ancak, eşler arasında şerefsizlik sonucunu doğuran davaların açılması yasak olduğuna göre, takip sonrası erkek eşin tüm malvarlığını sattırarak ve onu *infamis* duruma düşürecek bir davaya da izin verilmemiş olsa gerektir. Evlilik devam ederken böyle bir davanın açılmasına ise, zaten mevcut evlilik ilişkisi sebebiyle izin verilmeyeceği için *in id quod facere potest* ileri sürülmesine de gerek kalmayacaktır. *In id quod facere potest* olanağını tanıyan davaların dışında kalan davalarda ise, erkeğin mahkûmiyetinin sınırını, muhtemelen *honor matrimonii*⁵² ilkesi oluşturacaktır⁵³. Diğer taraftan, eşlerin birbirlerine karşı haksız fiil sebebiyle açacakları davalarda da *in id quod facere potest* olanağına yer verilmemiş olduğunun da altını çizerek belirtelim⁵⁴.

gerekçesiyle Justinianus tarafından kadına da tanınmış olabileceği fikrindedir. **Di Marzo S.**, s. 192.

49 Roma Hukukunda evlilik birliğinde eşler arasındaki söz konusu olan hak ve yükümlülüklerden biri, eşlerin evlilik süresince birbirlerine karşı dava ikame etmeleri yasağıdır. Eşler, evlilik birliği devam ettiği müddetçe birbirlerini hasım gösterip dava açamayacakları gibi; evlilik bittikten sonra da hırsızlık gibi şerefsizlik mahkûmiyetini gerektiren bazı suçlar için de, bu suçlar için öngörülen davaları değil sadece *actio rerum amotarum* adı verilen özel bir davayı ikame edebilirlerdi. Eşler arasında hırsızlık suçunun davası olan *actio furti* ve buna benzer şerefsizlik sonucunu doğuran cezai karakterdeki başka davaların açılmasının evlilik birliğinin onurunun korunması ilkesi ile bağdaşmayacağı düşünülmüştür. Evlilik onuru (*honor matrimonii*) ilkesinin bir sonucu olarak eşler arasında karşılıklı saygı (*reverentia*) yükümlülüğü vardır ve eşlerin birbirlerini hırsızlık veya benzeri bir suçla suçlamaları bu yükümlülüğe aykırıdır. Bu nedenle eşlere, evlilik esnasında birbirlerinden gizlice aldıkları mallarının iadesi için birbirlerine karşı ceza davası olan *actio furti*'yi değil, sadece *condictio* türünden bir dava olan *actio rerum amotarum* açma hakkı tanınmış ve hakkın kullanımının ancak evlilik birliği sona erdikten sonra mümkün olabileceği kararlaştırılmıştır (**İpek N.**, "Actio Rerum Amotarum", MÜHF-HAD, Cilt 16 Sayı 3-4, s. 197 vd.).

50 Bu konuda ayrıca bkz. **Levet A.**, s. 28.

51 **Levet A.**, s. 26.

52 *Honor matrimonii* (evlilik birliğinin onuru); eşler arasında karşılıklı hak ve yükümlülüklerden biridir, hatta en önemlisidir. Eşler, kendi aralarında ve özellikle de toplum içinde eş olmanın gerektirdiği itibar ve onur içinde hareket etmek, birbirlerine saygı göstermek ve nezaket kurallarına uygun davranmak zorundadırlar (ayrıntılı bilgi için bkz. **Güneş Ceylan Z. S.**, Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 99). *Honor matrimonii*, aynı zamanda kadın ile erkek arasında evlilik bağının bulunduğu dair bir karine de teşkil eder (**Di Marzo S.**, s. 176; **Koschaker P./Ayiter K.**, s. 304-305; **Ayiter K.**, Roma Aile Hukuku, s. 11.

53 **Levet A.**, s. 26

54 **Levet A.**, s. 23-25.

In id quod facere potest, Antonius Pius tarafından, erkek eşin *dos* dışındaki borçlarını da kapsar şekilde genişletilmek suretiyle tamamen erkek eş yararına kullanılan bir araç haline getirilmiştir. *In id quod facere potest* yetkisini *ex omni contractu* hale getirirken Antonius Pius, aynı yetkiyi kadına tanımamıştır. Bunun neticesi olarak, evlilik birliğinin bitiminde erkek eş tarafından kadına karşı açılması olası tüm borca aykırılık davalarında kadın, *in id quod facere potest* olanağından yararlanamayacaktır. Buna göre kadın, erkeğe olan borçlarından dolayı sadece malvarlığında bulunan değerlerin toplam miktarı ile değil, tüm borç miktarı ile sorumlu tutulacaktır. Başka deyişle kadın, borcun tamamı ödeninceye kadar sorumlu olmaya devam ettiğinden, eline geçen yeni malvarlığına ait değerler de borcun ifası için sorumluluk kapsamında hacze konulabilecektir⁵⁵.

D.Alt Soy Tarafından Üst Soya Yönelilecek Talepler

Alt soy tarafından üst soya karşı açılabilir olan davalarda *in id quod facere potest* mahkûmiyetinin tanınması, aile fertleri arasında bulunması gereken karşılıklı saygı gösterme (*reverentia*) yükümlülüğünün bir sonucu olarak kabul edilmiştir⁵⁶. Azatlılar tarafından takip edilen *patronus* bakımından da *in id quod facere potest* ilkesi geçerlidir ve bu, azatlı ile *patronus* arasındaki karşılıklı saygı (*reverentia*) yükümlülüğünün bir neticesidir⁵⁷.

E. Miras İlişkisinde

Aile reisinin hakimiyetinden ya da mirasçılıktan çıkarılmış olduğu için yahut da babanın terekesine karşı bir *ius abstinendi*'ye⁵⁸ başvurmuş olması nedeniyle, mirasçı olamayan ve dolayısıyla terekeden pay alamayan *sui iuris* aile evladının, babanın talimatıyla akdettiği borçlardan dolayı sorumluluğunun *in id quod facere potest* ile sınırlı olması gerektiği kabul edilmiştir⁵⁹. Aile babasına mirasçı olmayı kabul etmiş olmakla birlikte kendisine yüklenmiş bir *fideicommissum*⁶⁰ yükümlülüğünün gereği olarak, kazandıkları terekeyi üçüncü kişiye devretmek zorunda kalan aile evlatları da, mirasçılık sıfatları devam ettiği ve bu sebeple terekeye dâhil borçlardan dolayı sorumlulukları gündeme geldiği sürece, kendilerine karşı tereke alacaklıları tarafından yapılacak takiplerde *in id quod facere potest* olanağından yararlanabileceklerdir. Bu durum şüphesiz,

55 Antonius Pius'un emirnamesini aktaran Modestinus, *in id quod facere potest* kullanılması bakımından kadın ile erkek arasında bir fark gözetilmemesinin hakkaniyete daha uygun olacağını eklemektedir (D. 42. 1. 20). Ancak metnin bu kısmının interpolatio'lu olduğu da ileri sürülmektedir (Levet A., s. 38). Yazara göre, *materfamilias* (aile anası) sıfatına sahip olan kadınlara karşı zaten şahıs üzerinde icraya geçilemeyeceği için, kadına bir *in id quod facere potest* tanınması da elzem ve ivedi görülmemiş olabilir (Levet A., s. 42-43).

56 Accarias C., s. 1124.

57 Accarias C., s. 1124.

58 *Ius abstinendi*; Roma Hukukunda zorunlu mirasçıların tereke borçlarından kurtulmak için, *praetor edictum*'unda kendisine tanınan, tereke mallarına müdahale etmeyerek mirası reddetmesi hakkıdır (Umur Z., Lügat, s. 99).

59 Accarias C., s. 1124.

60 *Fideicommissum*; mirasbırakanın atadığı mirasçıdan ya da tayin ettiği vasiyet alacaklısından, kazandırma konusunu devraldıktan sonra üçüncü kişiye devretmesi hususunda vasiyetnamesinde kaleme aldığı bir ricadır (Umur Z., s. 72).

terekeden bir şey elde etmediği halde tereke borçlarından sorumlu olmanın getirdiği ağır yükümlülüğün hakkaniyete aykırı görülerek yumuşatılması düşüncesinden doğmuştur⁶¹.

F. Cessio Bonorum İlişkisinde

Daha evvel de temas ettiğimiz üzere, âciz haldeki borçlunun kendi şahsı üzerinde icraya geçilmesini engellemek için mallarının tamamını alacaklılarına devretmesi ve elde ettiği para ile borçlarını mümkün olduğu nispette ödemesi usulü, *cessio bonorum* olarak kabul edilmiştir⁶². *Cessio bonorum*'da tanınan *in id quod facere potest*'in, yeni kazanımlar elde etmediği sürece borçluyu alacaklının her türlü takibinden koruyacağı açıktır⁶³. *Cessio bonorum*'da tanınan *in id quod facere potest* olanağını I., 4. 6. 40'daki metinde tespit ediyoruz:

Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiunt: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

Mallarını alacaklılarına devretmiş (*cessio bonorum*) olan kimse, sonradan, bir mamelek sahibi olacak şekilde iktisaplarda bulunursa, mütebaki borcu için alacaklıları, sadece yapabildiği kadarı üzerinde talepte bulunabilirler; hakikaten, bütün malvarlığını elinden çıkarmış olan bir kimseyi tamamına mahkûm etmek gayri insani olurdu.

G. Askerlere Yöneltilen Talepler

Askerlik hizmetinde bulunanlara karşı açılacak davalarda da bir *in id quod facere potest* mahkûmiyeti öngörülerek askerlerin, kişisel borçlarından dolayı şahısları üzerinde icraya geçilmesi engellenmiştir. Askerlere tanınan *in id quod facere potest*, hiç şüphesiz kamu yararı gerekçesiyle tanınmıştır, askerin hizmeti dolayısıyla topluma sağlayacağı menfaat özel kişilerin menfaatlerinden üstün tutulmuştur⁶⁴.

IV. In Id Quod Facere Potest Mahkûmiyetinin Hükümleri

Bu mahkûmiyetin en önemli hukuki sonucu, hiç şüphesiz, cebri icranın borçlunun şahsı üzerinde uygulanmasının ya da yeni elde edeceği malvarlıksal değerler sebebiyle alacaklıların tekrar takibine maruz kalmasının önüne geçilmiş olmasıdır⁶⁵. Bu olanak sayesinde, malvarlığında mevcut değerlerle sorumlu tutulan borçlu ifayı tamamlamamış sayılacağı için, kendisine karşı sonradan yeni bir dava ikamesi kabul edilmemiştir. Böylece borçlu, borcun tamamını değil,

61 Accarias C., s. 1124.

62 Somer P., s. 230; Umur Z., Lügat, s. 36.

63 Accarias C., s. 1128.

64 Accarias C., s. 1128; Levet A., s. 131 vd.

65 Levet A., s. 145-146.

yalnızca malvarlığındaki değerlerin toplamına tekabül eden sınırlı bir miktarını ödeyerek borcundan kurtulmuş olacaktır⁶⁶.

Borçlunun *in id quod facere potest* mahkûmiyetinde sorumlu olduğu miktarın hesaplanması konusunda, *peculium*'a⁶⁷ ilişkin kurallara benzeyen kurallarla karşılaşılmaktadır⁶⁸. Buna göre önce borçlunun malvarlığının aktifi toplanır. Bu toplama yapılırken aktifte bulunan tüm mallar, haklar ve alacaklar dikkate alınır. Bununla birlikte şarta bağlı borçlar, akıbetleri henüz belli olmadığı için dışarıda bırakılır. Söz konusu aktif unsurlar *litis contestatio* günündeki değerleri üzerinden değil, mahkûmiyet anında sahip oldukları değerleri üzerinden takdir edilir ve bu değer takdiri hâkim tarafından resen yapılır⁶⁹. Borçlunun *in id quod facere potest* mahkûmiyeti hesaplanırken, malvarlığının pasif toplamı aktif toplamdan kural olarak indirilmez, zira borçların indirilmesi bu borçlara bağlı teminatların mesela rehinlerin de son bulması anlamına geleceği için buna izin verilmemiştir. Zira kişiye bağlılık niteliği icabı, *in id quod facere potest* olanağından yararlanması istenen kişi sadece bu olanağın kendisine tanındığı asıl borçludur, ferî borçluların bu olanaktan yararlandırılması istenmemiştir⁷⁰. Diğer taraftan bu kurala getirilen bazı istisnalar da vardır. Borçlunun, hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunan borçları ile bağışlanan tarafından takip edilen bağışlayanın borçları aktif toplamdan indirilecek unsurlardır⁷¹ ve hesaplama sonucu elde edilen nihai rakam borçlunun sorumluluğunun sınırını teşkil etmektedir.

Sonuç

Dilimize “yapabildiği kadarına mahkûmiyet” olarak çevirebileceğimiz *condemna in id quod facere potest*, borçluyu, hakkında mahkûmiyet kararı verildiği anda malvarlığında mevcut bulunan değerlerle sorumlu tutan ve böylece borçlunun, borcun tamamından değil, ancak ödeyebildiği kadarından sorumluluğunu öngören bir usul hukuku olanağıdır. Olağan olan, borcun tamamının ödenmesi, yani ifanın tam olarak gerçekleştirilmesidir. Ancak borçlunun sahip olduğu malvarlığı değerlerinin toplamı borcun tamamını karşılamaya yetmeyebilir. Bu durumda Roma usul hukuku kuralları uyarınca borçlunun şahsı üzerinde icraya geçilmesi söz konusu olur. Şahıs üzerinde icra ise, genellikle borçlunun alacaklının ev ya da iş hizmetlerinde çalıştırılması suretiyle uygulanmıştır ve borç, çoğu zaman bu yolla borçluya ödetilmiştir. *In id quod facere potest* mahkûmiyetinin önemi ve faydası da bu noktadadır. Zira bu sayede borçlunun,

66 Levet A., s. 145-146.

67 *Peculium*; aile reisi tarafından köle ve aile evlatlarına tahsis edilen ve bunların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir tür sermayedir. *Peculium*, kelime anlamıyla “küçük malvarlığı” demektir. Para, ticari işletme, bina, arazi, köle, hayvan ve benzeri ekonomik değer taşıyan her türlü malvarlıksal unsur *peculium*Un konusu olabilirdi. Bu sayede köle ve aile evlatları küçük miktarda da olsa kendilerine ait bir malvarlığına kavuşmuşlar ve bununla sınırlı bir hak ehliyetine sahip olmuşlardır (Karadeniz Ö., Roma Hukukunda *Peculium* Müessesesi”, AÜHF, Cilt: 25, Sayı: 3-4, 1968, s. 179 vd.

68 Accarias C., s. 1128

69 Levet A., s. 147; Accarias C., s. 1129.

70 Accarias C., s. 1128

71 Accarias C., s. 1129; Levet A., s. 160 vd.

mahkûmiyet anında yalnızca malvarlığındaki değerler ile sorumlu tutulması sağlanarak cebri icranın onun şahsı üzerinde uygulanması engellenmiştir.

Condemnatio in id quod facere potest, tüm borç ilişkileri bakımından geçerli kabul edilmemiştir. Başka deyişle *in id quod facere potest* olanağından tüm borçlular değil, sınırlı sayıda bir grup borçlu yararlanabilir. *Condemnatio in id quod facere potest* olanağının kendisine tanındığı borçlular; kadın eş karşısında erkek eş, aile üyeleri karşısında aile reisi, azatlısı karşısında patronus, birbirleri karşısında şirket ortakları, bağışlanan karşısında bağışlayan, tereke alacaklıları karşısında hakimiyetten ya da mirasçılıktan çıkarılan aile evladı, cihaz alacaklıları karşısında cihaz borçluları, acz halinde olduğu için tüm malvarlığı *bonorum venditio* satılmış borçlular ve askerler olarak sayılmıştır. Diğer taraftan Iustinianus, bu olanağı, sayılanların dışında kalan borç ilişkileri bakımından da kabul ederek, tüm borçlular yararına genişletmiştir. Bu usuli ayrıcalık, borçlunun kişiliğine tanınmış olup başkalarına devredilmesi ya da miras yolu ile intikali kabul edilmemiştir.

Condemnatio in id quod facere potest'in hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı metinlerde bir imtiyaz gibi dikkate alınan olanaktan, bazı metinlerde defi gibi söz edilmektedir. Hukuki nitelendirmenin pratik önemi ise elbette borçlu tarafından ileri sürülebilirlik noktasındadır. Çoğu metinde defi olarak geçmesi bu olanaktan yararlanabilmek için harekete geçmesi ve çaba göstermesi gereken kişinin bizzat borçlu taraf olması nedeniyle, defi fikri ağırlık kazanmıştır. Ancak bizim de katıldığımız fikre göre, her ne kadar söze göre yorum bunun bir defi olduğu sonucuna ulaşırsa da, borçlu tarafından hiçbir talepte bulunulmasa dahi hâkimin borçluyu yalnızca borcun ödeyebileceği kadarına mahkûm etmek mecburiyetinde bulunması, söz konusu olanağın bir defi değil, bir usul hukuku ayrıcalık olarak nitelendirilmesini haklı kılmaktadır. *Condemnatio in id quod facere potest*'in klasik kaynağının *praetor* beyannameleri olduğu, sonrasında ise bu olanağın imparator emirnameleri ve mahkeme kararları çerçevesinde gelişme gösterdiği tahmin edilmektedir.

Borçlunun ödeyeceği miktar hesaplanırken; aktif malvarlığı, pasif toplam indirilmeksizin dikkate alınır, başka deyişle, kural olarak, borçlunun aktifindeki değerlerin tamamı alacaklılardan birinin talebi ile satışa çıkarılacaktır.

Açıklamalarımıza son vermeden önce *in id quod facere potest* mahkûmiyetinin modern hukukumuz karşısındaki yerini de belirlemek gerektiğini düşünüyoruz. *In id quod facere potest* kuralının günümüz usul hukukunda tam karşılığını bulmak olanaksızdır. İcra ve İflas Kanunu m. 85/1'te borçlunun taşınır ve taşınmaz mallarının haczi alacak miktarı ile sınırlandırılmış olup, alacak ödeninceye kadar borçlunun tüm malvarlığı değerlerinin kural olarak hacze konu oluşturabileceği kabul edilmiştir⁷². Buna göre borçlunun sorumluluğu alacak miktarı ile sınırlıdır, bunun üzerinde ya da altında bir sorumluluk söz konusu olamaz⁷³. Bununla birlikte bazı malların

72 İcra ve İflas Kanunu madde 85 hükmü şöyledir: “Borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır mallarıyla taşınmazlarından ve alacak ve haklarından alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur”.

73 **Muşul T.**, İcra Ve İflas Hukuku, Cilt I, 6103, 6217 ve 6352 sayılı kanunlar işlenmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş

haczedilemeyeceği belirtilerek borçlu yararına hükümler de sevk edilmiştir. Haczi kabil olmayan mallar düzenlemesi altında bazı malların haczedilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu mallar esas olarak İİK m. 82'de sayılmıştır. Buna göre borçlunun ekonomik faaliyetini, geçimini, barınma ihtiyacını ve günlük olağan aktiviteleri devam ettirmesi için gerekli olan malların, mesela mesleki eşyalarının, kitaplarının, haline münasip evinin haczi kabil değildir⁷⁴. Bu hüküm bize büyük ölçüde *in id quod facere potest* mahkumiyetini anımsatsa da, *in id quod facere potest*'in bu hükümle tam olarak örtüştüğü söylenemez. *In id quod facere potest* sayesinde tüm borç miktarından sorumlu tutulmayan borçlu, tüm malvarlığının haczedilmesi işleminden de kurtulur, böylelikle bazı mallarını ancak dolaylı yoldan hacizden kurtarmış olur. Ayrıca, *in id quod facere potest*'den yararlanan borçlu, alacak miktarının tamamından sorumlu olmaktan kurtulduğu için borçlunun sonradan elde edeceği yeni değerler üzerinde alacaklıların takibi kabul edilmez. Oysaki günümüz hukukunda borçlu, haczi kabil olmayan malları hacizden kurtarmış olsa bile, alacak miktarının tamamından sorumlu devam edeceği için, elde edeceği yeni değerler üzerinde alacaklıya karşı sorumluluğu devam edecektir. Diğer taraftan, borçlunun bazı mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin günümüz usul yargılamasındaki hüküm ile Roma Hukukunun *in id quod facere potest* olanağının, yaratılma saiki birbirinden farklı olsa da, borçlunun malvarlığını tamamı üzerinde bir hacze izin vermediği için, bu yönden aralarında bir benzerlik olduğu da kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Accarias, C.**, Précis, De Droit Romain, Contenant Avec L'exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien, Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891,
- Ayiter K.**, Klasik Roma Hukukunda *Dos*'un Tesisi, Ankara, 1958.
- Ayiter K.**, Roma Hukuku Dersleri, Aile Hukuku, Ankara, 1960.
- Cuq E.**, Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.
- Girard, P. F.**, Manuel Elémentaire De Droit, 5. ed, Revue Et Augmenté, Paris, Librairie Nouvelle De Droit Et De Jurisprudence, Arthur Rousseau Editeur, 1929.
- Gönenç F. İ.**, Roma Hukukunda Şirket Akdi (Societas), İstanbul, Der Yayınları, 2004.
- Güneş Ceylan Z. S.**, Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Iustinianus Institutiones**, Türkçe Metin: Ziya Umur, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yayınları, 1968.
- İpek N.**, "Actio Rerum Amotarum", MÜHF-HAD, Cilt 16 Sayı 3-4,
- İpek N.**, "XII Levha Kanunu", **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34.
- Karadeniz Çelebican Ö.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Genel Kavramlar – Kişiler Hukuku – Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış On Yedinci Basım, 2014, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Karadeniz Ö.**, "Roma Hukukunda Peculium Müessesesi", AÜHF, Cilt: 25, Sayı: 3-4, 1968.

5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 581; **Kuru B./ Arslan R./Yılmaz E.**, İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla getirilen yenilikler ve yapılan değişiklikler işlenip değerlendirilmiş 27. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 231.

74 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Muşul T.**, s. 585 vd.

- Kochaker P. / Ayiter K.**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.
- Kuru B./ Arslan R./Yılmaz E.**, İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Gözden geçirilmiş, 6352 sayılı Kanunla getirilen yenilikler ve yapılan değişiklikler işlenip değerlendirilmiş 27. baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 231.
- Levet A.**, Le Bénéfice De Compétence, Paris, Recueil Sirey, 1927.
- Muşul T.**, İcra Ve İflas Hukuku, Cilt I, 6103, 6217 ve 6352 sayılı kanunlar işlenmiş, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 581;
- Öztek S.**, “Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları: Törelerden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine”, İÜHFİM 1985, Cilt: 51, S. 1-4.
- Rado T.**, “Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı”, Hukuk Fakültesi Mecmuasından Ayrı bası, İstanbul, 1944.
- Raymond, M.** Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome I, Les Obligations, 4. édition, revu et complétée, Editions Domat Montchrestien, 1948.
- Sandalcı S.**, “On İki levha Yasaları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi edebiyat Fakültesi, İstanbul, 1993.
- Schwarz, A. B.**, Roma Hukuku Dersleri, 1. Cilt, çeviren: Türkan Rado, İstanbul, Doğan Kardeş Yayınları, 1965.
- Somer P.**, “Roma Hukukunda Mahkûmiyet Kararına Rağmen Borcun İfa Edilmemesinin Borçlu Bakımından Sonuçları”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-3, 1994.
- Tahiroğlu B. / Erdoğmuş B.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Hukuk Tarihi – Genel Kavramlar – Usul Hukuku, Onuncu Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014.
- Türkoğlu Özdemir G.**, Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara 2008.
- Umur Z.**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1983.
- Umur Z.**, Roma Hukuku, Tarihi Giriş – Kaynaklar – Umumi Mevhumlar – Hakların Himayesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.
- Wünsch O.**, Zur Lehre vom *Beneficium competentiae*, Leipzig, Verlag von Veit & Comp., 1897.

Götürü Tazminatın Hâkim Tarafından İndirilmesi Meselesi

Issue of Reduction of Liquidated Damages by Judge

Bahar ÖCAL APAYDIN*
Nurten İNCE AKMAN**

Öz

Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulan ve günlük hayatta en çok karşılaşılan hukuki işlemdir. Kural olarak sözleşme taraflarının sözleşmeden doğan borçlarını ifa edecekleri kabul edilir. Ne var ki, sözleşme taraflarının borca aykırı davranış sergilemeleri de karşılaşılan bir durumdur. Borca aykırı davranışın sonuçları Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Ancak sözleşme serbestisi ilkesinin tanıdığı sınırlar içinde, tarafların borca aykırılık hâlinde ortaya çıkması muhtemel zararı tahmin etmek suretiyle ödenecek tazminatı götürü olarak belirlemesi mümkündür. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda götürü tazminatı düzenleyen hükümler olmasa da, öğreti ve uygulamada götürü tazminat kavramı kabul edilmiştir. Uygulamada ise tarafların götürü tazminat kararlaştırmış olup olmadığı meselesi, sözleşmenin yorumu bakımından sıkça karşılaşılan bir meseledir. Bir diğer mesele ise taraflarca kararlaştırılan tazminatın gerçekte meydana gelen tazminattan daha fazla olması hâlinde, hâkimin kararlaştırılan tazminat miktarını indirip indiremeyeceğidir. Nitekim bu mesele, gerek İsviçre ve Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında gerekse Alman hukuk öğretisi ve uygulamasında oldukça tartışmalı meselelerden birini teşkil eder. Özellikle ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemenin götürü tazminatın indirilmesi bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı konusu, tartışmaların ana eksenindeki konulardan biridir. Bu çalışmanın amacı, öncelikle götürü tazminat kavramını, götürü tazminatın amaç ve işlevinin yanı sıra türlerini ele almaktır. Ardından hâkimin taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatı indirmesi meselesi inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Götürü tazminat, Ceza koşulu, Götürü tazminat anlaşması, Götürü tazminat anlaşmasının türleri, Götürü tazminatın indirilmesi

Abstract

The contract is widely applied legal transaction in daily life which is concluded upon the exchange of statements of converging intent. As a rule, the contracting parties are expected to fulfill their contractual obligations. However, it occasionally occurs that one or both of the parties could fail to fulfill their contractual obligations. The remedies in case of breach of contract are provided by The Turkish Code

* Dr. Öğretim Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, iletişim: bahar.apaydin@inonu.edu.tr. ORCID ID: 0000-0001-9106-8286.

** Dr. Iur. Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, iletişim: nurten.ince@marmara.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-8674-3221).

of Obligations. However, in range of the principle of freedom of contract, contracting parties may agree on the pre-determination of a sum *i.e* liquidated damages where the breaching party may due to in case of breach of contract. Although Turkish Code of Obligations and the Swiss Code of Obligations which is the reference to the Turkish Code of Obligations do not contain any specific provisions on liquidated damages, the concept of liquidated damages is accepted by case law and doctrine both in the Swiss and the Turkish legal system. In practice, it is often a matter of contract interpretation whether the parties agreed on liquidated damages or not. The other problem occurs when the court may confront a problem where the pre-estimated amount of liquidated damages is higher than the damage incurred and whether the court can reduce such amount. This problem in fact, is one of the very controversial problems not only in the Swiss and Turkish legal doctrine and case law but also in the German legal doctrine. One of the major axis of the discussions, is the possibility of application of the provision regarding the reduction of contractual penalty to reduction of liquidated damages. Therefore, the aim of this study is to examine first the concept and purpose of liquidated damages and the types of liquidated damages clauses, then to analyze whether the court can reduce the pre-estimated amount that the parties agreed on.

Keywords: Liquidated damages, Penalty clauses, Liquidated damages clauses, Types of liquidated damages clauses, Reduction of liquidated damages

GİRİŞ

Sözleşme, iki ya da fazla tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile meydana gelen ve günlük hayatta en fazla karşılaşılan hukuki işlemdir. Kural olarak, sözleşme taraflarının borçlarını ifa edeceği düşünülmektedir. Diğer bir deyişle sözleşmeye bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesi hâkimdir. Buna rağmen bazen çeşitli sebeplerle sözleşme taraflarının sözleşmeyi hiç ya da gereği gibi ifa etmediği durumlara rastlamak mümkündür ve buna ilişkin düzenlemelere kanunlarda yer verilmektedir. Ancak sözleşme özgürlüğünün tanıdığı yetki nedeniyle son yıllarda sözleşmenin ihlali hâlinde tarafların ödeyeceği tazminat miktarının önceden götürü olarak belirlenmesi başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle satış sözleşmelerinde satış konusu malın geç gönderilmesi, eser sözleşmelerinde eserin vaktinde tamamlanmaması, sözleşme taraflarından birinin sırlarının başkasına açıklanması, rekabet yasağı anlaşmalarına aykırılık gibi durumlarda ödenecek tazminat miktarının taraflarca önceden belirlendiği görülmektedir¹.

Alman Medeni Kanunu'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinde götürü tazminat düzenlenmiş olmasına karşın, İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda götürü tazminata ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ne var ki, gerek İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda öğreti ve uygulamada götürü tazminat kabul edilmektedir.

İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde götürü tazminat anlaşması; mutlak, nispi ve kısmen nispi olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Mutlak götürü tazminat anlaşması tarafların

1 FRITZEMEYER, Wolfgang/KRIECHBAUMER, Eva: "Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz im angelsächsischen Rechtskreis" RIW 2017, s. 777; BERGER, Peter: "Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht" RIW 1999, s. 401; MÜLLER GRAFF, Peter-Christian/KAINER, Friedemann: "Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellabsprachen in Vergabeverträgen", WM 2013, s. 2149.

tazminat miktarını mutlak suretle belirlediği ve gerçekte meydana gelen zararın karşılaştırılan tazminat miktarından daha az ya da daha fazla olduğunun ispatı suretiyle tazminat miktarının indirilmediği yahut artırılmadığı götürü tazminat anlaşması olarak ifade edilmektedir. Buna karşılık, nispi götürü tazminat anlaşmasında tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zararın ispatı hâlinde artırılması yahut azaltılması mümkündür. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşması ise tazminatın asgari yahut azami sınırının karşılaştırıldığı götürü tazminat anlaşmasıdır. Asgari götürü tazminat anlaşmasında, gerçekte meydana gelen zararın ispatı suretiyle karşılaştırılan tazminat miktarı indirilmesinin, azami götürü tazminat anlaşmasında ise gerçekte meydana gelen zararın ispatı ile karşılaştırılan tazminat miktarının artırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

Mutlak götürü tazminat anlaşması ve asgari götürü tazminat anlaşmasında karşılaştırılan tazminat miktarının indirilmesi bakımından uyumsuzluk çıkması hâlinde hâkimin karşılaştırılan tazminat miktarına müdahale edip edemeyeceği çözülmesi gereken bir meseledir. Özellikle mutlak ve asgari götürü tazminatın ceza koşulu olarak kabul edilmesi veya ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemenin götürü tazminatın indirilmesi bakımından uygulanması, öğretide ileri sürüldüğü gibi mahkeme kararlarına da yansıyan bir uygulamadır.

Bu çalışmada öncelikle götürü tazminat kavramı ve götürü tazminat anlaşmasının türleri ile götürü tazminatın amaç ve işlevleri ele alınacaktır. Ardından İsviçre hukuku ve Türk hukukunun yanı sıra Alman hukuku kapsamında hâkim tarafından götürü tazminatın indirilmesinin mümkün olup olmadığı meselesi incelenecektir.

I. GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMI

A. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN TANIMI

Türk Borçlar Kanunu'nda ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda götürü tazminatı düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Buna karşılık, öğretide ve uygulamada götürü tazminat kavramı kabul edilmiştir. Götürü tazminat kavramı ile tarafların tazmin edilmesi gereken muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapmak suretiyle, tazminat miktarını önceden ve götürü olarak karşılaştırması kast edilmektedir².

2 OERTLI, Theres: Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe, Luzern 2004, N. 20; TOLOU, Alborz: La forfaitisation du dommage, Zurich, Schulthess, 2017, N. 18; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenecek Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa:1-2, Haziran-Aralık 1999, s. 28; KOCAĞA, Köksal: İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Karşılaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?, TBB Dergisi, Sa. 74, 2008, s. 152-153; ERDEM, Mehmet: "Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s. 98; BİRİNCİ-UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s. 68; KAPANCI, Berk: "Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 656-657; PARLAK-BÖRÜ, Şafak: "Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış", TBB Dergisi 2017 (129), s. 197.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde tazminatın işlevi, telafi etmektir³. Sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçlu, kendisine kusur atfedilemeyeceğini ispat etmedikçe, borcun kötü ifası yahut hiç ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112)⁴. Borçlunun alacaklının uğradığı zararı giderme borcu, tali niteliktedir ve başlangıçtaki borç ilişkisinde ihlal edilen borcun yerini alır⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 114/f. 2 hükmü atfıyla TBK m. 50 vd. hükümleri, sözleşmeden doğan borcun ihlali hâlinde tazminatın hesaplanması bakımından da uygulama alanı bulur⁶. Ne var ki, sözleşmenin taraflarının, emredici nitelikte olmayan bu hükümlerden farklı düzenlemeler yapmaları mümkündür⁷. Zira taraflar hukuk düzeninin sınırları içinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını serbestçe düzenlerler⁸. Dolayısıyla kanunun emredici hükümleri saklı kalmak üzere taraflar, sözleşmeye aykırılık hâlinde sorumluluğa ilişkin kuralları tespit ederler⁹. Bu doğrultuda taraflar, tazminatın miktarının hesaplanması yönünde anlaşma yapabilecekleri gibi tazminatın götürü bir bedel olmasını da kararlaştırabilir¹⁰.

Türk hukukunda özellikle inşaat sözleşmelerinde götürü tazminat kayıtlarına rastlanmaktadır. Uygulamada, götürü tazminat kavramı yerine kira tazminatı yahut maktu tazminat kavramının da tercih edildiği görülmektedir¹¹.

- 3 HONSELL, Henrich: Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, www.honsell.at/pdf/FSWestermann.pdf, s. 3; WERRO, Franz: La responsabilité civile, Stämpfli Verlag AG, 2017, N. 6; CHAPPUIS, Benoît: Le moment du dommage, Schulthess Verlag, Zürich 2017, N. 18; WINIGER, Bénédict/FLEURY, Patrick/AVRAMOV, Philippe: Digest of European Tort Law. Vol. 2: Essential Cases on Damage, Editors: Winiger, Bénédict/Kozioł, Helmut/Koch, Bernhard A./Zimmermann, Reinhard, Berlin, De Gruyter, 2011, s. 21. Oysa *Anglo-Amerikan* hukuk sisteminde, haksız fiil neticesinde bir zarar meydana gelmemiş olsa dahi haksız fiil işleyen bu fiilini tespit etmek amacıyla hükmedilen nominal (sembolik) tazminata hükmedilebileceği gibi, haksız fiil işleyen kişiyi cezalandırmak suretiyle ileride benzer bir fiili işlemekten caydırmak amacıyla medeni cezaya da hükmedilebilmektedir (bkz. ÖZDENMERHACI, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013, s. 63 vd.; GÜL, İbrahim: Medeni Ceza, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015, s. 118 vd.).
- 4 FISCHER, Thomas: Vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz, Zürich 1997, s. 11 vd.; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777.
- 5 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 1145; TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul 2016, N. 1250; ERGÜNE, Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 330; HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 67.
- 6 FISCHER, s. 13 vd.
- 7 WERRO, Franz, Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz: Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2^e édition, Art. 41-61 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 Art. 43, N. 17 [CR-CO]; WEBER, Roger: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015, Art. 100, N. 49 ve 167 [BSK-OR]; ERDEM, s. 98.
- 8 TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1201.
- 9 Bu nedenle de haksız fiil sorumluluğundan farklılaşır (TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1201).
- 10 KAPANCI, s. 655.
- 11 Y.HGK., 16.04.1986, E. 1984/13730, K.1986/416; Y.HGK., 17.02.1971, K. 1505-85; Y.14. HD, 18.06.2008, E. 2008/2637, K. 2008/8031. Bkz. ayrıca KOCAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 155.

B. GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASI

Götürü tazminat anlaşması (*vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz; convention d'indemnisation forfaitaire des dommages*), tarafların borca aykırı davranışın sonuçlarından zararını tazmin yükümlülüğüne ilişkin yaptığı, doğması muhtemel zararın tazmini bakımından tazminatın önceden götürü olarak belirlenmesine ilişkin kendine özgü (*sui generis*) bir yan anlaşmadır¹². Taraflar bu yan anlaşmayı ayrı bir sözleşme şeklinde akdedebilecekleri gibi, akdettikleri asıl sözleşmenin içinde bir hüküm (kayıt) olarak da düzenleyebilirler¹³.

Borçlunun tali nitelikteki tazminat ödeme borcu ise TBK m. 112 hükmüne dayanmaktadır. Dolayısıyla götürü tazminat, borca aykırı davranışın gerçekleşmesine bağlıdır¹⁴. Bu hâlde, götürü tazminat anlaşması yeni bir borç doğurmaz; fakat TBK m. 112 hükmüne dayanan tazminat alacağını biçimlendirir¹⁵. Dolayısıyla TBK m. 112 hükmü uyarınca, tazminat ödeme borcunun koşulları gerçekleşmiş olmalıdır. Buna göre borçlu borca aykırı hareket etmiş olmalı, alacaklı zarara uğramış olmalı, borçlunun borca aykırı davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmalı ve borçlu borca aykırı davranışı bakımından kusuru olmadığını ispat edememiş olmalıdır¹⁶.

Bağlı bulunduğu asıl borç ilişkisi farklı olsa dahi, götürü tazminat anlaşması tek tarafa borç yükleyen bir anlaşmadır¹⁷. Zira götürü tazminat anlaşmasında, yalnızca tazminat borçlusuna borç yüklenmektedir.

Taraflar, TBK m. 118 hükmü gereğince temerrüde düşen borçlunun zamanında ifayı gerçekleştirmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olmasına yönelik götürü tazminat üzerinde anlaşabilir¹⁸. Keza TBK m. 125 uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü üzerine, alacaklının seçimlik hakları bakımından gecikme tazminatının, olumlu zararının yahut olumsuz zararının talep edilmesine yönelik de götürü tazminat kararlaştırılabilir¹⁹.

12 BELKE, Rolf: "Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen", DB 1969, s. 559 vd.; FISCHER D, s. 73; COUCHEPIN, Gaspard: "La forfaitisation du dommage", Semaine Judiciaire, 2009 II, s. 2; COUCHEPIN, Gaspard: La clause pénale étude générale de l'institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess, 2008, s. 206; ERDEM, Mehmet: La clause pénale, Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Thèse, Ankara 2006 s. 45; TOLOU, N. 18; ERDEM, Götürü Tazminat, s. 98 vd. ile 09; KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 49; KAPANCI, s. 656-657. Tazminatın zarar doğduktan sonra belirlenmesi, götürü tazminat anlaşması sayılmaz (ERDEM, Clause Pénale, s. 45; KAPANCI, s. 656, dn.2).

13 TOLOUN, 75; ERDEM, s. 102; KAPANCI, s. 657.

14 MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2149; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777.

15 ENGEL, s. 862; TOLOU, N. 184.

16 Kanun gereğince borca aykırılıktan borçlunun kusursuz sorumlu olduğu hâllerde götürü tazminatın doğması için borçlunun kusurlu olması şartı aranmaz (ERDEM, s. 106; BİRİNCİ-UZUN, s. 150).

17 KAPANCI, s. 658; BİRİNCİ-UZUN, s. 87.

18 TOLOU, N. 388 vd.

19 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. TOLOU, N. 406 vd.

C. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN KONUSU

Borçlunun sözleşmeden doğan borcuna aykırı hareket etmesi hâlinde ödeyeceği tazminat miktarının belirlenmesi, götürü tazminat anlaşmasının konusunu teşkil eder²⁰. Taraflar götürü tazminat edimini, ileride borca aykırı davranış sonucunda doğması muhtemel zararın giderilmesi amacıyla belirli bir miktar para şeklinde kararlaştırır²¹.

Esasen götürü tazminat ediminin konusunu, tarafların borca aykırı davranışın sonucunda doğması muhtemel zarara ilişkin yaptıkları tahmin oluşturur²². Ne var ki, yapılan bu tahmin alacaklı bakımından yeni bir tazminat talebi oluşturmaz²³. Zira tazminat alacağı, taraflar arasındaki sözleşmeden yahut kanundan kaynaklanır²⁴. Götürü tazminat anlaşmasının kurulmasıyla ortaya çıkan götürü tazminat edimi, tazminat alacağının doğmasına bağlı müstakbel bir alacaktır²⁵. Zira götürü tazminat, zararın varlığına bağlıdır²⁶. Diğer bir deyişle, alacaklının zarara uğraması hâlinde götürü tazminat talebi söz konusu olur.

Borçlu tarafından sözleşmeden doğan borcun ihlal edilmesi hâlinde, alacaklının zararının ortaya çıkması ile taraflarca kararlaştırılan götürü tazminat edimi ihlal edilen borcun yerini alır²⁷. Dolayısıyla, asıl borç ilişkisinin ihlal edilmesi neticesinde, götürü tazminat ödeme borcu ortaya çıkar²⁸. Bu hâlde artık götürü tazminat ödeme borcu muaccel olur ve asıl borçtan bağımsız bir nitelik kazanır²⁹. Buna karşılık, muaccel olmadan önce götürü tazminat edimi asıl borca bağlıdır³⁰. O nedenle götürü tazminat anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurması, asıl borç ilişkisinin hüküm ve sonuç doğurmasına bağlıdır³¹.

Daha önce de ifade edildiği üzere, götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar, borçlunun borca aykırı davranışının sonucunda ortaya çıkması muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapmaktadırlar³². Ne

20 TOLOU, N. 26; COUCHEPIN, s. 10; ERDEM, s. 100; KAPANCI, s. 658.

21 TOLOU, N. 20. Buna karşın götürü tazminat ediminin sözleşmeden doğan borcun aynen ifası biçiminde kararlaştırılabileceği yönünde bkz. COUCHEPIN, s. 10.

22 ENGEL, Pierre: *Traité des obligations en droit suisse*, Berne, Stämpfli, 1997, s. 862; FISCHER, s. 161; COUCHEPIN, s. 2; TOLOU, N. 108.

23 ENGEL, s. 862; FISHER, s. 161; TOLOU, N. 108; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2149.

24 ENGEL, s. 49; TOLOU, N. 108.

25 OERTLI, N. 20; TOLOU, N. 109.

26 WEILER, Frank: *Beck Online Grosskommrntar* (Hrsg: Beate GSELL/ Wolfgang KRÜGER/ Stephan LORENZ/ Christoph REYMANN), Verlag C.H. Beck, München 2018, § 309 Nr. 5 N. 35; TOLOU, N. 110.

27 TOLOU, N. 184.

28 O nedenle götürü tazminat, borcun ihlal edilmesi geciktirici koşuluna bağlıdır (bkz. ERDEM, s. 101; KAPANCI, s. 665; PARLAK-BÖRÜ, s. 204 vd.

29 ERDEM, s. 101.

30 COUCHEPIN, s. 5 – 7; ERDEM, s. 101; BİRİNCİ-UZUN, s. 91; KAPANCI, s. 661 vd.; PARLAK-BÖRÜ, s. 204.

31 ERDEM, s. 101; BİRİNCİ-UZUN, s. 91 ve 255 vd.; KAPANCI, s. 662; PARLAK-BÖRÜ, s. 204.

32 COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1025; TOLOU, N. 110; ATAMER, Yeşim M.: *Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları*, Atamer/Baş Süzül/ Geisinger (eds.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt – Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, İstanbul, 2018, s. 110.

var ki, taraflarca yapılan bu tahminin makul olması gerekir³³. Bu sayede götürü tazminat, taraflarca öngörülebilir bir talebe dönüşür³⁴. Diğer bir deyişle, götürü tazminat anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurması hâlinde, götürü tazminat edimi taraflarca öngörülebilir zararın karşılığını oluşturur³⁵. Bu sayede taraflar ve özellikle borçlu, borca aykırı davranışının sonuçlarından tazminat ödeme yükümlülüğünün kapsamını öngörebilmektedir³⁶. Öngörülebilirlik, borca aykırılıktan doğan sorumluluğu tarafların sözleşmeyi kurduğu esnada öngörebildikleri zararlarla sınırlayan bir kriterdir³⁷. İsviçre hukuku ve Türk hukukunda sözleşmeden doğan borca aykırılıktan doğan sorumluluk bakımından öngörülebilirlik şeklindeki subjektif ölçüt benimsenmemiş ve fakat uygun illiyet bağı teorisi benimsenmiştir. Bu nedenle zarar ile borca aykırı davranış arasında uygun illiyet bağı kurulması hâlinde borçlunun zararı tazmin yükümlülüğü söz konusu olur. Dolayısıyla tarafların götürü tazminat kararlaştırması hâlinde, sorumluluğu sınırlayan öngörülebilirlik kriterinden farklı olarak tarafların zararı öngörmesinin iki işlevi vardır. Öncelikle götürü tazminat ile zarar tahmini arasındaki bu bağlantı, diğer bir ifadeyle götürü tazminat kararlaştırılması hâlinde taraflarca zararın öngörülebilir olması, götürü tazminatın karakteristik bir özelliği olup ceza koşulu ile ayırt edilmesi bakımından önem arz eder³⁸. Zira ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminatta zarara ilişkin bir tahmin söz konusu olmakta ve bu suretle taraflar sözleşmeyi kurduğu esnada zararı öngörebilmektedirler³⁹. Öngörülebilirliğin ikinci işlevi ise hâkimin götürü tazminat miktarına müdahalesi bakımından kendini gösterir. Şöyle ki, tarafların sözleşmenin kurulduğu esnada yapmış olduğu zarar tahmini, gerçekten meydana gelen zarardan çok uzaksa artık bu durumda zararın öngörülebilir olduğundan bahsedilemez. O takdirde tarafların ceza koşulu kararlaştırmayı amaçlayıp amaçlamadıkları araştırılabilir. Ancak taraflarca ceza koşulu kararlaştırılması amaçlanmamışsa o takdirde tarafların yaptığı zarar tahmini gerçekten meydana gelen zararın çok üzerindeyse yahut çok altında kalmışsa, götürü tazminat anlaşmasının değişen koşullara uyarlanıp uyarlanamayacağı inceleme konusu yapılabilir.

33 FISCHER, Detlev: Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung. Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt a. M. 198, s. 86; ERDEM, s. 123; BİRİNCİ-UZUN, s. 76-77; KOCAAĞA, s. 154 [İnşaat Sözleşmesi]; OZANOĞLU, s. 30; AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFİM, C. 61, S. 1-2, 2003, s. 393; ATAMER, s. 124.

34 TOLOU, N. 110.

35 TOLOU, N. 110; FISCHER, s. 122.

36 FISCHER, s. 122; ATAMER, s. 114.

37 PICHONNAZ, Pascal: Le dommage contractuel e la question de la prévisibilité, Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral, (Edité par WERRO, Franz/PICHONNAZ, Pascal), Bern 2013, s. 37. Fransız ve Anglo Amerikan hukuk düzenlerinin yanı sıra Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kapsamında da sözleşmenin ihlalden sorumluluk bakımından öngörülebilirlik kriteri benimsenmiştir. Fransız hukuku için bkz. Fransız Medeni Kanunu m. 1231-3. İngiliz hukuku için bkz. *Hadley v. Baxendale*. CISG için bkz. CISG m. 74 (ayrıntılı bir inceleme için bkz. PICHONNAZ, s. 33 vd.).

38 BGH NJW 1982, s. 2317; BECKER, Jörn: BeckOK BGB (Hrsg Heiny Georg BAMBERGER/Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019 § 309 Nr. 5 N. 2; FISCHER, s. 122; OSTENDORF, Patrick: “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung” JuS 2015, s. 978; TOLOU, N. 112.

39 TOLOU, N. 112; ATAMER, s. 114.

D. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN AMAÇ VE İŞLEVLERİ

İsviçre, Türk ve Alman sorumluluk hukukunda benimsenen zararı tazmin etme, diğer bir deyişle zarar görenin zararını telafi etme şeklindeki amaç, götürü tazminat anlaşmasıyla tazminat miktarı tespit edilmek suretiyle somutlaşmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla götürü tazminat anlaşmasının öncelikli amacı, zararın tazmin edilmesidir⁴¹. Zira borca aykırılık gerçekleştiğinde ve alacaklının zararı doğduğunda, götürü tazminat edimi muaccel olmaktadır. O nedenle götürü tazminat, zarardan bağımsız olarak düşünülemez.

Götürü tazminat anlaşması, tazminat alacaklısını tazminat miktarını ispat yükünden kurtarır⁴². Ayrıca götürü tazminat anlaşmasının zararın varlığına ilişkin ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olduğu ve bu suretle borçlunun zararın meydana gelmediğini ispatlaması hâlinde, sorumluluktan kurtulmasının mümkün olduğu öğretide kabul edilmektedir⁴³. Böylece götürü tazminat anlaşması, tazminat alacaklısının tazminata kavuşmasını kolaylaştırmaktadır⁴⁴.

Götürü tazminat anlaşması kapsamında taraflar, tazminatı sözleşme ile düzenlemek suretiyle, İsviçre hukuku ve Türk hukukunda klasik anlamda tazmin edilecek maddi zarar kalemleri arasında kabul edilmeyen şans kaybı zararı, beklentinin boşa çıkması zararı ve itibar kaybı gibi zararların tazminini kararlaştırabilir⁴⁵. Bu doğrultuda götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırmak suretiyle taraflar, tazminatın kapsamını genişletebilirler.

Götürü tazminat anlaşmasıyla borçlunun borca aykırı davranışının sonucunda ortaya çıkması muhtemel zarara ilişkin yaptığı tarafların tahmini nedeniyle borçlu, zararı tazmin etmesi söz konusu olduğunda ödemesi gereken tazminat miktarını önceden bilmektedir⁴⁶. Bu suretle götürü tazminat anlaşmasının, dolaylı olarak borçlunun borca aykırı davranışını önleme işlevi olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Ayrıca taraflar borca aykırılık hâlinde, söz konusu olması muhtemel zarara ilişkin tahmin yapmak ve tazminat miktarını önceden belirlemek suretiyle, tazminat miktarına ilişkin ihtilafı sözleşme kurulurken barışçıl bir biçimde çözümlenmiş olurlar⁴⁸. Diğer bir deyişle,

40 COUCHEPIN, s. 3; TOLOU, N. 91.

41 LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 14. Auflage, München 1987, s. 315; OSTENDORF, JuS 2015, s. 978; FISCHER, s. 101.

42 BGH NJW 1982, s. 2317; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 2; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150; ERDEM, Götürü Tazminat, s. 102 ve 107 vd.; KAPANCI, s. 665-666; PARLAK-BÖRÜ, s. 209 ve 222; KOCAAĞA, s. 52.

43 BGH NJW 1982, s. 2317; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 2; GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996, N. 709; ERDEM, Clause pénale, s. 48; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1026 vd.; TOLOU, N. 266.

44 GAUCH, N. 709; ERDEM, Clause pénale, s. 48; COUCHEPIN, s. 3; TOLOU, N. 91; YILDIRIM, Fadıl: "Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve "Al ya da Öde" Kaydının Hukuki Niteliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2 Yıl 2011, s. 37.

45 TOLOU, N. 95.

46 GAUCH, N. 711; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1035; TOLOU, N. 100.

47 ERDEM, Clause pénale, s. 48; TOLOU, N. 98.

48 BT-Drs. 7/3919, 30; WEILER, BeckOGK BGB § 309 Nr. 5 N. 8, 87 88; COUCHEPIN, s. 4; TOLOU, N. 101; KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 152-153; OZANOĞLU, s. 91; KAPANCI, s. 658; PARLAK-BÖRÜ, s. 209-210; ATAMER, s. 89.

tarafların, ödenmesi gereken tazminat miktarını önceden belirlemesi hâlinde mahkemeye başvurmayacakları ya da taraflar mahkemeye başvursalar bile uyuşmazlığın kısa bir süre içinde sonuca bağlanacağı ifade edilmektedir⁴⁹. Böylece tarafların mahkeme huzurunda artık tazminat miktarını uyuşmazlık konusu yapmaları gerekmez.

II. GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASININ TÜRLERE AYRILMASI MESELESİ

A. İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASININ TÜRLERE AYRILARAK İNCELENMESİ

1. Genel Olarak

Sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları içinde tarafların farklı şekillerde götürü tazminat kararlaştırabileceği İsviçre hukuku ve Türk hukukunda kabul edilmektedir⁵⁰. Buna göre götürü tazminat anlaşması, mutlak götürü tazminat, nispi götürü tazminat ve kısmen nispi götürü tazminat olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrım, götürü tazminat anlaşmasının taraflarının, anlaşmada kararlaştırılan tazminat miktarının aksini ispat etme imkânına sahip olup olmamasına dayanarak yapılmaktadır⁵¹. Diğer bir deyişle, gerçekte meydana gelen zararın ispatlanması suretiyle kararlaştırılan tazminat miktarında değişikliğin mümkün olup olmaması dikkate alınmaktadır.

2. Mutlak Götürü Tazminat Anlaşması

Mutlak götürü tazminat anlaşması, tarafların götürü tazminat edimini mutlak şekilde ve tek bir değer olarak kararlaştırmasıdır⁵². Bu hâlde, götürü tazminat anlaşmasıyla tazminat alacaklısının talep edebileceği tazminat miktarı taraflarca mutlak suretle belirlenmektedir⁵³. Mutlak götürü tazminat anlaşması, tazminat miktarını gerek asgari gerekse azami yönden sınırlandırmaktadır⁵⁴. Diğer bir deyişle bu hâlde, taraf iradeleri ile tazminatın asgari miktarı farazi olarak belirlenmekte ve tazminatın miktarı azami yönden sınırlandırılmaktadır⁵⁵. O nedenle tazminat alacaklısı ya da borçlusunun gerçekte meydana gelen zarar miktarının kararlaştırılan götürü tazminat ediminden farklı olduğu yönündeki taleplerinin dinlenmeyeceği ifade edilmektedir⁵⁶. Diğer bir deyişle,

49 OSTENDORE, JuS 2015, s. 981.

50 OERTLI, N. 45; TOLOU, N. 28; BİRİNCİ-UZUN, s. 110; KAPANCI, s. 667; PARLAK-BÖRÜ, s. 210.

51 OERTLI, N. 45; TOLOU, N. 28; BİRİNCİ-UZUN, s. 110-111; PARLAK-BÖRÜ, s. 210.

52 TOLOU, N. 41; ERDEM, s. 99. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların mutlak bir götürü tazminat anlaşması yapmak istedikleri öğretilerinde kabul edilmektedir (ATAMER, s. 115).

53 GAUCH, N. 709; COUCHEPIN, s. 11 vd.; TOLOU, N. 44.

54 Eser sözleşmesinde götürü tazminat miktarının mutlak suretle belirlendiği hal için bkz. TF, 4P99/2005, 3.2.

55 TOLOU, N. 45.

56 TOLOU, N. 46; ERDEM, s. 99; BİRİNCİ-UZUN, s. 118; PARLAK-BÖRÜ, s. 216; ATAMER, s. 112.

gerçekte meydana gelen zarar miktarı taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatı aştığı takdirde, aşan kısmın talep edilmesinin mümkün olmadığı; ayrıca oluşan zararın götürü tazminat miktarının altında kalması hâlinde tazminat miktarının indirilmesinin de söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁷.

3. Nispi Götürü Tazminat Anlaşması

Tarafların mutlak suretle götürü tazminat edimini belirlemediği ve gerçek zararın daha az olması hâlinde borçlunun, daha fazla olması hâlinde ise alacaklının, bunu ispat etmek suretiyle sözleşmede kararlaştırılan götürü tazminat ediminde değişiklik yapılmasını talep edebildiği hâlde nispi götürü tazminat anlaşması söz konusu olur⁵⁸. Zira nispi götürü tazminat anlaşmasında taraflar, aksi ispatlanabilir şekilde tazminat miktarını kararlaştırmaktadır⁵⁹.

Uyuşmazlık konusu olması hâlinde götürü tazminat anlaşmasının türü taraf iradelerinin TBK m. 19/f.1 hükmü uyarınca güven ilkesine göre yorumu ile tespit edilemiyorsa, ortada bir nispi götürü tazminat anlaşmasının olduğu kabul edilmelidir⁶⁰.

Götürü tazminat ediminin nispi olarak belirlenmesi hâlinde, kural olarak, TBK m. 52 hükmü uyarınca tazminattan indirim sebepleri dikkate alınır⁶¹. Buna karşılık, taraflar gerçekte meydana gelen zarar miktarının kararlaştırılan götürü tazminat miktarının altında kalması hâlinde tazminattan indirim sebeplerinin dikkate alınmayacağı yönünde anlaşılabilir⁶².

4. Kısmen Nispi Götürü Tazminat Anlaşması

Kısmen nispi götürü tazminat anlaşmasında taraflar, tazminat miktarının alt sınırını veya üst sınırını belirlemektedirler⁶³. Böylece taraflardan birine götürü tazminat ediminin aksini ispat etme imkânı tanınmaktadır⁶⁴. Kısmen nispi götürü tazminat anlaşması, asgari götürü tazminat anlaşması ve azami götürü tazminat anlaşması şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

a) Asgari Götürü Tazminat Anlaşması

Asgari götürü tazminat anlaşması, tarafların sözleşmede tazminat alacaklısının talep edebileceği tazminat miktarının alt sınırını belirlemesi şeklinde düzenlenir⁶⁵. Asgari götürü

57 TOLOU, N. 46; ERDEM, s. 99; BİRİNCİ-UZUN, s. 118; PARLAK-BÖRÜ, s. 216; ATAMER, s. 112.

58 TOLOU, N. 31; BİRİNCİ-UZUN, s. 112; KAPANCI, s. 669; PARLAK-BÖRÜ, s. 211; ATAMER, s. 112.

59 TOLOU, N. 35.

60 KAPANCI, s. 667.

61 TOLOU, N. 39.

62 TOLOU, N. 39.

63 KAPANCI, s. 670; PARLAK-BÖRÜ, s. 213.

64 KAPANCI, s. 670.

65 TOLOU, N. 50 vd.; BİRİNCİ-UZUN, s. 115; PARLAK-BÖRÜ, s. 213.

tazminat anlaşması ile taraflarca, tazminatın alt sınırı belirlenmek suretiyle tazminat miktarı sınırlandırılmaktadır. Ne var ki, tazminat alacaklısı gerçekte meydana gelen zararının sözleşmede kararlaştırılan asgari miktarı aştığını ispatlamak suretiyle aşan kısmı talep edebileceği kabul edilmektedir⁶⁶. Buna karşılık, borçlunun gerçekte meydana gelen zararın daha az olduğunu ileri sürerek kararlaştırılan tazminat miktarının indirilmesini talep edemeyeceği ileri sürülmektedir⁶⁷. Zira asgari götürü tazminat anlaşması ile alacaklının uğradığı zararın giderilmesi bakımından, asgari bir tazminat miktarının belirlenmiş olduğu ifade edilmektedir⁶⁸.

b) Azami Götürü Tazminat Anlaşması

Taraflarca sözleşmede tazminatın üst sınırı kararlaştırılmışsa o takdirde, azami götürü tazminat anlaşmasından bahsedilir⁶⁹. Azami götürü tazminat anlaşması ise azami miktar ile tazminatı sınırlandırmaktadır; ancak gerçekte meydana gelen zarar üst sınırın altında kalırsa zarar miktarını ispatlanmak suretiyle tazminat borçlusu üst sınırın altında tazminat ödeyebilir⁷⁰. Buna karşılık alacaklı tarafından, gerçekte meydana gelen zararın azami miktarın üzerinde olduğunun ispat edilmesi suretiyle kararlaştırılan tazminatın üstündeki tazminat miktarının talep edilemeyeceği ifade edilmektedir⁷¹. Dolayısıyla, azami götürü tazminat anlaşması tazminat borçlusunun ödemek zorunda olduğu tazminatın üst sınırını belirleyen bir anlaşmadır⁷². Bu sayede borçlu, sözleşmenin kurulması aşamasında ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarını bilmekte ve alacaklının uğradığı gerçek zararın kararlaştırılan miktarın altında kalması hâlinde, gerçek zararı ispat etmek suretiyle azami tazminat miktarının indirilmesini talep etme imkânına sahip olmaktadır⁷³.

B. ALMAN HUKUKUNDA GÖTÜRÜ TAZMİNAT ANLAŞMASININ TÜRLERE AYRILMASININ ELEŞTİRİSİ

Alman hukukunda kanun koyucu genel işlem koşullarının düzenlendiği hükümlerde götürü tazminat kavramından bahsetmiştir⁷⁴. AL.MK § 309/(5) hükmünde sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının kesin hükümsüz olduğu, bu nedenle kararlaştırılan götürü tazminatla gerçek zarar arasında bir bağlantının olmadığı durumlarda götürü tazminata ilişkin anlaşmaların hükümsüz olacağı belirtilmiştir⁷⁵. Bu doğrultuda Alman hukukunda götürü

66 TOLOU, N. 54; BİRİNCİ-UZUN, s. 116.

67 TOLOU, N. 54.

68 COUCHEPIN, s. 13; TOLOU, N. 54; GAUCH, N. 709.

69 BİRİNCİ-UZUN, s. 116 vd.; PARLAK-BÖRÜ, s. 213.

70 TOLOU, N. 60; BİRİNCİ-UZUN, s. 117.

71 TOLOU, N. 60; BİRİNCİ-UZUN, s. 117; PARLAK-BÖRÜ, s. 216.

72 TOLOU, N. 60.

73 TOLOU, N. 63.

74 FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777.

75 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 8; LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 516.

tazminat İsviçre hukuku ve Türk hukukunun aksine çeşitli türlere ayrılmadan incelenmiştir. Diğer bir deyişle, Alman hukukunda götürü tazminat kavramı öğretilerde ve mahkeme kararlarında bu şekilde türlere ayrılmamıştır.

Özellikle götürü tazminat kavramının kullanıldığı genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemede, borçlunun zararın daha az olduğunu ya da hiç doğmadığını ispat edebilme hakkına vurgu yapılmıştır⁷⁶. Dolayısıyla zararın mutlak olarak belirlendiği durumlarda zararın kararlaştırılmış olan götürü tazminattan az olması hâlinde, ne olursa olsun borçlunun bu miktarı ödeyeceğinin savunulmasının tazminat prensipleri ve kanundaki düzenlemelerin amacıyla uyumlayacağı bu hukuk düzeninde kabul edilmiştir.

Alman hukukunda da götürü tazminatın amacının tarafların soyut bir miktar belirlemesi olduğu kabul edilmektedir; ancak bu belirlenen miktarın yol gösterici bir fonksiyonu olduğu ve bu nedenle mutlak ya da asgari götürü tazminatın kararlaştırılmasının isabetli olmayacağı savunulmuştur⁷⁷. Meydana gelen zararın daha fazla ya da az olduğunu tarafların ispatlama hakkına sahip olmaları gerektiği ifade edilmiştir. Zira bu hakkın tarafların elinden alınması hâlinde artık tazminat kavramından bahsedilmeyeceği belirtilmiştir⁷⁸. Ayrıca götürü tazminatın amacının cezalandırma ve sözleşmenin ifasını gerçekleştirme hususunda bir baskı aracı olmadığı; ancak asıl amacının iki tarafın menfaatini dengelemek olduğu belirtilmiştir⁷⁹. Bu nedenle mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmaları, tazminat kurumunun amacı ve işlevinden uzaklaştığı gerekçesiyle reddedilmektedir.

Kanaatimizce, mutlak götürü tazminat anlaşması ve asgari götürü tazminat anlaşmasını bu şekilde baştan reddetmek ve ceza koşulu ile özdeşleştirmek isabetli değildir. Öncelikle İsviçre ve Türk hukukunda götürü tazminatın amacının zararı tazmin olduğu kabul edilmektedir. O nedenle götürü tazminat zarardan bağımsız olarak düşünülemez. Her halde zararın hiç doğmadığının ispatı halinde tazminat borçlusu götürü tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Ayrıca götürü tazminat anlaşması ile taraflar, borca aykırı davranışın tazminat yaptırımını, muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yaparak belirlemektedir. Bu suretle borca aykırılık hâlinde, ortaya çıkabilecek zarar taraflarca öngörülebilmektedir. Dolayısıyla yapılacak karşılaştırma, dürüstlük kuralı gereğince tarafların sözleşmeyi kurduğu anda yaptığı zarar tahmini ile borca aykırı davranış gerçekleştiğinde ortaya çıkan zarar arasında olmalıdır. Öncelikle taraflarca sözleşme kurulurken yapılan muhtemel zarar tahmini, güven ilkesi uyarınca tespit edilmelidir. Fakat götürü tazminat olarak öngörülen zarar miktarının, hayatın olağan akışına göre meydana gelmesi beklenen bir zarar olup olmadığı da araştırılmalıdır.

76 FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 778; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150.

77 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 5.

78 FISCHER, s. 132 vd., 152; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777 vd.; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150.

79 FISCHER, s. 132 vd., 152; FRITZEMEYER/KRIECHBAUMER, RIW 2017, s. 777 vd.; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150.

III. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN İNDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Götürü tazminat kapsamında tarafların yaptığı muhtemel zarara ilişkin tahmin, kural olarak, gerçekte meydana gelen zarara yaklaşmalıdır. Bu hâlde tarafların zarara ilişkin tahmini, gerçek zarar miktarı ile örtüşmektedir⁸⁰. Ne var ki, her zaman tarafların yaptığı tahmin ile gerçekte meydana gelen zarar tam anlamıyla birbiri ile örtüşmez. Götürü tazminat miktarının, gerçek zarar miktarından daha fazla ya da daha az olması mümkündür. Türk hukuku ve İsviçre hukukunda tarafların nispi ya da kısmen nispi bir biçimde götürü tazminat edimini belirlediği hallerde, götürü tazminat ediminin gerçek zarar miktarına yaklaştırılması mümkündür. Zira nispi götürü tazminat anlaşması taraflara, gerçek zarar miktarını ispat etmek suretiyle tazminat miktarının indirilmesi yahut artırılması imkânını vermektedir.

Asıl mesele mutlak götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırılan alt sınır bakımından söz konusu olmaktadır. Asgari götürü tazminat anlaşmasında da tazminatın alt sınırı taraflarca kararlaştırıldığından, gerçekte meydana gelen zararın ispatlanması ile tazminatın indirilip indirilemeyeceği tartışma konusu olmaktadır. Alman hukukunda mutlak götürü tazminat ve asgari götürü tazminat anlaşmaları kabul edilmediğinden, her hâlde tazminatın indirilebileceği kabul edilmektedir. İsviçre ve Türk hukuk öğretisi ve uygulamasında ise mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmalarında kararlaştırılan tazminatın indirilmesinin dayanağı tartışmalıdır. Tartışmaların içinde, ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen TBK m. 182/f.3 hükmünün, götürü tazminatın indirilmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesi özellikle önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca kararlaştırılan tazminat miktarının değişen koşullara uyarlanıp uyarlanamayacağı; alacaklının kusurunun kararlaştırılan tazminatın indirimi bakımından değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı ve tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesi karşısında kararlaştırılan tazminatın indirilip indirilemeyeceği incelenmesi gereken diğer ihtimallerdir.

B. TAZMİNAT MİKTARINI İNDİRİLMESİ BAKIMINDAN TBK M. 182/F.3 HÜKMÜNÜN UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ

1. Mutlak ve Asgari Götürü Tazminat Anlaşması ile Ceza Koşulunun Ayırt Edilmesi

Ceza koşulu, borçlunun ileride borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi hâlinde alacaklıya önceden ifa etmeyi taahhüt ettiği sözleşme hükmü olarak kararlaştırılan bir edimdir⁸¹. Götürü

80 TOLOU, N. 113.

81 MOOSER, Michel: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2^e édition, Intro. Art. 158-163 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012, Intro. Art. 158-163, N. 6 [CR-CO]; EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art.160, N. 1; TOLOU, N. 163; COUCHEPIN, Clause pénale, s. 85; ERDEM, Clause pénale, s. 15; TUNÇOMAĞ,

tazminattan farklı olarak ceza koşulu, Türk Borçlar Kanunu'nda m. 179 ila 182 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Kural olarak borçlunun borca aykırı hareket etmesi hâlinde, alacaklının zararı doğmuşsa kusurlu hareket eden borçlu bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 112). Ne var ki, taraflar sözleşmede ceza koşulu kararlaştırmış ise, alacaklı zarara uğramasa dahi borca aykırı davranış gerçekleşmişse borçlu, ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimi yerine getirmelidir (TBK m. 180/İsv. BK. m. 161)⁸². Ceza koşulu fer'i nitelikte olduğundan kaderi asıl borca bağlıdır⁸³. Dolayısıyla asıl borcun hükümsüz olması hâlinde ceza koşulu da hükümsüz olur (TBK m. 182/f.2). Ceza koşulu fer'i niteliği haiz olmakla beraber sözleşme koşulu gerçekleştiği anda ceza koşulu olarak kararlaştırılan edim muaccel olur⁸⁴. Bu suretle ceza koşulu, asıl borçtan ayrı ve bağımsız bir borca dönüşür⁸⁵.

Öğretide özellikle asgari götürü tazminat anlaşmasını, ceza koşulu şeklinde nitelendiren bir görüş mevcuttur⁸⁶. Ayrıca mutlak suretle kararlaştırılan götürü tazminat anlaşması ile ceza koşulunun

Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 6; EREN, s. 1209; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 2016, N. 1559 vd.; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2017, N. 1, s. 376; NOMER, Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, N. 235.1; KILIÇOĞLU, s. 986-987; KOCAĞA, s. 26; CANSEL, Erol/ÖZEL Çağlar: "Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu", Journal of Yaşar University, Cilt 8 Özel Sayı, 2013, s. 713-714; BİLGE, Necip: "Cezai Şart", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 39; ÖKTEM ÇEVİK, Seda: "Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası", Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Cibali Kampüsü, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 97. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, ceza koşulunun konusunun yalnızca bir edimden ibaret olmadığı ve hatta edimden başka – örneğin, bir hakkın kazanılamaması şeklinde kendi yararına olan bir hukuki durumun elde edilemeyecek olmasının kabulü şeklinde de olabileceği ifade edilmiştir (ATF 135 III 433). Aynı doğrultuda bkz. OĞUZMAN/ÖZ, N. 1578; KOCAĞA, s. 96.

82 FISCHER, s. 58; BERGER, RIW 1999, s. 407.

83 EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art.160, N. 3; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 1; ENGEL, s. 863; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1368; EREN, s. 1210; TUNÇOMAĞ, s. 15; CANSEL/ÖZEL, s. 718; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993, s. 342 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1580 vd.; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 6, s. 377; NOMER, N. 237; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 988; KOCAĞA, s. 91; BİLGE, s. 67; ÖKTEM ÇEVİK, s. 100; CANSEL/ÖZEL, s. 715 ve 721; AKSOY, Hüseyin Can: "Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 1007; Y. HGK. T. 20.05.1964, E. 3/751 – K. 383; Y. HGK., T. 15.02.1989, E. 1985/11, K. 1989/85; Y. 15. HD., T. 01.02.1994, E. 1993/3321 – K. 1994/486. Borçlunun kusurlu olması hâlinde ceza koşulunun söz konusu olacağı yönünde bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 359-360; KILIÇOĞLU, s. 1000; NOMER, N. 237.1; KOCAĞA, s. 234; ÖKTEM ÇEVİK, s. 107. Kusuru aranmaması yönünde bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1388; CANSEL/ÖZEL, s. 726; SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yapıtlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015, s. 353; AKSOY, s. 1011.

84 MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 1; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 9, s. 378. Zira ceza koşulu geciktirici (erteleyici) koşula bağlı bir edim borcudur (OSTENDORE, JuS 2015, s. 978; FISCHER, s. 56; DERLIN, Thomas: "Vertragsstrafe und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle" MDR 2009, s. 597; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1367; EREN, s. 1211; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1565; NOMER, N. 235.1; KILIÇOĞLU, s. 992. Öğretide bu koşulun bir "bozucu koşul" olduğunu ileri süren görüş için bkz. CANSEL/ÖZEL, s. 716.

85 EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art.160, N. 4; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 1; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1369; EREN, Borçlar Genel, s. 1211; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 7, s. 378; KOCAĞA, s. 92; ÖKTEM ÇEVİK, s. 100; CANSEL/ÖZEL, s. 721 vd.

86 BÖTTICHER, Eduard: "Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle", ZfA 1970, s. 36; VON TUHR/ESCHER, s. 103 (Naklen TOLOU, N. 55).

karıştırılması da muhtemeldir. Bu doğrultuda öncelikle belirtmek gerekir ki ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminat, zararın gerçekleşmiş olmasına bağlıdır⁸⁷. Ceza koşulu ise borca aykırı davranışın gerçekleşmesi hâlinde, zararın varlığından bağımsız olarak talep edilir⁸⁸. Ancak alacaklı kararlaştırılan ceza koşulunu aşan zararını ispat etmek suretiyle bu zararının tazminini talep edebilir (TBK m. 180/f.2). Ne var ki, mutlak götürü tazminat anlaşmasında yahut azami götürü tazminat anlaşmasında kararlaştırılan tazminat miktarını aşan zararın ispatlanması hâlinde dahi bu zararın tazmininin istenemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁹.

Ayrıca götürü tazminat anlaşması ve ceza koşulu farklı amaçlara hizmet etmektedir. Götürü tazminatın temel amacı, borçlu tarafından verilen zararın giderilmesidir⁹⁰. Taraflarca kararlaştırılan mutlak yahut asgari tazminat miktarı ise zarara ilişkin önceden yapılan bir tahmindir⁹¹. Böylece götürü tazminat anlaşması, gerek tazminat miktarını önceden belirlemek suretiyle taraflar arasındaki tazminat miktarına ilişkin ihtilafı barışçıl yollarla çözmekte gerekse tazminat alacaklısını tazminat miktarını ispat yükünden kurtarmak suretiyle tazminata kavuşmasını kolaylaştırmaktadır⁹². Ne var ki, ceza koşulunun öncelikli amacı borçluya borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi yönünde baskı yapmak suretiyle borçluyu ifaya zorlamaktır⁹³. Ceza koşulunun bir diğer amacı ise borçlunun borca aykırı davranışını doğrudan önleme işlevi sayesinde alacağı kuvvetlendirmesidir⁹⁴.

Öğretide genellikle ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminatın borçluyu edimini ifaya yönelterek, baskı oluşturma işlevinin bulunmadığı ileri sürülmüştür⁹⁵. Zira götürü tazminatın temel

87 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 5 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 160, N. 12; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 1039; TOLOU, N. 55; HATEMİ/GÖKYAYLA, N. 11, s. 379; ERDEM, s. 107; BİRİNCİ-UZUN, s. 148; KAPANCI, s. 660; KOCAAĞA, s. 50. Öğretide bir görüşe götürü tazminat alacaklısının zararın varlığını dahi ispatlamasına gerek olmadığı görüşündedir (SARI, Suat: "Götürü Tazminat Kavramı Üzerine", Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 302; TUNÇOMAĞ, s. 861; ATAMER, s. 115-116).

88 FISCHER, s. 56 vd.; MOOSER, CR-CO, Art. 161, N. 2; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 161, N. 4; TOLOU, N. 171; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1254; KOCAAĞA, s. 174-175; BİRİNCİ-UZUN, s. 148. 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (2020 Tasarısı) m. 218 hükmünde ceza koşulu düzenlenmiştir. 2020 Tasarısı m. 219'da ise alacaklının zararı olmasa dahi ceza koşulunu talep edebileceği hüküm altına alınmıştır.

89 TOLOU, N. 46; ERDEM, s. 99.

90 TOLOU, N. 55.

91 TOLOU, N. 55.

92 BGH NJW 1975, s. 163; BGH NJW 1979, s. 212; BGH NJW 1981, s. 1509; BGH NJW 1993, s. 1786; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 6; MÜLLER GRAFF/KAINER, WM 2013, s. 2150; YILDIRIM, s. 37.

93 BGH NJW 1961, s. 115; BGH NJW 1983, s. 385; BGH NJW 1968, s. 149; BGH NJW 1975, s. 163; BGH 1993, s. 1786; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 6; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 2; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 146; TOLOU, N. 195; KOCAAĞA, s. 33; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1370; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1564; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342; CANSEL/ÖZEL, s. 715; ÖKTEM ÇEVİK, s. 97; AKKAYAN-YILDIRIM, s. 357-414.

94 MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 2; TOLOU, N. 195; EREN, s. 1210; CANSEL/ÖZEL, s. 715; ÖKTEM ÇEVİK, s. 98; YILDIRIM, s. 37.

95 BGH NJW 1992, s. 2625; TF 4C.241/2005; ATF 109 II 462; OSTENDORF, JuS 2015, s. 978; NODOUSHANI, Manuel: Vertragsstrafe und vereinbarter Schadensersatz. Eine vergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Rechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, s. 63 vd; BIRKENFELD-PFEIFFER, s. 159; DERLIN, MDR 2009, s. 597; ERHAT, Felix R./WIDMER, Markus: Basler Kommentar zum Schweizerischen

amacı, tazminat alacaklısının uğradığı zararın tazmin edilmesidir. Nitekim Federal Alman Yüksek Mahkemesi de götürü tazminatla ceza koşulu arasında en büyük farkın bu olduğunu vurgulamıştır⁹⁶.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi 1972 yılındaki kararlarından itibaren götürü tazminat ile cezai koşulun farklı kurumlar olduğunu belirtmektedir⁹⁷. Alman hukukunda borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda taraflarca kararlaştırılan ceza koşulu ile götürü tazminat arasında bir ayırım yapılmasının çoğu zaman zor olduğu, bu nedenle her olayın özelliği ve bu iki kurumun amacının dikkate alınarak detaylı bir inceleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁸. Örneğin, inşaat sözleşmesinde yer alan “*inşaatın belirlenen tarihte tamamlanamaması hâlinde yüklenici gecikilen her ay için kira bedeli olarak 15.000-TL ödemeyi kabul eder. Gün başına düşen miktar, aylık 30 gün üzerinden orantısız olarak hesaplanır*”⁹⁹ şeklindeki bir hükmün somut olay dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda öncelikle taraf iradelerinin muhtemel zarara ilişkin bir tahmine mi yoksa ceza koşuluna mı yöneldiği araştırılmalıdır¹⁰⁰. İnşaatın süresi, sözleşmesinin kurulduğu sırada inşaatın bulunduğu bölgede inşaat tamamlanana kadar beklenen muhtemel kira getirisi de göz önüne alınarak, bu sözleşme hükmünün hayatın olağan akışına uygun bir zarar tahmini mi yoksa ceza koşulu mu olduğu tespit edilmelidir¹⁰¹.

Yargıtay kimi zaman verdiği kararlarda cezai şart ile götürü tazminat kurumları arasındaki farkı silikleştirmekte ve adeta iki kurumun aynı olduğunu düşünmektedir¹⁰². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1986 tarihli bir kararına göre “*tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının (borçlunun) yüklediği bu edimin “cezai şart” olduğunu açıkça göstermektedir. Hal böyle olunca, davacının (alacaklının) ayrıca zararını ve bunun miktarını ispat etmesi gerekmez. Kaldı ki alacaklı zararı olmasa da cezai şart olarak kararlaştırılan meblağı isteyebilmektedir*”¹⁰³.

Kanaatimizce ceza koşulu ile mutlak yahut asgari götürü tazminatın ayırt edilmesi, sözleşmenin yorumu ile ilgilidir¹⁰⁴. He ne kadar sözleşme kurulurken tarafların yaptığı muhtemel zarar tahminin, gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu olasılıkta artık ceza koşulunun söz konusu olduğu kabul edilebilirse de güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin bu yönde olduğu

Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Hrgs: Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015, Art. 160, N.12; COUCHEPIN, s. 15; TOLOU, N. 104; ATAMER, s. 110.

96 BGH NJW 1992, s. 2625.

97 BGH NJW 1972, s. 32 vd.

98 OSTENDORF, JuS 2015, s. 978.

99 Örnek ATAMER, s. 88’den alınmıştır.

100 KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 154.

101 Ayrıntılı bir inceleme için bkz. ATAMER, s. 88-90

102 Y.HGK., 16.04.1986, E. 1984/13730, K.1986/416; Y.HGK., 17.02.1971, K. 1505-85; Y.14. HD, 18.06.2008, E. 2008/2637, K. 2008/8031. Bkz. ayrıca KOCAAĞA, İnşaat Sözleşmesi, s. 155, dn. 27.

103 Y.HGK., 16.04.1986, E. 1984/13730, K.1986/416. “Hukuk Genel Kurulunun 17.02.1971 tarih ve 1505-85 sayılı kararında belirtildiği üzere cezai şart “geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken götürü bir edimdir”. Değişik bir ifadeyle Hukuk Genel Kurulu cezai şartın götürü tazminat mahiyetinde olduğunu kabul etmiştir.” (Y. 14. HD, 18.06.2008, E. 2008/2637, K. 2008/8031).

104 Aynı yönde bkz. ATAMER, s. 130.

da tespit edilebilmelidir¹⁰⁵. Zira ceza koşulu, borca aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde zarardan bağımsız olarak talep edilmektedir. Ayrıca ceza koşulu, zararı tazmin amacı taşımamakta ve fakat borçluyu ifaya yönlendirmek amacıyla bir baskı işlevi görmektedir. O nedenle taraflarca yapılan zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan uzaklaştığı her hâlde ceza koşulu kararlaştırılmıştır şeklinde bir tespit isabetli olmayabilir. Şayet taraflar iradeleri zararın tazmin edilmesi yönünde ise o takdirde götürü tazminatın kararlaştırılmış olduğu kabul edilmelidir.

2. Hâkimin Ceza Koşulunu İndirmesi

Ceza koşulunda hâkimin indirimine gidebilmesi için, geçerli bir ceza koşulunun bulunması gerekir. Asıl borcun hükümsüz olması nedeniyle ceza koşulu da hükümsüz olabileceği gibi; asıl borç hüküm ve sonuç doğurmasına rağmen ceza koşulunun kanuna, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olması gibi nedenlerle hükümsüz olması da mümkündür¹⁰⁶. Bu hallerde ceza koşulu zaten hükümsüz olacağı için ceza koşulunun indirilmesinden de bahsedilmeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3 hükmü uyarınca hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirme yetkisine sahiptir. Hükmün dayanağını, TMK m. 2/f.2 kapsamındaki hakkın kötüye kullanılması yasağı teşkil eder¹⁰⁷. Borçlunun ceza koşulunun aşırı olduğu şeklindeki iddiası karşısında hâkim re'sen harekete geçer¹⁰⁸. TBK m. 182/f.3 hükmü, sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir¹⁰⁹. O nedenle hâkim, kararlaştırılan ceza koşulunun makul bir yaptırım olması ve hakkaniyete aykırı olmaması karşısında, ceza koşuluna müdahale etmekten kaçınmalıdır¹¹⁰.

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3 uyarınca gerek ceza koşulunun aşırı olup olmadığı gerekse ceza koşulundan yapılacak indirimin kapsamı hâkim tarafından takdir edilmelidir¹¹¹. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre kararlaştırılan ceza koşulu ile sözleşmeden doğan borcun ihlal edildiği anda somut olarak tespit edilen alacaklının talebinin tamamını korumaya yönelik menfaati arasında aşırı orantısızlık olması hâlinde ceza koşulu indirilmelidir¹¹².

Alman Medeni Kanunu'nun § 343 hükmünde de hâkimin aşırı olan ceza koşulunu indirebileceği belirtilmektedir¹¹³. Alman hukukunda, İsviçre ve Türk hukukunun aksine, hakkın kötüye

105 Hâkimin sözleşmenin kurulduğu andaki taraf iradelerini yorumlaması yönünde bkz. ATAMER, s. 130.

106 GOTTWALD, Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (Hrsg: Franz Jürgen SÄCKER/ Roland RIXECKER/ Hartmut OETKER/Bettina LIMPERG) Verlag, C.H. Beck, München 2018, MüKoBGB § 343 N. 8.

107 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10a.

108 TOLOU, N. 1171.

109 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 7; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 770-778; TOLOU, N. 1172; KOCAAĞA, s. 341.

110 Y.HGK, 24. 12. 2014, E. 2014/22-624, K. 2014/1077; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 7; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 840; TOLOU, N. 1172; KOCAAĞA, s. 341.

111 BERGER, RIW 1999, s. 407; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 10; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 7; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 822; TOLOU, N. 1172; KILIÇOĞLU, s. 1003; KOCAAĞA, s. 339 ve 343.

112 TF, 4A 268/2016; ATF 133 III 201; ATF 133 III 42 (JdT 2007 I 226); Y.6.HD., 12. 09. 2013, E. 2013/679, K. 2013/12298.

113 HESS, Claus: Die Vertragsstrafe. Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung, Duncker & Humblot Verlag, Berlin,

kullanılmasını düzenleyen açık bir hüküm olmadığı için § 343 hükmünün kaynağını dürüstlük kuralı olan § 242 hükmünün teşkil ettiği ileri sürülmektedir¹¹⁴. Al.MK § 343 hükmünün emredici olduğu bu nedenle, taraflar arasında ceza koşulunun indirilmeyeceğine ilişkin yapılan anlaşmaların geçersiz olduğu savunulmaktadır¹¹⁵. Başka bir ifadeyle taraflar henüz ceza koşulunun doğmadığı bir anda Alman Medeni Kanunu'nun § 343 hükmünün uygulanmayacağına ilişkin bir anlaşma yapamazlar¹¹⁶.

İsviçre hukuku ve Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda hâkimin ceza koşulunu indirebilmesi için bu hususta borçlunun talebi olması gerekmekte olup ceza koşulunun aşırılığı hâkim tarafından re'sen nazara alınmaz¹¹⁷. Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmü uyarınca mahkemeden her ceza koşulu değil, aşırı olan ceza koşulunun indirilmesi talep edilecektir. Bu hüküm uyarınca ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde alacaklının, yalnızca mali menfaatleri ile sınırlı olmaksızın, her türlü meşru menfaati dikkate alınmaktadır¹¹⁸. Ceza koşulunun yaptırım karakteri dikkate alınarak söz konusu sözleşmeye aykırılığın ağırlığı, alacaklıya vereceği zarar, tehlike, sözleşme taraflarının ekonomik durumu, borçlunun kusurunun derecesi, gerçekte doğmuş olan zarar gibi pek çok husus dikkate alınmaktadır. Kanımızca, söz konusu madde metninde açıkça alacaklının her türlü menfaatinin dikkate alınacağını belirtilmesi son derece isabetlidir. Bu hükmün bir benzeri İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Buna karşılık gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin gerekse Yargıtay'ın Alman Medeni Kanunu'nun söz konusu hükmünden de etkilenecek, ceza koşulunun indirilmesi bakımından alacaklının menfaatlerinin tümünün hesaba katılması gerektiği yönünde kararları mevcuttur¹¹⁹. Bu doğrultuda hâkimin, borcun ihlalinin ağırlığını; kusurun ağırlığını,

1993, s. 143; SCHMEEL, Günster: "Die individuell vereinbarte kaufmännische Vertragsstrafe, Möglichkeiten der Herabsetzung oder "Payment unlimited"?" MDR 2017, s. 1034; NODOUSHANI, s. 151 vd.

114 JANOSCHEK, Christian: BeckOK BGB (Hrgs: Heiny Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH/Wolfgang HAU/ Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019, § 343 N. 1, 5.

115 BGH NJW-RR 1991, s. 569; GOTTWALD, , § 343 N. 2, 8; JANOSCHEK, BeckOK BGB § 343 N. 2.

116 Bu hüküm kapsamında taraflarca sadece para olarak kararlaştırılmış olan ceza koşulunun değil; aynı zamanda yapma tarzındaki ceza koşulunun da hâkim tarafından indirileceği ileri sürülmüştür (GOTTWALD, MüKoBGB § 343 N. 6).

117 JANOSCHEK, BeckOK BGB § 343 N. 7; BGH NJW-RR 1993, s. 464.

118 SCHMEEL, MDR 2017, s. 1034; GOTTWALD, MüKoBGB § 343 N.1, 8; BEUTHIN, Volker: "Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe", in FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 502 vd.

119 BGE 114 II 264. Bu kararında mahkeme her ne kadar sözleşme serbestisi ve sözleşmeye bağlılığın esas olduğunu belirtse de hâkimin somut olayın özelliğini dikkate alarak sözleşmelerde hakkaniyetin sağlanması için bu hukuki işlemlere müdahale edebileceği ve ceza koşulunun indirilebileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre ceza koşulu indirilirken sözleşmenin şekli ve süresi (BGE 38 II 102), kusurun ve sözleşmeye aykırılığın ağırlığı (BGE 103 II 135, BGE 91 II 383), tarafların ceza koşulunu kararlaştırmadıkları menfaatleri (BGE 103 II 135) ve ekonomik durumları dikkate alınmalıdır (BGE 95 II 539). Y.6.HD., 12. 09. 2013, E. 2013/679, K. 2013/12298. Yargıtay' a göre cezai şartın fahiş olup olmadığı belirlenirken tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının asıl borcun ifa edilmesi hâlinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınarak gerekirse bu konuda özel bilgisi olan bilirkişiden de yararlanılarak ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Benzer yönde Y.HGK.16.04.1986 E. 1984/13730, K. 1986/416; Y.13. HD., 06.06.2018, E. 2016/2319, K. 2018/6679; FISCHER, s. 60; KOCAAĞA, s. 345.

alacaklının ceza koşulunu muhafaza etmekteki menfaati ile tarafların ve özellikle borçlunun ekonomik durumunu dikkate alması gerekir¹²⁰.

Alacaklının menfaatinin incelenmesi bakımından, ceza koşulu ile alacaklının uğradığı zarar arasındaki bağlantının değerlendirilmesinin gerekip gerekmediği hususu İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında farklılık göstermektedir¹²¹. Öğretide bir görüşe göre, gerçekte meydana gelen zararın yahut azami soyut zararın, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekmez; ancak alacaklının maruz kaldığı somut zarar tehlikesi dikkate alınmalıdır¹²². Bu kapsamda özellikle muhtemel zararın da hesaba katılması gerekir¹²³. Hâkim, borca aykırılığın gerçekleştiği anda alacaklının ceza koşuluna konu edimin bütününe muhafaza etmeye yönelik menfaati ile somut olayın koşullarını birlikte değerlendirmelidir¹²⁴. Zira aslında aşırı olmayan bir ceza koşulu, kararlaştırıldığı yahut uygulandığı koşullar dikkate alındığında “aşırı” olarak nitelendirilebilir¹²⁵.

3. Götürü Tazminatın İndirilmesi Bakımından Ceza Koşulunun İndirilmesine İlişkin Hükmün Kıyasen Uygulanmasına İlişkin Tartışmalar

Taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatın indirilmesi bakımından TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3; Alman Medeni Kanunu'nun § 343) hükmünün kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı konusu gerek uygulamada gerekse öğretide tartışmalara neden olmuştur.

a) Uygulamadaki Yaklaşımlar

İsviçre Federal Mahkemesi, taraflarca mutlak götürü tazminat anlaşması yapılmış olan bir uyuşmazlıkta İsv.BK m. 163/f. 3 hükmündekine benzer bir yöntemle, götürü tazminatın indirilmesi yönünde karar vermiştir¹²⁶. Taraflar arasında on yıl süre için akdedilen gayrimenkul yönetimi sözleşmesinin 5. maddesinde “31 Aralık 1963 tarihinden önce Dunand Gayrimenkul Acentesi'nin yönetimine son verildiği takdirde dosya yeniden değerlendirilerek, 31 Aralık 1963 tarihine kadar yıllara göre artırılmak suretiyle yenilenen binaların tamamının kiralanmış olması hâlinde doğan komisyon miktarına karşılık olmak üzere tazminat ödenmesi” kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin bu hükmü uyarınca, söz konusu tarihten önce gayrimenkul yönetimi işine son

120 ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 16; MOOSER, CR-CO, Art. 163, N. 8; COUCHEPIN, Clause pénale, N. 862; TOLOU, N. 1172; KOCAAĞA, s. 342.

121 Meydana gelen zararın, ceza koşulunun aşırı olup olmadığını değerlendirmek bakımından dikkate alınmasına gerek olmadığı yönünde bkz. ATF 39 II 685 (JdT 1915 I 38). Buna karşılık, ceza koşulunun zararın varlığının ispatına bağlı olmadığı; ne var ki, gerçekte meydana gelen zararın taraf menfaatleri bakımından değerlendirilerek, ceza koşulunun aşırı olup olmadığının tespiti için değerlendirilmesi yönünde bkz. ATF 103 II 129 (JdT 1978 I 150).

122 TOLOU, N. 1174.

123 KOCAAĞA, s. 346.

124 EHRAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 163, N. 15 ve 17; TOLOU, N. 1175.

125 KOCAAĞA, s. 343.

126 ATF 83 II 525.

verilmesi nedeniyle zarar gören taraf 8.909-İsviçre frangı tazminat talep etmiştir. Kanton mahkemesi, sözleşmenin anılan hükmünü ceza koşulu olarak nitelendirmiş ve İsv.BK m. 404 hükmüne aykırı olduğundan tazminat talebini reddetmiştir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi gayrimenkul yönetim sözleşmesini *sui generis* bir iş görme sözleşmesi olarak kabul etmiş bunun yanı sıra sözleşmenin 5. maddesindeki hükmü, kâr mahrumiyetine karşılık bir tazminat anlaşması olarak nitelendirmiştir. Ne var ki, taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarını 6.000-İsviçre frangına indirmiştir. Bu indirim yapılırken, sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle tazminat talebinde bulunan alacaklının, zamanını diğer işlerine ayırabilme imkânının dikkate alındığı ifade edilmiştir. Son olarak mahkeme, söz konusu hükmü ceza koşulu olarak nitelendirmek suretiyle İsv.BK m. 163/f.3 hükmünü uygulamaktan farklı bir sonuca ulaşmadığını belirtmiştir¹²⁷. Esasen İsviçre Federal Mahkemesi bu kararında gerçekte meydana gelen zararı dikkate alarak, götürü tazminat miktarında indirim yapmıştır. Ancak ceza koşulunun indirilmesi ile götürü tazminatın indirilmesi arasında fark olmadığını belirtmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında ise kıyasen İsv.BK m. 163/f.3 hükmünü uygulamak suretiyle götürü tazminat miktarının indirilmesi yönünde hüküm kurmuştur¹²⁸. Ebeveynlerinin özel bir okulla çocuklarının eğitimi için akdettiği sözleşmede, sözleşmenin 15 Nisan'dan sonra feshedilmesi hâlinde birinci yarıyla ait okul ücretinin tamamının ödeneceği şeklinde hüküm bulunmaktadır. Ebeveynler ise sözleşmeyi haziran ayında feshetmişlerdir. Özel okulun birinci yarıyl okul ücretini talep etmesi üzerine uyuşmazlık Kanton Mahkemesi'ne taşınmış ve Kanton Mahkemesi, genel işlem koşulları kapsamında düzenlenen sözleşme hükmünü İsv.BK m. 404 hükmüne aykırı görmemiş ve ebeveynlerin okula birinci yarıyl okul ücretine karşılık gelen 5.500-İsviçre frangını ödemesi gerektiğine hükmetmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta, taraflarca kararlaştırılan götürü tazminatın indirilmesinin İsv.BK m.163/f.3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle mümkün olduğu yönünde karar vermiştir. Mahkemeye göre gerek ceza koşulu gerekse götürü tazminat miktarı aşırı olduğu takdirde hâkim tarafından indirilmelidir¹²⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararlarına karşın Federal Alman Yüksek Mahkemesi 1972 yılında vermiş olduğu kararında götürü tazminatın ve aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmünün kıyasen uygulanmayacağına karar vermiştir¹³⁰. Bu uyuşmazlıkta taraflar bir araç alımı hususunda anlaşmıştır. Sözleşmenin. IV. 2. genel işlem şartları başlığı taşıyan kısmında; alıcının aracı almaması, aracının gönderilmesine ilişkin sözleşmede belirlenen hükümleri gereği gibi yerine getirmemesi, satım bedelini zamanında ödememesi ve gerekli güvenlik tedbirlerini almaması ve durumunun 8 günden fazla sürmesi

127 ATF 83 II 525. Öğretide bir görüş İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararda İsv.BK m. 163/f.3 hükmünün hâkimin götürü tazminatı indirmesi bakımından uygulamasını reddettiğini ileri sürmektedir (COUCHEPIN, s. 24). Buna karşılık, bir başka görüş mahkemenin esasen İsv.BK m. 163/f.3 hükmünü uygulaysaydı dahi aynı sonucu elde edeceğini belirtmesi suretiyle İsv.BK m. 163/f.3 hükmündeki inceleme yönteminin benzeri ile tazminat miktarını indirdiğini kabul etmektedir (TOLOU, N. 1183).

128 TF 4A_601/2015.

129 TF 4A_601/2015.

130 BGH NJW 1972, s. 32 vd.

hâlinde satıcının hiçbir ek süre tanımadan sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlarını isteyebileceği ya da sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir. Satıcının sözleşmeden dönmesi durumunda, satım bedelinin %20'sini tazminat olarak talep edeceği kararlaştırılmıştır. Alıcının aracı almaması üzerine, taraflar arasında soyut olarak belirlenmiş tazminat miktarının geçerli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık Federal Alman Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, satıcının sözleşmeden dönmesi hâlinde zararının meydana geldiğini ispat etmeksizin satım bedelinin %20'sinin tazminat olarak kararlaştırılmasının götürü tazminat olduğuna karar vermiştir. Bu götürü tazminatın da sözleşmede genel işlem şartları şeklinde bir madde içerisinde düzenlenmesine dikkat çekmiştir. Mahkeme bu kararda söz konusu düzenlemenin ceza koşulu olması hâlinde Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmü uyarınca indirilebileceğini ancak bunun götürü bir tazminat olması hâlinde Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan genel normlar aracılığıyla yani ahlaka aykırılık (§ 138), dürüstlük kuralı (§ 242) gibi hükümler uyarınca indirilebileceğini tespit etmiştir¹³¹. Mahkeme, bu kararında, götürü tazminatla ceza koşulunun işlevlerinin birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, ceza koşulunun birincil amacı taraflar üzerinde baskı kurarak sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamaktır. Uyuşmazlıkta satıcının zararı ispat etmeden satım bedelinin %20'sini talep edebilmesinin satıcıya ispat kolaylığı sağladığını, birincil amacının tarafların sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası olmadığını açıklamıştır¹³². Mahkeme aşırı olarak belirlenen götürü tazminatın Alman Medeni Kanunu'nun § 343. hükmü uyarınca indirilmeyecek olmasının tarafların diledikleri şekilde götürü tazminat miktarını kararlaştıracağı şeklinde yorumlanmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkemeye göre sözleşme adaletinin sağlanması için götürü tazminat miktarına müdahale edilmesi mümkündür ve bu müdahaleyi haklı kılan gerekçeler zaten tazminat kavramının içeriğinde saklıdır. Tazminata hükmedilmesi için tarafların sözleşmeyi ifa etmemesi önemlidir; ancak tek başına yeterli değildir. Zira zarar meydana gelmemişse, tazminata hükmedilmeyecektir. Ayrıca tazminatın bir zenginleşme aracı olmaması gerektiği ilkesi de son derece önemli olup taraflarca belirlenen tazminat miktarına hâkimin müdahale edebileceği sonucuna varılmıştır¹³³.

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, eser sözleşmesinin taraflarının eserin tamamlanamaması nedeniyle gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden kararlaştırabileceğini, bu yoldaki anlaşmanın geçerli olduğunu ve tarafları bağladığını, bu tazminatın cezai şart kabul edilip indirim yapılmasının doğru olmadığını vurgulamıştır¹³⁴. Yargıtay'a göre, 818 Sayılı Borçlar Kanunu (eTBK) 161/3 (TBK m. 182/f.3) hükmü ile kira tazminatının değil, ceza niteliği bulunan tazminatların tenkisi amaçlanmaktadır. Taraflar arasında kararlaştırılan tazminat, ceza niteliğinde olmayıp gecikme tazminatı olduğuna göre eTBK 161/son (TBK m. 182/f.3) maddesine göre tenkisi mümkün değildir¹³⁵. Yargıtay da Federal Alman Yüksek Mahkemesi gibi götürü tazminat gerçekte meydana gelen zarardan fazla ise, koşulların gerçekleşmesi hâlinde

131 Doktrinde de benzer görüş için bkz. BERGER, RIW 1999, s. 404.

132 BGH NJW 1972, s. 32.

133 BGH NJW 1972, s. 32

134 Y. 15.HD., T. 13.6.1994, E. 1993/5803, K. 1994/3856.

135 Y.23. HD., T. 25.6.2015, E. 2014/4117, K. 2015/4877.

(yüklenicinin ekonomik yıkımını mucip olacak derecede ağır ve haksız olması) eBK m.19 ve 20 hükümleri gereğince ahlak ve adaba aykırılık veya 743 sayılı Medeni Kanun m. 2 (TMK m. 2) hükmü gereğince dürüstlük kuralı uyarınca müdahale edilebileceğini kabul etmiştir¹³⁶. Buna karşılık Yargıtay'ın bazı kararlarında ceza koşulu ve götürü tazminat arasında bir ayrım yapmadığı ve TBK m. 182/f.3 hükmünü doğrudan uygulamak suretiyle götürü tazminatın indirilmesinin mümkün olup olmadığını tartıştığına rastlamak mümkündür¹³⁷.

b) Öğretideki Yaklaşımlar

Öğretideki görüşler incelendiğinde, Türk hukukunda ceza koşulunun, götürü tazminatın bir türü olduğu¹³⁸ ve götürü tazminatın indirilmesi bakımından TBK m. 182/f.3 hükmünün doğrudan uygulanabileceğinin ileri sürülmüş olduğu görülmektedir¹³⁹. İsviçre hukuku ve Türk hukuku öğretisinde bir başka görüş, TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m.163/f.3) hükmünün götürü tazminatın indirilmesi bakımından kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁰. Bu doğrultuda TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmünün kendisini zayıf bir konumda bulan borçluyu korumaya yönelik olduğu; ceza koşulunda olduğu gibi götürü tazminatta da sözleşmeden doğan borcun ihlalinden önce taraflarca tazminat miktarının belirlendiği; söz konusu tahminin zarara yaklaşmasının gerekli olduğu ve dolayısıyla borca aykırılığın gerçekleşmesi üzerine tazminatın orantısızlığına ilişkin riskin mevcut olduğu; sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun borcu ihlal etmeyeceği düşüncesiyle götürü tazminat anlaşmasını ciddiye almamış olabileceği gerekçeleri ileri sürülmektedir¹⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü emredici nitelikte olduğundan isimsiz bir sözleşme olan götürü tazminat anlaşması bakımından uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi, emredici nitelikteki hükümlerin doğrudan isimsiz sözleşmelere uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir¹⁴². İsimsiz sözleşmenin taraflarının emredici hukuk kuralının sağladığı korumanın ayınına ihtiyaç duyması hâlinde emredici hukuk kuralının kıyasen isimsiz sözleşmeye uygulanmasının mümkün olduğu öğretide ileri sürülmektedir¹⁴³. Bu doğrultuda TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü kapsamında

136 Y. 15.HD., T. 13.6.1994, E. 1993/5803, K. 1994/3856.

137 Y.HGK., 9.10.1991, E. 1991/15-340, K. 1991/467.

138 TUNÇOMAĞ, s. 29-30. Fransız, Belçika, Hollanda ve İtalyan hukuk düzenlerinde ceza koşulu ve götürü tazminat kavramları arasında ayrım gözetilmemektedir (ATAMER, s. 93).

139 SANLI, s. 339.

140 BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht, 2. Neubearbeitete Auflage, Zürich 1988, s. 527 dn. 23; GAUCH, Peter/SCHLUEP Walter R: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil 2 Bände, 6. Auflage, Zürich 1995, N. 3974; BERGER, RIW 1999, s. 407; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 160, N. 12; GAUCH, N. 711; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 4; SARI, s. 303; CANSEL/ÖZEL, s. 716.

141 BUCHER, s. 527 dn. 23; GAUCH/SCHLUEP, 3974; BERGER, RIW 1999, s. 407; GAUCH, N. 711; ERHAT/WIDMER, BSK-OR, Art. 160, N. 12; MOOSER, CR-CO, Art. 160, N. 4; SARI, s. 303; CANSEL/ÖZEL, s. 716.

142 TF, 4A_404/2008.

143 AMSTUTZ Marc/MORIN Ariane, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015, Vorbem. zu Art. 184, N. 32; THEVENOZ, Luc: Commentaire Romand, Code des

sağlanan korumanın, mutlak götürü tazminat anlaşması yahut asgari götürü tazminat anlaşmasının tarafı olan borçlunun ihtiyaç duyduğu korumayı sağlaması hâlinde kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir¹⁴⁴.

Alman hukukunda da bir görüş, götürü tazminatının genel olarak o iş çevresinde meydana gelen zararlardan daha fazla olmaması (tipik zarar olması) gerektiği fikrini eleştirmiştir¹⁴⁵. Ayrıca tazminatın zenginleşme aracı olmadığına ilişkin kuralın da çok katı bir şekilde uygulanmayacağı savunulmuştur. Dolayısıyla bu görüş taraftarları, aşırı ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemelerin aslında götürü tazminata neden uygulanmayacağı hususunun tam olarak açıklanmadığını ve bu normların götürü tazminatta da uygulama alanı bulacağını ileri sürmüş olup bu doğrultuda götürü tazminatla ceza koşulu arasında net bir ayırım yapmanın ceza koşulunun baskı amacının tazminattan farklı olarak daha ön planda olduğunun her zaman kabul edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁴⁶. Alman hukukunda kanun koyucunun tam olarak doktrindeki fikirleri dikkate almadığı ve kanun koyucunun iki kurum arasındaki farklılıkları net olarak ortaya koymadığı savunulmuştur¹⁴⁷. Bu nedenle kanun koyucunun tam olarak bir açıklama getirmeksizin kanunda götürü tazminatın indirilmesinde § 343. hükmünün uygulanmayacağını kabul etmesi ve kanun koyucunun Federal Alman Mahkemesi kararını dikkate alması son derece eleştirilmiştir¹⁴⁸. Kanun maddeleri kaleme alınırken, gerekçeler ve görüşmelerden tam olarak götürü tazminat ile ceza koşulu arasındaki farka değinilmemesi de isabetli bulunmamıştır¹⁴⁹. Götürü tazminata ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanmaması durumunda hâkimin hakkaniyetle uyuşmayan götürü tazminata nasıl müdahale edeceği ve bu gibi düzenlemelerin hukuki sonucunun ne olacağının belirsiz olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁰.

Buna karşılık gerek Türk ve İsviçre hukukunda gerekse de Alman hukukunda ceza koşulunun indirilmesini düzenleyen hükümlerin götürü tazminatın indirilmesine kıyasen uygulanmayacağını savunanlar bulunmaktadır. Bu görüşe göre, TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m.163/f.3) hükmü kıyasen götürü tazminatın indirilmesi bakımından uygulanamaz¹⁵¹. Bu görüş taraftarlarınca, öncelikle ceza koşulundan farklı olarak götürü tazminatın, borçluya borcunu ifa etmesi yönünde baskı yapma amacının olmadığı; ancak zararı tazmin etme (telafi etme) amacı olduğunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁵². O nedenle ceza koşulu kararlaştırılması hâlinde borçlunun

Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/ WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2^e édition, Intro Art. 184-529, CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012, N. 52; TOLOU, N. 1236.

144 TOLOU, N. 1237.

145 FISCHER D, s. 91.

146 FISCHER D, s. 91.

147 FISCHER D, s. 31 vd.

148 FISCHER D, s. 93.

149 HESS, s. 93.

150 FISCHER D, s. 173 vd. özellikle s. 182.

151 COUCHEPIN, s. 24; ERDEM, Clause pénale, s. 49; ERDEM, s. 122; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1254; KOCAAĞA, s. 186; KAPANCI, s. 675; ATAMER, s. 120.

152 BEUTHIEN, s. 495 vd.; LARENZ, s. 383 vd.; COUCHEPIN, s. 24; YILDIRIM, s. 37.

korunması ihtiyacı söz konusu iken, götürü tazminat bakımından böyle bir ihtiyacın bulunmadığı ileri sürülmüştür¹⁵³. Bu doğrultuda tazminatın götürü şekilde belirlenmesi suretiyle taraflarca borca aykırılık hâlinde doğması muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapılması nedeniyle, götürü tazminat anlaşmasının her iki tarafın da menfaatini korumaya yönelik olduğu savunulmuştur¹⁵⁴. Dolayısıyla TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmünün götürü tazminat bakımından kıyasen uygulanmasının, götürü tazminat ile ceza koşulunu aynı kefeye koymakla sonuçlanacağı ifade edilmiştir¹⁵⁵. Ayrıca TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil ettiğinden, ceza koşulundan farklı işleve sahip olan götürü tazminat bakımından kanuni bir dayanak olmaksızın, bu hükmün uygulama alanının genişletilmemesi gerektiği de savunulmuştur¹⁵⁶.

Ceza koşulunun zararın varlığından bağımsız olduğu o nedenle, tarafların herhangi bir objektif değerlendirmeye ihtiyaç duymaksızın keyfi biçimde ceza koşulunu serbestçe kararlaştırabileceği kabul edilmekte ve bu keyfiyet nedeniyle borçlunun ceza koşulunun orantısız olması hâlinde karşılaşacağı risk TBK m. 182/f.3 (İsv.BK m. 163/f.3) hükmü ile dengelenmektedir¹⁵⁷. Ne var ki, götürü tazminat anlaşması ile borcun ihlali hâlinde alacaklının muhtemel zararına ilişkin bir tahmin yapılmaktadır. O nedenle götürü tazminat miktarının söz konusu zarar tahminine yaklaşması gerekir.

Alman hukukunda ceza koşulunun tazminatın gerçekleşmesine ilişkin koşullara bağlı olmadığı ve ceza koşulunun tazminattan farklı bir amaca hizmet ettiği bu nedenle de sözleşmede yer alan bir koşulun ceza koşulu mu yoksa götürü tazminat mı olduğu hususunda şüphe olması hâlinde götürü tazminatın kabul edilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir¹⁵⁸. Alman kanun koyucusu, bazı maddelerde örneğin kiraya ilişkin düzenlemelerde ceza koşulunun kararlaştırılmasını yasaklamışken bazı maddelerde örneğin, Meslek Eğitim Kanunu'nda ceza koşulu ve götürü tazminatın § 5. hükmü uyarınca kararlaştırılmayacağını, Uzaktan Eğitim Kanunu'nun § 2. hükmünün 5. fıkrasının 1. cümlesinin 2. bendine göre taraflar arasında uzaktan eğitim sözleşmeleri için götürü tazminat miktarının belirlenemeyeceğini düzenlemiştir¹⁵⁹. Ayrıca yine genel işlem koşullarının düzenlendiği maddelerde de kanun koyucunun hem ceza koşulu hem de götürü tazminat kavramına yer verdiği ve bu düzenlemelerden yola çıkılarak kanun koyucunun iki kurumun birbirinden farklı olduğunu kabul ettiği savunulmuştur¹⁶⁰. Dolayısıyla hem ceza koşulunun hem de götürü tazminatın aynı amaca hizmet ettiği, birbirinden farklı olmadığı ve ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükümlerin kıyasen götürü

153 BEUTHIEN, s. 495; LARENZ, s. 383; COUCHEPIN, s. 24; ATAMER, s. 114.

154 BİRİNCİ-UZUN, s. 101 vd.; KAPANCI, s. 677; PARLAK-BÖRÜ, s. 209-210; ATAMER, s. 112; KAHRAMAN, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 78.

155 COUCHEPIN, s. 24.

156 COUCHEPIN, s. 24; ERDEM, Clause pénale, s. 49.

157 TOLOU, N. 1238.

158 FISCHER D, s. 81; BEUTHIN, s. 511, 514; BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 8; SCHMEEL, MDR 2017, s. 1035.

159 WEILER, BeckOGK BGB § 309 Nr. 5 N. 21 vd.

160 BERGER, RIW 1999, s. 405; LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 517.

tazminata uygulanacağı görüşünün isabetli olmadığı belirtilmiştir¹⁶¹. Alman Medeni Kanunu § 343. hükmüyle hâkimin ceza koşulunu indirmesinin hukuk güvenliğini zedelediği ve böyle koşulların sonuçlarının nasıl olacağı, hâkimin bu ceza koşulunu nasıl indireceğinin sorun teşkil edebileceği ileri sürülmüştür¹⁶². Buna karşılık hâkimin genel işlem koşullarının denetlenmesi, götürü tazminata ilişkin hükümler ve genel normlarla götürü tazminata müdahalesinin hukuk güvenliğine daha fazla hizmet edeceği belirtilmiştir¹⁶³. Zira karşılaştırılan tazminat miktarının hayatın olağan akışına uygun bir miktar olması ve yine taraflara özellikle de borçluya gerçekte meydana gelen zararın karşılaştırılan tazminat miktarından daha az olduğunu ya da hiç zararın meydana gelmediğini ispat etme imkânının tanınmasının son derece doğru olacağı belirtilmiştir¹⁶⁴. Yine götürü tazminat için sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışın yeterli olmadığı ayrıca mutlaka zararın doğması şartı aranacağı ancak söz konusu bu şartın ceza koşulunda olmadığı ileri sürülmüştür¹⁶⁵. Buna göre, tarafların karşılaştırmış oldukları götürü tazminat miktarının geçerli olabilmesi için, karşılaştırılan tazminatın tipik ya da gerçek zarara uygun olması gerekmektedir¹⁶⁶. Alman hukukunda yargı kararlarında ve doktrinde, götürü tazminatın aşırı olması hâlinde genel hükümler aracılığıyla bu miktara hâkimin müdahale edebileceği, bu suretle götürü tazminatı indirebileceği savunulmaktadır¹⁶⁷. Ayrıca Alman hukukunda, tazminatın bir tarafın zenginleşmesine imkân vermeyeceği ve bu nedenle tarafların zararın daha az ya da fazla olduğuna ilişkin ispat hakkının her zaman olduğu böylelikle aşırı olan götürü tazminatın indirilmesi için ceza koşulunun indirilmesine ilişkin hükme gerek olmadığı ileri sürülmüştür¹⁶⁸. Bu suretle tazminat borçlusunun, ceza koşulunda olduğu gibi orantısızlık riski ile karşılaşmasının söz konusu olmayacağı belirtilmiştir¹⁶⁹. Sonuç olarak, aşırı ceza koşulunun indirilmesini düzenlenen AL.MK § 343 hükmü uyarınca sadece tarafların ekonomik menfaatlerinin dikkate alınmamasının bu maddenin son derece özel bir madde olduğunu göstermektedir¹⁷⁰. Özel ve uygulama alanı son derece dar olan Alman Medeni Kanunu'nun § 343 hükmü gibi normların kıyasen uygulamaya elverişli olmadığı da ileri sürülmüştür¹⁷¹.

Kanımızca cezai koşulun işlevi ile götürü tazminatın işlevi birbirinden farklıdır. Götürü tazminat kavramı zarardan ve kusurlu davranıştan bağımsız bir şekilde düşünülemez. Kural olarak borçlunun borca aykırı hareket etmesi hâlinde, alacaklının zararı doğmuşsa kusurlu hareket eden borçlu bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 112). Ne var ki, taraflar sözleşmede ceza koşulu karşılaştırmış ise, alacaklı zarara uğramasa dahi borca aykırı davranış gerçekleşmişse borçlu

161 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 8; BERGER, RIW 1999, s. 404.

162 BERGER, RIW 1999, s. 404.

163 BERGER, RIW 1999, s. 404.

164 FISCHER D, s. 99; BERGER, RIW 1999, s. 404.

165 BEUTHIN, s. 500.

166 BEUTHIN, s. 511, 514; BERGER, RIW 1999, s. 404.

167 BERGER, RIW 1999, s. 404 vd.

168 BEUTHIN, s. 504, 511 ve 514.

169 BEUTHIN, s. 511 vd.

170 FISCHER D, s. 77; LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 517.

171 LINDACHER, FS Rolf Birk, s. 517.

ceza koşulu olarak kararlaştırılan edimi yerine getirmelidir. Mahkeme kararları ve doktrinde de belirtildiği gibi ceza koşulunun borçluyu edimini ifaya yönelterek, baskı oluşturma işlevi son derece önemlidir. Buna karşılık, götürü tazminatta öncelikli amaç zararın tazminidir. Sözleşme serbestisinin istisnasını teşkil eden, ceza koşulunun indirilmesine ilişkin düzenlemelerin özel hükümler olduğu ve dar yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda söz konusu hükümler, götürü tazminat miktarının indirilmesine kıyasen uygulanamaz. Götürü tazminat anlaşmasının taraflarının kim olduğundan bağımsız olarak değerlendirilmesi; zararın meydana gelmesi ve tazminatın zenginleşmeye hizmet etmemesi gibi temel prensipler götürü tazminat bakımından son derece önemlidir. Ancak bu prensipler, ceza koşulu bakımından uygulanmaz. Örneğin tacirler arasında kararlaştırılmış olan aşırı ceza koşulunun indirilip indirilmeyeceği tartışmalıyken, tacirler arasında kararlaştırılmış götürü tazminatta eğer zarar daha az meydana gelmişse bu husus ileri sürülebilir ve buna göre indirim yapılabilir. Bu nedenle cezai koşul için düzenlenmiş olan bir hükmün, işlevi ve amacı farklı olan götürü tazminat bakımından uygulanamayacağını ifade etmek gerekir.

C. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI MESELESİ

Daha önce de ifade edildiği üzere, götürü tazminat anlaşması ile taraflar, önceden borca aykırı davranış sonucunda ortaya çıkması muhtemel zarara ilişkin bir tahminde bulunurlar. Diğer bir deyişle, taraflar götürü tazminat anlaşmasını kurdukları esnada öngörebildikleri koşulları dikkate alarak borca aykırılığın sebep olacağı muhtemel zararı tahmin ederler¹⁷². Buna karşılık, söz konusu koşulların sözleşmenin kurulmasından sonra değişmesi mümkündür. Örneğin, gerçekte meydana gelen zarar, söz konusu değişen koşulların etkisiyle tarafların zarara ilişkin tahminini aşmış olabilir. Kural olarak ahde vefa ilkesi gereğince her bir taraf sözleşmenin kurulmasından sonraki değişikliklere ilişkin riske kendisi katlanmalıdır¹⁷³. Ne var ki, sözleşmenin kurulmasından sonra taraflarca öngörülemeyen sebeplerle meydana gelen bazı değişikliklere rağmen borçlunun borcunu ifa etmesi kendisinden beklenemeyebilir. Bu hâlde hâkimin müdahalesi ile sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması söz konusu olabilir¹⁷⁴. Götürü tazminatın uyarlamasından kasıt, sözleşme taraflarının yaptığı zarara ilişkin tahminin gerçekte meydana gelen zarara yaklaştırılmasıdır¹⁷⁵. Dolayısıyla mutlak götürü tazminat ya da asgari götürü tazminat bakımından, kararlaştırılan tazminatın gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu hâlde, uyarlama söz konusu olursa tazminat miktarının indirilmesi gündeme gelir.

Gerek Türk gerekse de Alman hukukunda uzun yıllar sözleşmenin değişen koşullara uyarlamasının sözleşme adaleti için çok önemli olduğu doktrin ve mahkeme kararlarına konu olmuştur. Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yapılan reformla § 313 hükmünde “işlem

172 TOLOU, N. 1243; BİRİNCİ-UZUN, s. 305.

173 WIEGAND, BSK-OR, Art.18, N. 97; WINIGER, CR-CO, Art. 18, N. 193; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1300; TOLOU, N: 1243; BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 1 vd.

174 COUCHEPIN, s. 26-27; TOLOU, N. 1242 vd. ile 1268 vd.; BİRİNCİ-UZUN, s. 309; KAPANCI, s. 668; PARLAK-BÖRÜ, s. 217; ATAMER, s. 128.

175 BİRİNCİ-UZUN, s. 309.

temelinin bozulması” başlığıyla Türk hukukunda ise 2012 yılında Türk Borçlar Kanunu’nun 138. maddesinde “aşırı ifa güçlüğü” başlığıyla sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusu düzenlenmiştir¹⁷⁶. İsviçre Borçlar Kanunu’nda ise sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, bazı sözleşme tipleri bakımından düzenlenmiş olmakla birlikte genel hüküm niteliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁷⁷. Buna karşılık öğreti ve uygulamada sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmüne göre, “sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır”. Alman Medeni Kanunu’nun § 313. hükmüne göre “Sözleşmenin temelini oluşturan hal ve şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra ağır bir şekilde değişmişse ve taraflar bu değişikliği önceden görselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacak ya da başka bir içerikle kuracaklar idiyse ve bu sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası artık taraflardan birinden somut olayın tüm özelliklerine ve bilhassa yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma geldiyse işbu sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir.(2) Sözleşmenin temeli durumuna gelen temel tasavvurların yanlış çıkması hali de hal ve durum değişikliği ile eşittir.(3) Eğer sözleşmenin uyarlanması mümkün değil veya taraflardan biri için katlanılmaz ise mağdur olan taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeden dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.”

Öncelikle Türk hukukundaki hüküm incelendiğinde, Alman hukukundan farklı¹⁷⁹ olarak, madde metninde sadece borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceğinin yer aldığı görülmektedir. Alman hukukunda ise sözleşme taraflarının sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği kanun metninde açıkça düzenlenmiştir. Ne var ki, Türk hukukunda gerek öğretide gerekse de mahkeme kararlarında, TBK m. 138 hükmü kanunda yer almadan önce hem

176 Bu hususta detaylı açıklama için bkz. İNCE, Nurten: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Duncker § Humblot Berlin 2015, s. 1 vd. Buna karşılık İsviçre Borçlar Kanunu’nda benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

177 İsv.BK m. 373/f.2 hükmünde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması öngörülmüştür. Ayrıca 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı m. 19 hükmünde sözleşmenin uyarlanması şu şekilde düzenlenmiştir: “Sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşme taraflarından birinden borcunun ifasının beklenmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, koşulların öngörülemeyen biçimde değişmesi hâlinde mahkeme, sözleşmeyi uyarlayabilir yahut sonlandırabilir”. Bu düzenleme ile değerlendirme için bkz. VOGT, Hans Ueli: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Herausgeber: Huguenin, Claire / Hilty, Reto M., Schulthess Juristische Medien AG 2013, N. 2 vd.; BAYSAL, s. 94-95.

178 Ayrıntılı inceleme için bkz. BAYSAL, s. 84-94.

179 Alman hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda detaylı bilgi için bkz. İNCE, s. 1 vd; İNCE, Nurten: “Alman Hukukunda İfa İmkânsızlığı ile İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki” LHD C. 14 Sa. 165, 2016, s. 4854 vd [İfa İmkânsızlığı].

alacaklının hem de borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁰. Dolayısıyla kanaatimizce, her ne kadar madde metninde sadece borçlu denilse de alacaklının da sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği kabul edilmelidir¹⁸¹. Zira hükmün lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması hâlinde, tek tarafa borç yükleyen götürü tazminat anlaşmalarında alacaklının götürü tazminatın uyarlanmasını isteyemeyeceği gibi bir durumla karşılaşılacaktır. Oysa sadece borçlu değil; alacaklı da diğer koşulların gerçekleşmesi hâlinde götürü tazminat miktarının uyarlanmasını talep edebilmelidir.

Türk hukukunda taraflarca öngörülme ve öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir durum olması hâlinde uyarlama isteneceği belirtilmiştir. Kanun metnindeki olağanüstü durum kavramından yola çıkılmak suretiyle, Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması talebi için özellikle herkesi ilgilendiren sosyal felaketler şeklinde bir olayın¹⁸² meydana gelmesinin gerekli olup olmadığı da tartışılmıştır. Katıldığımız görüş uyarınca buradaki olağanüstü durum kavramının sosyal felaketle eş değer tutulmaması gerekir; dolayısıyla tarafların öngörmediği ve düşünmediği ancak o sözleşme ilişkisini etkileyen olaylar da sözleşmelerin uyarlanmasına sebebiyet verebilir¹⁸³. Olağanüstü durumun deprem, savaş vb. sosyal felaketlerle eş tutulması hâlinde tarafların bu haller dışında götürü tazminatın uyarlanmasını talep etmesi mümkün olmamaktadır. Oysa sosyal felaket niteliğinde olmayan olayların meydana geldiği hâllerde de uyarlama talebinin gündeme geleceği unutulmamalıdır.

Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için borçlunun borcunu ifa etmemesi¹⁸⁴ ya da ihtirazi kayıt altında ifa etmesi bir şart olarak

180 Y.HGK. 07.05.2003, E.2003/13-332, K. 2003/340; Y.HGK. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/ 599; ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller, (BK. 365/2) İstanbul 1979, s. 111; KAPLAN, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, s. 157; BAYSAL, s. 253; ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 191.

181 Aynı yöndeki kararlar ve görüşler için bkz. Y.HGK., 07. 05. 2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340; Y.HGK., 15. 10. 2003, E. 2003/13 – 599, K. 2003/599; Y.HGK., 07. 05. 2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340, İNCE, s. 387 vd.; ARAT, 191 vd.; BAYSAL, s. 131 vd.

182 Sosyal felaket şeklinde bir olay gerekir görüşü için bkz. GÜRİSOY, Kemal Tahir: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, 106 vd., 116; İMRE, Zahit: “Türk Medeni Hukukuna Göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu”, Kemal Fikret Arık’a Armağan, Ankara 1973, s. 281; ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenilmeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi, Ankara 1970, s. 68; BURCUOĞU, Haluk: “Hukukta Uyarlama – Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Döviz Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama”, MHAD 1996, Sayı 20, s. 62 vd; KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, s. 147 vd; Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için sosyal felaket şeklinde bir olayın aranması hâlinde, amacın boşa çıkması gibi hallerde de uyarlama kabul edilmeyecektir. Bkz. BISHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983, s. 184, 202.

183 GÜLEKLİ, Yeşim: “İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Hâlinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, MHAD 1990, s. 52; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Necip: “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 512; YILMAZ, Süleyman: “Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı”, AÜHFD 59 (1) 2010, s. 138; TOPUZ, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009, s. 267; İNCE, s. 3238 vd.; ARAT, s. 103 vd.; BAYSAL, s. 164 vd..

184 İfa etmeme koşulunu olumlu bulanlar için bkz. GÜRİSOY, s.110 vd.; ARAT, s. 123 vd. Eleştiriler için bkz. BAYSAL, s. 112; YILMAZ, s. 157; İNCE, s. 369

aranmıştır. Bu durum Türk hukuku bakımından son derece karmaşık olaylara sebebiyet vermektedir. Öncelikle borcunu ifa etmediği için temerrüde düşen borçlunun uyarlama talep edemeyeceği uygulamada kabul edilmiştir¹⁸⁵. Ayrıca götürü tazminatı ödeyen borçlunun uyarlama isteyemeyeceği, zaten ortada bir aşırı ifa güçlüğü bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁸⁶. Kaldı ki, borcunu ihtirazi kayıt altında ifa eden borçlunun bunu sonra ne şekilde ispat edeceği sorununa da bir açıklık getirilmemiştir. Hâl böyle olunca borcunu ihtirazi kayıt koyarak ifa eden ve daha sonra uyarlama davası açmak isteyen borçlu, borcunu ifa ettiği ve ifaya engel bir durum olmadığı sorunuyla karşılaşabilir. Ayrıca kanun koyucunun borcun ifa edilmemesi ya da ihtirazi kayıt altında borcunun ifa etmesi tarzındaki bu düzenlemesi sadece borçlu tarafın uyarlama istemesinden yola çıkılarak kaleme alınmıştır. Oysaki alacaklı taraf da uyarlama isteyebilecektir. Örneğin, kiralayan kira bedelinin arttırılmasını talep edebildiği hâlde, borcunu baştan beri ifade ettiği için kiralayanın kira bedelinin uyarlanmasını istemeyeceğinin ileri sürülmesi doğru değildir.

Türk Borçlar Kanunu m. 138 hükmü gereğince borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını hâkimden isteyeceği düzenlenmiştir. Ancak özellikle son yıllarda yeniden müzakere yükümlülüğünün tartışıldığı, arabuluculuğun son derece yaygınlaştığı bir dönemde buradaki hâkim kavramının nasıl yorumlanması gerektiği de son derece tartışmalı bir konuya dönüşmektedir¹⁸⁷. Öğretide bir görüşe göre, sözleşmenin uyarlanması sorunu bir boşluk olup boşluğu doldurma hâkimin görevi olduğundan uyarlama hâkimden talep edilebilir¹⁸⁸. Diğer bir görüş ise Türk hukukunda sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını düzenleyen hükümlerde (m. 138 ve 480), kanun koyucunun açıkça uyarlamının hâkimden isteneceğini düzenlediği bu durumda mahkemeler dışında uyarlanmanın talep edilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır¹⁸⁹. Bir başka görüşe göre, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar uyarlama hususunda hâkime başvurmadan önce kendileri bir araya gelerek sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususunda anlaşılabilir¹⁹⁰. Bu tartışmalardan da anlaşılacağı üzere götürü tazminat miktarının uyarlanmasını isteyen tarafın mutlaka bunu bir dava yoluyla ileri sürmesi gerekip gerekmediği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kanımızca burada tarafların hâkime başvurmaları zorunlu olmamalıdır. Zira sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar bir araya gelip kendi menfaatleri ve beklentileri kapsamında mahkeme ve zaman baskısı olmadan sorunlarına çözüm arayabilirler.

185 Y.HGK., 30. 05. 2001, E. 2001/15-402, K. 2001/459; Y.11.HD., 16. 01. 2003, E. 2002/ 7816, K. 2003/302; Y.11.HD., 02. 06. 1995, E. 1995/534, K. 1995/4540.

186 İfa etmeme koşulunu olumlu bulanlar için bkz. GÜRİSOY, s.110 vd.; ARAT, s. 123 vd. Eleştiriler için bkz. BAYSAL, s. 112; YILMAZ, s. 157; İNCE, s. 369.

187 İNCE, s. 382 vd.; İNCE, Nurten: "Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Kulfeti Mi?" Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIII, Sa. 1, s. 179 vd.; BAYSAL, Başak: "Yeniden Müzakere Ödevi" Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 185 vd. Sözleşmenin uyarlanmasını bir boşluk olarak gören ve bu boşluğun hakim tarafından doldurulması gerektiğini savunan TOPUZ'a göre yeniden müzakere etme ödevinden de bahsedilemez. TOPUZ, s. 335.

188 TOPUZ, s. 335.

189 ANTALYA, O.G: Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler (Derleyen: İNCEOĞLU, Murat) İstanbul 2012, s. 153. Hemen belirtmeliyiz ki, ANTALYA görüşlerini 138. Maddeye yönelik yapılmış genel değerlendirmeler kısmında sözlü olarak yapmıştır. Sözlü olarak yapılan bu genel değerlendirmeler (soru, cevap eleştirisi) de yayımlanmış olan eserde yer almıştır.

190 GÜRİSOY, s. 173, ERMAN, s. 115; BAYSAL, s. 228, BAYSAL, Yeniden Müzakere Ödevi, s. 188.

Bu durum bozulmuş olan sözleşme adaletini dürüstlük kuralı ve sözleşmeye bağlılık prensibi uyarınca yeniden inşa etmeye hizmet edecektir. Taraflar mahkemeye başvurmadan önce bir araya gelerek mahkemelerin iş yükünü azalttıkları gibi mahkeme masraflarından da kurtulmuş olacaklardır. Yine taraflar kendilerine ait ticari surların vs. mahkemeye taşınmadan sözleşmenin uyarlanmasını sağlayabilirler. Ancak tarafların mahkemeye başvurmadan sözleşmenin uyarlanmasını talep etmeleri bir borç olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle, tarafları uyarlama davası açmadan yeniden müzakere etmeye zorlamak irade serbestisini de sınırlamak anlamına gelir. Tarafların baştan beri menfaatleri çatışıyor ve uyarlama (uyarlamanın şekli, miktarı vs.) hakkında anlaşmaları mümkün görünmüyorsa onları yeniden müzakereye zorlamak zaman kaybı olacaktır. TBK 480. maddenin gerekçesinde, uyarlama hakkının mutlaka dava yoluyla kullanılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Her ne kadar madde gerekçelerinin bağlayıcılığı olmazsa da kanımızca uyarlamanın sadece hâkim tarafından yapılacağını ve kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğunu savunmak isabetli değildir.

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması TBK m. 138 hükmü ile bir düzenlemeye kavuşmuş olmakla birlikte söz konusu madde başlığı ve koşullarına ilişkin büyük eleştiriler bulunmaktadır. Bu nedenle hâkimin götürü tazminat miktarına sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hükümle müdahale etmesi pek de kolay görünmemektedir. Ayrıca götürü tazminatta koşulların gerçekleşmesi hâlinde borçlu tarafından bir miktar para ödemesi kararlaştırılmaktadır. Para borçlarının uyarlanıp uyarlanmayacağı da son derece tartışmalı bir husustur. Zira “*paran olmalı (Geld muss man haben)*” gibi bir prensip bulunmaktadır¹⁹¹. Bu nedenle genelde para borçlarının uyarlanması konusunda daha sert davranıldığını söylemek mümkündür. Ancak Türk hukukunda 138. maddenin 2. fıkrasında bu madde hükmünün yabancı para borçlarına uygulanacağı düzenlenmiştir. Özellikle kazancı Türk Lirası olan, ancak kredi borcunu vb. yabancı para olarak ödemek zorunda kalan birçok tüketicinin mağduriyeti sonucunda kanunda böyle bir hükmün düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur. Götürü tazminat yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, koşullarının gerçekleşmiş olması hâlinde hâkim, değişen koşullar nedeniyle bozulan dengeyi sağlamak adına götürü tazminat anlaşmasını yahut götürü tazminata ilişkin sözleşme hükmünü uyarlayabilir¹⁹². Buna karşılık, 2012 yılındaki düzenlemeden önce genelde uygulamada Türk parasının yabancı para karşısında değer kaybetmesinin öngörülemeyen bir durum olmadığı, Türkiye’de sıklıkla devalüasyonun gerçekleştiği yönünde bir yaklaşım mevcuttur¹⁹³. Türk parası karşısında Euro, Dolar, Yen ve İsviçre Frankı’nın birden değer kazanması hâlinde bu durumun öngörülemeyecek bir durum olmadığına ilişkin mahkeme kararları bulunmaktadır¹⁹⁴. O hâlde götürü tazminat miktarının yabancı para borcu

191 MEDICUS, Dieter: “Geld muss man haben” Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel” AcP 188 (1988), s. 503 vd.

192 WIEGAND, BSK-OR, Art.18, N. 118; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 979b; TOLOU, N. 1254.

193 Y.13.HD., 09. 06. 2005, E. 2005/1874, K. 2005/9749; Y.19.HD., 27. 01. 2005, E. 2004/ 3, K. 2005/328; Y.9.HD., 25.03.2004, E. 2003/5020, K.2004/3287; Y.11.HD., 10.10. 2005, E. 2004/12208, K. 2005/9454; Y.11.HD., 01. 04. 2002, E. 2001/10794, K. 2002/2870; Y.13.HD., 26. 09. 2012, E. 2012/3259, K. 2012/21304; İstanbul 4. Tüketici Mahkemesi, 05. 08. 2011, E. 2011/895, K. 2011/631.

194 Y.13.HD., 09. 06. 2005, E. 2005/1874, K. 2005/9749; Y.19.HD., 27. 01. 2005, E. 2004/ 7053, K. 2005/328; Y.19.HD., 25. 03. 2004, E. 2003/5020, K. 2004/3287; Y.11.HD., 10. 10. 5, E. 2004/12208, K. 2005/9454; Y.11.HD., 01. 04. 2002, E.

olarak kararlaştırıldığı ve Türk parasının yabancı para karşısında değer kaybetmesi nedeniyle zor durumda kalan borçlunun götürü tazminat miktarının uyarlanmasını talep etmesi hâlinde bu talebinin mahkemelerce kabul edilmemesi riski de bulunmaktadır. Yabancı para borçlarının değer kazanması hâlinde bile bunun öngörülemez bir durum olmadığını kabul eden mahkeme kararları karşısında Türk Lirası olarak borçlanan para borçlarının uyarlanması talebine çok sıcak bakmayacağı düşünülebilir. Kanımızca koşulların gerçekleşmesi hâlinde para borçlarında da uyarlanma kabul edilmelidir. Özellikle sözleşmelerin uyarlanması hususunda hukukumuz açısından önemli bir sorun olan yabancı para borçlarının uyarlanması hususunun Alman hukukundan farklı olarak madde metninde açıkça düzenlenmesi son derece isabetli olmuştur¹⁹⁵.

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hakkında hâkime daha fazla takdir yetkisi veren Alman hukukunda¹⁹⁶ hâkim, götürü tazminatı uyarlaması hâlinde sözleşme taraflarının yaptığı zarara ilişkin tahmini gerçekte meydana gelen zarara yaklaştırmaktadır¹⁹⁷. Bu fark götürü tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zararın çok üzerinde olması şeklinde olabilir. Ne var ki hâkim, kararlaştırılan tazminat miktarını gerçekte meydana gelen zarar miktarına kadar indirmek şeklinde bir yol izlemek suretiyle taraf iradelerini göz ardı etmemeli ve fakat tarafların farazi iradelerini esas alarak, makul bir tazminat miktarı belirlemelidir¹⁹⁸. Dolayısıyla hâkimin, sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren koşulların taraflarca bilinmiş olması hâlinde kabul edecekleri miktara kadar kararlaştırılan götürü tazminat miktarını azaltması gerektiği göz önüne alınmalıdır¹⁹⁹.

D. TAZMİNAT MİKTARININ İNDİRİLMESİ BAKIMINDAN TAZMİNAT ALACAKLISININ MÜTERAFİK KUSURUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tarafların borca aykırılık hâlinde tazminat miktarını mutlak suretle yahut asgari olarak tespit etmesi hâlinde, TBK m. 114/f.2 hükmünün atfıyla TBK m.51 ve 52 hükümlerinde ifadesini bulan tazminattan indirim sebeplerinin, kural olarak, uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir²⁰⁰. Ne var ki, tazminat alacaklısının ortak kusuru ile zarara sebebiyet vermiş olması hâlinde, kararlaştırılan tazminat miktarının indirimi bakımından alacaklının kusurunun dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir²⁰¹. Bu hâlde tazminat alacaklısının kusuru, borçlunun kusuru ile birlik oluşturmuş ve böyle zararın doğmasına yahut artmasına

2001/10794, K. 2002/2870. Yargıtay özellikle 138. maddenin yürürlüğe girmesinden sonra vermiş olduğu kararında İsviçre Frangı'na endeksli konut finansman kredisinin uyarlanabileceği belirtir de yine muhalefet şerhlerinde bu durumun öngörülemez olmadığı belirtilmiştir. Y.13.HD, 07. 02. 2013, E. 2012/8250, K. 2013/2623.

195 Aynı yönde bkz. İNCE, s. 319.

196 Alman hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması hususunda hâkime daha fazla takdir yetkisi verildiğine dair detaylı bilgi için bkz. İNCE, s. 120, 221, 449.

197 BİRİNCİ-UZUN, s. 309.

198 TOLOU, N: 1255 ve N. 1270.

199 TOLOU, N: 1255 ve N. 1270; ATAMER, s. 128.

200 TOLOU, N. 1257; BİRİNCİ-UZUN, s. 315.

201 BİRİNCİ-UZUN, s. 316.

sebepl olmuştur²⁰². O nedenle, taraflarca belirlenen götüürü tazminatın tamamının tazminat borçlusunu tarafından ödenmesinin beklenemeyeceği kabul edilmektedir²⁰³. Zira götüürü tazminat anlaşmasında taraflar, borca aykırılık hâlinde muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapmakta ve bu suretle sözleşmenin kurulması esnasında zararını öngörebilmektedirler. Ne var ki, tarafların yapmış olduğu bu tahmin borçlusunun borca aykırı davranışı sonucunda meydana gelecek zarara ilişkindir. Dolayısıyla alacaklusının kusuru ile zarara neden olması yahut zararını artırması ihtimali bu kapsamda değerlendirilmez. O nedenle alacaklusının kusurunun borçlusunun kusuru ile birlik olması ve bu suretle zararın doğmasına veya artmasına neden olması hâlinde, alacaklusının kusuru dikkate alınarak tazminat miktarını indirilmelidir.

Öncelikle tazminat alacaklusının kusurunun ağırlılığının, zarar ile borca aykırı davranış arasındaki uygun nedensellik bağını kesecek nitelikte olup olmadığı incelenmelidir. Alacaklusının zarara neden olan davranışı bakımından kusurunun ağırlılığı, şayet nedensellik bağını kesecek derecede ise artık borçlu, borca aykırı davranışı nedeniyle sorumluluktan kurtulacaktır²⁰⁴. Buna karşılık, alacaklusının zarara neden olan davranışındaki kusurunun nedensellik bağını kesecek ağırlılıkta olmaması hâlinde, TBK m. 52/f.1 uyarınca tazminat miktarının belirlenmesinde alacaklusının davranışı da dikkate alınacaktır. Bu hâlde alacaklusının davranışı, zararın doğumunun yegâne nedeni değildir ve fakat zararın doğmasına veya artmasına katkı sağlar²⁰⁵. Kanımızca bu hâlde hâkim, alacaklusının ortak kusurunu hesaba katmak suretiyle götüürü tazminat miktarını indirmelidir.

E. TAZMİNATIN ZENGİNLEŞME ARACI OLMADIĞI İLKESİ KARŞISINDA MUTLAK VE ASGARİ GÖTÜRÜ TAZMİNATIN İNDİRİLMESİ MESELESİ

Tazminatın gerçek zararını aşamayacağı, diğer bir deyişle sorumluluk hukukunda tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesi gerek İsviçre hukuku ve Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda benimsenmiştir²⁰⁶. Buna göre tazminat alacaklusının uğramış olduğu zarar tazminatın üst sınırını teşkil eder ve tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi nedeniyle bu sınırı aşacak şekilde tazminata hükmedilemez²⁰⁷.

Tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi karşısında, taraflarca tazminat miktarının götüürü olarak kararlaştırılması hâli inceleme konusu yapılmalıdır. Öğretide taraflar arasında mutlak

202 BAYSAL, Başak: Zarar Görenin Müterafık Kusuru, İstanbul 2012, s. 36; BİRİNCİ UZUN, s. 316.

203 BİRİNCİ-UZUN, s. 305.

204 EREN, s. 588; KILIÇOĞLU, s. 639.

205 BAYSAL, Zarar Görenin Kusuru, s. 296. Alacaklusının kusuru, zararın doğmasının veya artmasının uygun sebebi olmalıdır (EREN, s. 791).

206 HONSELL, Henrich/ISENRING, Bernhard/KESSLER, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2013, § 1, N. 64; WERRO, CR-CO, Intro. Art. 41-61, N. 2.

207 WERRO, CR-CO, Art. 43, N. 13 vd.; TANDOĞAN, Halük: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 261 ve 430; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 1253; OĞUZMAN/ÖZ, C. I, N. 1408; ERĐNE, s. 332. Dolayısıyla İsviçre sorumluluk hukuku ve Türk sorumluluk hukukunda, faili caydırma işlevini haiz ve zarar görenin gerçekte uğradığı zararını aşacak şekilde medeni cezaya hükmedilmesi mümkün değildir (BREHM, BK-OR, Art. 42, N. 15; WERRO, CR-CO, Intro. Art. 41-61, N.2; TOLOU, N. 90).

götürü tazminat anlaşması yahut asgari götürü tazminat anlaşması olması hâlinde, gerçekte meydana gelen zararın dikkate alınacağını ve taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zarar kadar olması gerektiğini kabul etmenin, taraf iradelerini göz ardı etmek suretiyle götürü tazminat anlaşmalarını işlevsiz hale getireceği ileri sürülmüş ve yapılacak karşılaştırmanın, kararlaştırılan tazminat miktarı ile gerçekte meydana gelen zarar arasında yapılmaması gerektiği savunulmuştur²⁰⁸. Zira taraf iradeleri, gerçekte meydana gelen zararın ispat edilmesi hâlinde kararlaştırılan götürü tazminatın değişebileceği yönünde ise bu bir nispi götürü tazminat anlaşmasıdır. Bu görüşe göre, taraf iradeleri, tazminat miktarının mutlak suretle yahut alt sınırını belirlemek üzere kısmen nispi şekilde belirlemek yönündeyse, artık kararlaştırılan tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zarar göz önünde tutularak indirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira taraflarca, mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşması yapılması suretiyle, tazminat alacaklısına ödenecek tazminat miktarının hesaplanması bakımından gerçekte meydana gelen zararın dikkate alınması imkânının saf dışı bırakıldığı ileri sürülmüştür²⁰⁹. Ne var ki öğretiler, bu hâlde taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zararı aşması hâlinin, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesine aykırılık teşkil edeceği de savunulmaktadır²¹⁰. Bu görüşe göre, zarar görenin uğradığı zararın tazminatın üst sınırını teşkil etmesi şayet götürü tazminat anlaşması bakımından bir sınırlandırma olarak kabul edilirse, tarafların kararlaştırdığı mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşmasının ceza koşulu olduğu düşünülebilir²¹¹.

Tazminat alacaklısının zenginleşip zenginleşmediği hususunun, kararlaştırılan tazminat miktarı ile gerçekte uğradığı zarar miktarı arasında yapılacak ekonomik karşılaştırmaya dayanmayacağı öğretilerde ileri sürülmüştür²¹². Bu doğrultuda yapılacak karşılaştırmanın, tazminat alacaklısına ödenen miktar ile taraflarca dürüstlük kuralı gereğince kararlaştırılan miktar arasında yapılması gerektiği ve şayet taraflarca kararlaştırılan miktardan fazlası tazminat alacaklısına ödenmişse o takdirde, tazminat alacaklısının zenginleşmesinden bahsedileceği belirtilmiştir²¹³. Zira tazminat alacaklısına, borcun ihlali hâlinde ödenmesi kararlaştırılan miktar ödenmelidir. Daha önce de değinildiği gibi, tarafların götürü tazminat anlaşmasında tazminini kararlaştırdıkları birtakım zarar kalemleri, İsviçre sorumluluk hukuku ve Türk sorumluluk hukukunda klasik zarar kavramı benimsendiğinden kanun uyarınca yapılacak zarar hesaplamasının dışında kalabilir. Bu hâlde kanun uyarınca yapılacak zarar hesaplamasının, tarafların kararlaştırdığı zarar tahmininden farklı olması kaçınılmazdır.

Alman hukukunda ise tazminat kavramı adı altında mutlak götürü tazminat kavramından bahsetmenin ve bu miktarın indirilmeyeceğini savunmanın isabetli olmayacağı belirtilmiştir²¹⁴.

208 ATAMER, s. 117.

209 TOLOU, N. 94.

210 FISCHER, s. 163 ve 166-167; OZANOĞLU, s. 87-88, dn. 46; KOCAAĞA, 181.

211 Jura Kanton Mahkemesi'nin bu eğilimini gösteren kararı için bkz. TC (JU), CC 112/2015 (<https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/0c10d280-3d95-47c3-9dfc-e2675918ebf9>, erişim tarihi: 02.03.2019).

212 TOLOU, N. 94. Aksi görüşte bkz. SANLI, s. 342 vd.

213 TOLOU, N. 94.

214 BECKER, BeckOK BGB/BGB § 309 Nr. 5 N. 5.

Bu doğrultuda her ne kadar borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ve taraf iradeleri büyük rol oynasa da tarafların, yaptığı sözleşmelerde her zaman eşit olduğu ve sözleşmenin içeriğini eşit belirlediği varsayımı doğru olmadığı vurgulanmıştır²¹⁵. Kanun koyucunun birçok düzenleme ile daha zayıf olan tarafı korumaya çalıştığı aşikârdır. Bu nedenle götürü tazminat kavramını çeşitlere ayırıp sırf taraf iradelerinden yola çıkarak mutlak götürü tazminat yahut asgari götürü tazminat anlaşmalarında kararlaştırılan miktarda indirimine gidilmeyeceğini savunmanın isabetli olmadığı ileri sürülmüştür²¹⁶. Yukarıda da belirtildiği gibi bu hallerde mutlak götürü tazminatın ceza koşuluna yaklaştığı ileri sürülmektedir. Tazminat istemi için sadece tarafların sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı yetmemekte ayrıca bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. O hâlde tarafların kararlaştırdığı miktardan daha az zarar meydana gelmişse borçlunun bunu ispat ederek daha az zararı ödemesi mümkün olmalıdır. Tarafların meydana gelen zararın daha fazla ya da az olduğunu ispatlama hakkının ellerinden alınması hâlinde artık tazminat kavramından bahsedilmeyeceği ifade edilmektedir²¹⁷.

Kanaatimizce, sözleşme kurulurken tarafların yaptığı muhtemel zarar tahminin, gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu olasılıkta artık ceza koşulunun söz konusu olduğu kabul edilebilir. Ne var ki, güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin bu yönde olduğu tespit edilebilmelidir. Zira ceza koşulu, borca aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde zarardan bağımsız olarak talep edilmektedir. Ayrıca ceza koşulu, zararı tazmin amacı taşımamakta ve fakat borçluyu ifaya yönlendirmek amacıyla bir baskı işlevi görmektedir. O nedenle taraflarca yapılan zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan uzaklaştığı her hâlde ceza koşulu kararlaştırılmıştır şeklinde bir tespit isabetli olmayabilir. Şayet güven ilkesi gereğince yorumlanan taraf iradeleri, borca aykırılık hâlinde meydana gelen zararın tazminine yönelik bir tahminse o takdirde gerçekte meydana gelen zarardan yüksek bir tahmin yapıldığı için götürü tazminat miktarının indirilmesi, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesinin bir gereğidir. Taraflarca götürü tazminat kararlaştırılması; zararın miktarının ispatının zor olduğu hallerde, alacaklıyı bu ispat yükünden kurtarmakta ve borca aykırı davranışın sonucunda zararın meydana geldiği hallerde taraflara bu uyuşmazlığı barışçıl bir şekilde sona erdirmeye ya da daha az mahkeme masraflarıyla çözüme imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla iki taraf açısından da avantajları olan götürü tazminatın borçlunun durumunu güçleştirecek ve tazminat hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil edecek şekilde düzenlenmesi mümkün değildir.

SONUÇ

Sözleşme serbestisi ilkesinin sınırları içinde tarafların sözleşme içeriğini emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmadığı sürece belirlemesi mümkündür. Borçlu tarafın ifaya zorlanması için taraflar ceza koşulu kararlaştırabilir. Ancak ceza koşulunun aşırı olması hâlinde, sözleşme serbestisi ilkesine rağmen hâkim tarafından ceza koşuluna müdahale

215 BERGER, RIW 1999, s. 404.

216 BERGER, RIW 1999, s. 404.

217 WEILER, BeckOG, BGB § 309 Nr. 5. N. 140; BEUTHIN, s. 502 vd.

edileceği ve ceza koşulunun indirileceği Türk hukuku, İsviçre hukuku ve Alman hukukunda kanunda açıkça düzenlenmiştir. Götürü tazminata hâkimin müdahale edip edemeyeceği ve taraflarca kararlaştırılan tazminat miktarının hâkim tarafından indirilip indirilmeyeceği meselesi ise tartışmalıdır.

Son yıllarda sağladığı kolaylıklar nedeniyle taraflarca birçok sözleşmede götürü tazminata yer verilmektedir. Götürü tazminat anlaşmasıyla taraflar asıl sözleşmenin içerdiği olası riskleri önceden tespit etmeye çalışıp bir menfaat risk analizinde bulunabilmekte, tazminat alacaklısı zararını ispat yükünden kurtulmakta, sözleşmenin ihlali hâlinde tazminat borçlusu ise kendisini neyin beklediğini bilmektedir. Ayrıca uyumsuzluğun barışçıl bir yöntemle çözülmesi ya da uyumsuzluğun mahkeme önüne gitmesi hâlinde daha az masrafla çözülmesi de götürü tazminat anlaşması sayesinde mümkün olmaktadır.

İsviçre hukuku ve Türk hukuku öğretisinde götürü tazminat anlaşmaları; mutlak, nispi ve kısmen nispi (asgari-azami) götürü tazminat şeklinde türlere ayrılarak incelenmektedir. Alman hukukunda ise mutlak ya da asgari götürü tazminat anlaşmaları, gerçek zararın ispatlanması hâlinde kararlaştırılan tazminat miktarının indirilmesinin mümkün olmaması argümanından hareketle, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülerek reddedilmektedir. Bu suretle mutlak ve asgari götürü tazminat anlaşmasının söz konusu olmadığı; bu hallerde ancak ceza koşulundan bahsedilebileceği ileri sürülmüştür.

Ne var ki, mutlak götürü tazminat anlaşması ve asgari götürü tazminat anlaşmasını bu şekilde baştan reddetmek ve ceza koşulu ile özdeşleştirmek isabetli değildir. Zira götürü tazminat anlaşmasında taraflarca, borca aykırılık halinde gerçekleşmesi muhtemel zarara ilişkin bir tahmin yapılmakta ve böylece zarar öngörülebilmektedir. O nedenle dürüstlük kuralı gereğince tarafların sözleşmeyi kurduğu anda yaptığı zarar tahmini ile borca aykırı davranış gerçekleştiğinde ortaya çıkan zarar arasında karşılaştırma yapılmalıdır. Sözleşmenin kurulması esnasında yapılan muhtemel zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan fazla olduğu olasılıkta ise ceza koşulunun kararlaştırılmış olduğu ihtimali söz konusu olabilir. Ancak güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin bu yönde olup olmadığı tespit edilebilmelidir. Zira borca aykırılığın gerçekleşmesi hâlinde ceza koşulu, zarardan bağımsız olarak talep edilmektedir. Ayrıca ceza koşulunun amacı, zararı tazmin etmek değildir; ancak borçluyu ifaya yönlendirmek suretiyle bir baskı işlevi görmektedir. Dolayısıyla taraflarca yapılan zarar tahmininin, gerçekte meydana gelen zarardan uzaklaştığı her durumda ceza koşulunun kararlaştırıldığı sonucuna varmak isabetli olmayabilir.

Güven ilkesi gereğince taraf iradelerinin yorumlanması ile tarafların borca aykırılık hâlinde meydana gelen zararın tazminine yönelik bir tahmin yapmış oldukları sonucuna varılırsa, gerçekte meydana gelen zarardan yüksek bir tahmin yapıldığı için götürü tazminat miktarının indirilmesi, tazminatın zenginleşme aracı olmadığı ilkesinin bir gereğidir. Zira taraflar götürü tazminat kararlaştırmak suretiyle; özellikle zararın miktarının ispatlanmasının zor olduğu durumlarda alacaklıyı bu ispat yükünden kurtarmaktadır. Ayrıca götürü tazminatın kararlaştırılması taraflara, borca aykırılık sonucunda tazminat alacaklısının zarara uğraması hâlinde bu uyumsuzluğu

barışçıl bir şekilde sona erdirmeye ya da daha az mahkeme masrafiyle çözüme imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla iki tarafın menfaatine olan götürü tazminatın, borçlunun durumunu güçleştirecek ve tazminat hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil edecek şekilde düzenlenmesi mümkün değildir.

Götürü tazminat anlaşması kapsamında taraflarca İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde tazmini mümkün olmayan zarar kalemlerinin tazmininin kararlaştırılabileceğı göz önünde tutularak, tarafların kararlaştırdığı zarar kalemlerine ilişkin muhtemel zarar tahmini ile gerçekte meydana gelen zarar arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Örneğın, kanun gereğı tazmini mümkün olmayan itibar kaybı nedeniyle doğacak maddi zararın fiili zarar ile birlikte tazmini bakımından tazminat miktarı götürü olarak belirlenmişse artık gerçekte meydana gelen fiili zararın yanında itibar kaybı nedeniyle bir zarar doğmuşsa, bu zarar da hesaplanmalı ve tarafların sözleşmeyi kurarken yaptığı zarar tahmini ile karşılaştırılmalıdır.

Götürü tazminat miktarının gerçekte meydana gelen zarardan fazla olması hâlinde gerek Türk ve İsviçre hukukunda gerekse de Alman hukukunda aşırı ceza koşulunun indirilmesini öngören hükümlerin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusu doktrin ve mahkeme kararlarında tartışmalıdır. Ne var ki, katıldığımız görüş uyarınca ceza koşulu ile götürü tazminatın farklı amaçlara hizmet ettiği ve farklı kurumlar olduğu göz önüne alındığında götürü tazminatın indirilmesi hususunda ceza koşuluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki, ceza koşulunda indirim düzenleyen hükümlerin sözleşme serbestisi ilkesinin istisnasını teşkil etmesi karşısında dar yorumlanması gerektiğı nazara alınmalıdır.

Gerek Türk ve İsviçre hukuku gerekse de Alman hukukunda zarar miktarından uzaklaşan götürü tazminatın hâkim tarafından değışen koşullara uyarlamak suretiyle müdahale edebileceğı savunulmaktadır. Koşullarının gerçekleşmesi hâlinde götürü tazminatın değışen koşullara uyarlanması söz konusu olabilir. Ancak Türk hukukunda 138. maddede düzenlenen koşullar incelendiğinde maddede birçok hususun tartışmaya açık olduğu görülmektedir. Özellikle sözleşmeye bağlılık ilkesi ve paranın olması gerektiğı ilkesi karşısında, mahkemelerin bu hükmü son derece dar yorumlaması muhtemeldir. Benimsediğimiz görüş uyarınca, koşulların gerçekleşmesi hâlinde para borçlarında da uyarlama kabul edilmelidir. Götürü tazminatın özellikle yabancı para borcu olarak kararlaştırıldığı durumlarda TBK m. 138/f.2 hükmüne göre, diğer koşulların gerçekleşmesiyle bu tazminat miktarının uyarlanması mümkündür.

Götürü tazminat anlaşmasında tarafların, borca aykırılık hâlinde muhtemel zarara ilişkin yaptığı tahmin borçlunun borca aykırı davranışı sonucunda meydana gelecek zarara ilişkindir. Sözleşme kurulurken, alacaklının kusuru ile zarara neden olması yahut zararı artırması ihtimali değerlendirilmez. Dolayısıyla alacaklının kusurunun borçlunun kusuru ile birlik olması ve bu suretle zararın doğmasına veya artmasına neden olması hâlinde, alacaklının kusuru dikkate alınarak tazminat miktarı indirilmelidir.

KISALTMALAR

Al.MK: Alman Medeni Kanunu

AcP: Archiv für die civilistische Praxis

ATF: Arrêts du Tribunal Fédéral (=BGE)

AÜHFD: Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi

Bkz.: Bakınız.

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGH: Bundesgerichtshof

C.: Cilt

CO: Code des Obligations

DB: Der Betrieb

dn.: dipnot

E.: Esas Numara

FS: Festschrift

f.: fıkra

HD.: Hukuk Dairesi

İsv. BK: İsviçre Borçlar Kanunu

İÜHFİM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JuS: juristische Schulung

K.: Karar numarası

m.: madde

MDR: Monatsschrift für Deutsches Recht

MHAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

N.: Numara

NJW: Neu juristische Wochenschrift

NJW-RR: Neu juristische Wochenschrift Rechtsprechung-Report

OR: Das Schweizerische Obligationenrecht

RIW: Recht der Internationalen Wirtschaft

s.: sayfa

Sa.: Sayı

T.: Tarih

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBK: Türk Borçlar Kanunu

vd.: ve devamı

WM: Zeitschrift für Wirtschafts – und Bankrecht

Y.: Yargıtay

Y. HGK.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça: “Cezai Şartın İşlevi, Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, İÜHFİM, C. 61, S. 1-2, 2003, s. 357-414.
- AKSOY, Hüseyin Can: “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru ile İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2018, s. 999-1018.
- AMSTUTZ Marc/MORIN Ariane, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015.
- ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- ATAMER, Yeşim M.: Ceza Koşulu – Götürü Tazminat – Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi? Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Sözleşmelerin Yorumlanmasında Bazı Tutamak Noktaları, Atamer/Baş Süzül/ Geisinger (eds.), Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt – Değişmeyen Bir Soruna Yeni Yaklaşımlar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 87-131.
- BAYSAL, Başak: “Yeniden Müzakere Ödevi” Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul 2015, s. 185-198. (Yeniden Müzakere Ödevi)
- BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.
- BAYSAL, Başak: Zarar Görenin Müterafik Kusuru, XII Levha, Yayınları İstanbul 2012 [Baysal, Zarar Görenin Kusuru].
- BECKER, Jörn: BeckOK BGB (Hrgs: Heiny Georg BAMBERGER/Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019.
- BELKE, Rolf: “Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, DB 1969, s. 559-565.
- BERGER, Peter: “Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im Internationalen Wirtschaftsvertragsrecht”, RIW 1999, s. 401-411.
- BEUTHIEN, Volker: “Pauschalierter Schadensersatz und Vertragsstrafe”, FS für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 495 – 516.
- BISHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich 1983.
- BİLGE, Necip: “Cezai Şart”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara 1958, s. 37-128.
- BİRİNCİ-UZUN, Tuba: Götürü Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.
- BIRKENFELD-PFEIFFER, Daniela: Schadensersatzpauschalen zwischen legitimer Rationalisierung des Geschäftsverkehrs und einseitiger Selbstbevorzugung des Verwenders, Peter Lang, 1991.
- BÖTTICHER, Eduard: “Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle”, ZfA 1970, s. 3-61.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht, 2. Neubearbeitete Auflage, Zürich 1988.
- BURCUOĞLU, Haluk: “Hukukta Uyarılma – Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve (Dövizle Endeksli) Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma”, MHAD 1996, Sayı 20, s. 59-91.
- CANSEL, Erol/ÖZEL Çağlar: “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Journal of Yaşar University, Cilt 8 Özel Sayı, 2013, s. 713-734.
- CHAPPUIS, Benoît: Le moment du dommage, Schulthess Verlag, Zürich 2017.
- COUCHEPIN, Gaspard: “La forfaitisation du dommage”, Semaine Judiciaire, 2009 II, s. 1-30.
- COUCHEPIN, Gaspard: La clause pénale étude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Schulthess, 2008 [Clause pénale].
- DERLIN, Thomas: “Vertragsstrafe und AGB-rechtliche Inhaltskontrolle”, MDR 2009, s. 597-602.

- EHRAT, Felix R./WIDMER, Markus: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Hrsgs: Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015.
- ENGEL, Pierre: Traité des obligations en droit suisse, Berne, Stämpfli, 1997.
- ERDEM, Mehmet: La clause pénale, Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Thèse, Ankara 2006 [Clause pénale].
- ERDEM, Mehmet: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2009, s. 97-124 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_5.pdf, Erişim tarihi: 13.11.2018).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- ERGÜNE, Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller, (BK. 365/2) İstanbul 1979.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenilmeyen nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilmemesi, Ankara 1970.
- FISCHER, Detlev: Vertragsstrafe und vertragliche Schadensersatzpauschalierung. Eine rechtsvergleichende Darstellung der neueren deutschen und französischen Rechtsentwicklung, Frankfurt a. M. 1981.[FISCHER D, s.]
- FISCHER, Thomas: Vertragliche Pauschalierung von Schadensersatz, Zürich 1997.
- FRITZEMEYER, Wolfgang/KRIECHBAUMER, Eva: ”Vertragsstrafen und pauschalierter Schadensersatz im angelsächsischen Rechtskreis”, RIW 2017, s. 777-786.
- GAUCH, Peter,:Der Werkvertrag, 4.A, Zürich 1996.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände , 6 Auflage, Zürich 1995.
- GOTTWALD, Peter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, (Hrsg: Franz Jürgen SÄCKER/ Roland RIXECKER/Hartmut OETKER/Bettina LIMPERG) Verlag C.H. Beck, München 2018.
- GÜL, İbrahim: Medeni Ceza, ABD ve Türk Hukukunda Medeni Ceza, Ankara 2015.
- GÜLEKLİ, Yeşim: “İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Hâlinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, MHAD 1990, s. 43-69.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- HESS, Claus: Die Vertragsstrafe. Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1993.
- HONSELL, Henrich/ISENRING, Bernhard/KESSLER, Martin A.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2013.
- HONSELL, Henrich: Der Strafgedanke im Zivilrecht-ein juristischer Atavismus, www.honsell.at/pdf/FSWestermann.pdf (Erişim tarihi: 10.11.2018).
- İMRE, Zahit: “Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu”, Kemal Fikret Arık’a Armağan, Ankara 1973, s. 153-194.
- İNCE, Nurten: “Alman Hukukunda İfa İmkânsızlığı İle İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki” LHD C.14 Sa. 165, 2016, s. 4845-4906.[İfa İmkânsızlığı].

- İNCE, Nurten: “Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Külfeti Mi” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXXIII, Sa. 1, s. 179-208.
- İNCE, Nurten: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Duncker & Humblot, Berlin 2015.
- JANOSCHEK, Christian: BeckOK BGB (Hrsg. Heiny Georg BAMBERGER/ Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK) 49. Edition, Verlag C.H. Beck, München 2019.
- KAHRAMAN, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- KAPANCI, Berk: “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 655-683.
- KAPLAN, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- KOCAAĞA, Köksal: Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- KOCAAĞA, Köksal: “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, TBB Dergisi, Sa. 74, 2008 [İnşaat Sözleşmesi].
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi için Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?” Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503-514.
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, 14. Auflage, München 1987.
- LINDACHER, Walter F.: “Schadensersatzpauschalen: Kontrolle und Korrektur”, Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag (Hrsg. v. Horst Konzen, Sebastian Krebber, Thomas Raab, Barbara Veit u. Bernd Waas) Mohr Siebeck Tübingen 2018, s. 515 – 520.[LINDACHER, FS Rolf Birk, s.].
- LINDACHER, Walter F.: Phänomenologie der Vertragsstrafe: Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag, Athenäum 1972.
- MEDICUS, Dieter: “Geld muss man haben” Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel” AcP 188 (1988), s. 489-510.
- MOOSER, Michel: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2^e édition, Intro. Art. 158-163 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CO-CR].
- MÜLLER GRAFF, Peter-Christian/KAINER, Friedemann: “Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen bei Kartellabsprachen in Vergabeverträgen”, WM 2013, s. 2149-2155.
- NODOUSHANI, Manuel: Vertragsstrafe und vereinbarter Schadensersatz. Eine vergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Rechts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003.
- NOMER, Halûk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- OSTENDORF, Patrick: “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung”, JuS 2015, s. 977-981.
- OERTLI, Theres: Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz: unter Berücksichtigung der Abgrenzung zur Konventionalstrafe, Luzern 2004.

- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sa: 1-2, 1999, s.65-118.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Ceza Koşulu-Bağlanma Parası-Cayma Parası”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları III, 26-27 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Cibali Kampüsü, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 97-112.
- ÖZDEN-MERHACI, Selin: Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages), Ankara 2013.
- PARLAK-BÖRÜ, Şafak: “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi 2017 (129), s. 195-228.
- SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015.
- SARI, Suat: “Götürü Tazminat Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, XII Levha, 2011, s. 299-304.
- SCHMEEL, Günster: “Die individuell vereinbarte kaufmännische Vertragsstrafe, Möglichkeiten der Herabsetzung oder Payment unlimited?”, MDR 2017, s. 1033-1035.
- TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1993.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, XII Levha, İstanbul 2016.
- THEVENOZ, Luc: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2^e édition, Art.97-109 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CR-CO].
- THEVENOZ, Luc: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2^e édition, Intro Art. 184-529, CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CR-CO].
- TOLOU, Alborz: La forfaitisation du dommage, Zurich, Schulthess, 2017.
- TOPUZ, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Ankara 2009.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- VOGT, Hans Ueli: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Herausgeber: Huguenin, Claire / Hilty, Reto M., Schulthess Juristische Medien AG 2013.
- WEBER, Roger: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1-529, Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Wolfgang WIEGANG, 6. Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2015 [BSK-OR].
- WEILER, Frank: Beck Online Grosskommrntar (Hrgs: Beate GSELL/Wolfgang KRÜGER/ Stephan LORENZ/ Christoph REYMANN), Verlag C.H. Beck, München, 2018.
- WERRO, Franz: Commentaire Romand, Code des Obligations, vol. I, édité par THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz, Art. 1-529 CO, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, 2^e édition, Art. 41-61 CO, Bâle, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2012 [CO-CR].
- WERRO, Franz: La responsabilité civil, Stämpfli Verlag AG, 2017.

- WINIGER, Bénédic/FLEURY, Patrick/AVRAMOV, Philippe: Digest of European Tort Law. Vol. 2: Essential Cases on Damage, Editors: Winiger, Bénédic/Koziol, Helmut/Koch, Bernhard A./Zimmermann, Reinhard, Berlin, De Gruyter, 2011.
- YILDIRIM, Fadıl: “Doğalgaz Tedarik Sözleşmelerinde Asgari Alım Yükümlülüğü ve “Al ya da Öde” Kaydının Hukuki Niteliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2 Yıl 2011, s. 29-43.
- YILMAZ, Süleyman: “Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılama Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı”, AÜHFD 59 (1) 2010, s. 131-172.

KARARLAR

www.kazancı.com.tr

www.lexpera.com.tr

<https://beckonline.beck.de>

<https://www.swisslex.ch/de>

<https://www.swisslex.ch/fr>

Ziyet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi

The Evaluation of The Issues on Jewelry in Consideration of Supreme Court Decisions

Emrah KULAKLI*

Öz

Ziyet eşyasına ilişkin mevzuatımızda doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın, düğün münasebetiyle gelin ve damada yakınları tarafından verilen ziyet eşyalarının evlilik birliğinin sona ermesi halinde taraflara iadesine ilişkin genel hukuk ilkeleri ile çelişkiler içeren Yargıtay içtihatları, konuyu oldukça tartışmalı hale getirmiştir. Gelin veya damattan hangisinin ailesi veya davetlisi tarafından verildiğine bakılmaksızın ziyet eşyasının tümünün kadının kişisel malı olduğu yönündeki Yargıtay içtihadı, tartışmanın odak noktasını teşkil etmektedir.

Bu bağlamda çalışmamızda, öncelikle ziyet eşyasının tanımı ve hukukî niteliğine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Ardından tartışılan Yargıtay içtihatları hakkında bilgi verilecek ve hukukî sorun ortaya koyulacaktır. Son olarak ise başta Türk Medeni Kanunu (TMK.) olmak üzere ilgili mevzuatın lafzı ve ruhundan yola çıkılarak konuya ilişkin Yargıtay içtihatları değerlendirilecek ve sonuç kısmında kanaatlerimize yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Ziyet, Ziyet Eşyası, Ziyet Eşyasının İadesi, Kişisel Mal, Edinilmiş Mal, Bağışlama.

Abstract

There is not any direct regulation on jewelry in our legislation. On the other hand, the Supreme Court decisions, which include various contradictions with the general law principles related to the return of jewelry given to bride and groom by their relatives due to their wedding to the parties in case of the end of the marriage community, have made the issue highly questionable. The Supreme Court decision, which indicates that the jewelry is the woman's personal property regardless of whether the jewelry is given by the family or the invitee of the bride or the groom, constitutes the focus of the issue.

In this regard, our study will make various explanations on the definition and legal characteristic of the jewelry. Then, information will be provided on the Supreme Court decisions discussed, and the legal issue will be revealed. Finally, the Supreme Court decisions on the relevant issue will be evaluated based on the letter and the spirit of the legislation especially the Turkish Civil Code, and our opinions will be discussed in the conclusion.

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ekulakli@medipol.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-4867-2629).

Keywords: Ornament, Jewelry, Return of The Jewelry, Personal Property, Acquired Property, Donation.

GİRİŞ

Evlenen kişileri hem tebrik etmek hem de çıktıkları uzun yolda onlara biraz olsun maddi destek sağlamak amacıyla takı takılması, toplumumuzda uzun süredir uygulanagelen güzel bir gelenektir. Ne var ki evliliğin sona ermesi söz konusu olduğunda, evlilik merasimi esnasında verilen bu takıların kime ait olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay kararlarına sıklıkla konu olmasına karşın ziyet eşyasının aidiyeti hususunu akademik yönden ele alan çalışma neredeyse yok denecek kadar azdır. Bir başka deyişle, evliliğin sona ermesi halinde ziyet eşyasının aidiyeti meselesi salt Yargıtay içtihatları çerçevesinde şekillenmiş, teorik bir incelemeden kaçınılmıştır. Bu çalışmada ziyet eşyasının inceleme konusu olarak belirlenmesinin sebebi budur.

Yargıtay, önüne gelen her somut olayda meselenin bir başka noktasına temas ederek içtihat oluşturduğundan, çalışma içerisinde tek bir karara yer vermek yeterli olmayacaktır. Bütün kararlara da metin içerisinde yer vermek, çalışmanın hacmini lüzumsuz yere büyütecek ve kapsam dışına çıkılmasına neden olacaktır. Bu sebeple çalışmada, öncelikle Yargıtay'ın ziyet eşyasına ilişkin verdiği kararlar özet olarak ortaya koyulacaktır. Ardından bu içtihatların, aile hukuku, borçlar hukuku, usul hukuku ile örf ve âdet bakımından yerindeliği tartışılacak ve sonuç kısmında önerilerimize yer verilecektir.

I. İçtihadın Ortaya Koyulması

A. Tanım ve Kapsam

Ziyet, altın, gümüş gibi kıymetli madenlerden yapılmış olup; insanlar tarafından takılan süs eşyası olarak tanımlanmaktadır¹. İnceleme konumuz bakımından ise, ziyet eşyasını evlilik münasebetiyle gelin ve damada verilen hediyeler olarak tanımlamak mümkündür. Bu bağlamda, bilezik, altın kelepçe, kolye, gerdanlık, takı seti, bileklik, saat, küpe ve yüzük gibi takılar, ziyet eşyası olarak kabul edilmektedir². Çeyrek altın, yarım altın, cumhuriyet altını ve reşat altını da ziyet olarak değerlendirilmektedir³. Değerli taş ve madenlerin yanı sıra, düğün merasimi nedeniyle verilen para da ziyet eşyası olarak nitelendirilmektedir⁴.

Yargıtay kararlarında, nitelik itibariyle ziyet eşyası olmamakla birlikte düğün münasebetiyle verilen bir takım taşınır ve taşınmazların da ziyet eşyası olarak kabul edildiğini görmekteyiz.

1 YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 2011, s. 1529.

2 SAĞIROĞLU, Mehmet Şerif, **Ziyet Davaları**, İstanbul 2013, s. 3.

3 Yargıtay 3. HD, T. 13.03.2018 – E. 2016/13773 – K. 2018/2416 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

4 Yargıtay 3. HD, T. 02.10.2017 – E. 2017/13340 – K. 2017/13119 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

Örneğin, evlilik nedeniyle geline hediye olarak verilen bir canlı hayvan – ve onun daha sonra doğan yavrusu-, ziynet eşyası olarak nitelendirilmiştir⁵.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına baktığımızda, evlilik merasiminin resmi nikâh ile sınırlandırılmadığını ve zaman unsurunun mümkün olduğu kadar genişletilme eğiliminde olduğunu görmekteyiz. Bu bakımdan yalnızca resmi nikâh değil aynı zamanda düğün⁶ ve kına merasimi⁷ sırasında verilen hediyeler de ziynet olarak nitelendirilmektedir. Hatta bunların da öncesinde, halk arasında çeyiz serme olarak kabul edilen merasim sırasındaki hediyeler de ziynet eşyası olarak değerlendirilmektedir⁸.

Netice itibarıyla, Yargıtay kararlarında ziynet olarak kabul edilen şeylerin, evlilik münasebetiyle taraflara verilen değerli taş ve madenler olduğu ve fakat bununla sınırlandırılmayacağı ifade edilebilir. Buna göre yukarıda yer verilen tanımı genişleterek ziynet eşyasını, nikâh merasimi öncesinde, sırasında veya sonrasında, evlilik münasebetiyle gelin ve damada verilen eşya olarak tanımlamak mümkündür.

B. Hukukî Nitelik

Yargıtay, evlilik münasebetiyle hediye edilen ziynet eşyalarını, TMK. m. 220 uyarınca kadının kişisel malı olarak kabul etmektedir⁹. Gerekçe ise, “*düğün merasimi sırasında takılan ziynet eşyalarının, kadına bağışlanmış sayıldığı ve karşılıksız kazandırma niteliğindeki bu armağanların, TMK. m. 220/b.II uyarınca, kadının kişisel malı olmasıdır*”¹⁰. Buna göre ziynet eşyaları edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında koca ile paylaşılmayacağı gibi, edinilmiş mal rejimi devam ederken de kadının tasarrufuna bırakılmıştır¹¹.

Bilindiği üzere, düğün merasimi sırasındaki takı töreninde, gelinin davetlilerinin geline, damadın davetlilerinin ise damada hediye vermeleri yönünde bir âdet mevcuttur¹². Ancak bunun aksi de mümkündür. Hatta kimi yörelerde âdet, damadın yakın ailesinin geline, gelinin yakın ailesinin de damada hediye vermesi şeklindedir. Buradan hareketle, ziynet eşyasının hangi tarafın ailesi ya da davetlisi tarafından verildiğinin önem taşıyıp taşımadığı sorusu akıllara gelebilir. Yargıtay, bu durum için kendisine “*kim tarafından takılırsa takılsın*” şeklinde bir içtihat geliştirerek sorunu çözüme yoluna gitmiştir¹³. Bu içtihadı göre, kişinin kimin davetlisi olduğuna bakılmaksızın; bir

5 Yargıtay 3. HD, T. 07.12.2017 – E. 2017/16517 – K. 2017/17309 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

6 Yargıtay 3. HD, T. 05.03.2018 – E. 2016/11386 – K. 2018/2023 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

7 Yargıtay 3. HD, T. 15.06.2017 – E. 2016/17067 – K. 2017/10312 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

8 Yargıtay 3. HD, T. 22.02.2018 – E. 2016/8760 – K. 2018/1566 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

9 Yargıtay 3. HD, T. 03.01.2013 – E. 2013/17371 – K. 2013/17050 sayılı kararı. (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

10 Yargıtay 3. HD, T. 17.02.2016 – E. 2016/1059 – K. 2016/2017 sayılı kararı. (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

11 Kişisel mallara ilişkin olarak bkz. ZEYTİN, Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, Ankara 2017, N. 349 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-241)**, İstanbul 2017, s. 265 vd.

12 Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. II B 2 ve II D.

13 Yargıtay 3. HD, T. 18.01.2018 – E. 2017/17245 – K. 2018/361; Yargıtay 6. HD, T. 12.05.2014 – E. 2014/3491 – K.

başka ifadeyle ziyeti veren kişinin kimin ailesi ya da davetlisi olduğundan bağımsız olarak geline verilen ziyet eşyaları, kadının kişisel malı olarak nitelendirilmektedir.

Aynı yaklaşımın, damada takılan ziyet eşyaları bakımından da sürdürüldüğü ve damada takılan takıların, bunu veren kişinin kimin ailesi ya da davetlisi olduğundan bağımsız olarak, erkeğin ziyet eşyası olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Fakat tam bu noktada, Yargıtay'ın “*kime takılırsa takılsın ziyet eşyalarının geline ait olacağı*” şeklinde bir başka içtihat geliştirdiğini görmekteyiz¹⁴. Bu iki içtihadın birleşiminden, “*kim tarafından kime takılırsa takılsın ziyet eşyaları kadının kişisel malıdır*” sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁵.

Şu hâlde, evlilik münasebetiyle geline verilen ziyet eşyalarına ilaveten, damada verilen ziyet eşyalarının da tümü kadının kişisel malıdır. Bir başka deyişle Yargıtay, takıyı takan kişinin kimin ailesi ya da davetlisi olduğundan ve ziyetin geline ya da damada verilmesinden bağımsız olarak, düğün münasebetiyle takılan tüm ziyet eşyalarını kadının kişisel malı olarak kabul etmektedir. Ancak rastladığımız bir kararda, takı merasimi sırasında erkeğe takılan künyenin, – muhtemelen üzerinde ismi yer aldığı için – erkeğin kişisel malı olarak kabul edildiğini de belirtelim¹⁶.

II. İçtihadın Eleştirisi

Yukarıda ana hatlarını ortaya koyduğumuz Yargıtay içtihatları hukukî açıdan eleştiriye açık olduğu gibi, toplumdaki yaygın kanıyla da çelişki halindedir. Bu nedenle, ziyet eşyasına ilişkin içtihatları, aile hukuku, borçlar hukuku, usul hukuku ile örf ve âdet ilkeleri ışığında irdelenmesinde zaruret bulunduğu kanaatindeyiz.

A. Aile Hukuku İlkeleri Bakımından

I. Mal Rejimine İlişkin Hükümler Çerçevesinde Yöneltililecek Eleştiriler

Türk Medeni Kanunu m. 142 uyarınca evlenme, kanunda yer alan ifadesi ile “ *tarafların olumlu sözlü cevap verdikleri anda oluşur*”. Eşler arasındaki mal rejimi ise bu andan sonra doğar¹⁷ ve bunun öncesinde taraflar arasında bir mal rejiminden bahsetmek mümkün değildir. Zira “eş” olmaları bu an itibariyledir. Dolayısıyla, bir malvarlığı değerinin “edinilmiş mal” ve “kişisel mal” olarak nitelendirilebilmesi, ancak evliliğin kurulmasından sonra mümkündür. Mal rejimin kurulmasından önceki malvarlığı değerleri üzerinde borçlar hukuku kuralları geçerli olur ve

2014/6080; Yargıtay 8. HD, T. 26.01.2016 – E. 2015/21024 – K. 2016/1292 sayılı kararları (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

14 Yargıtay 3. HD, T. 20.12.2017 – E. 2017/16859 – K. 2017/17965 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

15 Yargıtay 3. HD, T. 17.02.2016 – E. 2016/1059 – K. 2016/2017 sayılı kararı: “*Kural olarak, düğün sırasında takılan ziyet eşyaları, kim tarafından, kime takılırsa takılsın, kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı sayılır.*” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

16 Yargıtay 2. HD, T. 22.01.2007 – E. 2006/21021 – K. 2007/101. Karar için bkz. SAĞIROĞLU, s. 230.

17 ZEYTİN, N. 219.

bu malvarlığı değeri, evliliğin kurulmasından sonra ancak TMK. m. 220/b.II kapsamında, “*mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan*” bir kıymet olarak kabul edilebilir.

Bu izahat açık bir biçimde göstermektedir ki, nikâh memuru önündeki olumlu cevaplardan önce gelin ve damada verilen ziynet eşyaları, kime takılmışsa onun kişisel malı olarak mal rejimine dâhil olmalıdır¹⁸. Özellikle gelin ve damadın ailelerinin farklı illerde olması sebebiyle birden fazla düğün merasiminin tertip edildiği somut olaylarla çok sık karşılaşılmaktadır. Bu tür durumlarda, nikâh kıyıldıktan sonra düğün yapılmış olabileceği gibi, düğünün sonrasında nikâh töreni yapılmış da olabilir. Düğün merasimi önce yapılmışsa, taraflar arasında henüz bir mal rejimi bulunmadığından, damada takılan ziynet eşyalarını gelinin kişisel malı olarak nitelendirmeye olanak yoktur. Aynı şekilde kına gecesi sırasında da taraflar henüz evli olmadıklarından, taraflar arasında mevcut bir mal rejiminden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Ziynet eşyasının evlilik münasebetiyle verilmiş olmasını yeterli gören Yargıtay, düğün, nikâh, kına ve çeyiz serme gibi bir ayrıma gitmeksizin, tüm olayları bir potada eritmekte ve ziynet eşyasını kadının kişisel malı olarak kabul etmektedir. Ne var ki, yukarıda da ifade edildiği üzere eşler arasındaki mal rejimi düğün merasimi veya kına gecesi ile başlamaz; evlendirme memuru önündeki sözlü olumlu cevaplar ile başlar. Sonuç olarak, bunun öncesinde geline verilen ziynet eşyaları gelinin, damada verilen ziynet eşyaları damadın olmalıdır ve bu ziynet eşyaları, taraflar arasındaki mal rejimine kişisel mal olarak dahil olmalıdır. Bu temel ayrımı yapmaksızın bir sonuca varan Yargıtay içtihatları isabetli değildir.

Öte yandan TMK. m. 220/b.II’de, herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde edilen malvarlığı değerleri de kişisel mallar arasında sayılmıştır. Öyle görünüyör ki Yargıtay, bu hükme “*meğer ki evlilik münasebetiyle verilmiş olsun*” şeklinde bir ekleme yapmıştır. Zira evlenmesi sebebiyle damada parasal bir yardımda bulunulması veya bir ziynet eşyası hediye edilmesi TMK. m. 220/b.II uyarınca damadın kişisel malı olarak kabul edilirken; bu kazandırmaların nikâh töreni sırasında yapılması halinde gelinin kişisel malı haline gelmektedir. Bu durumun hukukî olarak temellendirilmesi bir yana, mantıkî olarak izahı da oldukça güçtür. Ayrıca Yargıtay’ın konuya yaklaşımı ile TMK. m. 220 hükmünü içtihatları ile aşması, yasama yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bırakan ve bu yetkinin devredilemeyeceğini açık bir biçimde ifade eden Anayasa m. 7 hükmüne de aykırıdır.

Son olarak şunu da ifade edelim ki, evlilik sebebiyle gelin ve damada verilen bu ziynet eşyalarının karşılıksız kazandırma olup olmadığı meselesi de kanaatimizce oldukça şüphelidir. Bu hususa aşağıda¹⁹ ayrıntılı olarak değinilecektir. Yalnızca şunu söylemekle yetinelim: Ziynet eşyalarının karşılıksız kazandırma olmadığı kabul edilirse, bunları kadının kişisel malı olarak nitelendirmek zaten kabili mümkün değildir.

18 Bu hususta bkz. DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku**, İstanbul 2016, N. 1091; HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, **Aile Hukuku**, İstanbul 2014, § 9 N. 32.

19 Bkz. aş. II B 1.

2. Evliliğin Genel Hükümleri Çerçevesinde Yöneltebilecek Eleştiriler

Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesinde, aile hukuku alanında yapılan değişikliklerin cinsiyet eşitliğini sağlamak amacıyla yapıldığı ifade edilmektedir²⁰. Bu gerekçeye uygun olarak, erkeği aile birliğinin reisi ve temsilcisi olarak kabul eden hükümlere yer verilmemiş; bunun yerine *aile birliğini eşlerin birlikte yönetecekleri ve temsil edecekleri* kabul edilmiştir (TMK. m. 186/II; m. 188/I). Aynı şekilde TMK. m. 186/III'te *“eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları”* hüküm altına alınmıştır²¹.

Hukukî düzenleme bu olmakla birlikte, uygulama oldukça farklı yönde ilerlemektedir. Gerçekten, evin reisi olan ve bu nedenle de evliliğin ortak giderlerine katlanmanın da onun omuzlarında olduğunu kabul eden 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin etkileri hâlâ tam olarak silinememiştir. Kim tarafından ve gelin ve damattan hangisine verildiği değerlendirilmeksizin tüm ziynet eşyalarının kadının kişisel malı olduğunu kabul eden Yargıtay, ziynet eşyasının evliliğin genel giderleri nedeniyle harcanması halinde de evlilik sona erdiği takdirde bunların kadına iadesi yönünde hüküm kurmaktadır²². Buna göre, düğün münasebetiyle ortaya çıkan borçlar ya da kredilerin ödenmesi²³ bir yana, ziynet eşyasının bozdurularak üremeye yardımcı tedavi²⁴ ya da ortak çocuğun tedavisi²⁵ için harcanması durumlarında dahi, ziynet eşyalarının kadına iadesi gerekmektedir. Hatta meselenin, evliliğin ortak giderlerine katılmanın çok daha ötesinde olduğu söylenebilir. Şöyle ki; ziynet eşyasının bozdurularak kadının bekârlığında kullandığı eğitim kredisinin ödenmesi örneğinde dahi Yargıtay, bu ziynet eşyalarının kadına iadesine karar vermiştir²⁶. Aynı şekilde ziynet eşyasının bozdurularak kadının umreye gittiği²⁷ ya da kendi tedavisinde kullandığı²⁸ somut olaylarda dahi ziynet eşyalarının kadına iadesine hükmedilmiştir.

20 “Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı aile hukuku alanında ve özellikle kadın-erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış, böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki Kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan “eşitlik ilkesi”, yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş, bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin hepsi değiştirilmiştir.” Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Sıra S. : 723. Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesi ile madde gerekçelerine şu adresten ulaşmak mümkündür: <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011.pdf>

21 Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, N.841 vd. Düzenlemenin eleştirisi için bkz. HATEMİ / KALKAN OĞUZTÜRK, § 7 N.5 ve 43.

22 Yargıtay 3. HD, T. 05.11.2015 – E. 2014/21125 – K. 2015/17417 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

23 Yargıtay 3. HD, T. 26.01.2015 – E. 2014/9491 – K. 2015/1326 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

24 Yargıtay 3. HD, T. 12.05.2015 – E. 2014/14238 – K. 2015/8430 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

25 Yargıtay 3. HD, T. 05.03.2018 – E. 2016/11386 – K. 2018/2023 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

26 Yargıtay 3. HD, T. 18.01.2018 – E. 2017/17245 – K. 2018/361 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

27 Yargıtay 3. HD, T. 03.06.2014 – E. 2014/3689 – K. 2014/8800 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

28 Yargıtay 3. HD, T. 20.10.2015 – E. 2015/4788 – K. 2015/16227 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

Bu kararların, ataerkil düşünce biçiminden sıyrılmak amacıyla hazırlanan meri TMK'nın ruhuna aykırı olduğu ve nimet külfet dengesini koca aleyhine bozduğu aşikârdır. Madem ki cinsiyet eşitliği söz konusudur; o hâlde eşler, evlilik birliği içerisinde ortaya çıkan masraflara ortak katılmalıdırlar. Bu masraflara katılırken tarafların kullandıkları kaynaklar ise bu tartışmanın dışındadır ve tamamen eşlerin kendi tasarruflarındadır. Bir eş bu masraflara çalışarak emeği karşılığında elde edeceği kazançla katılabilecekken; diğer eş bu masraflara pekâlâ kişisel malından kaynak sağlamayı tercih edebilir.

Mevcut Yargıtay içtihatları ile evlilik birliği içerisinde yapılan giderler için harcanan ziynet eşyalarının iadesine karar vermek, kadının birlik için yaptığı katkıyı geri almasına imkân tanımaktadır. Bu yaklaşım tarzı, “*evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi, ona aittir*” diyen eski Medenî Kanun (eMK.) m. 152 hükmüyle örtüşmektedir. Fakat bunun tesis edilmeye çalışılan kadın-erkek eşitliğini zedelediği ve “*eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar*” hükmünü içeren TMK. m. 186/III ile çatıştığı görmezden gelinmemelidir.

B. Borçlar Hukuku İlkeleri Bakımından

1. Sözleşmenin Hukukî Niteliği Çerçevesinde Yöneltebilecek Eleştiriler

Yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay, düğün münasebetiyle verilen ziynet eşyalarını kadına *bağışlanmış* olarak kabul etmekte ve evliliğin sona ermesi halinde kadına iadesi gerektiği yönünde bir sonuca varmaktadır²⁹. Bu noktada, Yargıtay'ın içtihadını temellendirirken dayandığı görüşün isabetli olup olmadığı üzerinde durmak gerekir.

Bilindiği üzere, kazandırıcı işlemler belirli bir amaç ile yapılır ve bu amaca “kazandırma sebebi” (*causa*) denir. Kazandırma bir borcun ifası (*causa solvendi*) ya da karşılık olarak bir alacak hakkı elde etmek (*causa credendi*) amacıyla veya karşılıksız olarak bağışlama sebebiyle (*causa donandi*) yapılır³⁰. Bir bağışlamadan bahsedebilmek için, kazandırıcı işlemin bir kimseyi karşılıksız olarak zenginleştirmek gayesiyle yapılması gerekir. Hâlbuki inceleme konumuzu da oluşturan âdet üzere hediye verilmesinin bağışlama sayılıp sayılmayacağı oldukça tartışmalıdır. Bazı yazarlar, âdet üzere verilen hediye ve bahşişleri kanunen bağışlama olarak kabul etmekteyken; öğretildeki baskın görüş, âdet üzere verilen hediye ve bahşişlerin, ahlâkî bir vazifenin yerine getirilmesi olduğunu ileri sürmektedir. Çoğunluk fikrine göre burada eksik bir borcun ifası söz konusudur ve edimin gayesi *causa donandi* olmayıp *causa solvendi*dir³¹. Dolayısıyla, düğün, doğum günü, sünnet gibi merasimlerde yapılan kazandırmaların, teknik olarak bir bağışlama olmadığı kabul

29 Yargıtay 3. HD, T. 17.02.2016 – E. 2016/1059 – K. 2016/2017 sayılı kararından: “Kural olarak, düğün sırasında takılan ziynet eşyaları, kim tarafından, kime takılırsa takılsın, kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı sayılır” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

30 Bu hususta bkz. OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami, **Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, İstanbul 2018, s. 163 vd.; DURAL Mustafa / SARI, Suat, **Türk Özel Hukuku, Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul 2015, N. 1144 vd.

31 TANDOĞAN, Halûk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt I/1, İstanbul, 2008, s. 348.

edilmektedir³². Bu açıklamalar, Yargıtay'ın içtihadını temellendirirken dayandığı görüşün isabetli olmadığını göstermektedir.

Ziynet eşyası meselesine halkın yaklaşımının da bu sonucu teyit ettiğini gözlemlemekteyiz. Özellikle kimi yörelerdeki takı töreni videolarının izlenerek takıların kimler tarafından takıldığına tespiti, takının üzerine takan kişinin not edilerek verilmesi gibi âdetler toplumumuzun birer gerçeğidir. Zira takıyı takan kişi veya ailesinin beklentisi, aynı veya muadili değerdeki ziynet eşyasının da kendilerine verilmesidir. Hatta geçtiğimiz yıl haberlere konu olan bir olayda, bir vatandaşın düğününde çeyrek altın taktığı kişinin kendi düğününe gelmemesi ve altını göndermemesi üzerine ilamsız icra takibinde bulunarak altının bedelini geri alması da, bu bakış açısını oldukça iyi yansıtan çarpıcı bir örnektir³³. Aynı şekilde bir başka vatandaş, oğlu evlenmeyince komşusuna mektup yazıp, komşu kızının düğününde taktığı çeyrek altını 7 yıl sonra geri istemiştir³⁴. Bu sosyolojik duruma ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür ve bu örnekler, âdet üzere verilen ziynet eşyalarında edimin gayesinin *causa donandi* değil, *causa credendi* olduğunu göstermektedir. Bu durumda evlilik münasebetiyle gelin ve damada takılan ziynet eşyalarını da, ya daha önce verilenlerin iadesi ya da bunların daha sonra iade edileceği gayesiyle verildiği söylenebilir.

Yukarıda verilen örneklerin istisna olduğu ve istisna üzerinden bir sonuca varmanın doğru olmayacağı ileri sürülebilir. Âdet üzere verilen ziynet eşyalarının iade edilmemesi nedeniyle dava ikame edilmesi ya da takip başlatılmasına sık rastlanılmaması sebebiyle bu eleştirinin haklı olduğu da düşünülebilir. Ancak bu konuya ilişkin olayların yargıya daha az intikal etmesinin sebebi kanaatimizce kazandırmaların karşılık beklenmeksizin yapılması değil; dava ikamesi ya da takip başlatılması için ziynet eşyalarının görece kıymetsiz görülmesi ve toplumun bu meseleye bakış açısıdır. Ziynet eşyası iade edilmeyen taraf, yargıya başvurarak alacağını elde etmek yerine karşı tarafla olan sosyal ilişkilerini kesme yoluna gitmektedir. Ancak tüm somut olaylar bakımından bu sonuca varılamayacağını da belirtelim. Zira ziynet eşyası, hiçbir şekilde iade beklentisine girilmeksizin ve salt yeni evli çiftleri maddî olarak desteklemek amacıyla verilmiş de olabilir. Ancak toplumumuzda böyle durumlarla daha nadir karşılaşıldığı, buna karşın iade beklentisinin daha ağır bastığı gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, âdet üzere verilen ziynet eşyasında bağışlamanın aslı unsurlarından olan karşılıksızlığın, en azından somut olayların çoğunda ciddi şekilde zedelendiği söylenebilecektir.

Evlilik münasebetiyle takılan ziynet eşyalarının karşılıksız kazandırma olarak kabul edilmediği takdirde, bunların kim tarafından takıldığına tespiti gerekir. Zira bu ziynet eşyaları, somut olayların çoğunda *causa solvendi* olarak iadesi lazım gelen kazandırmalardır. Buna göre, gelinin ailesi ve davetlileri tarafından takılan ziynet eşyaları gelinin; damadın ailesi ve davetlileri tarafından takılan ziynet eşyalarının da damadın kişisel malı olarak nitelendirilmesi gerekir. Hiçbir şekilde iade beklentisine girilmeksizin verilmiş ziynet eşyalarında ise, edimin gayesi *causa*

32 GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt I, İstanbul 2012, s. 247.

33 Haber için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/dugunde-taktigi-altini-icra-yoluyla-geri-aldi-40973721>.

34 Haber için bkz. <https://www.iha.com.tr/haber-oglu-evlenmeyince-altini-geri-istedi-714225/>

donandi olduğundan, kazandırmayı yapan kişiden bağımsız olarak, ziynet eşyası, kazandırma yapılan kişinin kişisel malı olarak nitelendirilecektir.

Görüldüğü üzere, âdet üzere verilen ziynet eşyaları bakımından adaletli bir sonuca varabilmek için kazandırma sebebini ortaya koymak gerekmektedir. Ancak ispat zorluğu karşısında bunun pratik ve makul bir çözüm olmadığı düşüncesindeyiz. Türk Medeni Kanunu m. 222/İde, belirli bir malın eşlerden birisine ait olduğunu iddia eden iddiasını ispat ile yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Hükmün ikinci fıkrasında ise, “*Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır*” denilmektedir. Kanaatimizce, âdet üzere verilen ziynet eşyalarındaki kazandırma sebebini ortaya koymanın güçlüğü karşısında, TMK. m. 222/II hükmü önümüzdeki sorunun aşılması için de kullanılabilir. Bu bağlamda, kim tarafından ve kime takılırsa takılırsa ziynet eşyaları üzerinde eşlerin paylı mülkiyeti olduğunun kabul edilmesini, *de lege ferenda* olarak teklif ediyoruz. Teklif ettiğimiz çözüm, evlilik birliği içerisinde henüz girmiş olan eşler arasındaki kader ortaklığını pekiştireceği gibi birçok ispat sorununun da önüne geçecektir. Ayrıca bu yaklaşım, özellikle son zamanlarda yaygınlaşmaya başlayan, ziynet eşyalarının bir keseye ya da ortadaki bir sandığa bırakıldığı zarf usulü düğünler bakımından yaşanabilecek ispat sorunlarını da önleyecek, her iki eşin de hakkının korunmasını sağlayacaktır.

2. Tarafların İrade Beyanı Çerçevesinde Yöneltililecek Eleştiriler

Bir üst başlıkta Yargıtay’ın içtihadını temellendirirken dayandığı görüşün isabetli olmadığını, ziynet eşyasının bağışlama olarak kabul edilemeyeceği kanaatinde olduğumuzu ifade etmiştik. Bununla birlikte, içtihadın kendi içerisinde de tutarlı olmadığını ortaya koymak gerekir. Zira bağışlama, bir sözleşme olması hasebiyle karşılıklı irade beyanlarıyla kurulur. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu (TBK.) m. 1/II hükmü, irade beyanının açık ya da örtülü olabileceğini kabul etmektedir.

Bir kimsenin belirli bir davranışı hayatın olağan akışı içerisinde değerlendirildiğinde bir iradenin varlığını ortaya koyuyorsa, iradeyi gösteren bir hareketten (*facta concludentia*) de bahsedilir. Örneğin A’nın, nişanlısı B’ye, C ile nişanlandığına ilişkin haberi göndermesi, B ile olan nişanı bozduğunu gösteren örtülü bir irade beyanıdır³⁵. İradeyi gösteren bu hareketin önemi, inceleme konumuz bakımından şuradadır: Bilindiği üzere takı merasimi sırasında, kural olarak gelinin davetlileri geline, damadın davetlileri damada takı takar. Davetlilerin takı törenindeki davranışları, iradeyi gösteren hareket (*facta concludentia*) olarak örtülü bir irade beyanıdır ve bu iradenin muhatabı ziynet eşyasının verildiği eştir. Diğer bir söyleyişle, davetliler takı töreninde bilinçli olarak hareket etmekte ve geline ya da damada ziynet eşyası vermektedir. Hatta bu sebeple gelin ve damada ayrı ayrı takı kurdelesini takılması da bu iradeyi açıkça göstermektedir³⁶.

35 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, İstanbul 2008, s. 116 vd.; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, Ankara 2014, s. 135.

36 Nitekim bir yerel mahkeme kararında, “*tarafların düğünlerinde ayrı ayrı kuşak takarak takıların ayrı ayrı takılmış olması tüm takıların gelinin kesesine atılması gibi bir durumun olmaması nedeniyle takılar ayrı değerlendirilmiş*” fakat Yargıtay, yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bkz. Yargıtay 3. HD, T. 27.05.2015 – E. 2014/16026 – K. 2015/9622

Yargıtay'ın kabulü ise, ziyet eşyası kime verilirse verilsin, davetlilerin iradesini yok sayarak, iradenin muhatabının her halükarda kadın olduğu şeklindedir. Bu noktada, davetlilerin tamamının neden geline değil de; bir kısmının geline ve bir kısmının da damada ziyet eşyası verdiği sorusunu da Yargıtay'ın cevaplaması gerekir. Bu soruya verilebilecek makul ve mantıklı bir yanıt olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla, ziyet eşyalarını bağışlama olarak nitelendiren yerleşik Yargıtay içtihadının kendi içerisinde tutarlı olması bakımından, irade beyanının muhatabı yönünde bir ayrıma gidilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre ise, kadına verilen ziyet eşyalarının kadına, erkeğe verilen ziyet eşyalarının erkeğe ait olduğu kabul edilmelidir.

C. Usul Hukuku İlkeleri Bakımından

Ziyet eşyaları kadının kişisel malı olarak kabul edildiğinden, bunların iadesi için mal rejimin tasfiye edilmesine lüzum yoktur³⁷. Buna göre, mal rejimi devam ederken de; bir başka ifadeyle evlilik birliği içerisinde de kadın, bunların kendisine iadesini talep edebilmelidir. Ne var ki ziyet eşyalarının iadesi, daha çok evlilik birliğinin sona ermesi ile birlikte gündeme gelmekte ve çeşitli ispat sorunlarına yol açmaktadır³⁸.

Eşler nikâhın hemen akabinde ve ilerleyen zamanlarda, başta düğün sebebiyle oluşan borçlar olmak üzere, çeşitli borçların ödenmesi için düğünde verilen ziyet eşyalarını paraya çevirmekte ve bunlarla borçlarını ödemektedirler. Mal rejiminin tasfiyesi sırasında ise, bu ziyet eşyalarının kadının rızası ile bozdurulup bozdurulmadığına ilişkin ispat sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, bu noktada ziyet eşyalarının kadının rızasıyla bozdurulduğunu ispat yükünü erkeğe yüklemektedir³⁹. Dolayısıyla, kadının düğünde takılan ziyet eşyalarını fotoğraf, video kaydı ya da tanıkla ispat etmesi, talebinin kabul edilmesi için yeterli olmaktadır.

Bilindiği üzere Türk Medeni Kanunu m. 6 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK.) m. 190 uyarınca ispat yükü, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, iddia edilen vakiya bağlanan hukukî sonuçtan menfaat elde edecek tarafa aittir⁴⁰. İspat yükünü taşıyan taraf, iddiasını ispat edemediği takdirde taleplerini içeren davanın reddi gerekecektir.

sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

37 Yargıtay 3. HD, T. 03.01.2013 – E. 2013/17371 – K. 2013/17050; Yargıtay 2. HD, T. 18.4.2013 – E. 2012/24976 – K. 2013/10984 sayılı kararları (Kararlar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

38 Kadının ortak konutu terk ederken ziyet eşyalarını beraberinde götürüp götürmediği de Yargıtay kararlarına oldukça sık konu olmaktadır. Yargıtay bu konuda, hayatın olağan akışına, somut olayın koşullarına ve tanık anlatımlarına dayanarak bir sonuca varmaktadır. Örneğin fiziksel şiddet nedeniyle ve üzerinde gecelik kıyafetlerle ortak konutun terk edildiği bir somut olayda, kadının ziyet eşyalarını beraberinde götürmesinin olanaksız olmasından yola çıkarak bir sonuca varmıştır (Bkz. Yargıtay 3. HD, T. 12.04.2016 – E. 2015/8664 – K. 2016/5668 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın bu konudaki içtihadını isabetli buluyoruz.

39 Yargıtay HGK, T. 03.07.2013 – E. 2012/6-1849 – K. 2013/1006 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

40 Bu hususta bkz. PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usûl Hukuku**, Ankara 2013, s. 668 vd.; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara 2013, s. 1052 vd.

İnceleme konumuza dönecek olursak, ziynet eşyalarının rızası hilafına bozduğunu iddia eden ve bundan kendi lehine menfaat elde edecek olan taraf erkek değil, kadındır. Dolayısıyla bunu ispat yükünün de kadına ait olması gerekir. Nitekim ispat külfetinin eşler arasındaki mal rejimi için özel olarak düzenlendiği TMK. m. 222/I hükmünde de, belirli bir malın eşlerden birisine ait olduğunu iddia eden tarafın iddiasını ispat ile yükümlü olacağı düzenlenmiştir. Buna karşın Yargıtay, özel olarak TMK. m. 222/I ve genel olarak TMK. m. 6 ile HMK m. 190 hükümlerine bütünüyle aykırı olarak bu husustaki ispat külfetini ters çevirmiş ve kadının iddiasının yeterli olduğu görüşünü benimsemiştir. Yargıtay'ın hangi gerekçeyle bu konudaki ispat külfetini erkeğe yüklediğini anlamak mümkün değildir. Zira ziynet kadının kişisel eşyası (TMK. m. 222/I) olarak kabul edildiğine göre onun zilyetliği altında bulunması gereken taşınır eşya niteliğindedir ve kadının fiili hâkimiyeti altında bulunan eşyanın onun rızası olmaksızın harcanması, hayatın olağan akışına aykırıdır (TMK. m. 6 – HMK. m. 190). Tam bu noktada, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına düşülen muhalefet şerhine yer vermek istiyoruz⁴¹:

“Ziynet eşyaları nitelik itibariyle rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen nev'idendir. Bu sebeple nitelikleri itibariyle kadında bulunduğu karine olarak kabul edilir. Olağanın aksini iddia eden ispatla yükümlüdür. Niteliği itibariyle davalıda bulunması gereken ziynet eşyalarının aile içerisinde ihtiyaç duyulması halinde bu eşyaları elinde bulunduran eşin rızası ile bozdurulması olağan olandır. Bu durum, Türk Medeni Kanununun 185/III ve 186/III maddeleri gereğince davacı eş için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu sebeple somut olayda ispat yükü davacıya aittir. Davacı kadının, kendisine ait ziynet eşyalarının rızası dışında ve iade şartıyla elinden alınıp bozduğunu ispat etmesi gerekir. Davacı da kendisine ait olan ve kural olarak kendisinde bulunması gereken ziynet eşyalarının rızası dışında veya iade şartıyla davalı tarafından elinden alınıp bozduğunu ispat edememiştir.”

Aile hukuku açısından da yerinde değerlendirmeler içeren karşı oy yazısı, usul hukuku açısından son derece isabetlidir. Zira ziynet eşyası için TMK. m. 6 ve HMK. m. 190'da öngörülen ispat yükü dağılımının aksini düzenleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Dolayısıyla ispat yükü, ziynet eşyalarının rızası dışında bozduğunu iddia eden ve bundan kendi lehine menfaat elde edecek olan kadının üzerindedir. Bunun aksini kabul eden Yargıtay kararları ise hukukî dayanaktan yoksundur.

Yargıtay içtihatları karşısında, erkeğin senet ya da tanıkla ziynet eşyalarının kadının rızasıyla bozduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Ancak erkeğin tanık konusunda da pek şansı olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira erkeğin annesinin⁴² tanıklığına itibar edilmemekteyken, kadının annesinin⁴³ ya da kardeşinin⁴⁴ tanıklığına itibar edilerek hüküm

41 Bu karşı oy yazısı, Yargıtay 2. HD, T. 04.07.2012 – E. 2012/236 – K. 2012/18614 sayılı kararına yazılmıştır (Karar ve karşı oy yazısı için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

42 Yargıtay 3. HD, T. 27.01.2016 – E. 2015/2539 – K. 2016/842 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

43 Yargıtay 3. HD, T. 09.04.2018 – E. 2017/14028 – K. 2018/3703 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

44 Yargıtay 3. HD, T. 20.11.2017 – E. 2016/7464 – K. 2017/16210 sayılı kararı (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası).

kurulabilmektedir. Şu hâlde boşanma davası sırasında, ziyet eşyalarını bozdururken kadının rızasının bulunduğu ilişkin imzalı bir belgeye sahip olmayan erkeğin, her halükarda ziyet eşyalarını aynen yahut nakden kadına iade etmek mecburiyetinde olacaktır.

Şunu ifade etmek gerekir ki, kadına yönelik şiddet ve pozitif ayrımcılık gerekçeleriyle Yargıtay tarafından böyle bir refleks geliştirilmiş olabilir. Hatta kadını himaye eden bu bakış açısı ile, evlilik birliği sona erdikten sonra kadının en azından belirli bir süre hayatını idame ettirmesi ve yeni düzenini kurmasına imkan tanınması hedefleniyor olabilir. Böyle dahi olsa – yukarıda çeşitli yönleri ile gerekçelendirildiği üzere hukukî olarak varılan sonucun adalet duygusunu zedelemesi bir yana-, bu himaye edici refleksin amacına ulaştığını söylemek mümkün değildir. Zira toplumsal gerçekler göstermektedir ki şiddet mağduru kadınlar, kocalarından kurtulabilmek adına ziyet eşyası da dâhil sahip oldukları tüm malvarlığı vermek pahasına evlilik birliğini sonlandırmaya ne yazık ki çoktan razıdırlar. Dolayısıyla Yargıtay uygulaması, bu amacı sağlamaktan da uzaktır.

D. Örf ve Âdet İlkeleri Bakımından

Ülkemizde ve doğu toplumlarında sıklıkla rastladığımız takı âdetinin kökenleri, bundan 4000 yıl önce Anadolu'da yaşamış Asurlulara kadar uzanmaktadır⁴⁵. Bilindiği üzere gelinin ve damadın ailesi ile düğün merasimine katılan davetliler tarafından genellikle altın takmak veya para vermek suretiyle gerçekleştirilen bu âdetin amacı yeni evli çiftlere maddi destek sağlamaktır.

Düğünlerde takı takmak, tekrarlanma ve zorunluluk inancı unsurlarını taşımasına rağmen, bu geleneğe riayet etmemenin hukuken bir yaptırımı yoktur. Dolayısıyla takı takmak bir örf ve âdet hukuku kuralı olmayıp; bir örf ve âdettir⁴⁶. Bu âdetin çalışmamız kapsamında önem arz eden yönü ise, bu takıların kime ait olacağıdır.

Toplumumuzdaki yaygın kanaat, merasimi tertip eden tarafın, merasim için yapılan harcamaları karşılamak amacıyla ziyet eşyalarına da sahip olacağı yönündedir. Örneğin, kına eğlencesini gelin ve ailesi düzenlediğinde bu merasimde verilen ziyet eşyalarının geline ve ailesine ait olacağı yönünde bir kabul mevcuttur. Buna karşılık düğünün damat ve ailesi tarafından tertip edilmesi halinde bu merasimde verilen ziyet eşyalarının damat ve ailesine ait olacağı yönünde bir yaygın bir kanı mevcuttur.

Bir yerel mahkemenin, önüne gelen somut uyuşmazlık için kolluk marifetiyle tespit ettirdiği örf ve âdet de vardığımız bu sonucu teyit etmektedir⁴⁷. Ne var ki, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, bu örf ve âdeti görmezden gelmekte ve düğün, nikâh ve kına ayrımı yapmaksızın, bütün ziyet

45 Bu hususta bkz. BAYRAM, Sebahattin / KUZUOĞLU, Remzi, "Takı Takma Âdetinin Eski Asur Toplumundaki İzleri", *Cahit Günbattı'ya Armağan*, Ankara 2015, s. 29 vd.

46 VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku*, İstanbul 1948, s. 49.

47 Yerel mahkemenin kolluk marifetiyle yerel örf ve âdeti tespit ettiği, bunun ülke genelindeki âdet ile de uyumlu olması nedeniyle, erkeğe takılan takılar bakımından davanın reddi yönünde hüküm kurduğu, Yargıtay 3. HD, T. 08.03.2018 – E. 2016/13442 – K. 2018/2229 sayılı karar içeriğinden anlaşılmaktadır (Karar için bkz. Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

eşyalarını kadının kişisel malı olarak kabul etmektedir. Söz konusu içtihat, toplumdaki yaygın kanıdan açıkça ayrılmaktadır. Öte yandan, konuya ilişkin pek çok yayınlanmış Yargıtay kararının bulunması da sorunun büyüklüğüne işaret etmektedir. Zira genellikle Yargıtay'ın gerekçeli bozma kararları yayınlandığından, bir konuda yayınlanmış Yargıtay kararlarının çokluğu, mahkeme uygulamasının da sorunlu olduğuna delalet etmektedir⁴⁸.

Bununla birlikte, Yargıtay'ın tüm dairelerinin bu örf ve âdeti görmezden geldiğini de söyleyemeyiz. Nitekim Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, ziynet eşyası hususunda bir âdetin bulunup bulunmadığının araştırılması ve buna göre bir sonuca varılması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Öneme binaen kararın ilgili kısmına burada aynen yer vermekteyiz⁴⁹:

“Mahkemece kim tarafından ve kime takılırsa takılsın düğünde takılan tüm ziynetlerin davacı kadına ait olduğu kabul edilmiş ise de davalı koca tarafından kendisine takılan ziynetlerin kendine ait olduğu yönünde savunma mevcuttur. Menkul bir şeyin zilyedi onun maliki kabul edilir. Medeni Kanununun 1. maddesi gereğince hâkim kanunda hüküm bulunmayan hallerde örf ve âdet gereğince karar verme yetkisine sahiptir. Taraflar zilyetlik karinesinin aksini her türlü delil ile kanıtlayabilir. Bu sebeple mahkemece, tarafların oturduğu ya da geldikleri çevre itibarıyla düğünde damada takılan ziynetlerin de geline ait olup olmadığı hususundaki örf ve âdetler tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.”

Yukarıda yer verilen karar kanaatimizce isabetli olmakla birlikte, Yargıtay 3. ve 6. Hukuk Daireleri arasında bir görüş ayrılığına da yol açmıştır. Bu görüş ayrılığının bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmesi ve ziynet eşyalarının, kim tarafından kime takılırsa takılsın edinilmiş mal olarak kabul edilmesi, en makul sonuç olacaktır.

SONUÇ

Yargıtay kararları incelendiğinde, ziynet eşyasının kıymetli maden ve taşlarla sınırlı olmadığı, düğün münasebetiyle eşlere verilmesinin, ziynet olarak nitelendirilmek için yeterli olduğu görülmektedir. Aynı şekilde, bu eşyanın nikâh, düğün ya da kına merasimi sırasında verilmesi de önem taşımamaktadır. Yargıtay, kim tarafından kime verilirse verilsin, ziynet eşyalarının kadına bağışlanmış sayıldığını ve bu nedenle de kadının kişisel malı haline geldiği görüşündedir.

Çalışmamız, Yargıtay'ın bu kabulünün birçok yönden eleştiriye açık olduğu hususundadır. Bu bağlamda taraflar evlenmeden önce verilen ziynet eşyalarının da sanki taraflar arasında evlilik akdi kurulmuş ve bir mal rejimi mevcutmuş gibi değerlendirilmesi yerleşik Yargıtay içtihadına yöneltilebilecek en ciddi eleştirilerdendir. Öte yandan Yargıtay'ın, kadının ziynet eşyasının – kutsal bir malvarlığı imişçesine – bozdurulmasına müsaade edemeyeceği yönündeki ön kabul

48 Bu yerinde tespit için bkz. ŞENER, Oruç Hami, “Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, *Journal of Yaşar University*, 2013, S. 8, s. 2551.

49 Yargıtay 6. HD, T. 05.04.2012 – E. 2012/1561 – K. 2012/5415 sayılı kararı (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

de dayanaksızdır. Bununla birlikte, açık bir kanun hükmü olmamasına rağmen ispat yükünü de erkeğin omuzlarına yüklemesi, kadının şahsi harcamalarında dahi erkeği ziynet eşyasının iadesine mecbur etmesi, kabul edilebilir değildir.

Gelin ve damada kim tarafından verilirse verilsin ziynet eşyalarının kadına bağışlanmış sayılması, bu ziynet eşyasını veren kişilerin iradesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zira davetliler ziynet eşyasını rastlantı neticesinde değil bilinçli olarak gelin ya da damada vermektedir. Takıların her halükarda kadının kişisel malı olarak kabul etmek, âdet üzere bu hediyeyi erkeğe veren kişinin yerine geçmek demektir.

Toplumumuzun ziynet eşyasına bakış açısı, yerleşik içtihattan bütünüyle farklıdır. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları, cinsiyet eşitliği ve eşlerin aileyi birlikte yönetmesi ilkelerini benimseyen ve bu yönde önemli değişiklikler getiren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu sonrasında bakış açısını güncelleyememesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla mevzuatın lafzı ve ruhu ile çelişkili kararlar verilmeye devam edilmektedir.

Bu sebeplerle, Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik içtihadına katılmıyoruz. Kanaatimizce, adaletli bir sonuca varabilmek için bu ziynet eşyasını verenin hangi saikle hareket ettiğinin tespiti gerekmektedir. Fakat bu saikin tespiti oldukça güçtür. İşte bu sebeple, TMK. m. 222/II hükmü aracılığıyla, kim tarafından ve kime takıldığına bakılmaksızın, ziynet eşyaları üzerinde eşlerin paylı mülkiyete sahip olması gerektiğini *de lege ferenda* olarak teklif ediyoruz. Belirtelim ki, bu teklif eşler arasındaki evlilik birliğini ve dayanışma ruhuna pekiştirecek nitelikte bir çözüm olduğu gibi birçok ispat sorunun da önüne geçecektir.

KAYNAKÇA

- BAYRAM, Sebahattin / KUZUOĞLU, Remzi:** “Takı Takma Âdetinin Eski Asur Toplumundaki İzleri”, Cahit Günbattı'ya Armağan, Ankara, 2015, s. 29 vd.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat:** Türk Özel Hukuku, Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2015.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, İstanbul, 2016.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2014,
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2012.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-241), İstanbul, 2017.
- HATEMİ, Hüseyin / KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu:** Aile Hukuku, İstanbul, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip:** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2008.
- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami:** Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul, 2008.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2013.
- SAĞIROĞLU, Mehmet Şerif:** Ziynet Davaları, İstanbul, 2013.
- ŞENER, Oruç Hami:** “Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, Journal of Yaşar University, 2013, S. 8, s. 2551 vd.
- TANDOĞAN, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul, 2008.

VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: Türk Medenî Hukuku, İstanbul, 1948.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2011.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013.

ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara, 2017.

Ayni Haklarda Belirlilik İlkesinin İstisnaları

Exceptions of the Principle of Certainty in Real Rights

Erman BENLİ*

Öz

Ayni hakkın üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için, üçüncü kişilerce tanınıp seçilebilmesi gerekir. Belirlilik ilkesi bu amaca hizmet eder. Bununla birlikte, belirlilik ilkesi istisnası olmayan bir ilke değildir. Belirlilik ilkesinin istisnaları iki grupta toplanabilir. Birincisi, toptan isteme ve götürü işleme dayalı istisnalardır. Bunlar; toplu rehin, öncelenmiş hükmen teslim, kat mülkiyeti, döner malvarlığının rehni ve ticari işletmenin bütün halinde rehnidir. İkincisi, külli intikale dayalı istisnalardır. Bunlar; malvarlığının veya işletmenin devralınması, ticari işletmenin devri, şirket birleşmeleri ve mirasın kazanılmasıdır. Belirlilik ilkesinin istisnaları, hukuki işlemin hızlı, kolay ve en az maliyetle yapılmasını sağlamayı hedefler.

Anahtar Kelimeler: Belirlilik, Ayni Hak, Rehni, Külli İntikal, Malvarlığı.

Abstract

Real rights must be recognized by third persons in order to be effective. The principle of certainty ensures the effectiveness of real rights. However, the principle of certainty has exceptions which are assembled into two groups. First group of exceptions include collective mortgage, presetting transfer of ownership without possession, condominium ownership, mortgage of current assets, collective mortgage of commercial enterprise. Second group of exceptions are based upon complete succession such as assignment of assets or business, transfer of commercial enterprise, mergers, acquisition of inheritance. Exceptions of the principle of certainty target to be made rapid, easy and least cost legal transaction.

Keywords: Certainty, Real Rights, Mortgage, Complete Succession, Assets.

I. GİRİŞ

Eşya hukukunda ayni haklara hâkim olan ilkeler, hukuk kurallarının zaman içinde değerlendirilmesi suretiyle ortaya çıkmakta ve söz konusu kuralların yorumlanmasında ve kıyasen uygulanmasında önemli bir işlev görmektedir¹. Bu ilkeler, kanunda yer almasa da, kanunun

* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, erman.benli@asbu.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-2277-2832).

1 Serozan, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 62.

özünden çıkan ilkelerdir². Aynı haklara hâkim olan ilkelerin başında, belirlilik ilkesi³ (Principle of certainty, Le principe de la spécialité, Bestimmtheit, Spezialitätsprinzip) gelmektedir. Bu ilkeler, birbirinden bağımsız olmayıp, birbirine ilişkilidir. Nitekim belirlilik ilkesi; tip sınırlılığı, tipe bağlılık ve aleniyet ilkelerinin bir uzantısı, hatta tamamlayıcısıdır⁴. Çünkü aynı hakkın üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için, üçüncü kişilerce tanınıp seçilebilmesi gerekir⁵.

Aynı hak, mevcut ve bireyselleştirilmiş eşya üzerinde kurulabileceğinden, aynı haklarda, kural olarak “külli devire, toptan isteme ve götürü işleme, sözün özü, belirsizliğe yer yoktur.”⁶ Burada “toptan istem” ve “götürü işlem”den kasıt, aynı hak nesnesinin belirli, yani tikel, münferit, tek bir eşya olma gerekliliğinden sapılmasıdır. Aynı hakka konu olacak nesne tikel, münferit, tek bir eşya olmalıdır dediğimizde, bütünlüğü/tümlüğü yansıtan ifadeler ayrıkçı bir hal almaktadır. İşte, “toptan istem” ve “götürü işlem” kavramları; tikelliğin, bireyselleştirmenin, özel ve belirli hale getirmenin istisnasını ortaya koyan çatı kavramlardır⁷. Bu noktada şunu önemle belirtmemiz gerekir ki, “toptan istem” ve “götürü işlem” tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Toplu rehin, öncelenmiş hükmen teslim, kat mülkiyeti, döner malvarlığının rehni ve ticari işletmenin bütün halinde rehni müesseseleri bunların içini doldurmakta, bu kavramları somutlaştırmaktadır.

Belirlilik ilkesi, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamalarında farklılık arz etmektedir. Bu farklılığa geçmeden önce, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamalarına değinmekte fayda görüyoruz. Aynı hak, kural olarak halefiyet (türeme) yoluyla ve hukuki işlemle (devren veya tesisen) kazanılır. Mülkiyet devren, irtifak, taşınmaz yükü ve rehin ise tesisen kazandırılmaktadır. Hukukumuzda aynı hakkı kazandıran hukuki işlem tasarruf işlemi olup, bundan önceki borçlandırıcı işlem aşamasında aynı hak kazanılamaz⁸. Örneğin, TMK m.763 uyarınca, taşınır mülkiyetinin nakli için, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satım sözleşmesi yeterli değildir. Ayrıca taşınırın zilyetliğinin malik kılma niyetiyle devredilmesi ve malik olma niyetiyle devralınması gerekmektedir. Tasarruf işlemi aşamasında, taraflar arasındaki *concensus*'u oluşturan aynı tasarruf sözleşmesi taşınırlarda teslimle, taşınmazlarda tapuya tescille tamamlanır. Borçlandırıcı sözleşmeyi ve aynı tasarruf sözleşmesini ayrı aşamalar olarak gören Alman ayrılık ilkesi⁹, aynı

2 **Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya:** Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 94.

3 Tahsis ilkesi veya özellik ilkesi şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim:** Sınırlı Aynı Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982-1983, s. 282; **Akipek/Akıntürk/Ateş,** s. 94-95.

4 **Acar, Faruk:** Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008, s. 145-146; **Serozan,** s. 67.

5 **Serozan,** s. 67.

6 **Akipek/Akıntürk/Ateş,** s. 95; **Serozan,** s. 67; **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 26; **Sirmen, A. Lâle:** Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 32; **Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel:** Şekli Eşya Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2018, s. 73; **Erman, Hasan:** Eşya Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İstanbul 2018, s. 7; **Esener, Turhan/Güven, Kudret:** Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 57.

7 Bu kavramlar, doktrinde Serozan tarafından kullanılmaktadır. Bkz. **Serozan,** s. 67.

8 Bunun bir istisnası, TBK m.279/1 hükmüdür: “Artırmada taşınır bir mal alan kişi, onun mülkiyetini ihale anında kazanır.” Türk hukukunda borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamaları Almanyadaki gibi birbirinden ayırdır. Buna karşılık, Fransız sözleşme ilkesinde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamalarında birlik söz konusudur. Nitekim TBK m.279/1 hükmü, Fransız hukukundaki birlik ilkesini yansıtmaktadır.

9 **Serozan, Rona:** *Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı*

hakkı devreden kişinin menfaatinin korunmasını önemsemmiştir. Aynı hakkı elden çıkaracak kişiyi borçlandırıcı işlem aşamasından sonra düşünmeye sevk etmek, aceleci ve anlık kararlar vermesini engellemek ayrılık ilkesinin temel amacıdır. Ancak aynı hakkı kazanmak isteyen kişi açısından Alman ayrılık sistemi pek de kullanışlı değildir. Çünkü aynı hakkı kazanmak isteyen kişinin, borçlandırıcı işlem aşamasından sonra aynı hakkı kazanması kesin değildir. Aynı hakkı devreden kişi, tasarruf işlemi aşamasında tasarrufi etkiyi erteleyebilir (örneğin mülkiyeti saklı tutma anlaşması), tasarruf işlemi şarta bağlayabilir veya geçersiz kılmak isteyebilir, daha da kötüsü aynı hakkı üçüncü bir kişiye kazandırabilir. Ayrılık sisteminde, risk ve belirsizlik maliyeti tümüyle kendisine aynı hak kazandırılacak kişiye (alıcıya) yüklenmiştir. Öte yandan, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devri, uygulamada tek aşamada gerçekleşmektedir. Bu nedenle, taşınmazların devrinde Alman ayrılık sistemi yerine Fransız birlik sistemine yakın bir uygulama söz konusudur¹⁰. Taşınmazların devrinde, borçlandırıcı işlem ve aynı tasarruf sözleşmesi iç içe geçmiştir. Nitekim TMK m.716 düzenlemesi¹¹, bu görüşü destekleyici niteliktedir. Buna karşılık, taşınır mülkiyetini geçirme borcuna uyulmamasında, TMK m.716 hükmündeki gibi bir imkân öngörülmemiştir¹².

Borçlandırıcı işlem aşamasında, eşyanın ferden belirlenebilir olması yeterlidir. Aksi takdirde, borçlandırıcı sözleşme, esaslı unsur üzerinde anlaşma sağlanamadığından kurulmamış sayılır¹³. Ferden belirlenebilirlik, tasarruf işlemi için yeterli değildir. Aynı hak konusu eşya, en geç aynı tasarruf sözleşmesini tamamlayan maddi fiil (teslim) veya resmi fiil (tescil) anında ferden belirlenmiş olmalıdır¹⁴. Aksi halde, aynı hak ve ona bağlı cebri icra ayrıcalığı (istihkak iddiasıyla tahsis edilmiş eşyayı cebri icra takibinden çekip ayırabilmek) kazanılamaz¹⁵.

Belirlilik ilkesi, istisnası olmayan bir ilke değildir. Belirlilik ilkesinin, toptan isteme ve götürü işleme dayalı istisnaları olduğu gibi, külli intikale dayalı istisnaları da bulunmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde, belirlilik ilkesinin toptan isteme ve götürü işleme dayanan istisnaları incelenmiştir. Bu kapsamda; toplu rehin, öncelenmiş hükmen teslim, kat mülkiyeti, döner malvarlığının rehni ve ticari işletmenin bütün halinde rehni ele alınmıştır. Üçüncü bölümde, belirlilik ilkesinin külli intikale dayanan istisnaları kapsamında; malvarlığının veya işletmenin devralınması, ticari işletmenin devri, şirket birleşmeleri ve mirasın kazanılması irdelenmiştir. Dördüncü bölümde çalışmanın sonucuna yer verilmiştir.

ve Soyutluğu, Prof. Dr. Tahir Çağ'ının Anısına Armağan, İstanbul 2000, ss. 397-412, s. 397-398.

10 **Serozan**, Aynı Tasarruf Sözleşmesi, s. 398-399.

11 TMK m.716/1: "Mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukuki sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir." TMK m.716/1, tasarrufi etkili yenilik doğurucu bir hükümdür. Bkz. **Serozan**, s. 83.

12 Taşınır için İİK m.24 devreye girer.

13 **Foëx, Bénédicte**: Le Contrat de Gage Mobilier, Bâle 1997, s. 208-209; **Jeunehomme, Jean-François**: Introduction au Droit Prive et a La Theorie Generale Des Obligations (Notes de Cours), 2. Baskı, Liège 2008, s. 73.

14 Borçlandırıcı işlemle tasarruf işleminin tek aşama olduğu durumda, aynı hak konusu eşyanın borçlandırıcı işlem kapsamında ferden belirlenmiş olması gerekir. Aynı anlamda bkz. **Jeunehomme**, s. 73.

15 **Serozan**, s. 67-68.

II. TOPTAN İSTEME VE GÖTÜRÜ İŞLEME DAYALI İSTİSNALAR

A. TOPLU REHİN

Aynı alacak için birden çok eşya rehnedilmişse toplu rehinden söz edilir¹⁶. Toplu rehin uygulaması, aynı hakkın konusunun tikel bir eşya olabileceği şeklindeki temel kaideye aykırıdır¹⁷. Ancak kanun koyucu, tarafların rehin sözleşmesinde alacağın ve/veya rehin yükünün bölünmesine gerek duymadan birden çok taşınmaz üzerinde rehin kurulmasını kararlaştırabilmelerine imkân tanımıştır. TMK m.855/1 hükmünde belirtilen koşullar altında, toplu rehin kurulabilmesi mümkündür. Toplu rehinde tek bir alacak için birden fazla taşınmaz üzerinde rehin kurulmakta ve üzerinde rehin kurulan her bir taşınmaz alacağın tamamını güvence altına almaktadır¹⁸. Toplu rehin kurulabilmesi için, taşınmazların aynı malike ait olması, şayet, taşınmazlar farklı kişilerin mülkiyetinde ise bu kişilerin borçtan müteselsilen sorumlu olmaları gerekir. Toplu rehinde, rehinli taşınmazların tümü üzerinde tek bir rehin hakkı mı olduğu, yoksa taşınmaz adedi kadar taşınmaz rehni mi olduğu tartışmalıdır. Çoğunluk¹⁹ görüşü, birden çok taşınmaz üzerinde kurulan rehinlerin tek bir rehin hakkı teşkil ettiği yönündedir. Buna karşılık, azınlıkta kalan görüş taraftarları²⁰, toplu rehinde genel kaideden ayrılmaya gerek olmadığını, taşınmaz adedi kadar taşınmaz rehni kurulduğunu, tapu sicili sisteminin de bu görüşü desteklediğini ileri sürmektedir. Her ne kadar tapu sicili uygulaması noktasında azınlık görüşü öne çıksa da, teorik düzlemde toplu rehinde birden çok taşınmaz üzerinde tek bir rehin hakkı kurulduğunu kabul etmek daha isabetlidir. Diyebiliriz ki, toplu rehinde belirlilik ilkesine TMK m.855/1 hükmü ile istisna getirilmiştir. Öte yandan, azınlık görüşünde taşınmaz adedince taşınmaz rehni kurulduğu kabul edildiğinden, toplu rehin bu görüşte belirlilik ilkesine istisna teşkil etmemektedir.

16 **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 762; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 904; **Sirmen**, s. 586. Doktrinde, bazı yazarlar toplu rehin yerine “müteselsil rehin”, “kolektif rehin” ya da “müşterek (ortak) rehin” tabirlerini kullanmaktadır. Örneğin, **Akipek/Akıntürk/Ateş** ve **Davran** “ortak (müşterek) rehin” tabirini tercih etmektedir. Bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 762; **Davran, Bülent**: *Rehin Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 28. **Saymen/Elbir** ise “kolektif rehin” ve “müteselsil rehin” tabirlerini kullanmaktadır. Bkz. **Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.**: *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul 1954, s. 583.

17 **Karş. Kaşak, Fahri Erdem/Güvenç, İpek**: *Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m.855)*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 1, ss. 61-92, s. 62.

18 **Sirmen**, s. 586.

19 **Köprülü/Kaneti**, s. 291; **Davran**, s. 27; **Gürsoy, Kemal Tahir**: *Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1978, s. 8; **Kuntalp, Erden**: *Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmaz Rehni*, Yiğit Okur’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, ss. 265-293, s. 271; **Sirmen**, s. 587; **Sarı, Suat**: “Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, ss. 963-1011, s. 1005; **Helvacı, İlhan**: *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 213; **Kurşat, Zekeriya**: “Birlikte Rehni”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara, 2006, ss. 393-426, s. 410-411; **Özer, M. Tolga**: *Taşınmazların Birlikte Rehni (Aynı Alacağı Teminat Altına Almak İçin Birden Fazla Taşınmazın Rehni)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 26-27.

20 **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 905; **Acar**, Belirlilik, s. 251 vd.

B. ÖNCELENMİŞ HÜKMEN TESLİM

Hükmen teslim (*constitut possessoire*), zilyetliğin teslimsiz nakledildiği hallerden biridir. Hükmen teslimde, zilyetliğinde bulunan bir şeyi başkasına temlik eden kimse, o şeyi, özel bir nedenle yedinde alkoymakta, mülkiyetle birlikte vasıtalı asli zilyetlik karşı tarafa geçmektedir²¹. Diğer bir deyişle, temlik edenin eşya üzerindeki zilyetliği değişerek devam etmekte, asli zilyetlik başkasına geçmektedir. Örneğin, bir kimse başkasına bilgisayarını sattıktan ve mülkiyetini devrettikten sonra, bilgisayarı kiralayıp yedinde tutmaya devam ederse, bilgisayarın zilyetliği karşı tarafa hükmen teslim yoluyla nakledilmiş olur. Yeni malik, bilgisayarın vasıtalı asli zilyetliğini kazanmış olur. Bilgisayarı kiralayıp yedinde tutan eski malikin vasıtasız asli zilyetliği, vasıtasız fer'i zilyetliğe dönüşerek devam eder.

Eğer her türlü anlaşmanın “özel neden” kapsamına girebileceği, yani her türlü anlaşmanın hükmen teslimi meşru kılabilceği kabul edilirse, o halde, satıcı alıcısına malı hükmen teslim edip vedia akdiyle malı yedinde tutsa, aslında borçlandırıcı işlem-tasarrufi işlem ayrılığı, yani Alman ayrılık ilkesi²², yerini Fransız sözleşme (birlik) ilkesine²³ bırakmış olur. Çünkü hükmen teslimin kapsamı genişledikçe, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi aşamaları tek aşama haline gelir, bunlar iç içe geçer. Bir yönüyle, aynı hak borçlandırıcı işlemle kazanılmış olur. Dolayısıyla, “özel neden” ne kadar dar yorumlanırsa, Alman ayrılık ilkesine o kadar sadık kalınmış olur. Kanaatimizce, hükmen teslimde her türlü anlaşma “özel bir neden” olabilir. Bunu engelleyen bir durum bulunmamaktadır. Özel neden; kira, hizmet, istisna, ariyet, vedia, intifa, velayet hakkı, evlenme akdi olabilir²⁴. Bu bağlamda, zilyetliğin hükmen teslim yoluyla naklinde, Alman ayrılık ilkesinden bir sapma²⁵ olduğu olgusunu kabul etmek gerekir²⁶.

Belirlilik ilkesine istisna teşkil edecek kadar onu zayıflatan müessese, hükmen teslimli teminat amacıyla temlikin bir görünümü olan, öncelenmiş hükmen teslim uygulamasıdır. Öncelenmiş hükmen teslim, belirlilik ilkesini ihlal etse de, kredi piyasasının ihtiyaçları zaman içinde belirlilik ilkesine sıkı bağlılıktan taviz vermeyi gerektirmiştir. Bu özel zilyetlik devrinde, zilyetlik henüz kazanılmadan devredilmektedir. Örneğin, A, maliki olduğu ve gelecekte büyük olasılıkla

21 Ünal/Başpınar, s. 155; Serozan, s. 121.

22 Serozan, s. 262-264; Serozan, Aynı Tasarruf Sözleşmesi, s. 397-398.

23 Serozan, s. 263-264; Serozan, Aynı Tasarruf Sözleşmesi, s. 398-399.

24 Taşınır rehniinde hükmen teslim, sıkı teslimle bağlılık nedeniyle yasaktır (TMK m. 939). Uygulamada, bu yasağı dolanmak amacıyla taşınır rehni yerine hükmen teslimli inançlı devir yoluna sapılmakla birlikte, burada da TMK m.766 hükmü karşımıza çıkmaktadır. TMK m.766 hükmünde “mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz” denilmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu ifadeyi mülkiyetin naklinin üçüncü kişilere karşı sonuç doğurmayacağı, taraflar arasında mülkiyetin devrinin geçerli sayılacağı şeklinde anlamak gerekir. Burada, aslında sadece taraflar arasında etkili olan zayıflatılmış, atipik ve nispi bir mülkiyet rejimi söz konusudur. Bkz. Serozan, s. 122-123. Benzer bir nispi mülkiyet rejimi, TMK m.979 kuralında da bulunmaktadır. Zilyetliği havale yoluyla devralan kişi, mülkiyet hakkını herkese karşı ileri sürebilirken, dolaysız zilyede karşı ileri süremez. Çünkü zilyetliğin havalesi dolaysız zilyede bildirilmemiş, kamuya açıklık ilkesi ihlal edilmiştir. Zilyetliğin havalesindeki nispi mülkiyet rejimi, dolaylı zilyedi korumak için öngörülmüştür. Bkz. Serozan, s. 123.

25 Hükmen teslim dışında, hukukumuzda Alman ayrılık ilkesinden sapıldığı ve Fransız sözleşme (birlik) ilkesinin benimsendiği diğer müesseseler, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devri ve TBK m.279/1 kuralıdır.

26 Aksi yönde bkz. Serozan, s. 121.

deposuna girecek olan malları, alacaklısı B'ye önceden hükmen teslim yoluyla teminat amacıyla temlik ettiğinde, ileride mallar depoya girdiğinde, depoya giren mala alacaklı B dolaylı zilyet sıfatıyla malik olur. İleride depoya girecek malların önceden olabildiğince somutlaştırılmalıdır ki, belirlilik ilkesine az çok riayet edilebilsin. Öncelenmiş hükmen teslimin, TMK m.766 hükmüne de aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Taraflar, öncelenmiş hükmen teslim yoluyla teslim şartlı rehlin aleniyet ilkesini dolanmayı amaçlamamalıdır²⁷.

C. KAT MÜLKİYETİ

Taşınmazın bir parçası üzerinde bağımsız bir aynı hak kurulabilmesi için, kural olarak taşınmazın parçalara ayrılıp hukuken bağımsızlık kazanması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, taşınmazın münferit parçaları hukuken eşya niteliğine sahip olmadığından, bağımsız olarak tasarrufi işleme konu olamaz²⁸. Bu prensip, rehin hakkı bakımından TMK m.854/2 hükmünde düzenlenmiştir. Bölünen taşınmazın parselleri, tapu kütüğüne ayrı ayrı kaydedilmedikçe rehne konu olamaz. Bu prensibin önemli bir istisnası, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK)'dur. KMK m.1 uyarınca, tamamlanmış bir yapının; kat, daire, iş bürosu, dükkân, mağaza, mahzen, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde, bağımsız mülkiyet hakları ve irtifak hakları kurulabilir. Anataşınmazın tümünün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmeden, o taşınmazın yalnız bir veya birkaç bölümü üzerinde kat mülkiyeti kurulamaz (KMK m.10/2). Öte yandan, kat malikleri arsa ve ortak yerler üzerinde tek kişi mülkiyetine değil, paylı mülkiyet hakkına sahiptir²⁹. Dolayısıyla, KMK m.3/1 hükmünü de dikkate aldığımızda, Türk hukukunda kat mülkiyetini, bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet hakkı ile arsa ve ortak yerler üzerindeki paylı mülkiyetin bir arada bulunduğu özel bir toplu mülkiyet türü olarak tarif etmek mümkündür³⁰. KMK m.2/d hükmüne göre, arsanın bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına arsa payı denir. Paylı mülkiyetin öngörülmediği ortak yerler ise kat mülkiyetine konu olamaz³¹. Eklentiler de bağımsız bölüm kapsamındadır. Buna göre, bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bağımsız bölüme tahsis edilmiş olan eklentiler, o bağımsız bölümün bütünüleyici parçası sayılır ve o bölümün maliki, eklentilerin de tek başına maliki olur (KMK m.6/1). Bu anlamda, eşyaya bağlı bir borç ilişkisi de kurulmuş olur³². Kat mülkiyeti tamamlanmış bir yapının bağımsız bölümleri, doğal olarak bağımsız bir niteliğe sahiptir³³. Buna karşılık, arsa payı bağımsız bir niteliğe sahip olmayıp, bağımsız bölümlerin hukuki kaderine tabidir. Bunun anlamı, bağımsız bölüme tahsis edilmiş

27 Serozan, s. 122, 130 ve 131.

28 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 26 ve 902.

29 Erman, s. 136; Sirmen, s. 452.

30 Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 418. Sirmen ise kat mülkiyetini, İsviçre'de 1963 yılında Medeni Kanunda paylı mülkiyet hükümlerinde yapılan değişikliğe atıfta bulunarak "nitelikli bir paylı mülkiyet durumu" olarak ifade etmektedir. Bkz. Sirmen, s. 451-452, dnt. 742.

31 Erman, s. 137.

32 Erman, s. 137.

33 Nitekim KMK m.13/4 hükmünde, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilen her bağımsız bölümün ayrı bir gayrimenkul niteliğini kazanacağı ve kütükte o bölümün tasdikli planındaki numarayı alacağı ifade edilmiştir.

arsa payı ile ortak yerler üzerindeki payın maliki ile bağımsız bölümün maliki ayrı kişiler olamaz. Çünkü burada eşyaya bağlı bir hak bulunmaktadır. Bu nedenle, KMK m.5 hükmünde ifade edildiği üzere, arsa payı ve ortak yerlerdeki paylı mülkiyet payının, bağımsız bölümdeki kat mülkiyetinden ayrı olarak devredilmesi, rehnedilmesi, miras yoluyla intikal etmesi veya başka bir aynı hakla kayıtlanması mümkün değildir.

Kat mülkiyetinin kurulmasının olağan yolu, resmi sözleşme ve bu sözleşmenin kat mülkiyeti kütüğüne tescilidir. Olağan yol, KMK m.12 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Kat mülkiyetinin kurulması için, anagayrimenkulün kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda o gayrimenkulün maliki veya bütün paydaşlarının KMK m.12'de belirtilen belgelerle birlikte tapu idaresinde istemde bulunması gerekir. İstemden sonra, Tapu memuru kendisine verilen belgelerin tamam ve usulüne uygun ve dilekçeyi verenlerin veya istemde bulunanların yetkili olduklarına kanaat getirdikten sonra, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmi sözleşmeyi düzenler. Bu sözleşme aynı zamanda tescil istemi sayılır (KMK m.13/1)³⁴. Sözleşme düzenlenince kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesinde kat irtifakının kayıtlı olduğu kat mülkiyeti kütüğü sayfasındaki, doğrudan doğruya kat mülkiyetinin kurulması halinde ise anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu tapu kütüğü sayfasındaki mülkiyet hanesine “Bu gayrimenkulün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmiştir.” ibaresi yazılarak, sayfa anagayrimenkulün leh ve aleyhine tesis edilecek irtifak hakları dışındaki işlemlere kapatılır ve kat mülkiyetine konu olan her bağımsız bölüm, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına o bölüme bağlı arsa payı ve anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütükteki pafta, ada, parsel, defter ve sayfa numaraları gösterilmek suretiyle tescil edilir; anagayrimenkulün kayıtlı bulunduğu genel kütük sayfasına da, bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki defter ve sayfa numaraları işlenmek suretiyle, kütükler arasında bağlantı sağlanır (KMK m.13/2).

Kat mülkiyetinin kurulmasını sağlayan diğer bir yol ise mahkeme kararıdır³⁵. Kural olarak paylı mülkiyette paydaşlardan her biri taşınmazın paylaşılmasını her zaman isteyebilir (TMK m.698). Paylı mülkiyete konu taşınmaz aynen paylaşılır, mümkün değilse satılmak suretiyle elde edilen bedel paydaşlar arasında payları oranında bölüştürülür (TMK m.699). Paydaşlar, aralarında anlaşılırsa taşınmazın mülkiyetini kat mülkiyetine çevirebilirler. Aksi halde, paydaşlardan her biri taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesini hâkimden talep edebilir. KMK m.7/1 hükmüne göre, kat mülkiyetine veya kat irtifakına tabi olan gayrimenkulde ortaklığın giderilmesi istenemez. Ancak bağımsız bölümler için ortaklığın giderilmesi istenebilir (KMK m.7/2).

Devre mülk hakkını düzenleyen KMK m.57 vd. hükümlerini de, belirlilik ilkesinin istisnası kapsamında değerlendirmek gerekmektedir. Bu bağlamda, mesken olarak kullanılmaya elverişli bir yapı veya bağımsız bölümün ortak maliklerinden her biri lehine bu yapı veya

34 24.04.1978 tarih ve 3/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında; zemininde bina bulunan ancak kat mülkiyeti ya da kat irtifakı henüz kurulmamış bir taşınmazda bağımsız bölüm satış vaadi geçerli kabul edilmiştir. Bkz. www.hukukturk.com (Son Erişim Tarihi: 07.06.2019). Kat mülkiyeti kütüğüne şerh edilebilen bu sözleşme, noterde düzenleme biçiminde yapılmalıdır. Bkz. **Erman**, s. 138.

35 **Erman**, s. 140.

bağımsız bölümden yılın belli dönemlerinde istifade hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı bir irtifak hakkı olarak kurulabilir (KMK m.57). Devre mülk hakkı ancak mesken nitelikli, kat mülkiyetine veya kat irtifakına çevrilmiş ya da müstakil olan yapılarda kurulabilir (KMK m.58/2). Devre mülk üzerinde bu hakla bağdaşan aynı haklar tesis edilebilir (KMK m.58/3). Devre mülk hakkı bağlı olduğu müşterek mülkiyet payına bağlı olarak devir ve temlik edilebilir ve mirasçılara geçer (KMK m.58/4). Devre mülk hakkı, eşyaya bağlı irtifaklarda olduğu gibi paya bağlı bir hak olup, bağımsız bir hak değildir. Bu nedenle, örneğin, devre mülk ayrı ve bağımsız olarak rehne konu edilemez, ancak payın rehin verilmesiyle devre mülk kendiliğinden rehnedilmiş olur³⁶.

D. DÖNER MALVARLIĞININ REHNİ

Malvarlığının aktif kısmında haklar, pasif kısmında borçlar bulunmaktadır. Ticari işletmenin malvarlığı, işletme sahibi gerçek veya tüzel kişinin ticari faaliyete özgülediği değerlerin toplamından oluşmaktadır. Ticari işletmeye ait olan değerler, işletme sahibinin malvarlığına dâhil olup, bunlar özel bir malvarlığı grubu oluşturmaz³⁷. İşletmeye özgülenmiş malvarlığı

36 **Acar, Faruk:** Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 99.

37 Ancak bu kural, teminat amacıyla yapılan inançlı işlemlerde iki sakıncalı duruma yol açabilmektedir. Birincisi, mülkiyet başlangıçta inanılana devredildiği için, üçüncü kişilerin inanılardan hak kazanımları ve mal üzerindeki hakkın bir daha elde edilememesi tehlikesidir. İkincisi, inanılanın iflası durumunda teminat amacıyla devredilen hak veya mülkiyet hakkı da iflas masasına dâhil olduğundan, inananın bunları masadan çıkarma hakkı bulunmamasıdır. Bkz. **Tandoğan, Halûk:** *İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK.md.393'den Yararlanma Olanağı*, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 79 vd.; **Oktaç Özdemir, Saibe:** *Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, MHB Dergisi, Aysel Çelikelé Armağan Özel Sayısı, C. 19, S. 1-2, 2001, s. 657-683, s. 660. Hukukumuzda, bu sakıncaları giderecek bazı istisnai düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde, inanılanın inancın malvarlığının, şahsi malvarlığından ayrı bir grubu oluşturması söz konusudur. Bunlardan ilki, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) m.53/1 hükmüdür. SPKn m.53/1 uyarınca, yatırım fonunun malvarlığı, portföy yönetim şirketi ve portföy saklama hizmetini yürütecek kuruluşun mal varlığından ayrıdır. İkincisi, SPKn m.58/1 hükmüdür. Bu hükme göre ise inancın mülkiyet esasına göre kurulan konut finansmanı fonları ve varlık finansmanı fonlarında fonun malvarlığı; kurucunun, fona hizmet sağlayıcıların ve fon portföyüne alacaklarını veya varlıklarını devredenlerin malvarlığından ayrı tutulmuştur. Böylece, yatırımcıların korunması amaçlanmıştır. Mülkiyetin alacaklıya geçtiği teminat sözleşmesinde, teminat verenin haklarının alacaklının iflasından etkilenmemesini öngören SPKn m.47/5 hükmü üçüncü istisnayı teşkil etmektedir. SPKn m.47/5'in ikinci cümlesi uyarınca, SPKn m.47/5'in birinci cümlesinin yeniden yapılandırma ve tasfiye kararları verilmesinden sonra aynı gün gerçekleşen işlemler bakımından da geçerli olması öngörülmüştür. Ancak, bunun için iki koşul getirilmiştir. Birincisi, teminatın söz konusu kararlardan önce verilmiş olmasıdır. İkincisi ise alacaklının iyi niyetli olmasıdır. Alacaklı, teminat veren hakkında SPKn m.47/5'in birinci cümlesinde belirtilen nitelikte bir karar alındığını bilmiyorsa veya bilmesi gerekmiyorsa iyi niyetli olarak nitelendirilir ve SPKn m.47/5'in ikinci cümlesinde düzenlenen korumadan yararlanır. İsviçre'de, yatırım fonlarında, inanılan bankanın iflası durumunda inananın korunması için, bankanın inancın malvarlığı ile inancın olmayan malvarlığının ayrışması söz konusudur. Bkz. **Thévenoz, Luc/Dunand, Jean-Philippe:** *The Swiss Fiducie: A Subtle Conceptual Blend of Contract and Property*, Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires, Bruxelles 1999, s. 326, 335 ve 336; **Gürsoy, Kemal Tahir:** Yatırım Fonları, Ankara 1977, s. 118 vd. Ayrıca bkz. **Graziadei, Michele/Mattei, Ugo/Smith, Lionel:** *Commercial Trusts in European Private Law: The Interest and Scope of the Enquiry*, Commercial Trusts in European Private Law, New York 2005, s. 24. Ayrıca, İsviçre'de, bankaların elde ettiği malvarlığı değerleri bakımından da, inancın malvarlığı değerleri ayrı bir grup oluşturmaktadır. İsviçre'deki Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Hakkında Kanun gereğince, bankanın iflası veya bankaya karşı icra takibi yapıldığında, bankaların inancın olarak elde ettiği taşınır malvarlığı, kıymetli evrak ve alacaklar, bankanın malvarlığından ayrılmaktadır. Ayrıca, İsviçre İcra ve İflas Kanunu m.284b'de lehdara

unsurları maddi-maddi olmayan unsurlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Maddi olmayan unsurlar; ticaret unvanı, işletme adı, marka, patent, know-how, tasarım, müşteri hakkı (*good will*), fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, alacak hakları, kiracılık hakkı gibi cismani varlığı olmayan değerlerdir. Maddi unsurlar ise cismani varlığı olan değerlerdir. Örneğin, işletme sermayesi, tesisat, hammadde, stok vs. İşletme malvarlığının maddi unsurları kendi içinde duran malvarlığı-döner malvarlığı şeklinde ikiye ayrılmaktadır. TTK m.73/2 uyarınca, duran malvarlığı içinde, işletmeye sürekli olarak özgülenmiş varlıklar yer alır. Örneğin, binalar, makineler, aletler, demirbaşlar gibi. Döner malvarlığı ise işletmenin üretiminde kullanılan, işlenen veya şekli değiştirilen maddi unsurlardır. Örneğin, hammadde, stok mallar, sarf malzemeleri, işlenmiş mallar gibi³⁸.

Döner malvarlığının hukuki işleme konu olması noktasında iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.11/3-c.2'de ifade edilen husustur. TTK m.11/3-c.2'de, ticari işletmenin bir bütün halinde devrinde, devir sözleşmesinin içerdiği malvarlığı unsurlarının neler olduğu sayılmıştır. Bunlardan biri de, duran malvarlığı unsurudur. Ancak, söz konusu düzenlemede, tarafların aksini kararlaştırabilecekleri öngörülmüştür. Dolayısıyla taraflar, devir sözleşmesi kapsamına girebilecek malvarlığı unsurlarından birini döner malvarlığı olarak kararlaştırabilir. İkinci olarak, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK)'nü yürürlükten kaldıran 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) 1.1.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁹. TİTRK m.5 hükmü, taşınır rehninde belirlilik ilkesine önemli bir istisna getirmiştir. Şöyle ki, taşınır rehninde, rehin konusunun belirliliğini sağlayan, işletmede sabit duran malvarlığıdır. Ancak TİTRK m.5 hükmü ile hammadde, sarf malzemesi ve stok gibi döner malvarlığının teslimsiz rehin konusu yapılması mümkün hale gelmiştir⁴⁰. Hâlbuki döner malvarlığı, rehin ilişkisi süresince rehin verenin mülkiyetinde kalabilecek özellikte değildir. Çünkü döner malvarlığı, hammadde ise işlenir, sarf malzemesi ise sarf edilir, stok ise üçüncü kişilere devredilebilir⁴¹. Söz konusu düzenlemeyle birlikte, işletmedeki döner malvarlığı da, taşınır rehninde belirliliği sağlayabilmektedir.

E. TİCARİ İŞLETMENİN BÜTÜN HALİNDE REHNI

TİTRK m.5/1-1 hükmüne göre, üzerinde rehin kurulabilecek taşınır varlıklardan biri de, ticari işletme veya esnaf işletmesidir. TTK m.11'de ticari işletme, m.12'de tacir ve m.15'te ise esnaf kavramları tanımlanmıştır. Buna göre; ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan

ayırma hakkı tanınmıştır.

38 **Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2018, s. 26-30; **Ülgen, Hüseyin ve diğerleri:** Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2015, s. 183.

39 Bkz. 28.10.2016 tarihli ve 29871 sayılı Resmî Gazete.

40 Ancak TİTRK m.8/3 uyarınca, diğer kanunlarda bir sicile tescili zorunlu olan taşınır varlıklar üzerinde TRK kapsamında "Rehlinli Taşınır Sicili"ne tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez. Örneğin, madene dayalı bir hammadde veya motorlu taşıtlardan oluşan bir stok varsa, bu varlıklar üzerinde TİTRK m.8/3 uyarınca rehin kurulamaz. Bkz. **Şit İmamoğlu, Başak:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 31.

41 **Şit İmamoğlu,** s. 29.

düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir. Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, daha önce Bakanlar Kurulu kararnamesi⁴² ile belirlenirken, 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) m.192 hükmü ile yapılan değişiklik neticesinde söz konusu sınırın Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenmesi öngörülmüştür. Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri m.11/2 uyarınca çıkarılacak Cumhurbaşkanı kararında⁴³ gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır⁴⁴.

Ticari işletme ve esnaf işletmesinin bütünü üzerinde rehin kurulması durumunda, rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır. Ticari işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir (TİTRK m.5/2). Şayet, TİTRK m.5/1'de yer alan diğer taşınır varlıklar borcu karşılıyorsa, işletmenin bütünü üzerinde rehin kurulması yasaklanmıştır. Böylece, tacirin düşük tutarlı bir borç için işletmesinin tümü üzerinde rehin kurmasının önüne geçilmek istenmişse de, "Değer tespiti" başlıklı TİTRK m.13/1 hükmüne göre, rehlin kurulmasından önce değer tespiti yapılması zorunlu tutulmamış, tarafların iradelerine bırakılmıştır. Dolayısıyla, tarafların rehin hakkının kurulması öncesinde değer tespiti yaptırmamaları durumunda, tacirin düşük tutarlı bir borcu için, işletmesinin tümü üzerinde rehin kurması tehlikesi ortadan kalkmamaktadır⁴⁵.

Tacir ve esnaf işletmesinin bütünü üzerinde rehin kurulabilmesi, belirlilik ilkesine TİTRK m.5/1-1 ve m.5/2 ile getirilen bir istisnadır. Şöyle ki, işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş her türlü varlığın rehnedilmesinde, rehin sözleşmesinde işletmenin ayırt edici özellikleri belirtmek suretiyle rehin tesis edilmişse, tarafların rehin kapsamına giren taşınır varlıkları liste halinde belirtmesine gerek yoktur. Böylece, rehin veren, rehin verdiği taşınır varlıkları liste halinde sayma (ferdeleştirme) külfetinden kurtulmaktadır⁴⁶. Burada, sıkı belirlilik ilkesine bağlılık ile ticari hayatın güncel gereksinimleri arasındaki menfaat çatışması açıkça görülmektedir.

42 21.7.2007 tarihli ve 26589 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2007/12362 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile esnaf ve tacir ayrımı belirlenmiştir.

43 Cumhurbaşkanı kararı, hukuki niteliği itibarıyla bir idari işlemdir. Yargısal denetimi ilk derece mahkemesi olarak Danıştay tarafından yapılmaktadır. Cumhurbaşkanı Kararları, Bakanlar Kurulu Kararlarının yerini almıştır.

44 Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 6.12.2017 tarihli ve E. 2016/4614, K. 2017/6953 sayılı kararı: "Bir kimsenin Vergi Usul Kanunu'na göre esnaf sayılması, TTK yönünden de esnaf kabul edilmesini gerektirmez. Ticaret siciline ya da Oda'ya kayıtlı olmamak da tacir olmamanın kesin bir kanıtı olmadığı gibi, vergi mükellefi olup olmamak da tacir ve esnaf ayrımında kesin bir ölçüt olarak kabul edilemez."

Bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Son Erişim Tarihi: 6.6.2019).

45 Şit İmamoğlu, s. 32.

46 Antalya, O. Gökhan/Acar, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 93-94.

III. KÜLLİ İNTİKALE DAYALI İSTİSNALAR

A. MALVARLIĞININ VEYA İŞLETMENİN DEVRALINMASI

TBK m. 202 “Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan...” demek suretiyle dar anlamda borcun dışında, bir malvarlığının veya işletmenin bütün aktif ve pasifiyle devredilmesini mümkün kılmıştır. TBK m.202 hükmü, malvarlığının pasif kısmının devralana geçişini ve borçlardan sorumluluğu özel olarak düzenlemekte ve borcun nakline ilişkin genel kurala istisna getirmektedir. Borcun naklinde uygulanan TBK m.195-197 hükümleri uyarınca, naklin alacaklıya karşı hüküm ifade edebilmesi için alacaklının rızası şarttır. Çünkü borçlunun kişiliği ve ödeme gücü alacaklı için önemlidir. Buna mukabil, TBK m.202, borcun naklindeki temel kurala istisna getirmek suretiyle işletmenin devri halinde alacaklıların rızasını aramadan borçların bir kül ve bütün halinde devredilebilmesine imkân sağlamaktadır. Böylece, malvarlığı veya işletmenin borçları tek bir devir anlaşması ile devredilebilmekte, her biri için ayrı ayrı borcun nakli anlaşması yapılmasına gerek bulunmamaktadır. TBK m.202, pasiflerin devrinde alacaklıların rızasını aramasa da, TBK m.202/2’de “*Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır.*” demek suretiyle işletme alacaklılarını korumayı da ihmal etmemiştir. İki yıllık süre, muaccel borçlar için duyuru (ilan veya bildirim)⁴⁷ tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için muacceliyet tarihinden itibaren işlemeye başlar. Devralan, bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğünü yerine getirmezse, iki yıllık süre işlemeye başlamaz (TBK m.202/4).

Bir malvarlığı veya işletmenin devri nedeniyle borçların nakledilmiş sayılabilmesi için, bir malvarlığı veya işletmenin devredilmiş olmasının yanı sıra, devrin ilan veya ihbar edilmiş olması aranır. Bir malvarlığı veya işletmenin devri nedeniyle borçların kendiliğinden bir kül olarak nakledilmiş sayılması için, “*..bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayınlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak*” hükmüyle alacaklılara bildirim veya ilan etmesini zorunlu tutmuştur. Alacaklılara bildiri veya ilan yoluyla duyurma yeterlidir. Her ikisini de gerçekleştirmek zorunlu değildir. Bunlardan biri yeterlidir. Madde hükmünde ilanın nasıl olacağı açıkça belirtilmiş, ancak bildirim nasıl yapılacağı hakkında bir şey söylenmemiştir. Bu nedenle, bildirimde herhangi bir şekil şartına ihtiyaç yoktur. Bildirim her türlü haberleşme araçları kullanılarak yapılabilir. Önemli olan malvarlığı veya işletmenin devrinin ilgililere duyurulmasıdır. İlan veya bildirim dışında devirden haberdar olanlara devrin sonuçları uygulanır.

Malvarlığı veya işletmenin sadece pasiflerinin devredilmesinde TBK m.202 uygulama alanı bulamaz. Çünkü TBK m.202 hükmü, aktif ve pasiflerin birlikte devrini öngörmektedir. Sadece borçların devrinde, borcun üstlenilmesine ilişkin TBK m.195 ve devamındaki genel hükümler uygulanır. Taraflar, sadece aktiflerin tümüyle devrini kararlaştırmışsa, o halde TTK m.11/3 uygulanır. Buna karşılık, aktiflerin bir kısmının devredilmesinde, TTK m.11/3 uygulanmaz,

47 TBK m.202/2’de isabetsiz şekilde “bildirme veya duyuru” denmiştir. Hâlbuki duyuru bir sonuç, yöntemleri ise “bildirme veya ilan”dır.

genel hükümlerdeki cüzi intikal ilkesi devreye girer. Pasiflerin tümünün veya bir kısmının devredilip devredilememesi hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmaya bir sonraki başlıkta yer vermekteyiz.

B. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ

Belirlilik ilkesinin külli intikale dayalı istisnalarından biri diğeri ticari işletmenin devridir. Ticari işletmenin devrine ilişkin düzenlemeler, TTK m.11/3, TBK m.202 ve m.203 hükümlerinde yer almaktadır. Bu hükümler birbiriyle bağlantılıdır. TTK m.11/3'te devir sözleşmesinin şekli ile aktiflerin devri, TBK m.202 hükmünde bir malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devredilmesi, TBK m.203'te ise bir işletmenin diğeri ile birleşmesi ve şekil değiştirmesi düzenlenmektedir. TBK m.202, TTK m.11/3'e göre genel hüküm niteliğinde olup, sadece ticari şirketlerin malvarlığı veya işletmesinin devrini değil, aynı zamanda ticaret şirketi dışındaki iktisadi işletmelerin, dernek veya vakıf tarafından işletilen işletmelerin ya da gerçek kişilerin malvarlığı veya işletmesinin devrini düzenlemektedir.

TTK m.11/3, TBK m.202 ve m.203 hükümleri, işletme düzeyindeki birleşme ve devralmaları düzenlemekte, işletme sahibini veya ortaklarını etkilememektedir. Buna karşılık, TTK m.136 vd. hükümlerinde düzenlenen ticaret şirketlerinin birleşmelerinde, birleşen şirketler tek çatı altında toplandığından, malvarlığının yanı sıra işletme sahibi tüzel kişiler de bundan etkilenmektedir. Örneğin, bir şirket başka bir şirketin, derneğin, vakfın veya gerçek kişinin işletmesini devralırsa TBK m.202 uygulama alanı bulur. Ancak bir şirket başka bir şirkete ait işletmeyi devralır ve o şirket sona erdirilirse TTK m.136 vd. hükümleri uygulanır. Bu noktada, TTK m.194/1 ile TTK m.11/3 hükmü arasındaki farka değinmek gerekir. TTK m.194/1 uyarınca, bir ticari işletme, bir ticaret şirketiyle, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşebilir. Bu işlem TTK m.11/3'teki ticari işletme devrinden farklıdır. Çünkü TTK m.194/1 hükmünde, işletmesini devredene, devralan şirketin ortaklık hakları tanınmasına rağmen, TTK m.11/3'teki işletme devrinde, devredene satış bedeli ödenmektedir⁴⁸.

Ticari işletmenin aktif ve pasifiyle bir bütün olarak devri, ticari faaliyetin sona erdirilmesi, değiştirilmesi veya başka nedenlerle söz konusu olabilir. Ticari işletmenin kül ve bütün halinde devri, ticari işletmenin devamlılığını sağlamaktadır⁴⁹. TTK m.11/3-c.1'de, ticari işletmenin içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebileceği açıkça düzenlenmiştir.

Ticari işletmenin devri için yazılı şekil şartına tabi devir sözleşmesi yapılması zorunludur⁵⁰. Sözleşmenin devreden tarafında ticari işletmenin sahibi, devralan tarafından ise herhangi bir gerçek veya tüzel kişi yer alabilir. Devreden kişi, gerçek kişi tacir olabilir, bir ticari işletme işleten

48 Bahtiyar, s. 36.

49 Ülgen vd., s. 193.

50 Devir sözleşmesindeki yazılı şekil şartı, TBK m.12/2 anlamında bir geçerlilik şartıdır. Buna göre, yazılı şekilde yapılmayan devir sözleşmeleri kesin hükümsüzdür.

dernek veya vakıf olabilir ya da bir ticaret şirketi olabilir. Devralan kişi, tacir sıfatına sahip olmak zorunda değildir. Bununla birlikte, devre konu ticari işletme devralan adına ticaret siciline tescil edildiğinde, devralan kişi ticari işletmeyi henüz işletmeye başlamasa bile, TTK m.12/2 uyarınca tacir sayılır. Devir sözleşmesinin konusu ticari işletmedir. Ticari işletme dışındaki iktisadi işletmelerin devrinde, örneğin esnaf işletmesinin devrinde, TTK m.11/3 hükmü uygulama alanı bulmaz. Çünkü TTK m.15/1-c.2'de esnaf ve esnaf işletmesine uygulanacak hükümler arasında TTK m.11/3 sayılmamıştır. Bu bağlamda, bir esnaf işletmesi ancak genel hükümler çerçevesinde devredilebilir. Diğer bir deyişle, esnaf işletmesinin malvarlığı, TTK m.11/3'teki gibi bir bütün halinde devralana geçirilemez, malvarlığındaki aktiflerin her biri için cüzi halefiyet ilkesi uyarınca ayrı ayrı tasarruf işlemi yapılır. Buna karşılık, esnaf işletmesinin pasifleri devrin kapsamına dâhil edilirse, TBK m.202 hükmü çerçevesinde devralana bir bütün halinde intikal edebilir⁵¹.

Ticari işletmenin devri için sadece yazılı devir sözleşmesi yeterli olmayıp, TTK m.11/3-c.3 uyarınca devrin ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Ticaret siciline tescil edilmemiş bir ticari işletme, TTK m.11/3'teki külli halefiyete dayalı devir imkânından yararlanamaz, burada genel hükümlerdeki cüzi halefiyete dayalı intikal devreye girer. Öte yandan, bir işletme ticaret siciline tescil edilmiş bile olsa, TTK m.11/3 hükmünden yararlanmak yerine, genel hükümlerdeki cüzi halefiyet ilkesine göre devredilebilir. Zira TTK m.11/3 hükmü ticari işletmenin devrinde cüzi halefiyete dayalı genel hükümlere başvurulmasını yasaklamamaktadır. Ancak TTK m.11/3'te külli halefiyeten doğan bir devir kolaylığı varken, tarafların genel hükümlerdeki cüzi halefiyete başvuruları rasyonel değildir.

Bir ticari işletmenin sadece bir şubesinin TTK m.11/3 çerçevesinde devredilmesi mümkün gözükmemektedir. Çünkü TTK m.11/3'teki külli intikalde, devrin kapsamına hangi malvarlığı unsurlarının girdiğinin sözleşmede açıkça belirtilmesi şartı bulunmamaktadır. Zaten bulunsaydı belirlilik ilkesine istisna teşkil etmezdi. İşte bu nedenle, şubenin devrinde, devrin hangi malvarlığını kapsadığı bilinemeyecektir. Dolayısıyla, ticari işletmenin bazı birimlerinin devrinde TTK m.11/3 hükmü uygulama alanı bulamayacağından, genel hükümlere başvurulması gerekir⁵². Ancak devre konu şube malvarlığı TTK m.159-179'daki bölünme hükümleri uygulanmak suretiyle merkeze bağlı bir bütünün parçası olmaktan çıkarılabilir (şubenin malvarlığının merkeze ait olması ilkesinin parçalanması). Bu durumda, ticari işletmenin bazı birimlerinin devrinde, TTK m.11/3'teki külli intikale dayalı devir kolaylığından yararlanabilmek mümkün hale gelir⁵³.

Ticari işletmede devrin kapsamına baktığımızda, aktifler bakımından münferit bazı aktiflerin devre konu edilmesi halinde, külli intikal ilkesi gereğince TTK m.11/3 uygulanamaz. Ancak bu sonuç, işletmenin tüm malvarlığı unsurlarının devrin kapsamına dâhil olacağı anlamına gelmemektedir. Devrin kapsamına dâhil olacak malvarlığı unsurları, işletmenin devamlılığını sağlayacak nitelikteki malvarlığı unsurları olmalıdır⁵⁴. Aksi takdirde, TTK m.11/3 uygulama alanı

51 Ülgen vd., s. 197-198.

52 Ülgen vd., s. 198.

53 Ülgen vd., s. 199.

54 Arkan, **Sabih**: Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 42.

bulmaz. İşletmenin devamlılığını sağlamayan malvarlığı unsurlarının devri, genel hükümlerdeki cüzi halefiyet ilkesine göre gerçekleşir. Pasifler açısından durum aktiflerdeki kadar net değildir. Şayet taraflar devir sözleşmesinde pasifleri tamamen veya kısmen devrin kapsamı dışında tutmuşlarsa bu anlaşma geçerli olacak mıdır? Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Esas itibarıyla burada iki menfaatten hangisinin daha çok korunması gerektiği belirleyicidir. Birinci görüşe göre, TBK m.202 (eBK m.179) emredici bir hükümdür ve pasifleri devrin kapsamı dışında bırakan devir sözleşmeleri kesin hükümsüzdür⁵⁵. Bu görüş, devredilen ticari işletmenin alacaklılarının menfaatine üstünlük tanımaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre pasiflerin de, aktiflerle birlikte devredilmesi gerekmektedir. İkinci bir görüşe göre ise devir sözleşmesinde, pasiflerin tamamı veya bir kısmı devrin kapsamı dışına çıkarılabilir. İkinci görüşü savunanlara göre, işletmenin alacaklılarını aşırı bir korumaya tabi tutmanın anlamı yoktur. Aksi halde, ticari işletmenin devri işlemlerini kolaylaştırmak mümkün olamaz. Yine ikinci görüşe göre, ticari işletmeyi devralanı işletmenin kayıtlarında bile olmayan sürpriz borçlarla yüz yüze bırakmak doğru değildir. İkinci görüş, ticari işletmenin devri işlemlerinin kolaylaştırılması ve sürekliliğinin sağlanması menfaatine alacaklıların menfaatinden daha fazla üstünlük tanımaktadır. Bu iki farklı görüşü birbirinden ayıran temel unsur, farklı menfaatlere üstünlük tanımlarıdır. Biz burada ikinci görüşün daha isabetli olduğunu düşünüyoruz. Zira ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılması yaklaşımı, İsviçre'deki güncel yaklaşımla paralellik arz ettiği gibi, devrin kapsamında taraflara özgürlük sunan TTK m.11/3 hükmüyle de uyumludur. Sonuç olarak, ticari işletmenin devrinde, işletmenin bütünlüğünü ve sürekliliğini koruma sınırları dâhilindeki aktiflerin devredilmesi zorunlu olmasına rağmen, pasiflerin tamamen veya kısmen devredilmesi zorunlu değildir⁵⁶. Kaldı ki, TTK m.11/3 hükmü, ticari işletmenin devrinin kolaylaştırılması noktasında Alman ayrılık ilkesi yerine Fransız birlik ilkesini benimsemek suretiyle ticari işletmenin devrinde borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi aşamalarını tek bir aşamaya indirgemiş ve devir için tek bir sözleşmenin yapılmasını yeterli görmüştür⁵⁷. TTK m.11/3 hükmünde, tescilin kurucu nitelikte olduğu açıkça anlaşılamadığından, devir sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla malvarlığı unsurlarının devralana geçmesini sağlayan aynı bir tasarruf işlemidir⁵⁸. Yazılı devir sözleşmesi, ticari işletme içinde yer alan taşınmazların tescilsiz iktisabına imkân tanımaktadır⁵⁹.

55 **Acemoğlu, Kevork:** Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s. 39-41; **Bahtiyar**, s. 38; **Arkan**, s. 42.

56 **Ülgen vd.**, s. 205.

57 **Bahtiyar**, s. 39; **Arkan**, s. 42.

58 **Tekinalp, Ünal:** *Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek*, Batider, Cilt: 24, Sayı: 3, 2008, ss. 5-16, s. 13; **Arkan**, s. 42. Ayrıca bkz. **Bahtiyar**, s. 39: “Şu halde, devri kolaylaştırmak adına, aktiflerin de bir bütün halinde ve sözleşme ile ya da -hükümden tescilin de kurucu olduğu anlaşılamamakla birlikte - ticaret siciline tescil ile toptan devredilmiş sayılması yolu açılmış bulunmaktadır. Ne var ki, aktiflerin geçişi bakımından oldukça radikal böyle bir değişikliğin, uygulamada sakıncalar yaratabileceği, Eşya ve Borçlar Hukukunun temel ilkeleri ile çelişeceği ve özellikle, yeni bir tescilsiz kazanım hali öngörmesi ve sicile güvenin korunması ilkesi nedeniyle tapu sicili uygulamasında tereddütlere yol açacağı endişesi taşımaktadır.” Tescilin kurucu nitelik taşıdığı ve bu nedenle devir sözleşmesinin hukuken borçlandırıcı nitelikte bir sözleşme olduğu yönünde aksi görüş için bkz. **Ülgen vd.**, s. 208-209; **Demir, Koray:** *Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar*, İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, Cilt: LXXI, Sayı: 2, 2013, ss. 103-120, s. 114.

59 **Arkan**, s. 43; **Bahtiyar**, s. 39.

İkinci görüşün kabulü halinde, alacaklıların korunması noktasında çözümler yok değildir. İşletmenin devri taraflar arasında geçerli olmasına rağmen, karşı edimin uygun belirlenmemesi durumunda alacaklıların da 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m.277 vd. hükümleri çerçevesinde tasarrufun iptali davası açabilmeleri mümkündür. Ayrıca alacaklıların, İİK m.280/4-c.1 ve m.280/4-c.2 hükümlerinden faydalanmak suretiyle devir konusu malvarlığı unsurlarına alacaklarını tahsil amacıyla başvurabilmeleri mümkündür⁶⁰.

C. ŞİRKET BİRLEŞMELERİ

Belirlilik ilkesinin külli intikale dayalı istisnalarından bir diğeri ise şirket birleşmelerinde tüzel kişilikleri sona eren şirketlerin malvarlığının külli halefiyet ilkesi uyarınca devralan veya yeni kurulan şirkete tescil anında kendiliğinden (*ipso iure*) intikal etmesidir. Ticaret şirketleri, kanunda öngörülen şekilde kurulmakla birlikte, zaman içinde rekabet koşullarına ayak uydurmak veya mali durumunu iyileştirmek amacıyla yapısal değişikliklere başvurabilmektedir. Birleşme yoluyla yapısal değişiklik bunlardan biridir. Ticaret şirketlerinin birleşmesi, TTK m.136-158 hükümlerinde düzenlenmektedir. TTK m.136 uyarınca, ticaret şirketleri devralma veya yeni kuruluş şeklinde birleşebilir. Devralma şeklinde birleşmede, bir ticaret şirketi diğerini devralmak suretiyle birleşme gerçekleşir. Diğer bir deyişle, bir ticaret şirketi, malvarlığını diğer bir ticaret şirketine kül ve bütün halinde devretmektedir. Yeni kuruluş şeklinde birleşmede ise şirketler yeni bir şirket içinde bir araya gelmektedir. Bu yöntemde ise iki ticaret şirketi, malvarlıklarını kül ve bütün halinde yeni kurulacak bir ticaret şirketine devretmektedir⁶¹.

TTK m.153/1 uyarınca, birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanmaktadır. Birleşme sözleşmesinin⁶², birleşmeye katılan şirketlerin genel kurullarında onaylanması, birleşmenin hukuken gerçekleşmesini sağlamaz. Bu, gerekli ve fakat yeterli olmayan bir aşamadır. Birleşme, ticaret siciline tescil ile hukuki geçerlilik kazanmaktadır (TTK m.153/1, cüm.1). Tescil, birleşme ve hukuki halefiyet açısından kurucu niteliktedir. Bunun anlamı, TTK m.153/1, cüm.2'de ifade edilmiştir. Buna göre, tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden (*ipso iure*) devralan şirkete geçmektedir. Burada, şirket malvarlığının külli halefiyet ilkesi uyarınca intikali söz konusudur⁶³. Dolayısıyla, tescil ile birlikte, tüzel kişilikleri sona eren şirketlerin tüm hak, borç ve yükümlülükleri devralan veya yeni kurulan şirkete geçmektedir⁶⁴. Birleşme durumunda her iki şirketin alacaklılarının akıbeti, TBK m.203/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, bir işletme başka bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması ya da birinin diğerine katılması yoluyla birleştirilirse, her iki işletmenin alacaklıları, bir malvarlığının devralınmasından doğan haklara sahip olup, bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilirler.

60 Ülgen vd., s. 205.

61 Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 69-70; Şener, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 124-125.

62 Birleşme sözleşmesi, birleşmesi öngörülen şirketler arasında birleşmenin tüm planları ve önemli temel ilkelerini içeren, aynı etkisi olmayan, sadece borçlandırıcı etkisi olan atipik bir sözleşmedir. Bkz. Pulaşlı, s. 78.

63 Bahtiyar, s. 37.

64 Pulaşlı, s. 91; Şener, s. 129 ve 131.

D. MİRASIN KAZANILMASINDA KÜLLİ HALEFİYET

Mirasın kazanılmasının iki tekniği bulunmaktadır. Bunlar, mirasın kendiliğinden (otomatik) kazanılması ve külli halefiyet teknikleridir⁶⁵. Mirasbırakan öldüğü anda, mirasçılar, mirasa ilişkin herhangi bir bilgileri ve iradeleri olmasa bile mirası kendiliğinden, TMK m.599/1'in deyimiyile kanun gereğince kazanır. Külli halef kanuni mirasçılar ve atanmış mirasçılar dışında, cüz'i halef vasiyet alacaklıları da mirasın kendiliğinden kazanılması kuralından faydalanırlar⁶⁶. Ancak, cüz'i halef vasiyet alacaklılarının⁶⁷ kendiliklerinden kazandıkları hak, aynı hak değil, dolaylı ve kişisel bir alacak hakkıdır⁶⁸. TMK m.600/1 uyarınca, cüz'i vasiyet alacaklısı alacak hakkını, varsa vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı, aksi takdirde kanuni veya atanmış mirasçılara karşı ileri sürebilir. Vasiyet alacaklısının alacak hakkı, tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa, vasiyet borçlusunun mirası kabul etmesi veya mirası ret hakkının düşmesiyle talep edilebilir, (muaccel) hale gelir (TMK m.600/2)⁶⁹. Vasiyet borçlusu, borcunu yerine getirmese, vasiyet alacaklısı, vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini talep ve dava edebilir. Şayet vasiyetin konusu bir davranış olup, vasiyet borçlusu bu borcunu yerine getirmese, vasiyet alacaklısı zararın tazminini talep ve dava edebilir (TMK m.600/3).

Kendiliğinden kazanma sisteminde, mirasçı bir kabul beyanında bulunsa bile, bu kabul beyanı en fazla mirası ret hakkından feragat ettiği anlamına gelir. Yoksa mirasın kendiliğinden kazanılmasına yönelik bir irade beyanı teşkil etmez. Nitekim mirası ret hakkından feragat işlemi de, mirası ret gibi bir hukuksal işlem olup, onun tabi olduğu kurallara tabidir⁷⁰. Mirasın kendiliğinden kazanılması kuralının iki istisnası vardır. Bu istisnai durumlarda, mirasın kazanılması için mirasın açıkça kabul edilmesi gerekmektedir. Birinci istisna, TMK m.605/2 hükmüdür. Buna göre, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmi olarak tespit edilmişse, miras, karine olarak ve kendiliğinden reddedilmiş sayılır⁷¹. Söz konusu hüküm, mirasçıyı ağır bir borç sorumluluğundan kurtarmayı amaçlamaktadır. İkinci istisna ise TMK m.614/1 kuralıdır. Buna

65 **Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay:** Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 497; **İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 341-344; **Dural, Mustafa/Öz, Turgut:** Miras Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2018, s. 404; **Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 281-282; **İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman:** Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 138-141; **Hatemi, Hüseyin:** Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2018, s. 151; **Antalya, O. Gökhan:** Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 53 vd.

66 Aksi yönde bkz. **Kılıçoğlu**, s. 26 ve 283; **Dural/Öz**, s. 405; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 142.

67 Bir görüş, vasiyet alacaklısını cüzi halef ve hatta mirasçı olarak bile nitelendirmez, onu sadece külli haleflerin alacaklısı olarak görür. Bu görüşe göre, bizim hukukumuzda cüzi halefiyete tek örnek TMK m.601/2 hükmündeki mirasbırakanın yaptığı sigorta sözleşmesinden doğan hakkın vasiyet nedeniyle iktisabıdır. Bkz. **Dural/Öz**, s. 405-406, dnt. 1057. Buna karşılık, yazarların çoğu, Dural/Öz'den farklı olarak, vasiyet alacaklısını cüzi halef olarak nitelendirmektedir. Örneğin bkz. **Kılıçoğlu**, s. 283; **Hatemi**, s. 158; **Serozan/Engin**, s. 512; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 141-142; **Antalya**, s. 59.

68 **İmre/Erman**, s. 348, dnt. 1; **Hatemi**, s. 158; **Dural/Öz**, s. 406; **Serozan/Engin**, s. 497; **Antalya**, s. 356; Yargıtay 2. HD., T. 10.11.1999; E. 1999/9576, K. 1999/12093, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 4, 2000, s. 525.

69 Hukukumuzda, mirasçının takip dokunulmazlığı (İİK m. 53/1) olmasına rağmen, dava dokunulmazlığı sadece TMK m.600/2 hükmü kapsamında vasiyet borcunda öngörülmüştür. Hâlbuki Almanyada, tereke borcundan ötürü mirasçıya karşı mirasın kabul edilmesine veya kabul edilmiş sayılmasına kadar dava açılmaz. Dava açılrsa bile, açılan dava, dava şartı veya sıfat eksikliği gerekçesiyle reddedilir (BGB § 1958). Bkz. **Serozan/Engin**, s. 500.

70 **Serozan/Engin**, s. 498.

71 **İmre/Erman**, s. 343; **Serozan/Engin**, s. 498; **Dural/Öz**, s. 404; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 139.

göre, mirasçılar, mirası reddederken, kendilerinden sonra gelen mirasçılardan mirası kabul edip etmeyeceklerinin sorulmasını tasfiyeden önce isteyebilirler. Bu durumda, ret, hâkim tarafından daha sonra gelen mirasçılara bildirilir. Daha sonra gelen mirasçılar, bir ay içinde mirası kabul beyanında bulunmazsa, mirası reddetmiş sayılır (TMK m.614/2).

Kendiliğinden kazanma sistemi, terekeyi sahipsiz bırakmama anlayışına dayanmasına rağmen, kimseye isteği dışında bir hakkın dayatılmayacağı ilkesine ve mirasçının mirasbırakanın borçlarından kendi malvarlığıyla kişisel olarak sorumlu tutulmama menfaatine aykırılık teşkil etmektedir. Roma hukukunda, “askıda/bekleyen tereke” ilkesi kabul edilmekteydi. Mirasbırakanın aile yakını bulunmuyorsa, tereke kendiliğinden mirasçılara geçmezdi. Terekenin mirasçılara intikali gerekirdi⁷². Buna karşılık, kanun koyucumuz, “askıda/bekleyen tereke” ilkesi yerine, terekenin sahipsiz kalmaması, yani terekenin bir an bile sahipsiz kalmadan mirasçılara geçmesi ilkesine üstünlük tanımaktadır⁷³. Örneğin, TMK m.611/1 hükmüne göre, kanuni mirasçılardan biri, mirası reddederse onun payı, miras açıldığı zaman kendisi sağ değilmiş gibi hak sahiplerine geçer. Şunu da belirtmek gerekir ki, mirasın reddi kurumu, kimseye isteği dışında bir hakkın dayatılmayacağı ilkesinin ve mirasçının mirasbırakanın borçlarından kendi malvarlığıyla kişisel olarak sorumlu tutulmama menfaatinin az da olsa dikkate alınarak bir denge sağlanmaya çalışıldığını göstermektedir. Ancak mirasın reddi kurumu bile, terekenin sahipsiz kalmaması sisteminin katılığını tam olarak yumuşatamamaktadır.

Mirasın kazanılmasının diğer bir kuralı, külli halefiyet kuralıdır. Miras, sadece kendiliğinden değil, aynı zamanda küll ve bütün halinde (*successio per universitatem*) kazanılır⁷⁴. Külli halefiyette, mirasbırakanın malvarlığı, münferit birimlere ayrılmaksızın bütün olarak mirasçılara geçer⁷⁵. TMK m.599/1 hükmü, “miras bir bütün olarak kazanılır” demek suretiyle külli halefiyet ilkesini benimsemektedir. Külli halefiyet ilkesinden, kanuni ve atanmış mirasçılar yararlanabilir, cüz’i halef olan vasiyet alacaklıları yararlanamaz. Miras hukukunda külli halefiyet ilkesinin üç boyutu vardır⁷⁶. Birincisi, mirasbırakanın, aktifi ve pasifiyle tüm malvarlığı bütün olarak külli halef mirasçılara geçer⁷⁷. Pasifin kaynağı önemli değildir. Hukuki işlemlerden, haksız fiillerden,

72 Antalya, s. 54; Serozan/Engin, s. 499.

73 Serozan/Engin, s. 499.

74 Piotet, Paul: Précis De Droit Successoral, 2. Baskı, Berne 1988, s. 103-104.

75 Piotet, s. 18.

76 Serozan/Engin, s. 500-501.

77 Mirasbırakanın borçlarına halefiyet konusu, miras hukukundaki önemli teorik tartışmalardan biridir. Bizim konuya ilişkin tutumumuz şu şekildedir: Liberal ekonomik düzen ve teknolojinin gelişmesi, insanların birey odaklı bir yaşam tarzını tercih etmelerine neden olmaktadır. Bireyciliğin güçlenmesiyle birlikte, ailenin de dâhil olduğu kolektivist oluşumlar zayıflamaktadır. Bu nedenle, bir kişiyi, aile üyesi de olsa bir başka kişinin borcundan otomatikman sorumlu tutmak liberal olmayan kolektivist bir yaklaşımdır. Bizce, olması gereken hukuk bakımından, mirasbırakanın pasiflerinin külli halefiyet kapsamında olmaması gerekir. İngiliz ve İskandinav modelinde olduğu gibi, mirasçılar terekenin borçlarından sorumlu olmamalıdır. Bir yönetici atanmak suretiyle, terekenin borçlarının terekeden karşılanıp tasfiye edilmesi daha isabetli bir sistem olurdu. Bkz. Serozan/Engin, s. 508. Aslında, kanun koyucumuz, pasiflerin külli halefiyet kapsamında yer almasını öngörerek, alacaklıları korumak istemiştir. Ancak, diğer taraftan da mirasçılara ağır bir sorumluluk yüklemiştir. Burada şöyle bir haksızlık da yok değildir. Devlet (TMK m.631/2) veya vakıf (TMK m.105/3) mirasçı ise sadece terekeden intikal eden mallarla sınırlı sorumludur, ama bunlar dışındaki mirasçılar tüm kişisel malvarlığıyla sınırsız sorumludur. Bu yaklaşım, devletçi zihniyetin bir

sebepsiz zenginleşmeden ya da kanundan doğabilir⁷⁸. Nasıl ki hakların geçişinde teslime, tescile ve temlike ihtiyaç yoktur, pasiflerin geçişinde de borcun nakline ihtiyaç yoktur⁷⁹. Bu durum, külli halefiyetin bir gereğidir. İkincisi, özel halefiyet rejimleri kabul edilmez⁸⁰. Tereke üzerinde, tek mirasçının veya birden çok mirasçının külli halefiyeti vardır. Üçüncüsü, mirasın intikalinde; teslime, tescile ve temlike ihtiyaç yoktur⁸¹. Külli halefiyet ilkesi, bu üç boyutuyla, aleniyet ve belirlilik ilkelerini zedeleyici bir niteliğe sahiptir. Miras hukukunda külli halefiyet ilkesinin benimsenmesinin temel nedeni, mirası kendiliğinden kazanma kuralında olduğu gibi terekenin eksiksiz şekilde korunmasıdır. Dolayısıyla, mirasın kendiliğinden ve kül olarak kazanılması, terekeyi korumayı amaçlar. Külli halefiyet varsa, cüz'i ve özel halefiyet yoktur.

Külli halefiyetin hukuki sonucu noktasında, bir görüşe⁸² göre, tek veya çok mirasçının külli halefiyeti birbirinden farklı değildir, her iki durumda da tereke, özel bir malvarlığı oluşturur. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Bize göre, tek mirasçının külli halefiyeti ile çok mirasçının külli halefiyetinin hukuki etkileri birbirinden farklıdır. Şöyle ki, tek mirasçının külli halefiyetinde, mirasbırakanın terekesiyle mirasçının malvarlığı bir bütün oluşturur, iç içe geçer. Bu durumda, mirasbırakanın malları, mirasçının malları olur. Buna karşılık, çok mirasçının külli halefiyetinde, özel bir malvarlığı oluşturan elbirliği ortaklığı söz konusu olur (TMK m.640)⁸³ ve mirasçının kişisel malvarlığı ile tereke malvarlığı bütünleşmez⁸⁴. Birden çok mirasçının külli halefiyetinde, TMK m.641/1 gereğince mirasçılar borçlardan müteselsilen sorumludur⁸⁵. Bu durumda, TMK m.5 atfıyla TBK m.162 vd. hükümleri uygulama alanı bulur. Mirasçılar, mirasbırakanın borçlarından kural olarak kişisel malvarlıklarıyla ve sınırsız olarak sorumludur⁸⁶. Müteselsil sorumluluk, mirasbırakanın ölümüyle başlar ve mirasın paylaşılmasından sonra da devam eder (TMK m.681/1). Ancak, alacaklı, alacağın mirasçılar arasında paylaşılmasına ya da mirasçı tarafından yüklenilmesine açık veya örtülü olarak rıza göstermesi durumunda, teselsül sona erer. Teselsül, paylaşmanın gerçekleştiği tarihin veya daha sonra yerine getirilecek borçlarda muacceliyet tarihinin üzerinden beş yıl geçmekle sona erer (TMK m.681/2).

ürünüdür. Bunun istisnaları, TMK m.629/2, 632/3 ve 635 hükümleridir. Bu sayılan durumlarda, devlet ve vakıf dışındaki mirasçılar için de, sınırlı sorumluluk öngörülmüştür. Öte yandan, terekedeki pasifler aktiflerden fazla ise bu durum mirasçılar için ciddi bir risk teşkil eder. Bkz. **Piotet**, s. 20.

78 Yargıtay HGK., T. 12.3.2008, 21-235/248, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 8, 2008, s. 1496; **Serozan/Engin**, s. 508.

79 **Kılıçoğlu**, s. 313; **Antalya**, s. 55.

80 Buna karşılık, pozitif hukukumuzda eşitlik ilkesine aykırı ayrıcalıklı intikal rejimleri bulunmaktadır. Örnekler için bkz. **Antalya**, s. 59; **Serozan/Engin**, s. 86.

81 **Kılıçoğlu**, s. 282 ve 312; **Antalya**, s. 55.

82 BGE 116 II 259 (**Serozan/Engin**, s. 502'den naklen).

83 Terekeye dâhil hak ve alacaklar üzerindeki elbirliği mülkiyeti, paylı mülkiyete dönüştürülebilir. Bkz. **Antalya**, s. 56, dnt. 142.

84 **Serozan/Engin**, s. 503.

85 Müteselsil borçluluk, mirasbırakanın bir mirasçısına olan borcunda işlemez. Bu durumda, diğer mirasçılar, miras payları oranında sorumlu olur. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 315.

86 **Piotet**, s. 20.

Tek mirasçı külli halefiyetin hukuki etkileri şunlardır⁸⁷: (1) Alacak ve borç mirasçının şahsında birleştiği için, mirasçının mirasbırakana borcu sona erer (TBK m.116). (2) Mirasbırakan, sağlığında tek mirasçıya taşınmazı üzerinde sınırlı bir aynı hak tanıdıysa, terekenin tek mirasçıya geçmesiyle sınırlı aynı hak ortadan kalkar, mülkiyet hakkı eskisi gibi sınırlamaya tabi olmaksızın devam eder. (3) Mirasçının, mirasbırakanın malvarlığı ile ilgili tasarruf yetkisi eksikliği ortadan kalkar. (4) Tek mirasçı, takas yetkisini kullanabilir. Mirasçı, üçüncü kişiye karşı kişisel borcunu, mirasbırakanın bu kişiden olan alacağıyla takas ederek borcu sona erdirebilir.

Miras hukukunda külli halefiyetin istisnalarından biri, cüz'i halef vasiyet alacaklıdır. Vasiyet alacaklısı, mirası kendiliğinden kazansa da, külli halefiyetten yararlanamaz⁸⁸, sadece mirasbırakanın terekedeki belirli değerler üzerinde alacak hakkına sahip olur. Bunun bir istisnası, TMK m.601/2 hükmüdür. Buna göre, vasiyet alacaklısı, kendisine miras kalan sigorta alacağı kapsamında, sigorta sözleşmesinden doğan istem hakkını sigortacıya karşı doğrudan doğruya kullanabilir. Hukukumuzda, vasiyet alacaklısının aynı vasiyet hakkı kabul edilmemesine rağmen, TMK m.601/2 bunun bir istisnasıdır. Külli halefiyetin ikinci istisnası özel halefiyettir. Özel halefiyet, tereke dışında tutulan özel bir intikal rejimine bağlanmıştır. TBK m.356 hükmü, özel halefiyete örnek olarak verilebilir. Buna göre, ölen kiracının ortakları veya bu ortakların aynı meslek ve sanatı yürüten mirasçıları ve ölen kiracı ile birlikte aynı konutta oturanlar, sözleşmeye ve kanun hükümlerine uydıkları sürece, taraf olarak kira sözleşmesini sürdürebilirler.

Külli halefiyetin kapsamı TMK m.599/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, kanunda öngörülen ayrıntı durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar. Külli halefiyetin kapsamında sayılan unsurlar, sınırlayıcı şekilde değil, örnek kabilinden sayılmıştır. Bu listeye, beklenen haklar, fikri haklar ve yenilik doğuran haklar eklenebilir⁸⁹. Kişiyelik sıkı sıkıya bağlı haklar⁹⁰, intifa ve oturma hakları ile el değiştirdiklerinde özel güven bağlılığına aykırı düşecek nafaka (TMK m.176/3), kişisel iş görme (TBK m.440, 486, 500, 513), ölünceye kadar bakma (TBK m.618) ve eşya kullanma (örneğin kullanım ödencü – TBK m.385) ilişkileri

87 Serozan/Engin, s. 502; Antalya, s. 55-56.

88 Vasiyet alacaklısı, külli halef mirasçı olmasa da, Borçlar Hukuku anlamında sıradan bir alacaklı olarak da görülemez. Bir kere, vasiyet alacaklısı, TBK'nda değil, TMK'nun Miras Kitabı'nda düzenlenmektedir. Vasiyet alacaklısı da, mirası kendiliğinden kazanma kuralına tabidir. Vasiyet alacaklısı da, mirası ret hakkına sahiptir, mirastan çıkarılma ve mirastan yoksunluk yaptırımlarına tabidir. Vasiyet, ölüme bağlı tasarrufa konu olabilmektedir. Vasiyet alacaklısının kim olacağını mirasbırakan bizzat belirlediğinden, atanmış mirasçı için geçerli olan kişiyelik sıkı biçimde bağlılık kuralı, vasiyet alacaklısı için de geçerlidir. Bkz. Serozan/Engin, s. 503-504. Aksi yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 26.

89 Manevi tazminat isteminin mirasçılara geçip geçemeyeceği konusu uzun süre tartışılmıştır. Ancak gelinen son durumda, TMK m.25/4 hükmüne göre, manevi tazminat isteme hakkının mirasçılara geçmesi için mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olması gerekir. Diğer bir deyişle, Mirasbırakan, manevi tazminat davasını açtıktan sonra ölmüşse, mirasçılar davayı devam ettirme hakkına sahiptir. Buna karşılık, mirasbırakan, manevi tazminat isteminde bulunmadan önce ölmüşse, artık manevi tazminat talep hakkı mirasçılara geçmez. Ancak mirasbırakan ölmeden önce manevi tazminat istemine dair dava açmasa bile bu istemini söylemiş veya bildirmiş ya da ihtar çekmişse, bu halde manevi tazminat talep hakkı mirasçılara geçer. Bkz. İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 140; Dural/Öz, s. 405.

90 Mirasbırakanın, manevi fikri hakları, adı, imzası, ses kaydı gibi metalaşan kişilik değerleri mirasçılara geçebilirken, onuru, saygınlığı, organları ve cesedi gibi henüz metalaşmamış kişilik değerleri mirasçılara geçmez. Ayrıca, velayet hakkı, özel ve kamusal makamlarda icra edilen görevler mirasçılara geçmez. Bkz. Serozan/Engin, s. 506.

gibi belli parasal edim ilişkileri külli halefiyetin kapsamı dışında kalır⁹¹ Düzensiz irtifaklar, vekâlet ve temsil yetkisi, kişi ortaklığı payı, dernek üyeliği ise hukuki ilişkideki tarafların rızasına bağlı olarak külli halefiyetin kapsamına dâhil olabilmektedir⁹².

TMK m.599/2'de ifade edilen zilyetlik, eşya üzerinde fiili hâkimiyet değil, zilyetliğe bağlanan hukuki korumalar/karineler/avantajlardır. Bu sayede, örneğin mirası kazandığından veya tereke değerlerinin varlığından ve nerede olduğundan haberdar olmayan yurt dışındaki bir mirasçı, terekedeki malın başkasına devri durumunda, taşınır davası açabilecektir. Mirasbırakanın eşyası, ölümünden sonra mirasçısının rızası hilafına yabancı biri tarafından üçüncü kişiye devredilirse, üçüncü kişi iyi niyetle aynı hak sahibi olamaz. Bu durumda, mirasçı, eşyayı üçüncü kişiye devredene karşı taşınır davası açabileceği gibi, zilyetliğin diğer hukuki korumalarından da yararlanabilir. Mirasçı, mirasbırakana ait olmayan bir eşyanın iyi niyetli bile olsa mülkiyetini kazanamaz. Çünkü külli halefiyette, hukuki işleme dayalı bir iktisap söz konusu değildir. Bu durumda, TMK m.988 kuralı işlemez.

IV. SONUÇ

Aynı hakkın üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesi için, üçüncü kişilerce tanınıp seçilebilmesi gerekir. Belirlilik ilkesi bu amaca hizmet eder. Ancak hukukumuzda, belirlilik ilkesine istisna teşkil eden uygulamalar yok değildir. Biz bu istisnaları, toptan isteme ve götürü işleme dayalı istisnalar ile külli intikale dayalı istisnalar olmak üzere iki grupta topladık. Toplu rehin, öncelenmiş hükmen teslim, kat mülkiyeti, döner malvarlığının rehni ve ticari işletmenin bütün halinde rehni, toptan isteme ve götürü işleme dayalı istisnalardır. Malvarlığının veya işletmenin devralınması, ticari işletmenin devri, şirket birleşmeleri ve mirasın kazanılması ise belirlilik ilkesinin külli intikale dayalı istisnalarını teşkil etmektedir.

Belirlilik ilkesi, bir yönüyle aynı hakkın üçüncü kişilere karşı etkili olabilmesinde önemli bir işleve sahiptir. Diğer yönüyle, formaliteler içerdiği için maliyetlidir. Teknolojinin hızla geliştiği ve ekonomik faaliyetin küresel boyut kazandığı bir dünyada, insanların ekonomik menfaatleri de değişmektedir. Hukuki işleme taraf olan kişilerin, günümüzdeki güncel ekonomik menfaati, işlemin hızlı, kolay ve en az maliyetle yapılmasıdır. Belirlilik ilkesinin formaliteleri, söz konusu menfaate uygun değildir. Bu nedenle, kanun koyucu, güncel ekonomik menfaati dikkate alarak belirlilik ilkesinin istisnalarını öngörmüştür. Bizce, konuya fayda-maliyet analizi çerçevesinde yaklaşmak gerekir. Her olayın kendi özelinde faysa-maliyet analizinin yapılarak bir sonuca varılması gereklidir. Daha açık bir anlatımla, belirlilik ilkesine istisna teşkil eden bir uygulama gündeme geldiğinde, belirlilik ilkesinin formalitelerinin uygulanmasının maliyeti ile belirlilik ilkesine istisna getirilmek suretiyle aynı hakkın üçüncü kişilere karşı etkili olması menfaatinin zedelenmesi maliyetinin karşılaştırmalı analizi yapılmalı ve en az maliyetli seçenek hangisi ise

91 Serozan/Engin, s. 504-506. Ayrıca, adi ortaklık ilişkisinin sona ermesini düzenleyen TBK m.639 hükmünü de, bu kapsamda saymak mümkündür.

92 Serozan/Engin, s. 507.

onun tercih edilmesi gerekir. Eğer en az maliyetli seçenek belirlilik ilkesinin formalitelerine uymak ise o halde belirlilik ilkesine istisna teşkil eden uygulamanın yasaklanmasını öngören düzenlemeler yapılmalıdır. Buna karşın, en az maliyetli seçenek belirlilik ilkesine istisna getiren uygulama ise bu durumda, söz konusu istisnanın kanun koyucu tarafından düzenlemeye konu edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Acar, Faruk:** Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Acar, Faruk:** Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, Ankara 2008.
- Acemoğlu, Kevork:** Borçlar Kanununun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya:** Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- Antalya, O. Gökhan:** Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- Antalya, O. Gökhan/Acar, Faruk:** Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2012.
- Bahtiyar, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2018.
- Davran, Bülent:** Rehin Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.
- Demir, Koray:** *Ticari İşletmenin Devrinde Yeni Dönem: Eski ve Yeni Sorunlar*, İÜHFİM, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, Cilt: LXXI, Sayı: 2, 2013, ss. 103-120.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut:** Miras Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2018.
- Erman, Hasan:** Eşya Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İstanbul 2018.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret:** Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Foëx, Bénédicte:** Le Contrat de Gage Mobilier, Bâle 1997.
- Graziadei, Michele/Mattei, Ugo/Smith, Lionel:** *Commercial Trusts in European Private Law: The Interest and Scope of the Enquiry*, Commercial Trusts in European Private Law, New York 2005.
- Gürsoy, Kemal Tahir:** Birden Ziyade Gayrimenkulün Aynı Borç İçin İpotek Edilmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1978.
- Gürsoy, Kemal Tahir:** Yatırım Fonları, Ankara 1977.
- Hatemi, Hüseyin:** Miras Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2018.
- Helvacı, İlhan:** Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan:** Miras Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2018.
- İşgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman:** Miras Hukuku, Ankara 2019.
- Jeunehomme, Jean-François:** Introduction au Droit Prive et a La Theorie Generale Des Obligations (Notes de Cours), 2. Baskı, Liège 2008.
- Kaşak, Fahri Erdem/Güvenç, İpek:** *Taşınmazların Birlikte Rehni (TMK m.855)*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, Sa. 1, ss. 61-92.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim:** Sınırlı Aynı Haklar, 2. Baskı, İstanbul 1982-1983.
- Kuntalp, Erden:** *Aynı Alacak İçin Birden Çok Taşınmaz Rehni*, Yiğit Okur'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1998, ss. 265-293.

- Kurşat, Zekeriya:** *Birlikte Rehin*, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, ss. 393-426.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.
- Oktay Özdemir, Saibe:** *Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri*, MHB Dergisi, Aysel Çelikele Armağan Özel Sayısı, C. 19, S. 1-2, 2001, ss. 657-683.
- Özer, M. Tolga:** *Taşınmazların Birlikte Rehni (Aynı Alacağı Teminat Altına Almak İçin Birden Fazla Taşınmazın Rehni)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Piotet, Paul:** *Précis De Droit Successoral*, 2. Baskı, Berne 1988.
- Pulaşlı, Hasan:** *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet, Ankara 2017.
- Sarı, Suat:** *Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi*, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, ss. 963-1011.
- Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.:** *Türk Eşya Hukuku*, İstanbul 1954.
- Serozan, Rona:** *Eşya Hukuku I*, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- Serozan, Rona:** *Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu*, Prof. Dr. Tahir Çağ'ının Anısına Armağan, İstanbul 2000, ss. 397-412.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay:** *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2018.
- Sirmen, A. Lâle:** *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Şener, Oruç Hami:** *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.
- Şit İmamoğlu, Başak:** *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, Ankara 2017.
- Tandoğan, Halûk:** *İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK.md.393'den Yararlanma Olanakları*, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977.
- Tekinalp, Ünal:** *Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek*, Batider, Cilt: 24, Sayı: 3, 2008, ss. 5-16.
- Thévenoz, Luc/Dunand, Jean-Philippe:** *The Swiss Fiducie: A Subtle Conceptual Blend of Contract and Property*, *Fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles 1999.
- Ülgen, Hüseyin ve diğerleri:** *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2015.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel:** *Şekli Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2018.

Artmiraşçı Atamada Önmiraşçının Taşınmazlara İlişkin Yaptığı Tasarruf İşlemlerinin Geçerliliği Sorunu

Considerations on the Validity of Acts of Dispositions Made by Provisional Heir on Immovable within the context of Appointment of Reversionary Heirs

Gülşah Sinem AYDIN*

Öz

Mülkiyet hakkı sahibine eşya üzerinde tasarruf yetkisi verir. Bu kapsamda malik, mülkiyeti altındaki taşınmaz üzerinde fiili ve hukuki tasarruflarda bulunabilir. Önmiraşçı da mirasın artmiraşçıya geçişi anına kadar, miras kapsamında yer alan eşyaların malikidir. Ancak önmiraşçının yönetme yetkisinin bir gereği olmaksızın, artmiraşçıya devretmekle yükümlü olduğu eşyalar üzerinde, artmiraşçının haklarını tehlikeye düşürecek şekilde tasarrufta bulunmaması gerekir. Buna rağmen önmiraşçı tasarruf yetkisine dayanarak tasarruf işlemleri yapabilir. Öğretide önmiraşçının bu tür tasarruflarda bulunması bakımından tasarruf yetkisinin kısıtlı olup olmadığı tartışmalıdır. Çalışmada önmiraşçının, yönetme yetkisi dışında kalan sebeplerle, miras kapsamında yer alan eşyaya ilişkin yaptığı tasarruf işlemlerinin geçerli olup olmadığı sorunu, taşınmazlar özelinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Artmiraşçı Atama, Önmiraşçı, Artmiraşçı, Tasarruf İşlemi, Tasarruf Yetkisi.

Abstract

Ownership grants an owner the authority to make any disposition on his/her assets. In this context, owner is entitled to make any actual and legal disposition on his/her immovable. The provisional heir is the owner of assets being part of the estate, until such estate is vested to the remainderman by operation of law. However, regarding the assets being part of the estate to be vested to the remainderman, the provisional heir should avoid any dispositions that may imperil the rights of the remainderman. In spite thereof, since the provisional heir possesses powers of disposal on such estate, he/she is empowered to perform any act of disposition. According to the scholars' views, it is controversial whether the provisional heir's powers of disposal is limited in terms of making such dispositions, or not. Limited with immovable, the study examines the problem of validity of acts of disposition, which are performed by the provisional heir on assets being part of the estate, excluding any disposition relating to the provisional heir's power of management.

Keywords: Appointment of Reversionary Heir, Provisional Heir, Remainderman, Act of Disposition, Powers of Disposal.

* Dr. Öğr. Üyesi, Beykent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sinemaydin@beykent.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-0336-6732)..

GİRİŞ

Artmirasçı atama, Türk Medeni Kanunu'nda² m. 521-525 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu m. 521/I uyarınca artmirasçı atamada mirasbırakan, ölüme bağlı tasarruf yaparak terekesinin tamamı ya da bir kısmı için birden fazla kişiyi art arda mirasçı olarak belirleyebilmektedir³. Bu durumda ilk sırada mirasçı sıfatına sahip olan önmirasçı, mirasın artmirasçılığa geçişi anına kadar, miras kapsamında yer alan taşınır ve taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu için, bu değerleri yönetme yetkisine de sahiptir⁴. Önmirasçı bu yetki uyarınca miras kapsamında yer alan taşınır ve taşınmazları konu alan zorunlu tasarruf işlemlerini yapabilir⁵. Sorun önmirasçının zorunlu olmayan ve artmirasçının haklarını tehlikeye düşürecek nitelikteki tasarruf işlemleri yapması (örneğin taşınmazı üçüncü kişilere devretmesi, taşınmazda sınırlı aynî hak kurması veya kişisel hakları şerh vermesi) durumunda ortaya çıkmaktadır. Söz konusu sorunun çözümü için önmirasçının miras kapsamında yer alan değerler üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlı olup olmadığının tespiti gereklidir.

Çalışmanın amacı önmirasçının, yönetme yetkisinin gereği dışında kalan sebeplerle, miras kapsamında yer alan taşınmaza ilişkin tasarruf işlemleri yapması halinde, bu tasarrufların geçerli olup olmadığını belirlemektir. Konu itibarıyla önmirasçının miras kapsamında yer alan değerlere ilişkin tasarruf işlemlerinde bulunması çalışmanın iskeletini oluştursa da, çalışmanın kapsamı tasarruf işleminin konusunun taşınmaz mülkiyeti olması hali ile sınırlıdır. Bu nedenle çalışmada önmirasçının ve artmirasçının miras kapsamında yer alan değerleri kazanması ile önmirasçının tasarruf yetkisinin kısıtlı olup olmadığına ilişkin bilgi ve görüşlere çalışmanın kapsamına dâhil olduğu ölçüde yer verilecektir.

Çalışmada ilk olarak önmirasçının (veya önvasiyet alacaklısının) miras kapsamında yer alan taşınmazın mülkiyetini kazanması ve bu kapsamda yerine getirmesi gereken yükümlülükler

- 2 Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, Resmî Gazete Tarihi: 08.12.2001, Sayı: 24607, Yürürlük Tarihi: 01.01.2002.
- 3 **Escher, A./Escher, Arnold**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, III. Band, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Zürich 1959, Art. 488, N. 3, Art. 491, N. 1; **Tuor, Peter/Schneyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009 (**Tuor, Peter**), §71, N. 24-25; **İmre, Zahit/Erman, Hasan**, Miras Hukuku, 14. Basım, İstanbul 2018, s. 150 vd.; **Dural, Mustafa/Öz, Turgut**, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2018, N. 791; **İnan, Ali Naim/Ertaş, Şeref/Albaş, Hakan**, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019, s. 236; **Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.)**, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich 2016 (**Hrubesch-Millauer, Stephanie**), Art. 488, N. 1; **Ayan, Mehmet**, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 137; **Antalya, O. Gökhan/Sağlam, İpek**, Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 201; **Kılıçoğlu, Ahmet**, Miras Hukuku, 8. Bası, Ankara 2018, s. 150 vd.; **Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek**, Türk Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 156.
- 4 **Köprülü, Bülent**, Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1985, s. 191; **Dural/Öz**, N. 810; **Hrubesch-Millauer**, Art. 491, N. 6; **Kostkiewicz, Jolanta Kren/Wolf, Stefan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.)**, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016 (**Studhalter, Philipp**), Art. 491, N. 3; **Gürpınar, Damla**, Artmirasçı Atama, Ankara 2018, s. 131.
- 5 **Köprülü**, s. 196; **Gürpınar**, s. 137; Mirasbırakanın tereke üzerinde tasarruf etme yetkisine sahip olduğuna ilişkin bkz. **Escher/Escher**, Art. 491, N. 4; **İmre/Erman**, s. 157; **Dural/Öz**, N. 810, N. 815; "... *Alelaide mirasçı gibi malları iktisap edecek olan davacının, veraset ve intikal vergisi vereceği muhakkak bulunduğuna göre bunu ödemek için veya malların idaresini kolayca yürütülebilmek için, kendisine intikal eden mallar üzerinde temlik tasarruflarında bulunması doğaldır. ...*", Yarg. HGK, 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881, legalbank.net (1.04.2019).

genel itibarıyla ele alınacak, ardından taşınmazın mülkiyetinin artmirasçıya geçmesinin hukukî niteliği belirlenecek ve son olarak önmirasçının miras kapsamında bulunan taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlı olup olmadığına ilişkin öğretilerde ileri sürülen görüşler ortaya konarak kanaatimiz açıklanacaktır.

I. Önmirasçının/Önvasiyet Alacaklısının Miras Kapsamında Yer Alan Taşınmazın Mülkiyetini Kazanmasına Genel Bakış

A. Artmirasçı Atama Tasarrufu Bakımından

Artmirasçılıkta önmirasçının mirasçılığı vade veya bozucu (infisahî) koşula bağlanırken; artmirasçının mirasçılığı vade veya geciktirici (tâlikî) koşula bağlanmaktadır⁶. Ölümüne bağlı tasarrufta mirasın geçiş anı belirtilmemiş ise miras, TMK m. 522/I uyarınca artmirasçıya önmirasçının ölümüyle geçmektedir. Gerek önmirasçı gerekse artmirasçı külli halef olmakta⁷ ve mirasçılık sıfatını sırayla kazanmaktadır⁸.

Önmirasçı, mirasbırakanın ölmesi ile ilk sırada terekenin tamamı ya da belirli bir kısmı üzerinde doğrudan doğruya hak sahibi olarak mirasçılık sıfatını atanmış mirasçı gibi kazanır⁹ (TMK m. 524/I, m. 599). Önmirasçıya geçiş kendiliğinden gerçekleşmekte¹⁰, artmirasçının mirasçı olması durumunda ise önmirasçının mirasçılık sıfatı sona ermektedir¹¹.

6 Escher/Escher, Art. 488, N. 3, Art. 491, N. 1, Art. 492, N. 4; Gönensay, Samim/Birsen, Kemaleddin, Miras Hukuku, İstanbul 1956, s. 148; Oğuzman, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 154; Kocayusufoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 291; Köprülü, s. 188-189; Dural/Öz, N. 804; İnan/Ertas/Albaş, N. 699, N. 710; Hrubesch-Millaue, Art. 488, N. 2, Art. 491, N. 5, Art. 492, N. 8; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018, § 4, N. 165a, N. 167; Kılıçoğlu, s. 153; Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Die Erben, 1. Teilband, 1. Teil, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (Weimar, Peter), Vorbem. zu Art. 488, N. 15; Çabri, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt – I, 1. Baskı, İstanbul 2018, N. 677; Eren/Yücer Aktürk, s. 157, s. 159; Belirtilmelidir ki doktrinde artmirasçı/artvasiyet alacaklısı atama tasarrufunun vadeye veya koşula bağlı bir mirasçı atama niteliğinde olduğu görüşüne karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler hakkında ileride detaylı bilgi verilecektir. Bkz. Başlık II.

7 Escher/Escher, Art. 488, N. 1, Art. 490, N. 1, Art. 492, N. 2, N. 5; İmre/Erman, s. 157 dn. 18; Antalya/Sağlam, s. 202; Serozan/Engin, § 4, N. 173; Weimar, Art. 489, N. 3, Art. 491, N. 2, Art. 492, N. 8; Aksi yönde görüşle yalnızca önmirasçının külli halef olduğu, artmirasçının ise vasiyet alacaklısı konumunda bulunduğu, burada bir açıklayıcı tescil/tescilsiz kazanım halinden söz edilemeyeceği, mülkiyetin tescil ile kazanılacağına ilişkin görüş olarak bkz. Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir (Hatemi), Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 560; Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin, (Hatemi), Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014, §11, N. 92-93, § 24, N. 4; Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014, s. 197.

8 Escher/Escher, Art. 488, N. 3; Hrubesch-Millaue, Art. 488, N. 1-2; Ayan, s. 137-138; Antalya/Sağlam, s. 201-202; Serozan/Engin, § 4, N. 165.

9 Escher/Escher, Art. 491, N. 1, N. 3; Tuor, § 71, N. 25; İmre/Erman, s. 156; Dural/Öz, N. 807; Weimar, Art. 491, N. 2; Eren/Yücer Aktürk, s. 159.

10 Escher/Escher, Art. 490, N. 1; Dural/Öz, N. 807; İnan/Ertas/Albaş, N. 712; Hrubesch-Millaue, Art. 491, N. 1; Ayan, s. 138; Eren/Yücer Aktürk, s. 158.

11 Escher/Escher, Art. 492, N. 6; Köprülü, s. 190-191; Dural/Öz, N. 808.

Önirasçı mirasçı sıfatını kazandığı andan itibaren tereke üzerinde hak sahibi olarak kendisine intikal eden eşyaların – çalışma özelinde taşınmazların – malikidir. Ancak önirasçı, geçiş anı olarak belirlenen vade geldiğinde ya da koşul gerçekleştiğinde bu mirası artmirasçıya geçirme yükümlülüğü altındadır¹². Miras kapsamında yer alan eşyaların artmirasçıya aynen teslim edilmesi gerekmektedir. Bununla beraber önirasçının yönetme yetkisi kapsamında yaptığı geçerli tasarruf işlemleri neticesinde eşya terekeden çıkıp, bunun yerini başka bir kaim değer almışsa önirasçının yükümlülüğü kaim değeri teslim etmek olur¹³.

Dolayısıyla önirasçının, artmirasçıya intikal edecek olan eşyalara ilişkin, artmirasçının haklarını zedeleyecek şekilde tasarrufta bulunmaması gerekir. Yine de önirasçı bu değerler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğundan, kanun koyucu onun bu tür tasarruflarda bulunabileceğini gözeterek, artmirasçının beklenen hakkını güvence altına almak amacıyla TMK m. 523'de çeşitli önlemlerin alınmasına ilişkin düzenleme getirmiştir¹⁴. Hüküm kapsamında getirilen önlemler, mirasın resmî defterinin tutulması, mirasın önirasçıya tesliminin güvenceye bağlanması ve mirasın resmen yönetilmesidir.

Önlem olarak ilkin, TMK m. 523/I uyarınca önirasçıya geçen mirasın sulh mahkemesince defteri tutulur. Bu önlem, artmirasçıya geçecek olan malvarlığının, önirasçının malvarlığına karışmamasını sağlar ve artmirasçıya geçişini güvence altına alır. Bu sayede artmirasçıya geçecek malvarlığının durumu, miktarı ve bu malvarlığı üzerinde yapılan tasarruflar tespit edilebilir. Böylece önirasçının artmirasçıdan mal kaçırması da önlenmekte ve ayrıca artmirasçıya ispat kolaylığı sağlanmaktadır¹⁵.

Türk Medenî Kanunu m. 523/II'ye göre mirasın önirasçıya teslimi, önirasçının güvence göstermesine bağlıdır. Mirasın artmirasçıya geçişi anında önirasçı ölmüşse, onun mirasçıları güvence göstermekle yükümlü olur (TMK m. 522/II). Güvence gösterilmesi, mirasın önirasçıya fiilen teslimi, miras kapsamında yer alan taşınmazlar özelinde ise açıklayıcı tescilin yapılması için bir zorunluluktur. Söz konusu zorunluluğun getirilmesi ile amaçlanan, mirasın artmirasçıya geçişini teminat altına almak¹⁶, doğrudan geçişin sağlanamaması halinde ise artmirasçının bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmektir¹⁷. Ancak önirasçının güvence göstermemesi onun

12 Escher/Escher, Art. 491, N. 1, Art. 491, N. 4; Saymen, Ferit H., Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1955, s. 136-137; Dural/Öz, N. 808, N. 811, N. 815; Hrubesch-Millauer, Art. 491, N. 3, N. 5; Weimar, Art. 491, N. 1, N. 5, Vorbem. zu Art. 488, N. 8, N. 16; İlgüzar, Hasan/Demir, Mehmet/Yılmaz, Süleyman, Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 70.

13 Escher/Escher, Art. 492, N. 10-11; Tuor, § 71, N. 25; İmre, Zahit, Türk Miras Hukuku, 3. Bası, 1972, s. 207; Dural/Öz, N. 811; Weimar, Art. 491, N. 7; Eren/Yücer Aktürk, s. 159.

14 Escher/Escher, Art. 490, N. 2; Hrubesch-Millauer, Art. 490, N. 1; Ayan, s. 138; Kılıçoğlu, s. 151.

15 Escher/Escher, Art. 490, N. 2-3; İmre/Erman, s. 158; Dural/Öz, N. 815; Hrubesch-Millauer, Art. 401, N. 2; Studhalter, Art. 490, N. 1; Mirasın resmî defterinin tutulmasında, intikal eden malların değerinin de gösterilmesi gerektiği, böylece gösterilecek güvencenin miktarının da belirlenebileceği yönünde bkz. Gürpınar, s. 178; Çabri, N. 694.

16 Escher/Escher, Art. 490, N. 2; Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 361; Dural/Öz, N. 815; Hrubesch-Millauer, Art. 490, N. 1; Antalya/Sağlam, s. 203.

17 Escher/Escher, Art. 490, N. 2; Weimar, Art. 490, N. 9.

mirasçı sıfatını kazanmasına engel olmaz. Güvence gösterilmemesi mirasın önmirasçıya fiilen teslim edilmesini engellemektedir. Ayrıca önmirasçı tarafından güvence gösterilmezse ya da gösterilmekle beraber gösterilen güvence yeterli olmazsa¹⁸, sulh mahkemesi önmirasçının miras payının resmen yönetilmesine karar verir¹⁹ (TMK m. 523/III).

Güvencenin çeşidi bakımından TMK m. 523/II'de bir sınırlama getirilmediği için, çeşitli şekillerde güvence gösterilebilir. Bu kapsamda verilen güvencenin rehin, kefalet, banka teminat mektubu, kıymetli evrak gibi aynı veya şahsî nitelikte olması mümkündür²⁰. Ayrıca TMK m. 523/II uyarınca taşınmazlar bakımından güvence şerh verilmesi yoluyla da yapılabilir. Önmirasçının mirası geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilebileceği gerek TMK m. 523/II ve TMK m. 1010/b. 3'de gerekse TST m. 48/(1)/b'de belirtilmiştir.

Miras kapsamında yalnızca taşınmaz bulunuyorsa güvence olarak sadece şerh verilmesi mümkündür. Buna karşılık taşınmazın yanı sıra miras kapsamında başka değerler varsa, şerhe ek olarak diğer güvence çeşitlerine de başvurulabilir²¹. Öte yandan taşınmaz bakımından güvence yerine geçmek üzere tapu kütüğüne şerh verilmesinin zorunlu olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bu tartışma kapsamında önmirasçının artmirasçıya şerh dışında güvence sağlamasına rağmen, artmirasçının yine de şerh verilmesini isteyip isteyemeyeceği ele alınmaktadır. Hâkim görüş bu hususta önmirasçının tercih yaparken özgür olduğunu, miras kapsamında taşınmaz olsa bile, güvence çeşitlerinden şerh verme yoluna başvurusunun zorunlu olmadığını, güvenceyi ister şerh yoluyla isterse başka bir güvence çeşidine başvurarak sağlayabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu konuda mirasbırakan tarafından bir sınırlama getirilerek, taşınmazlar bakımından tapu kütüğüne şerh verilmesi zorunlu tutulabilir²². Buna karşılık diğer görüşe göre mirasbırakanın aksi yönde bir iradesi yoksa artmirasçı şerhten başka bir güvence gösterilmesine razı olmadıkça, önmirasçı taşınmazlar için şerhin dışında diğer bir güvence çeşidine başvuramamalıdır²³.

Kanımızca hükmün lafzı önmirasçının bu konuda seçim hakkına sahip olduğu sonucuna götürmektedir. Ancak hükmün bu hali ile uygulanmasının gerek artmirasçı atama tasarrufunun

18 Hükümde miktar konusunda bir sınırlama getirilmiş olmamakla birlikte, işin niteliği gereği gösterilecek güvence, artmirasçının beklenen hakkını koruyacak miktarla orantılı olmalıdır, **Escher/Escher**, Art. 490, N. 7; **Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.)**, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2007, Art. 490, N. 4; **Studhalter**, Art. 490, N. 4; **Çabri**, N. 697; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 158.

19 **Escher/Escher**, Art. 490, N. 9; **Dural/Öz**, N. 822; **Hrubesch-Millauer**, Art. 490, N. 12; **Weimar**, Art. 490, N. 23.

20 **Escher/Escher**, Art. 490, N. 6; **Köprülü**, s. 193; **Dural/Öz**, N. 820; **Ayan**, s. 139; **Weimar**, Art. 490, N. 13.

21 **Escher/Escher**, Art. 490, N. 8; **Hrubesch-Millauer**, Art. 490, N. 10; **Gürpınar**, s. 189.

22 **Escher/Escher**, Art. 490, N. 8; **Gönensay/Birsen**, s. 151; **Gürsoy, Kemal Tahir**, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara 1955, s. 179; **Dural/Öz**, N. 820; **Hrubesch-Millauer**, Art. 490, N. 10; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 490, N. 4; **Doğan, Murat**, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004, s. 83; **Weimar**, Art. 490, N. 14; **Gürpınar**, s. 189.

23 **Homberger, A.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, 2. Auflage, Zürich 1938, Art. 960, N. 44; Kanunda güvenceye ilişkin hüküm artmirasçının lehine olarak konulduğuna göre, bu hükmün artmirasçının lehine kullanılması gerektiği, bu nedenle kanun koyucunun amacına uygun olarak artmirasçı tarafından da şerhin talep edilebileceği görüşünde **İmre**, s. 209.

amacı gerekse mirasbırakanın iradesi ile örtüşmediği kanaatindeyiz. Şöyle ki; artmırasçı atamada mirasbırakanın iradesi, miras kapsamında yer alan değerlerin geçiş anının gelmesi ile beraber önmirasçı tarafından artmırasçıya geçirilmesine yöneliktir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nda önmirasçı bakımından bu değerleri artmırasçıya geçirme yükümlülüğü (m. 524/II) ve artmırasçının haklarının teminat altına alınması amacı ile güvence gösterme yükümlülüğü (m. 523/II) getirilmiştir. Dolayısıyla gerek artmırasçı atama tasarrufunun amacından gerekse mirasbırakanın iradesinin yorumundan, mümkün olduğunca artmırasçıya miras kapsamında yer alan değerleri aynen aktaracak korumayı sağlamanın istendiği anlaşılmaktadır. Taşınmazlar bakımından taşınmazın aynen artmırasçıya devrini sağlayacak yegâne korumanın ise şerh olduğu açıktır²⁴. Zira ileride detaylı olarak açıklayacağımız üzere²⁵ şerhin verilmesi ile önmirasçının bundan sonraki tasarrufları artmırasçıya karşı ileri sürülemez hale gelmektedir. Buna göre şerhten sonra önmirasçı taşınmazı bir üçüncü kişiye devretse de TMK m. 1010/II uyarınca artmırasçı bu kişiye karşı yönelteceği tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile (TMK m. 1025) taşınmazın kendi adına tescilini sağlayabilir. Taşınmazlar bakımından önmirasçının göstereceği diğer güvencelerin ise, şerh kadar taşınmazın artmırasçıya devrini güvence altına almayacağı açıktır²⁶. Diğer güvencelerin gösterilmesi durumunda önmirasçı taşınmazda dilediği tasarrufu yapabilir ve artmırasçı geçiş anı geldiğinde taşınmazın aynına kavuşmayıp yalnızca zararını istemek durumunda kalabilir. Bu nedenle kanımızca kural olarak artmırasçı atamada önmirasçı her türlü güvenceyi gösterebilirse de, artmırasçının talep etmesi halinde tapu siciline şerh yoluna başvurulmalıdır. Bize göre *de lege ferenda* bir öneri olarak kanunda güvencenin çeşidi bakımından tercih özgürlüğü artmırasçıya bırakılmalı, ayrıca şerhin yanı sıra diğer güvencelerin de gösterilebilmesine açıkça imkân tanınmalıdır. Nitekim çoğu zaman taşınmazlar bakımından yalnızca şerh yeterli bir koruma sağlamayabilir²⁷. Önmirasçı taşınmaza malik olduğu süreçte taşınmazda değer kaybına yol açacak durumlar meydana gelebilir. Örneğin önmirasçının kendisi ya da şerhin konmasından sonra önmirasçının taşınmazı devrettiği üçüncü kişi taşınmaza zarar verirse şerh bu zararların karşılanmasını sağlamaz. Dolayısıyla taşınmazlar söz konusu olduğunda şerhin yanı sıra diğer güvence çeşitlerine de başvurulması artmırasçının yararına olacaktır²⁸.

24 Şerhin taşınmazlarda önmirasçı tarafından artmırasçının haklarının ihlâl edilmesi bakımından geniş ve kapsamlı bir koruma sunduğu yönünde **Escher/Escher**, Art. 490, N. 8; **Hrubesch-Millauer**, Art. 490, N. 10.

25 Bkz. Başlık III., B.

26 Şerhin taşınmazın aynının artmırasçıya devrini güvence altına aldığına ilişkin bkz. **Piotet, Paul**, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Basel 1978, s. 118; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 490, N. 4; **Gürpınar**, s. 190.

27 Aynı yönde şerhin, yalnızca artmırasçıya taşınmazın aynının devrini güvence altına alacağı, ancak önmirasçının ya da taşınmazı ondan edinen kişinin kusuru ile taşınmazda ortaya çıkabilecek değer azalmalarını karşılamayacağına ilişkin bkz. **Gürpınar**, s. 189-190; Artmırasçının şerhin yanı sıra ek güvence ihtiyacının bulunduğu yönünde **Piotet**, s. 118; Aksi yönde taşınmazlar bakımından şerhin yeterli bir güvence olduğu yönünde **Belgesay, Mustafa Reşit**, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Üçüncü Kitap, Miras, 4. Baskı, İstanbul 1952, s. 58.

28 Mevcut kanunî düzenlemenin yorumundan, şerhin tek başına yeterli olmaması halinde önmirasçıdan ek güvence talebinde bulunulabileceği sonucuna varan, kanımızca da isabetli görüş olarak bkz. **Gürpınar**, s. 190; Aksi görüşte şerh verildiği durumda artmırasçının başkaca güvence isteyemeyeceğine ilişkin bkz. **Gönensay/Birsen**, s. 151; **İnan/Ertaş/Albaş**, N. 716.

B. Artvasiyet Alacaklısı Atama Tasarrufu Bakımından

Türk Medenî Kanunu m. 521/III uyarınca artmırasçı atamaya ilişkin hükümler belirli mal bırakma tasarrufunda da uygulanma alanı bulmaktadır. Yani mirasbırakanın bu yolla belirli mal bırakma tasarrufunda bulunması da mümkündür²⁹. Bu durumda artık önmırasçı ile artmırasçıdan değil, önvasiyet alacaklısı ile artvasiyet alacaklısından söz etmek gerekir. Ancak söz konusu uygulamanın kurumun bünyesine uygun düştüğü ölçüde olacağı da belirtilmelidir. Zira artvasiyet alacaklısı artmırasçıdan farklı olarak cüz'î haleftir³⁰.

Artvasiyet alacaklısı atamada terekenin defterinin tutulmasına gerek yoktur. Ancak vasiyetin konusunu oluşturan şeylerin çok fazla olması halinde defter tutulmasında yarar görülmektedir³¹. Artvasiyet alacaklısı atamada da kazandırmanın önvasiyet alacaklısına teslimi için güvence gösterme zorunluluğu bulunur³². Bu kapsamda taşınmazı artvasiyet alacaklısına geçirme yükümlülüğünün tapu kütüğüne şerh verilmesi mümkündür³³.

II. Miras Kapsamında Yer Alan Taşınmazın Mülkiyetinin Artmırasçıya/Artvasiyet Alacaklısına Geçmesinin Hukukî Niteliği

Artmırasçı atamada önmırasçının mirasçılığının sona erdiği an, artmırasçı mirasçı sıfatını kazanır. Geçiş anının vade olarak belirli bir zaman şeklinde belirlenmesi mümkün olduğu gibi, koşula bağlanması da mümkündür³⁴. Mirasbırakanın mirasın artmırasçıya geçeceği anı belirlemediği durumda ise TMK m. 522/I uyarınca miras önmırasçının ölümü ile artmırasçıya geçer. Yine mirasbırakan tarafından belirlenen geçiş anının gelmesinden önce önmırasçının ölmesi de mümkündür. Bu durumda miras doğrudan artmırasçıya geçmemekte, önmırasçının mirasçılara teslim edilmekte (TMK m. 522/II) ve geçiş anının gelmesi ile birlikte artmırasçıya devir yükümlüğü artık önmırasçının mirasçılarının olmaktadır³⁵. Buna karşılık önmırasçı mirasbırakanın ölümü anında sağ değilse, mirastan yoksunsa ya da mirası reddetmişse miras doğrudan artmırasçıya geçer (TMK m. 525/III). Ancak bunun için yedek mirasçının da bulunmaması gerekir³⁶.

29 Tuor, § 71, N. 24; İmre/Erman, s. 150; Dural/Öz, N. 831; İnan/Ertas/Albaş, N. 703; Antalya/Sağlam, s. 202; Weimar, Art. 488, N. 16; Eren/Yücer Aktürk, s. 156.

30 Köprülü, s. 197; İnan/Ertas/Albaş, N. 711; Hrubesch-Millauer, Art. 491, N. 4; Ayan, s. 139-140; Yarg. 3. HD, 17.9.2013, E. 2013/9040, K. 2013/12823; Yarg. 3. HD, 02.04.2018, E. 2018/1129, K. 2018/3329 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, 1.04.2019).

31 Dural/Öz, N. 816; İnan/Ertas/Albaş, N. 715; Hrubesch-Millauer, Art. 490, N. 6; Studhalter, Art. 490, N. 2; Weimar, Art. 490, N. 7.

32 Escher/Escher, Art. 490, N. 7, Vorbem. Art. 488-493, N. 9; Gürsoy, s. 178-179; Hrubesch-Millauer, Art. 490, N. 11; Ayan, s. 140.

33 Gürsoy, s. 179; Doğan, s. 186; Aybay/Hatemi, (Hatemi), § 11, N. 91; Çabri, N. 699.

34 Dural/Öz, N. 823; Antalya/Sağlam, s. 202-203; Kılıçoğlu, s. 153; Studhalter, Art. 488, N. 1; Weimar, Vorbem. zu Art. 488, N. 15.

35 Escher/Escher, Art. 490, N. 8; Oğuzman, s. 155; Kocayusufpaşaoğlu, s. 294; Hrubesch-Millauer, Art. 489, N. 1.

36 Escher/Escher, Art. 492, N. 13; İmre/Erman, s. 163; Dural/Öz, N. 823; Hrubesch-Millauer, Art. 492, N. 4-5; Aynı şekilde TMK m. 521/III dolayısıyla önvasiyet alacaklısı mirasbırakanın ölümü anında sağ değil ise, mirastan yoksun

Öğretide mirasın geçiş anı geldiğinde miras kapsamında yer alan eşyaların-çalışma özelinde taşınmazların-mülkiyetinin artmırasçıya geçişinin kendiliğinden mi olacağı, yoksa burada önmırasçıya veya onun mirasçılarına karşı ileri sürülebilecek bir alacak hakkının mı söz konusu olduğu tartışmalıdır. Yine artvasiyet alacaklısının durumu da ayrıca ele alınmalıdır.

İlk görüşe göre³⁷ miras artmırasçıya TMK m. 522 uyarınca mirasbırakan tarafından belirlenebilecek geçiş anının gelmesi ile birlikte geçmektedir. Artmırasçı atamada, önmırasçının miras hakkı vade veya bozucu koşula bağlı iken, artmırasçının miras hakkı vade veya geciktirici koşula bağlıdır. Artmırasçının beklenen bir hakkı vardır (TMK m. 523/III). Geçiş anı olarak kabul edilen vadenin gelmesi ya da koşulun gerçekleşmesiyle, mirasın geçişi kendiliğinden kanun gereği olur (TMK m. 599). Dolayısıyla artmırasçının mirası kazanması için herhangi bir işleme gerek yoktur.

Söz konusu görüş taşınmazlar özelinde değerlendirilirse, geçiş anı gelerek artmırasçının mirası kazanması ile tapuda önmırasçı adına yapılmış tescil yolsuz hale gelecektir³⁸. Yani artmırasçıya geçiş aynı etkilidir. Bu nedenle vadenin gelmesi ya da koşulun gerçekleşmesi veya mirasbırakanın ölümü anında önmırasçının sağ olmamasıyla artmırasçı mirası kazanırsa (TMK m. 525/III), onun artık aynı bir talep hakkı olur. Mirasçılarının mirasbırakanın ölümüyle mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazandıklarını düzenleyen TMK m. 599 hükmü artmırasçının mirası kazanması bakımından da uygulanmalıdır. Böylece nasıl ki TMK m. 599 uyarınca önmırasçının ve diğer mirasçılarının mirası kazanması külli halefiyet yolu ile gerçekleşiyorsa, artmırasçının mirası kazanması da külli halefiyetle gerçekleşir³⁹. Dolayısıyla artmırasçı istihkak talebi ile taşınmazın adına tescil edilmesini isteyebilir. Taşınmazın artmırasçıya devrinin rıza ile yapılmaması halinde, artmırasçının yapması gereken, önmırasçı veya onun mirasçılarına karşı TMK m. 637'ye dayalı miras sebebiyle istihkak davası⁴⁰ açmaktır.

Artvasiyet alacaklısı atamada ise taşınmazın mülkiyetinin geçişi kendiliğinden olmamakta, vasiyet alacağından söz edilmektedir. Türk Medenî Kanunu m. 521/III'te artvasiyet alacaklısı bakımından artmırasçı atamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtildiğinden, geçiş anının gelmesi ile birlikte artvasiyet alacaklısının vasiyet alacağını kazandığı sonucuna varılmalıdır. Eş söylemle lehine belirli mal bırakılan artvasiyet alacaklısı, ölüme bağlı tasarrufta aksi belirtilmemişse geçiş

kalmışsa ya da mirası reddetmişse, vasiyetin artvasiyet alacaklısına geçeceğine ilişkin **Hrubesch-Millauer**, Art. 492, N. 7; **Çabri**, N. 732-N. 734.

37 **Escher/Escher**, Art. 491, N. 3, Art. 492, N. 2, N. 5, N. 7; **Belgesay**, s. 56; **Ayiter, Nuşin**, Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 1978, s. 86; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 292; **Köprülü**, s. 196; **Sirmen, Lâle**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 106; **İmre/Erman**, s. 162; **Dural/Öz**, N. 825, N. 827; **Hrubesch-Millauer**, Art. 492, N. 1; **Ayan**, s. 139; **Nomer, Halûk N.**, Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002, s. 137; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 491, N. 1-2; **Öztan, Bilge**, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 311; **Kılıçoğlu**, s. 153; **Weimar**, Art. 489, N. 3, Art. 492, N. 3, Vorbem. zu Art. 488, N. 15; **Çabri**, N. 684-685, N. 715; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 160.

38 **Escher/Escher**, Art. 492, N. 7.

39 **Escher/Escher**, Art. 492, N. 2, N. 5; **İmre**, s. 200-201; **Dural/Öz**, N. 830; **Hrubesch-Millauer**, Art. 492, N. 1; **Ayan**, s. 139.

40 **Akbiyık, Cem**, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003, s. 176.

anınin gelmesi ile önvasiyet alacaklısına karşı alacak hakkı sahibi olur (TMK m. 600)⁴¹. Vasiyetin yerine getirilmemesi halinde artvasiyet alacaklısı ifayı sağlamak için dava yoluna başvurmalıdır⁴².

Şu halde bu görüşe göre vasiyete konu şey bir taşınmaz ise, geçiş anında taşınmazın mülkiyetinin kendiliğinden artvasiyet alacaklısına geçmediği sonucuna varılır. Geçiş anının gelmesi ile önvasiyet alacaklısının taşınmazı devir borcu muaccel olmakta ve artvasiyet alacaklısı taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrini isteme konusunda alacak hakkı elde etmektedir. Önvasiyet alacaklısı taşınmazın mülkiyetini artvasiyet alacaklısına devretmez ise, geçiş anının mirasbırakan tarafından açıkça belirlendiği durumda – diğer bir ifade ile vadenin bulunması halinde – ihtara gerek olmaksızın, vadenin bulunmadığı geçişin koşula bağlı olduğu durumda ise artvasiyet alacaklısının ihtarı ile (TBK⁴³ m. 117) önvasiyet alacaklısı temerrüde düşer. Bunun üzerine artvasiyet alacaklısı TMK m. 716 uyarınca dava açarak mahkemeden taşınmazın mülkiyetinin kendisine devredilmesini ve bununla beraber borcun zamanında ifa edilmemesi sebebi ile uğramış olduğu zararların tazminini (TBK m. 118; gecikme tazminatı) isteyebilecektir. Böylece mahkeme kararı ile artvasiyet alacaklısı vasiyet konusu şeyin mülkiyetini kazanmış olur⁴⁴.

İkinci görüşe göre⁴⁵, geçiş anının gelmesi ile artmirasçı kendiliğinden mülkiyet hakkını kazanamaz. Burada bir tescilsiz kazanma hali yoktur. Bu görüş uyarınca bir kişi yalnızca kendisi için mirasçı atayabilir. Mirasbırakanın bir kimseyi mirasçı atadıktan sonra, örneğin bu kişinin ölümü ile terekesinin başka bir kişiye geçeceğini belirtmesi, mirasçı atama anlamına gelmez. Artmirasçı atamada yalnızca önmirasçı küllî halef, artmirasçı önmirasçıya veya onun mirasçılarına karşı ileri sürülebilecek bir alacak hakkı sahibidir. Eş söylemle artmirasçı atamada yalnızca önmirasçı atanmış mirasçı olmakta, artmirasçı yalnızca vasiyet alacaklısı olabilmektedir. Artmirasçı ya da artvasiyet alacaklısı atamada farklı sonuçların benimsenmesine gerek yoktur. Gerek artmirasçı gerekse artvasiyet alacaklısı geçiş anının gelmesi ile alacak hakkı sahibi olur. Nitekim tapu sicil sisteminde bozucu koşula bağlı tescil talebi mümkün değildir.

Üçüncü görüş⁴⁶ ise koşula bağlı mülkiyet hakkının İsviçre/Türk Hukuk'larına yabancı olduğunu belirtmektedir. Koşula bağlı bir hakkın tapu siciline tescil edilmesi mümkün değildir. Bu görüşe göre önmirasçı koşula bağlı bir hakkın değil, mülkiyet hakkının sahibidir. Ancak aynı zamanda mirasın önmirasçıdan artmirasçıya geçirilmesi yükümlülüğü söz konusudur. Geçiş anı geldiğinde mallar – çalışma özelinde taşınmazlar – kendiliğinden artmirasçıya geçer. Ancak

41 Dural/Öz, N. 831; Hrubesch-Millauer, Art. 488, N. 21, Art. 491, N. 4; Ayan, s. 139-140; Antalya/Sağlam, s. 202, s. 204 dn. 740; Kılıçoğlu, s. 150 dn. 139.

42 Çabri, N. 734.

43 Türk Borçlar Kanunu, Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012.

44 Çabri, N. 721; Burada TMK m. 716'ya dayanılmasının sebebi davanın temelinde aynı hak değişikliği yaratacak bir kişisel hakkın bulunmasıdır, Özmen, Etem Sabâ/Aydın, Gülşah Sinem, "Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)", İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2014/6, (s. 179-215) s. 198.

45 Hatemi/Serozan/Arpacı (Hatemi), Eşya, s. 560; Hatemi, Hüseyin, Miras Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2018, § 9, N. 11; Aybay/Hatemi (Hatemi), § 11, N. 92-93, § 24, N. 4; Vardar Hamamcıoğlu, s. 197.

46 İmre/Erman, s. 152-153.

geçişin kendiliğinden olması, bu kurumun koşul kavramı ile açıklanmasını zorunlu kılmaz, burada mükellefiyetin olduğu kabul edilmelidir.

Kanımızca ilk görüş ile aynı yönde olarak, artmirasçı atamada önmirasçının mirasçı sıfatının vade veya bozucu koşula bağlı iken, artmirasçının sıfatının vade veya geciktirici koşula bağlı olduğu kabul edilmelidir⁴⁷. Miras kapsamında yer alan taşınmazların mülkiyetinin artmirasçıya geçişi ise, geçiş anının gelmesi ile birlikte kendiliğinden ve kanun gereği olur. Tıpkı TMK m. 599 uyarınca mirasçının mirası bir bütün olarak kanun gereği kazanmasında olduğu gibi⁴⁸, artmirasçının mirası kazanması da küllî halefiyete dayanan bir tescilsiz kazanma halidir⁴⁹. Dolayısıyla geçiş anının gelmesi ile miras kapsamında yer alan taşınmaz bakımından tapuya yapılmış tescil yolsuz hale gelir. Sonrasında artmirasçı adına yapılacak olan tescil açıklayıcı (bildirici) tescil olmaktadır. Önmirasçının devir yükümlülüğünü kendi rızası ile gerçekleştirmemesi halinde artmirasçı, önmirasçı veya onun mirasçılara karşı ister TMK m. 637 uyarınca miras sebebi ile istihkak davası isterse TMK m. 1025'e dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir. Önmirasçının taşınmaza malik olması bakımından artmirasçı atama, taşınmazlar üzerinde yapılan tasarruf işlemlerinin bozucu koşula bağlanamayacağına ilişkin kuralın (TBK m. 243 ve TST m. 16/II) bir istisnasını oluşturur⁵⁰. Artvasiyet alacaklısı ise artmirasçıdan farklı olarak cüz'î haleftir. Artvasiyet alacaklısı geçiş anında vasiyet konusu şey üzerinde doğrudan hak sahibi olmamakta, yalnızca vasiyet konusunun kendisine devri konusunda alacak hakkı sahibi olmaktadır⁵¹.

III. Önmirasçının/Önvasiyet Alacaklısının Miras Kapsamında Yer Alan Taşınmaz Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Kısıtlı Olup Olmadığı Hususu

Önmirasçı, mirasın artmirasçıya geçişi anına kadar kendisine intikal eden taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğundan, bu hakkı dolayısıyla sahip olduğu tasarruf yetkisine dayanarak fiili ya da hukukî tasarruflarda bulunabilir. Böylece önmirasçı, taşınmazların terekeden çıkmasına (örneğin başkasına mülkiyeti devir yolu ile) ya da artmirasçının mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına (örneğin başkası lehine sınırlı aynî hak tanınması veya kişisel hakların şerh verilmesi yolu ile) neden olabilir⁵². Ancak önmirasçının terekeyi yönetme konusunda hak sahibi ve yükümlü olduğu da unutulmamalıdır. Zira önmirasçının sahip olduğu mülkiyet hakkı ona eşyalar üzerinde yönetme yetkisi de vermektedir. Yönetme yetkisi kapsamında tasarruf yetkisi de yer alır⁵³. Yapılan tasarruf, yönetme yetkisinin kullanılması bakımından zorunlu ise tasarrufun

47 Önmirasçının mirasçılığının bozucu koşula, artmirasçının mirasçılığının ise geciktirici koşula bağlı olduğu, ancak artmirasçı atanmanın koşula bağlı bir işlem olmadığı, bünyesinde koşul içeren bir işlem olduğuna ilişkin görüş olarak ayrıca bkz. **Kılıçoğlu**, s. 153.

48 **Hrubesch-Millauer**, Art. 492, N. 1.

49 Aynı yönde **İmre**, s. 200-201.

50 Aynı yönde **Sirmen**, s. 106; **Yakuppur, Sendi**, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016, s. 88 dn. 302.

51 Aynı yönde **Oğuzman**, s. 156; **Dural/Öz**, N. 831; **Ayan**, s. 139-140; **Hrubesch-Millauer**, Art. 488, N. 4, N. 21, Art. 491, N. 4; **Studhalter**, Art. 488, N. 13; Yarg. 3. HD., 17.9.2013, E. 2013/9040, K. 2013/12823; Yarg. 3. HD., 02.04.2018, E. 2018/1129, K. 2018/3329 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, (1.04.2019)).

52 **Escher/Escher**, Art. 491, N. 14; **Gürpınar**, s. 140.

53 **Escher/Escher**, Art. 491, N. 11; **Ayiter**, s. 85; **Tuor**, §71, N. 28; **Studhalter**, Art. 491, N. 8; **Gürpınar**, s. 131.

geçerliliği kesindir⁵⁴. Bu durumda tasarruf edilen eşyanın yerine terekeye giren bir kaim değer varsa, geçiş anı geldiğinde onun artmırasçıya devri gerekir⁵⁵.

Önmırasçı yönetme yetkisinin bir gereği olmaksızın, artmırasçıya devretmekle yükümlü olduğu eşyalar üzerinde, artmırasçının haklarını tehlikeye düşürecek şekilde tasarrufta bulunmamalıdır. Ama artmırasçıya mirasın geçtiği ana kadar önmırasçı intikale konu eşyalar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğundan, bu tür tasarruflarda bulunması bir olasılıktır. Bu kapsamda önmırasçının yönetme hak ve yükümlülüğü kapsamına girmeyen bir tasarrufta bulunması bakımından, tasarruf yetkisinin kısıtlı olup olmadığı öğretilerde tartışılmaktadır⁵⁶. Zira önmırasçının mirasçı sıfatı devam ederken, artmırasçının haklarını tehlikeye düşürecek – yani onun hakkına kavuşmasını engelleyecek ya da hakkını sınırlayacak – tasarruflarda bulunması halinde, bu tasarrufların geçerli olup olmayacağına ilişkin açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu tartışma kapsamında ileri sürülen görüşler temelde iki grupta toparlanabilir. Çalışma taşınmazlar ile sınırlı olduğundan, görüşler özellikle taşınmazlar bakımından ele alınacak, her bir görüş açısından artmırasçı atanmasına ilişkin şerhin etkisi tespit edilecek ve devamında kanaatimiz ortaya konacaktır.

A. Önmırasçının Tasarruf Yetkisi Bakımından Öğretilerde İleri Sürülen Görüşler

I. Önmırasçının Tasarruf Yetkisinin Kısıtlı Olduğu Görüşü

Öğretilerde hâkim olan görüşe göre önmırasçı miras kapsamında yer alan eşyalarda – çalışma özelinde taşınmazlarda – mülkiyet hakkına sahip olsa da, tasarruf yetkisi hukuken kısıtlanmıştır. Önmırasçının mülkiyet hakkı artmırasçıya geçiş anı geldiğinde sona erer. Geçiş anından önce önmırasçı tarafından yapılan ve artmırasçının haklarını ihlâl eden tasarruflar ise geçiş anının gelmesi ile birlikte ihlâl ettiği oranda artmırasçıya karşı geçersiz olur⁵⁷. Bu durumda artmırasçı taşınmazlar bakımından söz konusu tasarrufların tapu sicilinden silinmesini isteyebilir⁵⁸. Zira TBK m. 171/II uyarınca koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun

54 **Tuor**, § 71, N. 28; **Hrubesch-Millauer**, Art. 491, N. 9; Örnek olarak önmırasçının, komşu arazinin çöp toplama merkezi haline getirilecek olması nedeni ile taşınmazın değerinin düşeceğini anlayıp taşınmazı elden çıkarması verilebilir. **Gürpınar**, s. 137; "... *Alelade mirasçı gibi malları iktisap edecek olan davacının, veraset ve intikal vergisi vereceği muhakkak bulunduğuna göre bunu ödemek için veya malların idaresini kolayca yürütülebilmek için, kendisine intikal eden mallar üzerinde temlikî tasarrufta bulunması doğaldır. ...*", Yarg. HGK, 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881, legalbank.net (1.04.2019).

55 **Tuor**, § 71, N. 25; **İmre/Erman**, s. 157; **Hrubesch-Millauer**, Art. 491, N. 11; **Antalya/Sağlam**, s. 204; **Weimar**, Art. 491, N. 7.

56 Bkz. Başlık III., A., 1. ve 2.

57 **Escher/Escher**, Art. 491, N. 3, N. 11; **Belgesay**, s. 59; **Saymen**, s. 138; **Gönensay/Birsen**, s. 152; **Ayiter**, s. 84-85; **Tuor**, §71, N. 28; **İmre/Erman**, s. 157; **Dural/Öz**, N. 810; **Nomer**, s. 138; **Serozan/Engin**, § 4, N. 177; **Doğan**, s. 185; **Özcan**, s. 309; **Antalya/Sağlam**, s. 203; **Hrubesch-Millauer**, Art. 491, N. 9; **Studhalter**, Art. 491, N. 8; **Yakuppur**, s. 91.

58 **Escher/Escher**, Art. 490, N. 8; **Ayiter**, s. 85; **Antalya/Sağlam**, s. 203; Artmırasçının bu tasarrufların iptalini isteyebileceği yönünde **İmre**, s. 207; **İmre/Erman**, s. 157; **Özcan**, s. 309.

hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olmaktadır. Bu hüküm artmirasçının haklarını ihlâl eden tasarruflar bakımından da kıyasen uygulanmalıdır⁵⁹.

Bu görüş uyarınca artmirasçı atanmasına ilişkin şerhe (TMK m. 1010/I, b. 3) bağlı olmaksızın, önmirasçının tasarruf yetkisi hukuken kısıtlı kabul edildiğinden, şerhin etkisi kurucu değil açıklayıcıdır⁶⁰. Şerh tapu kütüğünü kilitlememekte, önmirasçının tapuda tasarrufta bulunmasını engellemektedir⁶¹. Şerhin etkisi iyiniyeti ortadan kaldıracı niteliktedir. Şerh, TMK m. 1023 uyarınca önmirasçıdan miras kapsamında yer alan taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırır. Bu görüşe göre tapu sayfasında şerh yoksa ve artmirasçı tarafından üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı (kötüniyeti) ispat edilememişse üçüncü kişi iyiniyetli sayılır (TMK m. 3) ve TMK m. 1023 uyarınca üçüncü kişinin kazanımı korunur⁶². Bu durumda artmirasçı zararının tazminini önmirasçıdan, önmirasçı ölmüşse onun mirasçılarında isteyecektir⁶³. Ama tapu sayfasında şerh bulunmamakla beraber önmirasçıdan taşınmazı kazanan kimse iyiniyetli değilse TMK m. 1023 uyarınca kazanımı korunmayacak ve geçiş anının gelmesi ile beraber taşınmazın mülkiyeti artmirasçıya geçecektir⁶⁴. Buna karşılık öğretide bir görüşe göre artmirasçı atanmasına ilişkin şerh tasarruf yetkisi kısıtlamasını açık hale getirir. Ancak şerhin bulunmadığı dönemde önmirasçı ile tasarruf işlemi yapan üçüncü kişilerin iyiniyetli olsalar dahi taşınmazda aynı hak kazanmaları mümkün değildir. Türk Medenî Kanunu m. 1023 uyarınca kazanımı korunabilecek olanlar, önmirasçıdan taşınmazda aynı hak kazanan kimseden, yine aynı taşınmaza ilişkin aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerdir⁶⁵.

2. Önmirasçının Tasarruf Yetkisinin Hukuken Kısıtlı Olmadığı Görüşü

Öğretide azınlıkta kalan görüşe göre, önmirasçının miras kapsamında yer alan eşyalar üzerindeki tasarruf yetkisi hukuken kısıtlı değildir⁶⁶. Önmirasçının bu eşyalar üzerindeki hakkının bozucu

59 Saymen, s. 138; Ayiter, s. 84; İmre/Erman, s. 157; Nomer, s. 137-138; Yakuppur, s. 92; ZGB Art. 491/II'nin (TMK m. 524/II), OR Art. 151 vd. (TBK m. 170 vd.) ile tamamlanması gerektiği yönünde bkz. Hrubesch-Millauer, Art. 491, N. 5; Studhalter, Art. 491, N. 8; Güvenceye ilişkin hükmün, koşulun askıda olduğu duruma ilişkin hüküm olan OR Art. 152 (TBK m. 171) ile tamamlanması gerektiğine ilişkin Escher/Escher, Art. 490, N. 5; Ancak artmirasçının izin ya da onayı bulunuyorsa yapılan işlem bozucu koşula bağlı olmaksızın geçerli olacaktır, İmre, s. 207; Saymen, s. 138; İmre/Erman, s. 157; Hrubesch-Millauer, Art. 491, N. 9.

60 Nomer, s. 139; Doğan, s. 184; Yakuppur, s. 90.

61 Ayiter, s. 84-85; Nomer, s. 139; Antalya/Sağlam, s. 203; Yakuppur, s. 91.

62 Escher/Escher, Art. 490, N. 8, Art. 491, N. 13; İmre/Erman, s. 157 dn. 17; Dural/Öz, N. 810; Hrubesch-Millauer, Art. 491, N. 9; Nomer, s. 138-139; Studhalter, Art. 491, N. 9; Yakuppur, s. 90-91; İşgüzar/Demir/Yılmaz, s. 72.

63 İyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımlarının korunması sebebi ile artmirasçının miras kapsamında yer alan değerleri elde edememesi durumunda, önmirasçının artmirasçıya haksız fiil hükümlerine göre tazminat ödemesi gerektiği yönünde Saymen, s. 139; İntifa hakkına ilişkin hükümler kapsamında önmirasçının TMK m. 800 uyarınca tazminat ödemesi hakkında bkz. Gönensay/Birsen, s. 152.

64 Gönensay/Birsen, s. 152; Hrubesch-Millauer, Art. 491, N. 9; Nomer, s. 139-140; Studhalter, Art. 491, N. 9.

65 Doğan, s. 139.

66 Çabri, N. 699 dn. 1221; "... Medeni Kanunda ön mirasçı durumunda olan davacının tasarruf yetkisini sınırlayan bir hüküm bulunmamaktadır. ...", Yarg. HGK, 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881, legalbank.net (1.04.2019).

koşula bağlı olduğu söylenemez⁶⁷. Önmırasçı malik olarak tasarruf yetkisini dilediği gibi kullanmakta özgürdür. Önmırasçının tasarruf yetkisini kullanması neticesinde ondan aynı hak kazanan üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadıklarının ise bir önemi yoktur. Üçüncü kişiler aynı hakkı kesin olarak kazanırlar. Önmırasçının yaptığı tasarruflar geçişle birlikte kendiliğinden hükümsüz hale gelmez. Zira önmırasçı mirasın artmırasçıya geçişi anına kadar miras üzerinde malik olarak dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir⁶⁸. Her ne kadar TMK m. 5 uyarınca Türk Borçlar Kanunu'nun koşula ilişkin hükümlerinin kıyasen artmırasçı atamada uygulanması mümkünse de, bu kurumun niteliği gereği uygulanabilecek olan hüküm TBK m. 171/III değil, m. 173 hükmüdür. Böylece önmırasçının geçiş anından önce yaptığı tasarruf işlemlerinin geçiş anının gelmesi ile hükümden düşmeyeceği sonucuna varılır⁶⁹.

Bu görüş uyarınca artmırasçı atanmasına ilişkin şerhin (TMK m. 1010/I, b. 3) etkisi şu şekilde açıklanabilir. Şerhten sonra da önmırasçının tasarruf yetkisi kısıtlanmaz. Dolayısıyla şerhten sonra tapu kütüğü kilitlenmemelidir. Şerhe rağmen önmırasçı taşınmaza ilişkin tasarruf işlemi yapabilir. Bu durumda önmırasçıdan miras kapsamında yer alan taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan kişilerin durumunun bozucu koşul ile açıklanmasına gerek yoktur⁷⁰. Zira başvurulması gereken hüküm TMK m. 1010/II'dir. Bu hüküm uyarınca şerhten sonra önmırasçının, artmırasçının haklarını ihlâl eden bir tasarrufta bulunması halinde, artmırasçıya karşı bu tasarruflar ileri sürülemez. Yani şerhe rağmen taşınmazda hak kazanan kişi, mirasın artmırasçıya geçişi anı geldiğinde hakkının o an itibarıyla sona ermesine, bu kapsamda hakkının dayandığı tescilin yolsuzlaşmasına TMK m. 1010/II uyarınca katlanmak zorundadır⁷¹. Şerhin bulunmadığı ve geçiş anı gelip mirasın artmırasçıya geçtiği durumda, önmırasçıdan taşınmazda aynı hak kazanan üçüncü kişilerin, artmırasçıya devir yükümlülüğünü bilmediklerini yani iyiniyetli olduklarını ileri sürerek TMK m. 1023'e dayanmalarına gerek yoktur⁷². Bu kimseler hakkını tescil ile kazanmıştır. Mirasın artmırasçıya geçişi anı geldiğinde, söz konusu taşınmaz

67 **Piotet**, s. 110; Azınlık görüşüne sonucu itibarıyla katılmakla birlikte önmırasçının miras kapsamında yer alan değerler üzerindeki hakkının bozucu koşula bağlı olduğunu kabul eden görüş olarak bkz. **Gürpınar**, s. 151.

68 **Piotet**, s. 111; **Gürpınar**, s. 151; **Çabri**, N. 699 dn. 1221.

69 **Gürpınar**, s. 149-150.

70 Önmırasçının hakkının bozucu koşula bağlı olmasının, bu hak üzerindeki tasarrufların da kendiliğinden bozucu koşula bağlı olması sonucunu zorunlu olarak doğurmayacağına ilişkin **Gürpınar**, s. 148-149, s. 151-152.

71 **Gürpınar**, s. 148, s. 152; Şerhin önmırasçının taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kısıtlamayacağı, ancak artmırasçının hakkını önmırasçıdan yeni hak kazananlara karşı koruyacağına ilişkin bkz. **Gürsoy**, s. 179; Verilen şerhin kural olarak önmırasçının tasarrufta bulunmasını engellemeyip, yalnızca artmırasçının hak sahibi olduğu anda hakkına kavuşmasını sağlamak amaçlı olduğu yönünde **Özmen/Aydın**, s. 199; Öğretide artmırasçı atanmasına ilişkin şerhin kurucu nitelikte olduğunu, yani şerhten önce tasarruf yetkisinin kısıtlanmış olmadığını kabul eden görüşün de azınlık görüşü ile uyumlu şekilde sonuca vardığı belirtilebilir. Şerhin kurucu nitelikte olduğu yönünde bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe**, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018, N. 1055; **Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, s. 16; **Sirmen, Lâle**, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018 (Eşya), s. 217; Artmırasçı atanmasına ilişkin şerhin tapu kütüğünü kitlemediği, ancak sonraki edinenlerin bu yükümlülüğün yerine getirilmesine katlanmak zorunda kaldığı yönünde **Ertaş, Şeref**, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017, N. 815; Şerhten sonra önmırasçı üçüncü bir kişiye taşınmazda aynı hak sağlarsa, geçiş anı geldiğinde artmırasçının devralanlara karşı ileri sürebildiği bir alacak hakkına sahip olduğu görüşünde, **Hatemi**, § 9, N. 11; **Vardar Hamamcıoğlu**, s. 197.

72 **Çabri**, N. 699 dn. 1221.

artık terekede bulunmadığından, taşınmazın küllî halefiyet yolu ile tescilsiz kazanımı söz konusu olamaz⁷³. Bu durumda geçiş anının gelmesine rağmen devir yükümlülüğünü yerine getiremeyen önmirasçıdan, artmırasçı ancak tazminat isteyebilir. Ayrıca TMK m. 523 ile getirilen güvence gösterme yükümlülüğü de artmırasçının hakkını güvence altına almaktadır⁷⁴.

B. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Konuya İlişkin Kanaatimiz

Türk Medenî Kanunu ve İsviçre Medenî Kanunu'nun artmırasçı atamaya ilişkin hükümleri incelendiğinde, mirasın artmırasçıya geçişi anına kadar önmirasçının tasarruf yetkisinin var olup olmadığına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁵. Bu nedenle kanımızca öğretide ileri sürülen görüşlerden hukukun ilkeleri ve Türk Borçlar Kanunu ile Türk Medenî Kanunu'nun bütünü göz önünde bulundurulduğunda hukuk sistemi ile en uyumlu olan görüşün benimsenmesi gerekir.

Önmirasçının tasarruf yetkisinin kısıtlı olduğunu kabul eden öğretideki hâkim görüş değerli hukukçular tarafından kabul edilmekteyse de, bu görüşün özellikle önmirasçıdan taşınmazlar üzerinde aynı hak kazanan üçüncü kişiler bakımından en âdil çözümü sunmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki; bu görüş uyarınca önmirasçıdan miras kapsamında yer alan taşınmaz üzerinde aynı hak kazanılması bozucu koşula bağlanmaktadır. Ancak bu sonuç eşya hukukunda geçerli olan tescilin koşula bağlanamayacağı genel kuralı⁷⁶ ile çeliştiği için, eşya hukukuna hâkim prensiplerle uyum içinde olmaması yönüyle öğretide isabetli olarak eleştirilmektedir⁷⁷. Gerçekten de TMK m. 1020/İ'e göre "*Tapu sicili herkese açıktır*". Ayrıca "*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline tescil yapılamaz*" şeklindeki TBK m. 243/İ hükmü ile koşulun tescille bağdaşmadığı vurgulanmıştır. Yine bu hususta TST m. 16/II'ye göre "*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz*".

Gerçi öğretide hâkim görüşü savunan yazarlardan tapu sayfasında artmırasçı atanmasına ilişkin şerh (TMK m. 1010/İ, b. 3) yoksa ve önmirasçıdan taşınmazı kazanan kimse iyiniyetli ise TMK m. 1023 uyarınca üçüncü kişinin kazanımının korunacağı da belirtilmektedir⁷⁸. Ancak söz konusu tespit öğretide önmirasçının geçiş anına kadar taşınmazda malik olması sebebi ile TMK

73 **Piotet**, s. 110; **Gürpınar**, s. 148.

74 **Piotet**, s. 111; **Gürpınar**, s. 152.

75 Oysa Alman Medenî Kanunu'nun 2112. paragrafında, 2113-2115 numaralı paragraflardan aksi anlaşılmadığı sürece, önmirasçının miras kapsamında yer alan şeyler üzerinde tasarruf edebileceği açıkça düzenlenmiştir.

76 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 848; **Esener, Turhan/Güven, Kudret**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 141; **Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atilla**, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, İstanbul 1989, s. 331; **Sirmen**, s. 104 vd.; **Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya**, Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 296-297; **Nomer, Halûk Nami/Ergüne, Serkan**, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, N. 402.

77 **Gürpınar**, s. 145.

78 **Saymen**, s. 139-140; **İmre/Erman**, s. 157 dn. 17; **Dural/Öz**, N. 810; **Nomer**, s. 138-139; Bu durumda yolsuz bir tescil mevcut olmamakla birlikte tapudaki kaydın tam olarak gerçeği yansıtmaması nedeniyle işlem tarafı üçüncü kişilerin TMK m. 1023'deki korumadan faydalanabileceği yönünde **Yakuppur**, s. 91.

m. 1023 hükmünün uygulanamayacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir⁷⁹. Gerçekten de TMK m. 1023 hükmünün uygulanma koşullarından biri, iyiniyetli üçüncü kişinin güvendiği sicil kaydının yolsuz olmasıdır⁸⁰. Oysa önmırasçı artmırasçıya geçiş anına kadarki süreçte taşınmazın maliki olduğundan, üçüncü kişinin aynı hak kazandığı sırada önmırasçı adına tapuda bulunan tescil yolsuz bir tescil değildir. Dolayısıyla bu durumda TMK m. 1023 hükmünün uygulanabileceği görüşüne biz de katılmamaktayız.

Kanaatimizce en ideal olan, önmırasçının miras kapsamında yer alan değerler üzerindeki tasarruf yetkisinin var olup olmadığının kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ve öğretilde ileri sürülen görüşlerden birinin kanunda açıkça benimsenmesidir. Biz bu hususta önmırasçının tasarruf yetkisinin kısıtlı olmadığını kabul eden azınlık görüşünün, vardığı sonuçları itibarıyla gerek hukukun ilkeleri gerekse Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu'nun sistemi ile daha uyumlu olduğu kanaatindeyiz⁸¹. Ancak azınlık görüşünden bir noktada ayrılarak önmırasçının eşyalar üzerindeki hakkının bozucu koşula bağlı olduğunu kabul eden öğretildeki görüşe⁸² de katılmaktayız. Böylece önmırasçının miras kapsamında yer alan değerler – çalışma özelinde taşınmazlar – üzerindeki hakkı bozucu koşula bağlıdır. Bu yönü ile artmırasçı atama tasarrufu, taşınmazlar üzerinde yapılacak tasarruf işlemlerinin bozucu koşula bağlanamayacağına ilişkin kuralın bir istisnasını oluşturur. Ancak *önmırasçının hakkının bozucu koşula bağlı olması, önmırasçının yaptığı tasarrufların da kendiliğinden bozucu koşula bağlı olmasına yol açmaz*. Bozucu koşul ileriye etkili sonuç doğurur. Mirasın geçişi anından önce önmırasçının miras kapsamında yer alan taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve bu hak kapsamında tasarruf yetkisi tamdır⁸³. *Mirasın geçiş anı geldiğinde miras kapsamında yer alan taşınmaz hâlâ önmırasçının mülkiyetinde ise* artık mülkiyet hakkı sona erer ve artmırasçı taşınmazı kanun gereği ve kendiliğinden kazanır. Bu bir tescilsiz kazanma hali olduğu için geçiş anının gelmesi ile birlikte tapuda önmırasçı adına bulunan tescil yolsuz hale gelir. Önmırasçının devir yükümlülüğünü kendi rızası ile gerçekleştirmemesi halinde ise, artmırasçının yapması gereken önmırasçı veya onun mirasçılarına karşı TMK m. 637 uyarınca miras sebebi ile istihkak davasını ya da TMK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi talepli adi istihkak davasını açmaktır. Buna karşılık *geçiş anı geldiğinde taşınmaz önmırasçının mülkiyetinde değil ise* söz konusu taşınmazın bozucu

79 Çabri, N. 699 dn. 1221.

80 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 995; Ünal/Başpınar, s. 290-291; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016 (Eşya), s. 230; Sirmen, Eşya, s. 199-200; Yakuppur, s. 44; Özçelik, Ş. Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016, s. 70; Aksi yönde yolsuz bir kayıt bulunmasa dahi, tapuda hak sahibi gözükken kişinin tasarruf yetkisine sahip olmadığı durumlarda üçüncü kişinin tapu kütüğündeki kayda olan güveninin korunması gerektiğine ilişkin görüş olarak bkz. Nomer/Ergüne, N. 435.

81 Aynı yönde karar olarak bkz. Yarg. HGK, 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881: "... Medeni Kanunda ön mirasçı durumunda olan davacının tasarruf yetkisini sınırlayan bir hüküm bulunmamaktadır. ...", legalbank.net (1.04.2019).

82 Gürpınar, s. 149.

83 Aynı yönde karar olarak bkz. Yarg. HGK, 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881: "... murisin ölümü üzerine taşınmazların ön mirasçı adına tapuya intikalen tescilinde kanuni sakınca yoktur. Zira, davacıya intikal eden miras intifa hakkından ibaret değildir. Davacı, mirası tüm mülkiyet hakları ile birlikte iktisap etmiş olduğu için ön mirasçının hakkının, olayda, intifa hakkıyla sınırlı olduğu iddia ve kabul edilemez. ...", legalbank.net (1.04.2019).

koşulun gerçekleşmesine dayalı olarak külli halefiyet yolu ile artmirasçı tarafından kazanılması mümkün değildir. Mirasın artmirasçuya geçiş anı geldikten sonra, üçüncü kişilerin daha öncesinde önmirasçıdan kazandıkları haklar sona ermez⁸⁴.

Ayrıca bu hususta TMK m. 171/III hükmünün kıyasen uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar TMK m. 5 uyarınca Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümlerinin tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmesi söz konusu ise de, kıyasen uygulama için uygulanacak hükmün kurumun niteliğine de uygun düşmesi gerekir. Oysa TBK m. 171/III hükmünün, önmirasçının geçiş anından önce yaptığı tasarruf işlemleri bakımından uygulanması bu kurumun niteliğine uygun düşmez. Önmirasçının durumu inançlı işlemdeki inanılanın durumuna benzerdir⁸⁵. Nasıl ki inanılan inançlı işleme konu olan taşınmazın tam anlamı ile maliki olduğundan onun yaptığı tasarruf işlemleri geçerli ise, önmirasçı da geçiş anına kadar taşınmazın maliki sıfatı ile geçerli şekilde tasarruf işlemleri yapabilir⁸⁶.

Bu durumda artmirasçının aleyhine bir sonuç doğsa da, aslında kanunda çatışan menfaatler arasında bir denge mevcuttur. Şöyle ki; önmirasçı devir yükümlülüğünü tamamen ya da kısmen yerine getiremezse, artmirasçının zararını tazmin eder. Ayrıca artmirasçının, önmirasçının mirası teslim almasının bir koşulu olarak gösterdiği güvenceye başvurma imkânı da bulunmaktadır. Zaten güvence gösterme yükümlülüğünün getirilmesinin amacı, önmirasçının mirası geçirme yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde söz konusu zararın karşılanmasıdır⁸⁷.

Şimdi katıldığımız görüş ışığında, önmirasçının miras kapsamında yer alan taşınmazlar üzerindeki tasarruflarını, artmirasçı, artvasiyet alacaklısı ve bakiye üzerinde artmirasçı bakımından, mirasın geçiş anının öncesi ve sonrası ile tapuda TMK m. 1010/I, b. 3 uyarınca şerhin bulunup bulunmamasına göre ayrı ayrı ve detaylı olarak irdedeleyeceğiz.

84 Aynı yönde **Piotet**, s. 110-111; **Gürpınar**, s. 148-149, s. 151-152.

85 Aynı yönde **Gürpınar**, s. 44; İnançlı ikame anlamına geldiği yönünde bkz. **Saymen**, s. 131; Önmirasçının durumunun inançlı bir işlem yapılan kimsenin durumuna da benzediğine ilişkin **İmre**, s. 207 dn. 25; Aksi yönde artmirasçı atamada önmirasçının durumunun intifa hakkı sahibinin durumuna benzediği, bu nedenle intifa hakkına ilişkin Türk Medenî Kanunu hükümlerinin artmirasçı atanmanın bünyesi ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyas yolu ile uygulanabileceği şeklinde görüş olarak bkz. **Oğuzman**, s. 155; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 294; **Hrubesch-Millaue**, Art. 488, N. 3, Art. 491, 5-6; **Antalya/Sağlam**, s. 204; **Studhalter**, Art. 488, N. 3, Art. 491, N. 2, N. 4; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 159; Önmirasçının hukukî durumunun intifa hakkı sahibinin hukukî durumuna benzediği yönünde bkz. **Gönensay/Birsen**, s. 153; **Ayiter**, s. 86; **Tuor**, §71, N. 27; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 71; Önmirasçının hakkının intifa hakkı ile sınırlı olduğunun kabul edilemeyeceğine ilişkin karar olarak bkz. Yarg. HGK., 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881, legalbank.net (1.04.2019).

86 Türk Medenî Kanunu m. 171/III hükmünün artmirasçı atama tasarruflarında kıyasen uygulamaya elverişli olmadığı ve önmirasçının geçiş anından önce yaptığı tasarruflar bakımından inançlı temlik işlemindeki inanılan gibi görülmesi gerektiğine ilişkin aynı yönde görüş olarak bkz. **Gürpınar**, s. 149, s. 152.

87 Aynı yönde **Çabri**, N. 699 dn. 1219.

I. Artmırasçı Atama Tasarrufu Bakımından

a. Mirasın Artmırasçıya Geçiş Anından Önceki Aşama

Önmırasçı bu aşamada miras kapsamında yer alan taşınmazı konu alan bir tasarruf işlemi yaparsa, işlemin geçerliliği bakımından, işlem anında tapuda artmırasçı atanmasına ilişkin şerhin bulunup bulunmamasına göre farklı sonuçlara varılır.

aa. Tapuda Artmırasçı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunmaması

Tapuda artmırasçı atanmasına ilişkin şerh yoksa, bu aşamada önmırasçının yaptığı tasarruf kesin olarak geçerlidir. Zira önmırasçı, mirasın artmırasçıya geçiş anına kadar, taşınmazda tam anlamı ile bir malikin hak ve yetkilerine sahiptir. Tasarruf yetkisi de mülkiyet hakkının malike sağladığı bir yetki olduğuna göre önmırasçının söz konusu taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi de tamdır⁸⁸. Tasarruf olarak önmırasçı miras kapsamında yer alan taşınmazın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devredebileceği gibi, taşınmazda üçüncü kişi lehine sınırlı aynî hak kurabilir ya da taşınmazı konu alan kişisel hakkı tapuya şerh verebilir.

Önmırasçının taşınmazın mülkiyetini üçüncü kişiye devrettiği durumda, mirasın geçiş anının gelmesiyle, üçüncü kişi adına tapuda yapılan tescil yolsuz hale gelmez. Çünkü geçiş anında taşınmaz terekede yer almadığından, artmırasçı tarafından bu taşınmazın tescilsiz kazanımı mümkün değildir⁸⁹. Yine önmırasçının üçüncü kişi lehine sınırlı aynî hak kurması ya da kişisel hakkı şerh etmesi halinde de, mirasın geçiş anı geldiğinde artmırasçı terekede mevcut olan taşınmazı sınırlı aynî hakla ya da kişisel hakkın şerhi ile yüklü olarak kazanır. Ancak bu durumda önmırasçı artmırasçıya tazminat ödemek durumunda kalır⁹⁰. Şöyle ki; taşınmaza olması gerektiği şekilde kavuşamayan artmırasçı, olumlu zararının tazminini, TMK m. 5 hükmünde yapılan yollama gereğince TBK m. 112 hükmüne dayalı olarak önmırasçıdan isteyebilecektir. Zira önmırasçı kanundan doğan mirası artmırasçıya geçirme yükümlülüğünü (TMK m. 521/I) gereği gibi yerine getirememiştir⁹¹. Ayrıca artmırasçının, önmırasçının taşınmazı teslim almasının bir koşulu olarak gösterdiği güvencelere başvurma imkânı da bulunmaktadır.

bb. Tapuda Artmırasçı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunması

Önmırasçının tasarruf işlemi yaptığı sırada tapuda artmırasçı atanmasına ilişkin şerh varsa, bir defa şerh olsa bile önmırasçının tasarruf yetkisi kısıtlanmaz. Bu nedenle tapu kütüğünün işlemlere kapatılmaması gerekir. Çünkü şerh üzerine tapu kütüğü işlemlere kapatılırsa TMK m. 1010/II'nin işlevi kalmaz. Dolayısıyla tapuda artmırasçı atanmasına ilişkin şerh bulunsa bile önmırasçı taşınmaz mülkiyetine ilişkin tasarruf işlemi yapabilmelidir. Şerhe rağmen taşınmazda

88 Aynı yönde **Piotet**, s. 111; **Gürpınar**, s. 151; **Çabri**, N. 699 dn. 1221.

89 **Piotet**, s. 110; **Gürpınar**, s. 148.

90 Aynı yönde **Piotet**, s. 111; **Gürpınar**, s. 152.

91 Artmırasçının zarar tazminini konu alan nisbi hakkı bakımından aynı yönde bkz. **Özmen/Aydın**, s. 199.

aynî hak kazanan kişi ise, mirasın artmirasçıya geçişi anı geldiğinde hakkının o an itibarıyla sona ermesine katlanmak zorunda kalacaktır⁹² (TMK m. 1010/II). Bu durumda artmirasçı taşınmazın iadesini ya da taşınmazdaki mülkiyet hakkını sınırlayan ve şerhten sonra kurulan sınırlı aynî hakkın ya da kişisel hakkın şerhinin terkinini (TMK m. 1025) isteyebilecektir.

b. Mirasın Artmirasçıya Geçişi Anından Sonraki Aşama

Mirasın artmirasçıya geçiş anı geldiğinde artmirasçı, önmirasçının mülkiyetinde olan ve miras kapsamında yer alan taşınmazın mülkiyetine tescilsiz kazanma yoluyla kavuşur ve önmirasçı adına tapuda görünen tescil yolsuz hale gelir⁹³. Devamında artmirasçı adına yapılacak olan tescil açıklayıcı tescildir. Bu aşamada önmirasçının yapması gereken, yükümlülüğü uyarınca taşınmazı artmirasçıya kendi rızası ile devretmektir. Ancak önmirasçı bunu yapmayıp, artmirasçı hakkında açıklayıcı tescilin henüz yapılmadığı aşamada, taşınmazın hâlâ tapuda kendi adına tescilli olmasından yararlanarak, üçüncü bir kişiye aynı taşınmazda hak (mülkiyet hakkı, sınırlı aynî hak ya da kişisel hakkın şerhi) sağlayabilir. Bu durumda üçüncü kişinin aynî hak kazanımının korunup korunmayacağı tapuda artmirasçı atanmasına ilişkin şerhin bulunup bulunmamasına göre değişir. Ayrıca kişisel hakkın şerhinin korunup korunmayacağı hususu da ayrıca ele alınmalıdır.

aa. Tapuda Artmirasçı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunmaması

Tapuda artmirasçı atanmasına ilişkin şerh yoksa, üçüncü kişinin aynî hak kazanımı TMK m. 1023'ün koşullarının sağlanması şartı ile korunur. Çünkü bu aşamada artık geçiş anının gelmesi ile artmirasçı taşınmazın mülkiyetini tescilsiz olarak kazandığı için tapudaki önmirasçı adına gözüken tescil yolsuzlaşmıştır. Ancak TMK m. 1023 uyarınca tapudaki yolsuz tescile güvenerek aynî hak elde eden kimsenin kazanımının korunması için iyiniyetli olması da gereklidir.

Böylece üçüncü kişi TMK m. 3 anlamında *iyiniyetli ise*, yani devir anında artmirasçı atama tasarrufunun gereği olarak taşınmazın, geçiş anı geldiğinde artmirasçının mülkiyetine geçtiğini bilmiyorsa ya da bilecek durumda değilse aynî hakkı kazanır. Eğer kazanılan aynî hak mülkiyet hakkı ise artmirasçı taşınmazın mülkiyetini tamamen kaybederken; sınırlı aynî hak ise artmirasçı taşınmazın mülkiyetini söz konusu sınırlı aynî hakla yüklü olarak kazanır. Dolayısıyla mirasın geçiş anı geldiğinde her ne kadar artmirasçı tescilsiz kazanım ile taşınmazın maliki olmaktaysa da, bu aşamada iyiniyetli üçüncü kişiye aynî hak kazandırılması halinde söz konusu kazanımın TMK m. 1023 uyarınca korunması tehlikesi bulunduğundan, artmirasçı açıklayıcı tescilin yapılmasını geciktirmemelidir. Bu şekilde iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımının korunması sonucunda miras kapsamında yer alan taşınmaza hiç ya da olması gerektiği şekilde kavuşamayan artmirasçı, olumlu zararının tazminini, TMK m. 5 hükmünde yapılan yollama gereğince TBK

92 Aynı yönde **Çabri**, N. 718.

93 Mirasın geçiş anı geldiğinde miras kapsamında yer alan taşınmazların mülkiyetinin artmirasçıya geçişinin kendiliğinden olacağını kabul eden görüş hakkında bilgi için bkz. Başlık II.

m. 112 hükmüne dayalı olarak önmırasçıdan isteyebilir. Zira önmırasçı kanundan doğan mirası artmırasçıya geçirme yükümlülüğünü (TMK m. 521/I) gereği gibi yerine getirmemiştir.

Ayrıca mirasın geçiş anı gelmesine rağmen kendi rızası ile devri gerçekleştirmeyen önmırasçıya yöneltilmiş tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025) sürerken de taşınmazın önmırasçı tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi mümkündür. Bu durumda tapuda artmırasçı atanmasına ilişkin şerhin bulunmamasının yanı sıra, TMK m. 1011 uyarınca aynı hak iddiasının şerhi de yapılmamış ve iyiniyetli üçüncü kişinin TMK m. 1023 uyarınca kazanımı korunuyor ise, HMK⁹⁴ m. 125/(1), a bendinin uygulanmasına yer olmadığı da vurgulanmalıdır. Şöyle ki; HMK m. 125/(1) davanın açılmasından sonra, davalının dava konusunu üçüncü bir kişiye devretmesi halinde davacıya iki tane seçimlik yetki vermektedir. Hükmün a bendi uyarınca davacı ister devreden tarafla olan davasından vazgeçerek dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder, isterse b bendi uyarınca davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürür. Ancak HMK m. 125/(1), a hükmünün uygulanabilmesi için TMK m. 1023 uyarınca kazanım koşullarının gerçekleşmemiş olması gerekir⁹⁵.

Buna karşılık üçüncü kişi TMK m. 3 anlamında *iyiniyetli değil ise*, yani devir anında artmırasçı atama tasarrufunun gereği olarak taşınmazın, geçiş anı geldiğinde artmırasçının mülkiyetine geçtiğini biliyorsa ya da bilmesi gerekiyorsa, bu kişinin aynı hak kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunmaz. Bu durumda artmırasçı üçüncü kişiye yönelteceği TMK m. 1025'e dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile taşınmazın kendisine iadesini ister.

Ayrıca iyiniyetli olmayan üçüncü kişiye devir, artmırasçı tarafından önmırasçıya yöneltilmiş TMK m. 1025'e dayalı dava sürerken gerçekleştirilmişse, artık TMK m. 1023'e dayalı kazanım söz konusu olamayacağından, artmırasçının HMK m. 125/(1), a bendi uyarınca davasına üçüncü kişiye karşı devam edebileceği sonucuna varılır. Ancak TMK m. 3 uyarınca asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Buna göre bir kimsenin iyiniyetli olmadığını iddia edenin bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Buna ek olarak iyiniyetin ispatı, bu kavramın içsel (derunî) bir kavram olması sebebiyle kolay değildir. Bu nedenle tapuda artmırasçı atanmasına ilişkin şerh yoksa, kendi rızası ile devri gerçekleştirmeyen önmırasçıya yöneltilen TMK m. 1025'e dayalı davada, mutlaka TMK m. 1011/I, b. 1 uyarınca geçici tescil şerhi olarak aynı hak iddiasının tapuya şerhi istenmelidir. Böylece devamında dava konusu üçüncü kişiye devredilirse, şerhe rağmen devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı kolaylıkla ispatlanacak ve HMK m. 125/(1), a bendi uyarınca davacı artmırasçı, davasına üçüncü kişiye karşı devam edebilecektir.

Bir diğer husus, artmırasçı tarafından önmırasçıya yöneltilen TMK m. 1025'e dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası sürerken, önmırasçının dava konusu taşınmazı iyiniyetli olmayan üçüncü kişiye devrettiği ve artmırasçının HMK m. 125/(1), a bendi uyarınca davasına üçüncü kişiye

94 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmî Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayı: 27836, Yürürlük Tarihi: 01.10.2011.

95 Dava konusunu iktisap eden kişi iyiniyetli ise, iktisabı geçerli olduğundan ona karşı dava açılmaması gerektiği yönünde **Börü, Levent**, Dava Konusunun Devri, Ankara 2012, s. 332.

karşı devam ettiği ihtimalde, üçüncü kişinin kazandırıcı zamanaşımına dayalı olarak mülkiyeti kazandığı şeklindeki savunmasının kabul edilip edilemeyeceğidir.

İlk olarak adına yolsuz tescil bulunan üçüncü kişinin bu davada TMK m. 712 uyarınca on yıllık olağan kazandırıcı zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesi ile taşınmazın mülkiyetini ya da irtifak hakkını (TMK m. 780/III'de yapılan yollama uyarınca) veya taşınmaz yükünü (TMK m. 840/III'de yapılan yollama uyarınca) kazandığını⁹⁶ ileri sürmesi mümkün değildir. Zira olağan kazandırıcı zamanaşımı ile kazanımın koşullarından biri adına yolsuz tescil bulunan kişinin TMK m. 3 anlamında iyiniyetli olması, yani kendisinden beklenen tüm özeni göstermiş olmasına rağmen tescilin yolsuz olduğunu bilmemesidir⁹⁷. Ancak artmırasçı atama tasarrufu bakımından şu anda incelediğimiz ihtimalde önmirasçıdan taşınmazda mülkiyet hakkı, irtifak hakkı ya da taşınmaz yükü elde eden üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı düşünüldüğünde, TMK m. 712'ye dayanması da mümkün olmaz.

İkinci olarak adına yolsuz tescil bulunan üçüncü kişinin bu davada TMK m. 713 uyarınca yirmi yıllık olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesi ile taşınmazın mülkiyetini ya da irtifak hakkını (TMK m. 780/III'de yapılan yollama uyarınca) veya taşınmaz yükünü (TMK m. 840/III'de yapılan yollama uyarınca) kazandığını ileri sürmesi mümkündür⁹⁸. Zira öğretide mülkiyetin yolsuz tescil edilmiş olduğu hallerde, adına yolsuz tescil bulunan kişi bakımından olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yolu ile edinmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu halde tapudaki kayıt yolsuz olduğundan gerçek maliki yansıtmamaktadır⁹⁹. Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanımın koşulları arasında üçüncü kişinin iyiniyetli olması koşulu da olmadığından, incelediğimiz ihtimalde önmirasçıdan taşınmazda hak elde eden iyiniyetli olmayan üçüncü kişi, taşınmaz davasız, aralıksız, yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyet olursa mülkiyeti kazanır. Dolayısıyla TMK m. 713'ün koşulları mevcutsa, artmırasçı üçüncü kişinin bu maddeye dayalı savunmasının önüne geçebilmek için, TMK m. 1025'e dayalı adi istihkak davası yerine, TMK m. 637'ye dayalı miras sebebiyle istihkak davası açmalıdır. Çünkü miras sebebi ile

96 Taşınmaz rehnini düzenleyen hükümlerde, hakkın kazanılması ve tescili ile ilgili taşınmaz mülkiyeti hükümlerine yollama yapılmadığından, taşınmaz rehninin olağan kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasının mümkün olmadığına ilişkin **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 3251; **Haab, Robert/Simonius, August/Scherrer, Werner/Zobl, Dieter**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, ZK-Zürcher Kommentar, Band/ Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1977, Art. 661-663, N. 3; **Ertaş**, N. 551; **Sirmen**, Eşya, s. 594-595.

97 **Meier-Hayoz, Arthur**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 2. Teilband, Grundeigentum I, Artikel 655-679 ZGB, 3. Auflage, Bern 1969, Art. 661, N. 24; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1577; **Esener/Güven**, s. 240; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 485; **Sirmen**, Eşya, s. 361-362.

98 Taşınmaz rehnini düzenleyen hükümlerde, hakkın kazanılması ve tescili ile ilgili taşınmaz mülkiyeti hükümlerine yollama yapılmadığından, taşınmaz rehninin olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılmasının mümkün olmadığına ilişkin **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 3251; **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Art. 661-663, N. 3; **Ertaş**, N. 551; **Sirmen**, Eşya, s. 594-595.

99 **Eren, Fikret**, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 290; **Sirmen**, Eşya, s. 368; Türk Medeni Kanunu m. 713'ün bu halde kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol**, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984, s. 533.

istihkak davasında davalı, taşınmazı kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazandığını ileri süremez (TMK m. 638/II).

Bu hususların yanı sıra taşınmazı devralan üçüncü kişiye yapılan devir bakımından *muvazaanın bulunması* durumuna da değinilebilir¹⁰⁰. Bu durumda devir ister mirasın artmirasçıya geçmesinden önce isterse bu andan sonra yapılsın, mirasın kendisine geçişi anı geldikten sonra artmirasçı üçüncü kişiye TMK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak taşınmazın adına tescilini talep edebilir¹⁰¹.

Buna karşılık önmirasçının taşınmazdaki tasarrufu *üçüncü kişi lehine kişisel hakkın şerhi* ise, bu hakkın TMK m. 1023 uyarınca korunması mümkün değildir. Türk Medenî Kanunu m. 1023'de açıkça aynı hak kazanımının korunmasına imkân tanınmıştır. Oysa kişisel hakkın şerhi, kişisel hakkın ileri sürülebileceği çevreyi genişletmekteyse de, hakkın niteliğinde bir değişiklik meydana getirmez. Bu nedenle şerh edilmiş kişisel hakkın kazanılması bakımından TMK m. 1023'e dayanılamamalıdır¹⁰². Şu halde mirasın geçiş anından sonra tapuda hâlâ yolsuz olarak malik gözüken önmirasçının yaptıracağı kişisel hakkın şerhine dayalı olarak üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması mümkün olmayıp, artmirasçının TMK m. 1025 uyarınca bu şerhin terkinini talep etmesi mümkündür. Örneğin mirasın geçiş anından sonra tapuda hâlâ yolsuz olarak malik gözüken önmirasçı, iyiniyetli üçüncü kişi ile taşınmaz satış vaadi yapar ve bu vaat tapuya şerh edilirse, kazanımı korunmayacağından¹⁰³, üçüncü kişinin artmirasçıya TMK m. 716'ya dayalı dava açması halinde bu dava başarıya ulaşmamalıdır. Ayrıca bu durumda artmirasçı tarafından söz konusu şerhin terkinini TMK m. 1025 ile sağlanabilir. Bunun aksine örneğin önmirasçı ile yaptığı alım sözleşmesine dayalı olarak önmirasçıya karşı alım hakkını kullanan iyiniyetli üçüncü kişinin, henüz artmirasçı adına açıklayıcı tescil yapılmamışken taşınmazın mülkiyetini kazanmasında TMK m. 1023'e dayanılması mümkündür¹⁰⁴.

100 **Çabri**, N. 699 dn. 1221, N. 708; Önmirasçının artmirasçıya geçirmekle yükümlü olduğu şeyleri muvazaalı bir şekilde elden çıkararak onu zarara uğratması durumunda TMK m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağının da ileri sürülebileceği yönünde görüş olarak bkz. **İmre/Erman**, s. 160.

101 **Çabri**, N. 708.

102 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N. 1003 dn. 729; **Ünal/Başpınar**, s. 401; **Ayan**, Eşya, s. 236; **Ertaş**, N. 759; **Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.)**, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Auflage, Zürich 2016 (**Deillon-Schegg, Bettina**), Art. 973, N. 12; **Sirmen**, Eşya, s. 200-201; Türk Medenî Kanunu m. 1023'de açıkça ortaya konulduğu üzere tapuya güven ilkesinin sadece aynı hakları koruma altına aldığına ilişkin bkz. **Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat**, Eşya Hukuku, Cilt III, Tapu Sicili, İstanbul 2018, s. 81; Aksi yönde tapu sicilinde yolsuz tescil sonucu malik gözüken kimsenin yaptıracağı kişisel hakkın şerhi bakımından TMK m. 1023'ün uygulanabileceği şeklinde görüş olarak bkz. **Sungurbey, İsmet**, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963, s. 132; **Yakuppur**, s. 28-29; **Özçelik**, s. 127-131.

103 Benzer örnek olarak bkz. **Ertaş**, N. 759.

104 Genel olarak yolsuz tescil sonucu tapuda malik gözüken kimse ile yapılan alım sözleşmesi bakımından aynı yönde örnek olarak bkz. **Sirmen**, Eşya, s. 201.

bb. Tapuda Artmirasçı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunması

Tapuda artmirasçı atanmasına ilişkin şerh varsa, şerhten sonra tapu sicilinin kapanması/kilitlenmesi söz konusu olmamalıdır. Ama mirasın geçiş anının gelmesi ile artmirasçı tescile gerek olmadan malik olduğu için, bu aşamada taşınmazda önmirasçıdan aynı hak elde eden kimsenin kazanımı yolsuz tescil olur. Şerhin varlığı karşısında, üçüncü kişinin iyiniyet iddiasında bulunması da mümkün olamayacağına göre, aynı hak kazanımının TMK m. 1023 anlamında korunmasından söz edilemez. Şerhe rağmen hakkı kazanan üçüncü kişi, mirasın artmirasçıya geçişi anı geldiğinde hakkının o an itibarıyla sona ermesine TMK m. 1010/II uyarınca katlanmak zorundadır. Bu durumda gerçek malik artmirasçı, tapuda malik görünen üçüncü kişiye yönelteceği ister TMK m. 1025'e dayalı adi istihkak davası isterse TMK m. 637'ye dayalı miras sebebiyle istihkak davası ile taşınmazın kendi adına tescilini; üçüncü kişinin hakkı bir sınırlı aynı hak ise bu hakkın terkin edilerek taşınmazın kendi adına tescilini isteyebilir.

2. Artvasiyet Alacaklısı Atama Tasarrufu Bakımından

a. Vasiyetin Artvasiyet Alacaklısına Geçirilmesi Gereken Andan Önceki Aşama

aa. Tapuda Artvasiyet Alacaklısı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunmaması

Tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerh yoksa, bu aşamada önvasiyet alacaklısı, vasiyet konusu taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine tam olarak sahip olduğundan taşınmaz üzerinde yaptığı tasarruflar (örneğin taşınmazı üçüncü bir kişiye devretmesi, taşınmazda üçünü kişi lehine sınırlı aynı hak kurması veya kişisel hakları şerh vermesi) geçerlidir. Bu durumda tıpkı önmirasçıda olduğu gibi, devir yükümlülüğünü tamamen ya da kısmen yerine getiremeyen önvasiyet alacaklısı, artvasiyet alacaklısının olumlu zararını, TMK m. 5 hükmünde yapılan yollama gereğince TBK m. 112 hükmüne dayalı olarak tazmin edecektir. Ayrıca artvasiyet alacaklısının, önvasiyet alacaklısının vasiyet konusu taşınmazı teslim almasının bir koşulu olarak gösterdiği güvencelere başvurma imkânı da bulunmaktadır.

bb. Tapuda Artvasiyet Alacaklısı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunması

Tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerh varsa ve önvasiyet alacaklısı şerhe rağmen taşınmazda üçüncü kişi lehine tasarruf ederse (örneğin taşınmazı üçüncü bir kişiye devreder, taşınmazda üçüncü kişi lehine sınırlı aynı hak kurar veya kişisel hakkı şerh verirse), geçiş anı geldiğinde yapılan bu devir artvasiyet alacaklısına karşı ileri sürülemez ve artvasiyet alacaklısı taşınmazın kendisine devredilmesini üçüncü kişiden isteyebilir. Bu durumda TMK m. 1010/II dolayısıyla artvasiyet alacaklısının hakkını doğrudan üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği sonucuna ulaşılır. Şerhten sonra hak kazananlar kendi adlarına

yapılmış olan tescilin terkinine ve taşınmazın artvasiyet alacaklısı adına tesciline katlanmak zorunda kalacaktır¹⁰⁵.

b. Vasiyetin Artvasiyet Alacaklısına Geçirilmesi Gereken Andan Sonraki Aşama

Daha önce açıklandığı üzere¹⁰⁶ vasiyetin geçişi anı geldiğinde, artmirasçının aksine, artvasiyet alacaklısı taşınmazın mülkiyetini kendiliğinden kazanmadığı için, tapudaki tescilin yolsuzlaştığı söylenemez. Bu aşamada da önmirasçının yaptığı tasarruf işleminin geçerliliği bakımından, işlem anında tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerhin bulunup bulunmamasına göre farklı sonuçlara varılır.

aa. Tapuda Artvasiyet Alacaklısı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunmaması

Tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerh yoksa, vasiyetin geçiş anının gelmesinden sonra, henüz artvasiyet alacaklısına devir yapılmamışken, önvasiyet alacaklısı taşınmazda üçüncü kişiye hak sağlarsa – örneğin taşınmazı üçüncü kişiye devreder, taşınmazda sınırlı aynî hak kurar veya kişisel hakları şerh verirse-, bir defa aynî haklar bakımından TMK m. 1023 hükmünün uygulanmasına yer olmadığı belirtilmelidir. Çünkü geçiş anı geldiğinde artvasiyet alacaklısı malik olmadığı, yalnızca vasiyet alacağı kazandığı için, bu aşamada önvasiyet alacaklısından vasiyet konusu taşınmazda aynî hak edinen üçüncü kişinin güvendiği tescil yolsuz değildir. Dolayısıyla yapılan devir geçerli olur. Aynı şekilde bu aşamada yapılan kişisel hakkın şerhinin de geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. Yani bu aşamada önvasiyet alacaklısının taşınmazı devretmesi hâlinde, artvasiyet alacaklısı taşınmazın aynına kavuşamayacak; önvasiyet alacaklısının sınırlı aynî hak kurması ya da kişisel hakkı şerh vermesi halinde ise, artvasiyet alacaklısı taşınmazın kendi adına tescilini sağladığında, taşınmazı söz konusu sınırlı aynî hak ile ya da kişisel hakkın şerhi ile yüklü olarak kazanacaktır. Bu şekilde üçüncü kişinin kazanımının geçerli olması sonucunda miras kapsamında yer alan taşınmaza hiç ya da olması gerektiği şekilde kavuşamayan artvasiyet alacaklısının elindeki imkân ise, olumlu zararının tazminini, TMK m. 5 hükmünde yapılan yollama gereğince TBK m. 112 hükmüne dayalı olarak önvasiyet alacaklısından istemektir. Zira önvasiyet alacaklısı, kanundan doğan mirası artvasiyet alacaklısına geçirme yükümlülüğünü (TMK m. 521/I, III) gereği gibi yerine getirmemiştir. Bu hususta artvasiyet alacaklısının, önvasiyet alacaklısının vasiyet konusu taşınmazı teslim almasının bir koşulu olarak gösterdiği güvencelere başvurma imkânı da bulunmaktadır.

Ayrıca vasiyetin geçiş anı gelmesine rağmen kendi rızası ile devri gerçekleştirmeyen önvasiyet alacaklısına yöneltilmiş dava (TMK m. 716) sürerken de taşınmazın önvasiyet alacaklısı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi mümkündür. Bu durum davalı tarafından dava konusunun devri niteliğindedir ve bu hususta HMK m. 125/(1) hükmündeki düzenleme de devreye girebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 125/(1), a bendinin ifadesi “*isterse devreden tarafla olan*

105 Aynı yönde Çabri, N. 723; Doğan, s. 186.

106 Bkz. Başlık I., B.

davasından vazgeçerek, dava konusunu devralmış olan kişiye karşı davaya devam eder” şeklindedir. Ancak hükmün lafzı yanıltıcı olmamalıdır. Şöyle ki; bu hüküm uyarınca her durumda artvasiyet alacaklısının davasına, dava konusu taşınmazı devralan üçüncü kişiye karşı devam edebileceği düşünülemez. Zira artvasiyet alacaklısının sahip olduğu hak bir alacak hakkı olması sebebi ile kişisel (şahsi, nisbî) haktır. Borç ilişkisinin nisbîliği uyarınca HMK m. 125/(1), a bendinin gereği olarak davacı artvasiyet alacaklısının, davasını taşınmazı devralan üçüncü kişiye yöneltmesi mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 125/(1), a bendinin varlığı, özel hukukun hüküm ve sonuç bağladığı olguları ve bu olgulara bağlı hak kazanımlarını ortadan kaldıramaz. Bu gerekçe ile artvasiyet alacaklısı tarafından önvasiyet alacaklısına karşı açılmış TMK m. 716’ya dayalı davada hâkimin takdir hakkı ile TMK m. 1010/b.1 uyarınca çekişmeli hakların korunması şerhi¹⁰⁷ verilmelidir. Bu şerh verilmedikçe davalı önvasiyet alacaklısı üçüncü kişiye taşınmaz üzerinde aynı hak kazandıracak olursa, HMK m. 125/(1), a bendinin uygulanmasından söz edilemez. Çünkü borç ilişkisinin nisbîliği gereği üçüncü kişi borç ilişkisine taraf değildir ve bu ilişkiyi ihlâl edemez¹⁰⁸. Eğer hâkim tarafından TMK m. 1010/b. 1 uyarınca çekişmeli hakların korunması şerhi konulmuş ve üçüncü kişiye dava konusunun devri bu andan sonra gerçekleşmiş ise artık eşyaya bağlı borç etkisi ile HMK m. 125/(1), a bendinin uygulanması ve davanın üçüncü kişiye karşı devam ettirilmesi mümkün olur. Zira artık taşınmazı yeni edinen üçüncü kişi, davalı önvasiyet alacaklısının halefi olarak onun borcunun yükümlüsüdür. Bu halde HMK m. 125/(1), a bendinin uygulanması sonucunda davalı sıfatı (pasif husumet) artık, eşyaya bağlı borcun yükümlüsü olan yeni edinen halefte, yani önvasiyet alacaklısından taşınmazı devralan kişidedir.

Yine tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerh bulunmamakla birlikte, üçüncü kişiye yapılan devir sırasında TBK m. 49/II’nin koşulları varsa, taşınmazı devralan üçüncü kişiye TMK m. 716 uyarınca dava açılması mümkün olur. Örneğin önvasiyet alacaklısından taşınmazı devralan üçüncü kişi, artvasiyetten haberdar olmasına rağmen, sübjektif nedenlerle sırf artvasiyet alacaklısının taşınmaza kavuşmaması için, kendi ihtiyacı olmamasına rağmen, ahlâka aykırı bir fiille taşınmazın mülkiyetini edinirse, salt bu fiil TBK m. 49/II anlamında bir haksız fiil oluşturur ve zararı tazmin borcu doğar. Bu ihtimalde artvasiyet alacaklısının mahkemeden TMK m. 716 uyarınca taşınmazın mülkiyetinin hükmen geçirilmesini istemesi mümkündür. Zira hâkim TBK m. 49/II’ye dayalı olarak açılan davada TBK m. 51/I uyarınca sahip olduğu takdir hakkına bağlı olarak zararın aynen tazminine hükmedecek olursa, kıyasen TMK m. 716’ya dayalı olarak mülkiyetin hükmen geçirilmesine karar verebilecektir¹⁰⁹.

107 Oysa uygulamada bu hüküm gereği şerh verilmeyip HMK m. 389 uyarınca tapu kütüğünü kilitleyen ihtiyati tedbir kararları (HMK m. 389/I) verilmektedir. Bu durumda ise davalının zaten taşınmazda tasarruf etmesi mümkün olmadığından HMK m. 125/(1), a bendinin uygulanmasını gerektiren bir olasılık söz konusu olamamaktadır.

108 Genel olarak tescilli isteme davasında dava konusunun devrine ilişkin olarak bkz. **Özmen/Aydın**, s. 202.

109 Genel olarak haksız fiilden doğan alacak hakkına dayalı tescile zorlama davaları hakkında aynı yönde görüş olarak bkz. **Özmen/Aydın**, s. 195-197; Türk Borçlar Kanunu m. 49/II’nin koşulları varsa, şerh bulunmadığı için yapılan devrin geçerli olduğu sonucuna varılamayacağı yönünde bkz. **Çabri**, N. 699 dn. 1221.

bb. Tapuda Artvasiyet Alacaklısı Atanmasına İlişkin Şerhin Bulunması

Tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerh varsa, vasiyetin geçiş anı geldikten sonra, artvasiyet alacaklısına devir yapılmadan önce, önmırasiyet alacaklısı taşınmazda üçüncü kişiye hak sağladığında (örneğin taşınmazın üçüncü kişiye devri, taşınmazda sınırlı aynı hak kurulması veya kişisel hakların şerh verilmesi), TMK m. 1010/II uyarınca artvasiyet alacaklısı hakkını doğrudan üçüncü kişiye karşı TMK m. 716'ya dayalı dava açarak ileri sürebilir.

3. Bakiye Üzerine Artmırasçı Atama Tasarrufu Bakımından

Bakiye üzerinde artmırasçılıkta artmırasçıya, önmırasçının kullanım ve tüketiminden kalacak bakiyeye sahip olma şeklinde bir hak tanınmaktadır. Bu halde önmırasçı, mirasın geçiş anı geldiğinde geriye ne kaldı ise yalnızca onu artmırasçıya devretmekle yükümlü olur¹¹⁰. Bu nedenle bakiye üzerinde artmırasçılıkta güvence verilmesi söz konusu olmamaktadır¹¹¹.

Bu tür mirasçılıkta önmırasçının miras kapsamında yer alan eşyalar – çalışma özelinde taşınmazlar – üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisinin kapsamı belirlenirken söz konusu ölüme bağlı tasarrufa bakılması gerekir. Eğer ölüme bağlı tasarrufun yorumundan, mirasbırakanın önmırasçıya bir sınır getirmeden tasarruf yetkisi tanıdığı sonucuna varılıyorsa, artmırasçının önmırasçıdan bir talepte bulunması mümkün olmaz¹¹². Yine de önmırasçının bu eşyalara ilişkin ölüme bağlı tasarrufta bulunmasının ya da alışılmış ölçüyü aşan bağışlama yapmasının vasiyette bulunanın amacına aykırı olacağı belirtilmektedir¹¹³. Buna karşılık mirasbırakanın önmırasçının tasarruf yetkisine sınırlama getirmesi de mümkündür. Bu durumda önmırasçı söz konusu sınırlamanın dışına çıkacak bir tasarrufta bulunursa artmırasçı haklarının tehlikeye düştüğü oranda terekenin resmen yönetilmesini isteyebilir¹¹⁴.

110 **Escher/Escher**, Vorbem. Art. 488-493, N. 11; **Oğuzman**, s. 155 dn. 336; **İmre/Erman**, s. 160; **Dural/Öz**, N. 812; **Hrubesch-Millauer**, Art. 488, N. 13; **Studhalter**, Art. 488, N. 1; “... Bunun için murisin davacıya hem dilediği şekilde tasarruf etmek yetkisi vermiş olması ve hem de teminat göstermekten onu muaf tutmuş bulunması nedeniyle davacının ölümünden sonra davalıya intikal edecek mirasın bir nevi bakiye miras olarak düşünüldüğü açıkça anlaşılmaktadır. ...”, Yarg. HGK., 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881, legalbank.net (1.04.2019).

111 **Escher/Escher**, Vorbem. Art. 488-493, N. 11; **Oğuzman**, s. 155 dn. 336; **Dural/Öz**, N. 812; **Hrubesch-Millauer**, Art. 488, N. 13; **Studhalter**, Art. 490, N. 3.

112 **Escher/Escher**, Vorbem. Art. 488-493, N. 11; **İmre/Erman**, s. 160-161; **Dural/Öz**, N. 812; **Hrubesch-Millauer**, Art. 488, N. 13; **Çabri**, N. 710, N. 715.

113 **Oğuzman**, s. 155 dn. 336; **Hrubesch-Millauer**, Art. 488, N. 14; Bu durumda TMK m. 2/II'deki hakkın kötüye kullanılması yasağının da ileri sürülebileceği görüşü için bkz. **Escher/Escher**, Vorbem. Art. 488-493, N. 11; **İmre**, s. 211; **İmre/Erman**, s. 161; **İşgüzar/Demir/Yılmaz**, s. 71; “... Ön mirasçının, murisin vasiyetnamesi ile amaçladığı hususların gerçekleşmesini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte temlikli tasarrufta bulunması halinde, iyiniyetle telif olunamayacak bu tasarruflar için elbette davalının Medeni Kanununun 2. maddesine göre hak arayabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Ancak, olayda henüz gerçekleşmiş böylesine bir tasarrufun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, davalının davacının tasarrufuna engel teşkil edecek biçimde iddia ile tedbir alması ve bunu uygulamaya koyması haksız bir davranış ve kanuna aykırı bir muamele teşkil eder. ...”, Yarg. HGK., 10.11.1982, E. 1981/2-77, K. 1982/881, legalbank.net (1.04.2019).

114 **Çabri**, N. 710.

SONUÇ

Çalışma çerçevesinde önmirasçının miras kapsamında yer alan taşınmaza ilişkin yaptığı sağlararası tasarruf işlemlerinin geçerli olup olmadığı hakkında şu tespitlere varılmıştır:

I. Önmirasçı, mirasbırakanın ölmesi ile ilk sırada mirasçılık sıfatını atanmış mirasçı gibi kazanır. Ancak önmirasçı, geçiş anı olarak belirlenen vade geldiğinde ya da koşul gerçekleştiğinde bu mirası artmirasçıya geçirme yükümlülüğü altındadır.

II. Türk Medenî Kanunu m. 523/II uyarınca mirasın önmirasçıya teslimi, önmirasçının güvence göstermesine bağlanmıştır. Hükmün lafzı güvencenin belirlenmesi bakımından seçim hakkının önmirasçıda olduğuna yöneliktir. Oysa kanımızca kural olarak artmirasçı atamada önmirasçı her türlü güvenceyi gösterebilirse de, artmirasçının talep etmesi halinde tapu siciline şerh yoluna başvurulmalıdır. Ayrıca *de lege ferenda* bir öneri olarak kanunda güvencenin çeşidi bakımından tercih özgürlüğü artmirasçıya bırakılmalı ve şerhin yanı sıra başka güvencelerin de gösterilebilmesine açıkça imkân tanınmalıdır.

III. Miras kapsamında yer alan taşınmazların mülkiyetinin artmirasçıya geçişi, geçiş anının gelmesi ile birlikte kendiliğinden ve kanun gereği olur. Bu bir tescilsiz kazanma halidir.

IV. Önmirasçı mirasın artmirasçıya geçişi anına kadar, miras kapsamında yer alan taşınmazda mülkiyet hakkı sahibi olarak yönetim yetkisi kapsamında zorunlu tasarrufları yapabilir. Bunun dışında önmirasçının tasarruf yetkisinin kısıtlı olup olmadığı konusunda Türk Medenî Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamakta olup, konu öğretilerde tartışmalıdır. Kanımızca en ideal olan bu hususun kanun koyucu tarafından düzenlenmesi ve öğretilerde ileri sürülen görüşlerden birinin kanunda açıkça benimsenmesidir. Biz bu hususta önmirasçının tasarruf yetkisinin kısıtlı olmadığını kabul eden görüşün, vardığı sonuçları itibarıyla gerek hukukun ilkeleri gerekse Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu'nun sistemi ile daha uyumlu olduğu kanaatindeyiz. Katıldığımız görüş ışığında önmirasçının tasarrufları bakımından vardığımız sonuçları kısaca özetlemek gerekirse;

A. *Önmirasçı mirasın artmirasçıya geçişi anından önce taşınmazı konu alan bir tasarruf işlemi yaparsa ve tapuda artmirasçı atanmasına ilişkin şerh yoksa*, önmirasçının yaptığı tasarruf geçerlidir. Artmirasçının mirasın geçiş anı geldiğinde, o anda önmirasçının mülkiyetinde olmayan bir taşınmazı külli halefiyet yolu ile kazandığından söz edilemez. *Tapuda artmirasçı atanmasına ilişkin şerhin olduğu durumda ise*, şerhin varlığı önmirasçının tasarruf yetkisini kısıtlayamaz. Şerhten sonra hak kazanan kişi, mirasın artmirasçıya geçişi anı geldiğinde hakkının o an itibarıyla sona ermesine TMK m. 1010/II uyarınca katlanır. Bu aşamada önmirasçının yaptığı tasarruflar bakımından TMK m. 1023 hükmünün herhangi bir uygulanma alanı yoktur. Çünkü önmirasçının adına tapuda görünen tescil yolsuz bir tescil değildir.

B. *Önmirasçı mirasın artmirasçıya geçişi anından sonra taşınmazı konu alan bir tasarruf işlemi yaparsa ve tapuda artmirasçı atanmasına ilişkin şerh yoksa*, iyiniyetli üçüncü kişi TMK m.

1023 uyarınca aynı hakkı kazanır. Bu durumda HMK m. 125/(1), a bendinin uygulanmasına da yer yoktur. Buna karşılık üçüncü kişi iyiniyetli değil ise, geçiş anının gelmesi ile artmirasçı mülkiyeti kazanır ve üçüncü kişiye karşı açacağı TMK m. 1025'e dayalı tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile taşınmazın adına tescilini sağlar. Üçüncü kişiye yapılan devir TMK m. 1025'e dayalı dava sürerken de gerçekleştirilebileceğinden, TMK m. 1011/I, b. 1 uyarınca geçici tescil şerhi konulması önemlidir. Böylece şerhten sonra dava konusu taşınmaz üçüncü kişiye devredilirse, şerhe rağmen devralan üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı kolaylıkla ispatlanacağından, HMK m. 125/(1), a bendi uyarınca davanın üçüncü kişiye karşı devam ettirilmesi mümkün olacaktır. *Tapuda artmirasçı atanmasına ilişkin şerhin olduğu durumda ise, şerhin varlığı karşısında üçüncü kişinin kazanımının TMK m. 1023 uyarınca korunması mümkün olmaz ve üçüncü kişi kendi adına olan tescilin yolsuzlaşmasına TMK m. 1010/II uyarınca katlanır.*

C. Önvasiyet alacaklısı vasiyetin geçişi anından önce taşınmazı konu alan bir tasarruf işlemi yaparsa ve tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerh yoksa önvasiyet alacaklısının yaptığı tasarruf işlemi geçerlidir. Tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerhin olduğu durumda ise, geçiş anı geldiğinde yapılan devir artvasiyet alacaklısına karşı ileri sürülemez ve artvasiyet alacaklısı taşınmazın kendisine devredilmesini TMK m. 1010/II uyarınca üçüncü kişiden isteyebilir.

D. Önvasiyet alacaklısı vasiyetin geçişi anından sonra taşınmazı konu alan bir tasarruf işlemi yaparsa ve tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerh yoksa aynı haklar bakımından TMK m. 1023'ün uygulanması söz konusu olmaz. Zira geçiş anı geldiğinde artvasiyet alacaklısı malik olmadığı, yalnızca vasiyet alacağı kazandığı için, önvasiyet alacaklısı adına olan tescil yolsuz değildir. Artvasiyet alacaklısı tarafından önvasiyet alacaklısına karşı açılan TMK m. 716'ya dayalı dava sürerken devrin gerçekleştirilmesi halinde ise, dava sırasında TMK m. 1010/b. 1 uyarınca çekişmeli hakların korunması şerhi verilmedikçe borç ilişkisinin nisbiliği uyarınca HMK m. 125 hükmünün gereği olarak davacı artvasiyet alacaklısının davasını dava konusunu devralan üçüncü kişiye yöneltmesi mümkün olmaz. Tapuda artvasiyet alacaklısı atanmasına ilişkin şerhin olduğu durumda ise, TMK m. 1010/II uyarınca artvasiyet alacaklısının hakkını doğrudan üçüncü kişiye karşı ileri sürebilmesi ve TMK m. 716 uyarınca davanı üçüncü kişiye karşı açabilmesi mümkündür.

E. Önmirasçı ya da önvasiyet alacaklısı mirası geçirme yükümlülüğünü tamamen veya kısmen yerine getiremezse, artmirasçının ya da artvasiyet alacaklısının olumlu zararını, TMK m. 5 hükmünde yapılan yollama gereğince TBK m. 112 hükmüne dayalı tazmin etmek durumunda kalır. Zira bu durumda önmirasçı ya da önvasiyet alacaklısı kanundan doğan mirası geçirme yükümlülüğünü (TMK m. 521/I, III) gereği gibi yerine getirememiştir.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
b.	: bent
bkz.	: bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
CHK	: Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgegeben
K.	: Karar
m.	: madde
N.	: Kenar Numarası
OFK	: Orell Füssli Kommentar
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
s.	: sayfa
S.	: Sayı
§	: Paragraf
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
TST	: Tapu Sicil Tüzüğü
vd.	: ve devamı
Vorbem.	: Vorbemerkungen
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

KAYNAKÇA

- Akbıyık**, Cem, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003.
- Akıpek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- Antalya**, O. Gökhan/**Sağlam**, İpek, Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat, Eşya Hukuku, Cilt III, Tapu Sicili, İstanbul 2018.
- Ayan**, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2016.
- Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016 (Eşya).
- Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014.
- Ayiter**, Nuşin, Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 1978.
- Belgesay**, Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Üçüncü Kitap, Miras, 4. Baskı, İstanbul 1952.
- Börü**, Levent, Dava Konusunun Devri, Ankara 2012.
- Breitschmid**, Peter/**Jungo**, Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich 2016 (**Hrubesch-Millauer**, Stephanie).
- Breitschmid**, Peter/**Jungo**, Alexandra (Hrsg.), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3. Auflage, Zürich 2016 (**Deillon-Schegg**, Bettina).
- Çabri**, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt – I, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- Doğan**, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara 2004.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2018.
- Eren**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara 2019.
- Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017.
- Escher**, A./**Escher**, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, III. Band, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Zürich 1959.
- Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017.
- Gönensay**, Samim/**Birsen**, Kemaleddin, Miras Hukuku, İstanbul 1956.
- Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.
- Gürpınar**, Damla, Artmirasçı Atama, Ankara 2018.
- Gürsoy**, Kemal Tahir, Türk Medenî Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara 1955.
- Gürsoy**, Kemal T./**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara 1984.
- Haab**, Robert/**Simonius**, August/**Scherrer**, Werner/**Zobl**, Dieter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, ZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, 2. Auflage, Zürich 1977.
- Hatemi**, Hüseyin, Miras Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2018.
- Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- Hausheer**, Heinz/**Walter**, Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Band III, 1. Abteilung, Die Erben, 1. Teilband, 1. Teil, Art. 457-516 ZGB, Bern 2009 (**Weimar**, Peter).
- Homberger**, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, 3. Abteilung, Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, 2. Auflage, Zürich 1938.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Geiser**, Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2007.
- İmre**, Zahit, Türk Miras Hukuku, 3. Bası, 1972.

- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan, Miras Hukuku, 14. Basım, İstanbul 2018.
- İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019.
- İşgüzar**, Hasan/**Demir**, Mehmet/**Yılmaz**, Süleyman, Miras Hukuku, Ankara 2019.
- Kılıçoğlu**, Ahmet, Miras Hukuku, 8. Bası, Ankara 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- Kostkiewicz**, Jolanta Kren/**Wolf**, Stefan/**Amstutz**, Marc/**Fankhauser**, Roland (Hrsg.), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016 (**Studhalter**, Philipp).
- Köprülü**, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul 1985.
- Meier-Hayoz**, Arthur, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 2. Teilband, Grundeigentum I, Artikel 655-679 ZGB, 3. Auflage, Bern 1969.
- Nomer**, Halûk N., Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002.
- Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, Serkan, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.
- Oğuzman**, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2018.
- Özçelik**, Ş. Barış, Tapu Siciline Güvenin Korunması, Ankara 2016.
- Özmen**, Etem Sabâ/**Aydın**, Gülşah Sinem, “*Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma ile Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 2014/6, (s. 179-215).
- Öztan**, Bilge, Miras Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Piotet**, Paul, Schweizerisches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht, Erster Halbband, Basel 1978.
- Saymen**, Ferit H., Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 1955.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018.
- Sirmen**, Lâle, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- Sirmen**, Lâle, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018 (Eşya).
- Sungurbey**, İsmet, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altıp**, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, İstanbul 1989.
- Tuor**, Peter/**Schneyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2009 (**Tuor**, Peter).
- Ünal**, Mehmet/**Başpınar**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Vardar Hamamcıoğlu**, Gülşah, Medenî Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014.
- Yakuppur**, Sendi, Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, İstanbul 2016.

Veri Tabanları:

legalbank.net

<https://emsal.yargitay.gov.tr>

www.swisslex.ch/

Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri

Duties of Buyer within the Context of Defect Liability of Seller in Accordance with Provisions of Turkish Code of Obligations

Semih YÜNLÜ*

Öz

Hem günlük işlem yoğunluğu boyutuyla pratikte hem de teorik boyutuyla borçlar hukuku özel hükümler içerisinde yer alan en önemli konularda bir tanesi satış sözleşmeleridir. Satış sözleşmeleri içerisindeki en önemli meselelerden bir tanesi ise ayıp hususudur¹. Satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan sorumlu olabilmesi için bazı şartların mevcut olması gerekir. Konumuz ise özel olarak, satış sözleşmelerinde satıcının ayıptan dolayı sorumluluğunun şekli şartlarının incelenmesine ilişkindir.

Bu kapsamda çalışmamızda, öncelikle satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğunun şekli şartları olan gözden geçirme ve bildirim külfetleri incelenecektir. Son olarak ise bu külfetlerin yerine getirilmemesinin sonuçlarına değinilecektir. Çalışmamızda esas olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesi hükümleri incelenmektedir. Diğer taraftan, ilgili noktalarda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki düzenlemeler de kısaca karşılaştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Borçlar Kanunu, Satış Sözleşmesi, Ayıp, Ayıba Karşı Tekeffül, Ayıptan Sorumluluk, Gözden Geçirme, Muayene, Bildirim, İhbar, Külfetler.

Abstract

One of the most important issues in both practical scope with daily business intensity and theoretical scope in Law of Obligations – Special Provisions is contracts of sale. More particularly, one of the most important issues in the contracts of sale is the defect issue. Some conditions must exist for liability of seller for defect in contracts of sale. Our specific issue is examining the procedural/formal conditions of liability of seller for defect in the contracts of sale.

In this context, first of all, the inspection and notification charges/duties which are formative conditions of defect liability will be examined. Finally, the consequences of not fulfilling these charges will be mentioned. In our study mainly, the provisions of contract of sale in Turkish Code of Obligations (no.

* Dr., İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, semih.yunlu@yeniuyuzuil.edu.tr, (ORCID: 0000-0002-2191-1482).

¹ İnc. Eugen Bucher, **Introduction to Swiss Law**, 3. bs., edited by F. Dessemondet and T. Ansay, Kluwer/Schulthess, 2004, (8. Bölüm), (107-144), s. 135.

6098) are examined. On the other hand, in related issues, regulations in Turkish Commercial Code (no. 6102) and Code on Protection of Consumer (no. 6502) will be briefly compared.

Keywords: Turkish Code of Obligations, Contract of Sale, Defect, Liability for Defect, Inspection, Notification, Control, Charges, Duties.

GİRİŞ

Satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devretme borcu² altında olan satıcının borçlarından bir tanesi de (OR art. 197 vd.)³ TBK 219 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan ayıptan sorumluluktur⁴. Ayıbı ise basit şekilde “satılанда, sözleşme veya satılanın niteliği gereği, bulunması gereken özelliklerin bulunmaması veya bulunmaması gereken özelliklerin bulunması” olarak ifade edebiliriz⁵. Ayıba karşı sorumluluk, tıpkı zapta karşı sorumlulukta olduğu gibi, kusur şartı aranmayan bir sorumluluk olarak düzenlenmiştir⁶. Dolayısıyla satıcı, sözleşme kurulduğunda bu ayıpların

- 2 TBK md. 207/1: “Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”
- 3 İnc. Andreas Furrer/Nadine S. Reinfried, “Producer’s and Seller’s Liability under Swiss Law – A Comparative Analysis under European Perspectives”, **European Perspectives on Producers’ Liability**, Edited by Martin Ebers/André Janssen/Olaf Meyer, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009, (563-578), s. 565.
- 4 OR art. 197: “Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache”, “Satılanın ayıplı olmasından dolayı garanti sorumluluğu”; ayrıca madde gerekçesi için bkz. “...Maddede satıcının ayıptan sorumluluğunun konusu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri de göz önünde tutularak, yeniden kaleme alınmıştır. Ancak, Tasarı ile söz konusu Kanunun uygulama alanlarının farklı olduğu açıktır. Ayrıca, ayıplı ürünler bakımından 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun hükümlerinin saklı olduğunda bir duraksama yoktur...”, çevrimiçi, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>; inc. Claire Huguenin, **Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2012, s. 701 vd.
- 5 Ayr. bkz.: Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 102 vd.; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2014, s. 125; Melek Bilgin Yüce, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları Ve Alıcının Seçimlik Hakları”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, 2012, (383-420), s. 382; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Şanlı, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 195; Ş. Barış Özçelik, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 64 (4) 2015, (1161-1188), s. 1166; Mustafa Ünlütepe, “Tasımur Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 1, 2018, (296-335), s. 297.
- 6 Bkz.: Yarg. 13. HD., 09.11.2012 T., 2012/15893 E., 2012/25280 K.: “...Davacının satın aldığı araçla ilgili olarak Trafik Şube Müdürlüğüne tutulan kayıtları ve aracın sigorta kayıtlarını inceleme yükümlülüğü yoktur. Davalı satış öncesi davacıyı aracın pert olduğu konusunda bilgilendirdiğini veya alıcının bu hususu bildiğini, ispatlayamamıştır. Davalının iyi niyetli olduğu söylenemez. Satışa konu araç hukuki ayıplıdır. Satıcı ayıpların varlığını bilmeseydi bile onlardan sorumludur. Davacı BK 194 ve sonraki ayıba karşı tekeffül maddeleri hükmüne göre sözleşmeyi feshedip tazminat istemekte haklıdır...” (KİB); Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdulkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 86; Ünlütepe, a.g.e., s. 298; Eugen Bucher, **Obligationenrecht Besonderer Teil**, 3. bs., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s. 87, 90; Markus Müller-Chen, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil I: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 – 318 OR**, 3. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 176.

varlığından haberdar olmasa dahi ayıplardan sorumludur⁷. Bunun yanında, satıcının kusurlu olması hali ise alıcının ek haklara sahip olmasına neden olabilecektir. Satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluk için genel olarak, satılan teslim edilmiş olmalı⁸; ayıp sorumluluğunun doğal gereği olarak satılan ayıplı olmalı⁹; alıcı ayıpların varlığını bilmiyor olmalı¹⁰; ayıptan sorumluluk kaldırılmamış olmalıdır¹¹.

Aşağıda öncelikle ayıptan sorumlulukta (üst başlık olarak “şekli şartlar” şeklinde zikredeceğimiz) alıcının külfetleri üzerinde durulacak ve şekli şartların yerine getirilmemesine değinilecektir.

I. AYIPTAN SORUMLULUĞUN ŞEKLİ ŞARTLARI VE AYIBA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. GENEL OLARAK

Yukarıda kısaca ifade edildiği üzere bu kısımda incelenecek hususlar, alıcının yerine getirmesi gereken külfetlerden oluşmaktadır. Bahsi geçen bu külfetler ise (*Untersuchungsobliegenheit*) gözden geçirme külfeti ve (*Rügeobliegenheit*) bildirim külfetidir¹². Dolayısıyla, satıcının

- 7 Bucher, **Besonderer**, s. 87; Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Özel Borç ilişkileri**, 27. bs., İstanbul, Beta, 2018, s. 244.; Hayvan satışında ise aksi durum söz konusudur, Bkz.: TBK md. 220 “Hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz.”
- 8 Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 80; Ahmet Türkmen, “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), (3389-3448), s. 3398 vd.; Cevdet Yavuz, **Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul, Beta, 1989, s. 106; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 299; Yarg. 13. HD., 06.11.2013 T., 2013/14926 E., 2013/27424 K.: “... Borçlar Kanununun 198. maddesine göre, alıcı, teslim aldığı malı örf ve adete göre, imkân hasıl olur olmaz muayene etmek ve satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu satıcıya derhal ihbar etmekle yükümlüdür. Borçlar Kanunu’nun 198. maddesi gereğince muayene külfeti teslimden itibaren başlar...” (KİB).
- 9 Gümüş, **C. I**, s. 81.
- 10 Huguenin, **a.g.e.**, s. 703; Mustafa Arıkan/Süleyman Yalman, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Satım Sözleşmesine İlişkin Bazı Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, **Hukuk Biliminin Güncel Sorunları**, C. II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, (117-129), s. 126; Gümüş, **C. I**, s. 90; Furrer/Reinfried, **a.g.e.**, s. 566; Satış sözleşmesi kurulduğunda mevcut olan ayıpların alıcı tarafından bilindiğini ise satıcı ispat etmelidir, Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 304.
- 11 Huguenin, **a.g.e.**, s. 703; Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar Ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu Ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, (17-41), s. 29; Bilgin Yüce, **a.g.e.**, s. 391; Yavuz/Acar/Özen, **Özel**, s. 131; Gümüş, **C. I**, s. 94; Furrer/Reinfried, **a.g.e.**, s. 568; Ancak, TBK md. 221’e göre satıcının ayıplardan sorumlu olmayacağına veya sınırlı sorumlu olacağına ilişkin bir anlaşmanın geçerliliği için, anlaşmanın satıcının ağır kusuruna ilişkin olmaması gerekecektir, Bilgehan Çetiner, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar Ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **İÜHFİM**, C. LXVII, S. 1-2, İstanbul, 2009, (97-113), s. 105; Yavuz/Acar/Özen, **Özel**, s. 131; Gümüş, **C. I**, s. 94.
- 12 Jan Bohnstedt, **Vertragsrecht im Einkauf**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2012, s. 195; ayr. bkz. Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2006, Pn. 4.28; inc. Bucher, **Besonderer**, s. 93 vd.; Herbert Schönle/Peter Higi, **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a: Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, 3. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2005, s. 479; Furrer/Reinfried, **a.g.e.**, s. 566; Tuba Akçura Karaman, “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Anlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk**

ayıplardan sorumluluğuna dayanabilmek ve kanun tarafından verilen hakları kullanabilmek için, maddi şartların¹³ yanında, bu külfetlerin de yerine getirilmiş olması gerekir¹⁴.

Genel olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, hem eser hem de satış sözleşmelerinde gözden geçirme ve bildirim, birer borç olarak değil, külfetler olarak düzenlemiştir¹⁵. Burada incelediğimiz şekli ile (*obliegenheit*) külfet, yerine getirilmemesi, yerine getirmeyen taraf üzerinde bir sorumluluğa yol açmayan, yalnızca o kişinin külfetler yerine getirilseydi elde edecek olduğu hakların kullanılması imkanını ortadan kaldıran bir durumu ifade etmektedir¹⁶. Diğer bir deyişle ile külfet, borçtan farklı olarak, alacaklı bakımından bir sorumluluğa yol açmamakta; ancak ilişkili olduğu hakların kullanılmasının ön koşulunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla satıcı, bu külfetlerin yerine getirilmesini dava edemez¹⁷. Bunun aksine, (karşılaştırma ile açıklamak gerekirse) kanun koyucu özellikle eser ve satış sözleşmelerinde gözden geçirme ve bildirim külfetleri düzenlemişken; kira sözleşmelerinde ise bildirimden bahsetmekle birlikte, nitelik olarak külfet değil bir borç belirlemiş durumdadır. Zira, kira sözleşmelerinde bildirim yapılmamış olması, kiracının bir hakkının kaybolmasına yol açmamakta; aksine, doğan veya artan zararlardan dolayı kiracının sorumlu olmasına neden olmaktadır¹⁸.

Diğer taraftan, burada şekli şartlar bahsi altında ele aldığımız “gözden geçirme ve bildirim” külfetlerinin yerine getirilmemesinin, ayıptan kaynaklanan hakların doğumunda rol oynamadığının, ancak doğmuş bulunan sorumluluktan kaynaklanan hakların düşmesine neden olduğunun belirtildiğini de ifade etmek gerekir¹⁹. Kanaatimizce de, henüz külfetler yerine getirilmeden de ayıptan sorumluluk ve alıcının hakları doğmaktadır. Ancak külfetler yerine

Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, 2013/1, (225-258), s. 231.

- 13 Çalışmamızda maddi şartlar olarak zikredeceğimiz hususlar genel olarak; ayıbın varlığı, satılanın teslim edilmiş olması, alıcının mevcut ayıpları bilmemesi, satıcının ayıp sorumluluğunun kaldırılmamış olması hususlarını ifade etmektedir.
- 14 Huguenin, **a.g.e.**, s. 703; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 231.
- 15 İnc. Yavuz, **a.g.e.**, s. 106; Eren, **Özel**, s. 114; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri**, C. II, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 168; Saibe Oktay Özdemir, “*Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı Ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler*”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, (39-58), s. 51; Hayrunnisa Özdemir, “*Türk Borçlar Kanunu'na ve Milletlerarası Satım Sözleşmesine Göre Ayıbın İhbar Edilmesi*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İkinci Cilt, C. 22, S. 3, 2016, (2305-2348), s. 2310; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 65; inc. Serap Helvacı/Fatma Zeynep Altınar Yolcu, “*6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, (804-822), s. 805 ve dn. 2.
- 16 Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 32; Güzide Burcu Doğan, “*Roma Ve Türk Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Sorumluluğu*”, **Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, İstanbul, 2006, (561-590), s. 574; Schwenzer, **a.g.e.**, Pn. 4.27; Haluk Nami Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996, s. 85.
- 17 Lena Rudkowski, **Wirtschaftsrecht: BGB AT, Schuldrecht, Sachenrecht**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2016, s. 100.
- 18 Bkz.: TBK md. 318: “*Kiracı, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumludur.*”. Ayrıca madde başlığı da (VI. Ayıpları kiraya verene bildirme borcu) bunun bir külfet değil borç olarak düzenlendiğini göstermektedir.
- 19 Tandoğan, **Cilt II**, s. 168 ve dn. 200a; inc. Eren, **a.g.e.**, s. 114 vd.

getirilmez ise bu haklar kullanılamaz ve satıcının sorumluluğuna gidilemez. Buna karşılık, külfetler hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş dahi olsa, eğer satıcı bunu ileri sürmemiş ise alıcı ayıba ilişkin haklarını kullanabilmelidir. Dolayısıyla, külfetlerin yerine getirilmemesinin, sorumluluğun ve hakların doğumunda etkili olduğunu değil, doğmuş bu sorumluluğa ve sorumluluk kaynaklı haklara gidilebilmesinde etkili olduğunu söylemek daha uygun olur.

Yukarıdaki paragrafta kısaca giriş yapmış olduğumuz üzere, gözden geçirme ve bildirimle ilişkin önemli bir husus, bu külfetlerin yerine getirilip getirilmediğinin ileri sürülmesine ilişkindir. Doktrinde, külfet olarak düzenlenen bu hususların yerine getirilmediğinin, satıcı/yüklenici tarafından ileri sürülmesi gerektiği; dolayısıyla bu hususların hakim tarafından re'sen göz önüne alınamayacağı; bu durumda, zamanında ayıp bildirim yapılmış gibi karar verileceği ifade edilmiştir²⁰. Buna karşılık, külfetlerin zamanında yerine getirilmediğinin sabit olduğu bir durumda ise ileri sürülmesi dahi, bunun re'sen göz önüne alınacağı belirtilmiştir²¹. Kanaatimizce, burada alıcı lehine yorum yapmak gerekir. Bu durumda, dava dosyasında ve karşılıklı ifadelerde, külfetlere hiç veya gereği gibi uyulmadığı yönünde herhangi bir iddia, beyan, tartışma yok ise külfetlere uyulmadığı re'sen gözetilmemelidir.

Netice itibarıyla aşağıda, alıcının ayıba ilişkin haklardan yararlanması için yerine getirmesi gerekli olan külfetlere değinilecektir²². Belirtmek gerekir ki, alıcının üzerinde bulunan ve çalışmamızda şekli şartlar olarak ifade ettiğimiz bu külfetlerin, "ağır hukuki ödevler" başlığı altında da ele alınabildiğini görmekteyiz²³.

B. GÖZDEN GEÇİRME KÜLFETİ

1. Genel Olarak

Alıcının, maddi şartların gerçekleşmesi dışında, ayıptan kaynaklı haklardan yararlanabilmesi için yerine getirmesi gereken ilk husus, gözden geçirme (veya diğer ifadelerle muayene/kontrol) külfetidir²⁴. Alıcının yerine getirmesi gereken bu külfetler TBK md. 223'de "*Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır.*

20 Tandoğan, **Cilt II**, s. 176.

21 Tandoğan, **Cilt II**, s. 176.

22 Bahsi geçen külfetlerin tüm sözleşmeler bakımından hukukumuzdan çıkarılması yönünde Bkz.: Bilgehan Çetiner, "*Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Muayene Ve İhbar Külfetine İlişkin Kısa Değerlendirme*", **Legal Hukuk Dergisi**, S. 85, 2010, (135-140), s. 137; Diğer taraftan, İsviçre ve onu takiben Türk hukuku'nun, Kıta Avrupa'sı hukukları içerisinde (tacir olmayanlar arasında) satış sözleşmelerinde bildirim külfeti öngören tek hukuk sistemi olduğu yönünde bkz. Eugen Bucher/Vedat Buz, "*Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK.202/II (Art. 205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirime Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları*", **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Seçkin Yayıncılık, 2004, (145-178), s. 169.

23 Serozan, **a.g.e.**, s. 210 vd.

24 İnc. Markus Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 195 vd.; Huguenin, **a.g.e.**, s. 710 vd.; Furrer/Reinfried, **a.g.e.**, s. 566.

Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılarda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır.” şeklinde düzenlenmiştir²⁵.

2. Gözden Geçirme Süresi

İlgili maddede açıkça düzenlendiği üzere alıcı, teslim tarihinden itibaren, işlerin olağan akışına göre uygun bir süre içerisinde, bu şeyleri gözden geçirmek zorundadır. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu'nda satılanın alıcı tarafından gözden geçirilmesi hususu, (8 gün, 2 ay, 1 yıl vs. gibi) kesin bir süreye bağlanmamıştır²⁶. Maddede, “işlerin olağan akışına göre imkan bulunur bulunmaz” ifadesine yer verilmek suretiyle, soyut bir belirleme yapılmış durumdadır²⁷. Elbette bu durum da, gözden geçirmenin zamanında yapılıp yapılmadığının değerlendirmesinin, somut olayın şartlarına bağlı olacağı sonucunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle, “işlerin olağan akışı” ve “imkan bulunması” kavramları, somut olayın tüm koşulları ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır. Kanaatimizce, ayıplı bir şeyi satmış bulunan satıcı yerine alıcıyı korumak adına burada, alıcının gözden geçirme külfetinin değerlendirmesi noktasında, alıcının subjektif durumuna göre inceleme yapılmalıdır. Ancak elbette, alıcının subjektif durumu kriteri de sınırsız şekilde ele alınmamalıdır. Bu durumda, alıcının subjektif durumunun kabul edilebilirlik sınırı olarak ise dürüstlük kuralını değerlendirmek gerekir. Yine, somut olayın şartları içerisinde, satılan şeyin niteliği başta olmak üzere diğer değişkenler de burada ifade ettiğimiz “alıcının subjektif durumu” kriterini sınırlayabilecektir.

Bahsettiğimiz duruma verilen bir örnek olarak; satılanın toptancılığıyla uğraşan alıcının, satın aldığı renkli iplik ve kumaşların yıkanabilmesini gözden geçirmesi için öncelikle bunlardan örnek alması gerekebileceği; ancak daha küçük ölçekli iş yapan bir satıcı için ise, malın görünümünden de iyi olduğu anlaşıldığı bir durumda, bunun beklenmeyeceği ve kendi alıcılarından bildirim gelene kadar durumu fark etmemesinin olağan olabileceği örneklenmiştir²⁸. Böyle bir durumda görüldüğü üzere, alıcının subjektif durumuna göre değişen yorumlar mevcuttur.

Alıcının durumu gibi satış konusu şey de, gözden geçirmenin süresi bakımından somut olayda önem taşıyacaktır²⁹. Örneğin, daha çabuk bozulacak bir malın gözden geçirme süresinin, diğer

25 Özel olarak incelemeyeceğimiz hayvan satışında ise gözden geçirme ve bildirim ilişkisi md. 224'te “*Hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi hâlinde sorumlu olur.*” şeklinde kaleme alınmıştır.

26 Furrer/Reinfried, **a.g.e.**, s. 566; İpek Yücer Aktürk, **Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 121.

27 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 126; Helvacı/Altın Yolcu, **a.g.e.**, s. 809.

28 Bkz.: Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 127.

29 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 127.

satış konusu mallara göre daha kısa olacağı belirtilmelidir³⁰. Dolayısıyla, satılanın gözden geçirilme külfetinin süreye ilişkin sınırları tespit edilirken ele alınan “satın alanın durumu”, satılan şeyin niteliği gereği de sınırlandırılabilir.

Satılanın gözden geçirilme süresi, satılanın tesliminden sonra başlayacaktır³¹. Bu teslimin ise alıcıya ya da alıcının yetkili temsilcisine yapılması gerekir³². Aksi takdirde, gözden geçirme süresi başlamış sayılmayacaktır. Ancak, satılanın teslim edilmesinden önceki aşamada da bu şeyin ayıplı olduğu alıcı tarafından teşhis edilmiş, buna rağmen alıcı bu şeyi teslim almış ise, böyle bir örnekte somut şartlara göre, alıcının satılanı bu haliyle kabul ettiği sonucuna ulaşılabilecektir. Örneğin, fabrikadan defolu ürünleri satın almış olan bir perakendeciye bu ürünleri taşıyan üçüncü kişi bir nakliyeciyi, yükleme-boşaltma esnasında bu ürünlerin defolu olduğunu görmüştür. Yükü perakendeciye teslim ettikten sonra bu yük içerisindeki ürünlerden birisini beğenip satın almak istediğinde, elbette daha sonradan bu ürünlerin defolu olduğunu bilmediğini ileri süremeyecektir. Diğer taraftan, alıcının satılanın durumu hakkında teslimden önce bir şekilde bilgi sahibi olması, teslimden sonraki gözden geçirme ve bildirim külfetleri ile bağlı olmadığı veya bu külfetleri peşinen yerine getirdiği anlamına da gelmez. Zira, teslimden önceki aşamada ayıp barındırmayan bir şey, alıcı tarafından teslim alındığında ayıplı durumda olabilir. Bu sebeptendir ki, alıcı teslim aldığı şeye ilişkin olarak gözden geçirme ve bildirim külfetleri altındadır. Öyle ki, bu örnekten devam edilecek olursa, nakliyecinin ayıbı bilmesi hususu, mevcut defoya ilişkindir. Yoksa, bu ayıplar dışındaki (örneğin, ürünlerin bir de kanserojen madde ile imal edilmiş olduğunun ortaya çıkması vs.) başka ayıplar bakımından ise satıcının ayıba ilişkin sorumluluğu ve alıcının külfetleri devam eder³³.

Ekleme gerekir ki, satılanın gözden geçirilmesinin, tarafların yaptıkları anlaşma uyarınca, teslimden önce de yapılabileceği ileri sürülmüştür³⁴. Kanaatimizce de böyle bir anlaşma yapılabilir ve alıcının gözden geçirme külfetini yerine getirdiği sonucuna varılabilir. Ancak, teslimden önceki bu gözden geçirme, teslimden sonra ortaya çıkan ayıplara dayanarak satıcının sorumluluğuna gidilebilmesini engellememelidir. Zira, (gözden geçirme ile teslim arasındaki) teslimi gerçekleştiren maddi fiiller neticesinde dahi yeni ayıplar meydana gelmiş olabilir. Taraflar, aksine bir anlaşma yapmış olmadıkları sürece, teslimden sonra farkına varılan ayıplar için sorumluluk devam ediyor kabul edilmelidir. Bunun dışında, satılanın sözleşmede belirlenen süreden erken teslim edilmesi halinde ise belirlenmiş olan teslim tarihinden önce gözden geçirme veya bildirimde bulunmanın beklenemeyeceği de belirtilmektedir³⁵.

30 Furrer/Reinfried, **a.g.e.**, s. 566; Gümüş, **C. I.**, s. 102.

31 Yavuz, **a.g.e.**, s. 107; Eren, **a.g.e.**, s. 116; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 301.

32 Gümüş, **C. I.**, s. 101.

33 Bu örnek bakımından ise külfet olarak ele almamız gereken husus, yalnızca bildirim olmalıdır. Zira, ürünlerin kanserojen madde ile üretilmiş olduğu hususu, olağan bir inceleme ile tespit edilemez. Dolayısıyla, alıcının böyle bir ayıp bakımından gözden geçirme külfeti altında olduğu kabul edilemez. Ancak, bir şekilde böyle bir ayıp tespit edilmiş ise bunun bildirilmesi gerekir. Satıcının ağır kusurlu olmasına, satıcılığı meslek edinmiş olmasına, satış sözleşmesinin tabi olduğu hükümlere (TTK, TKHK) ilişkin durumlar ise saklıdır.

34 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 128.

35 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 129.

Görüldüğü üzere, TBK düzenlemesine göre satılanın gözden geçirilmesi, soyut bir belirleme ile düzenlenmiş durumdadır. Dolayısıyla, bu sürenin kesin bir sınırı bulunmamakla birlikte, süreyi değerlendirme noktasında ticari örf-adet, malın niteliği, alıcının durumu gibi subjektif değişkenler ve varsa sözleşmede kararlaştırılan hususlar rol oynayacaktır³⁶.

3. Gözden Geçirme Bakımından Ayıp Türleri

Değınmemız gereken bir diğer nokta ise gözden geçirmenin hangi ayıplar bakımından bir külfet arz ettiğidir. Genel olarak satıldandaki ayıp, maddi varlığa ilişkin “maddi ayıp”, satıldandan beklenen ekonomik getiriyi vermeyen, örneğın bildirilen verime ulaşmayan “ekonomik ayıp”³⁷ veya çoğunlukla kamu hukukuna ait sınırlamalara aykırılık şeklinde kendini gösteren (örneğin, satılana ilişkin kamu hukukuna dair şartların, izinlerin bulunmaması gibi) “hukuki ayıp”³⁸ şeklinde olabilecektir³⁹. Bunun gibi, ayıp, ilk bakışta tespit edilebilecek “aşıkâr”⁴⁰, olağın incelemeyele tespit edilebilecek “açık” ve olağın muayene ile tespit edilemeyecek, ancak zamanla kullanıma bağılı olarak ortaya çıkacak olan “gizli”⁴¹ ayıp olarak da farklı şekillerde nitelendirilebilir⁴². Bu nitelendirmenin, özellikle alıcının külfetleri bakımından önemli olduğunu belirtmek gerekir.

36 Yavuz, **a.g.e.**, s. 107; inc. Eren, **a.g.e.**, s. 117; Yavuz/Acar/Özen, **Özel**, s. 134; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 301; Tarafların kanun tarafından düzenlenmiş bu külfetlere ilişkin ayrı anlaşmalar ve dolayısıyla değişiklikler yapabileceklerini de yinelemek gerekir, Bucher, **Besonderer**, s. 93.

37 İnc. Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 63; Ercan Akyiğıt, **Satış, Mal Değışimi ve Bağışlama Sözleşmeleri**, Ankara, Seçkin, 2011, s. 86.

38 İnc. Gümüş, **Özel**, s. 62 vd.; Bucher, **Besonderer**, s. 92; Schönle/Higi, **a.g.e.**, s. 226; Akyiğıt, **a.g.e.**, s. 86; Zapt ile karşılaştırılması için bkz. Haluk Nami Nomer/Baki İlkay Engin, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt 1: Satış Sözleşmesi**, 1. fs. 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 153 vd.; YHGK, 15.02.2012 T., 2011/19-597 E., 2012/80 K.: “...*Satım sözleşmesinin yerine getirilmesi için geçirilen hakkın, objektif bir hukuk kuralından ötürü sakatlanmış bulunması, satılanın objektif bir hukuk kuralı nedeniyle öngörülen amaca hizmet edememesi ise “hukuki ayıp” olarak nitelendirilmektedir. Satılanın değerine ve ondan beklenen yarara etki eden ve objektif hukukun koyduğu birtakım sınırlama ve yasaklardan doğan eksiklikler “hukuki ayıp” olarak ifade edilebilir... Özellikle “zapt” ile “hukuki ayıp” teşkil eden noksanlıkların birbirinden ayrılması güçlük arz eder. Bunun başlıca nedeni taahhüt edilen hak ile ilgili olmasıdır.*

Hukuki ayıp “zapt” mahiyetinde olmamakla beraber, zikir ve vaad edilmiş vasıfların yokluğunu intaç eden yahut şeyin değerine veya tahsis cihetinden beklenen faydalara tesir eden hukuk nizamında doğmuş noksanlıklardır. İşbu hukuk nizamından doğan noksanlıklar şeyin değerine veya ticarete alım satımına tahdit koyan yahut o şeyin alım ve satımını tamamen yasaklayan hükümler dolayısıyla ortaya çıkabilir (Edis S. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, Ajans-Türk Matbaası, s. 14)...” (KİB).

39 Bkz.: Eren, **Özel**, s. 104 vd.; Yeşim M. Atamer, “*Taşınır Satımı Sözleşmesi*”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, (187-222), s. 198; Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 41; Gümüş, **Özel**, s. 62 vd.; ayr. inc. Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 181 vd.; ayr. bkz. YHGK, 02.11.2011 T., 2011/13-468 E., 2011/666 K.: “...*Ayıp; maddi, hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir. Maddi ayıp; bir maldan madden hata bulunmasıdır (Ör: Malın yırtık, lekeli olması gibi).*

Hukuki ayıp; malın kullanımının hukukten sınırlandırılmasıdır (Ör: Malın üzerinde takyitler bulunması gibi). Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır...” (KİB).

40 Tespiti, fark edilmesi için herhangi bir gözden geçirmeye dahi ihtiyaç duymayan ayıplar olarak bkz. Helvacı/Altınler Yolcu, **a.g.e.**, s. 807; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 303; Gümüş, **Özel**, s. 63, 65.

41 Markus Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 198 vd.; Helvacı/Altınler Yolcu, **a.g.e.**, s. 809.

42 Bkz.: Gümüş, **C. I**, s. 89; Bilgin Yüce, **a.g.e.**, s. 386 vd.; Gümüş, **Özel**, s. 70.

Zira, bahsi geçen külfetlerin mevcut olup olmadığı, kapsamı, sonuçları gibi hususlar, özellikle bu nitelendirmeler neticesinde değerlendirilecektir.

Tipki eser sözleşmelerinde olduğu gibi satış sözleşmelerinde de alıcının gözden geçirme külfeti, yalnızca (olağan bir kontrol⁴³ ile ortaya çıkarılabilecek ayıplar olarak tanımladığımız) açık ayıplar (*offene Mängel*) bakımından söz konusu olacaktır⁴⁴. Nitelikleri gereği gizli ayıplar (*geheime/ verborgene Mängel*) bakımından ise gözden geçirme külfeti söz konusu olmayacaktır⁴⁵. Diğer bir ifade ile alıcının, satılan şeydeki gizli ayıp niteliğine sahip ayıpları araştırma zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁶. Belirttiğimiz üzere de gizli ayıplar, olağan bir gözden geçirme ile tespit edilemeyecek ve ancak kullanıma bağlı olarak zamanla ortaya çıkabilecek ayıplar şeklinde nitelendirilmektedir⁴⁷. Dolayısıyla, olağan gözden geçirme ile ortaya çıkarılmayacak ayıpların araştırılması alıcıdan beklenmez. Örneğin Yargıtay'ın, satılan araçtaki paslanmaları gizli ayıp olarak nitelendirdiği belirtilmektedir⁴⁸. Aynı örnek üzerinden gidilecek olursa, satılan aracın kilometre saatinin düzgün çalışmaması olağan bir gözden geçirme ile tespit edilebilir olduğundan, açık ayıp olarak nitelendirilecekken; elektrik tesisatındaki başka bir arıza ise gizli ayıp kapsamında değerlendirilebilecektir. Belirtilen nedenlerle gözden geçirme külfeti, ancak açık ayıplar bakımından söz konusu olacaktır.

Diğer taraftan, gizli ayıp olmamakla birlikte aşikar (apaçık⁴⁹) ayıp olarak nitelendirilecek olan ayıplar bakımından da gözden geçirme külfeti uygulanmayacaktır. Aşikar ayıplar, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada veya teslim aşamasında alıcının normal bir dikkat ile doğrudan vakıf olabileceği bariz ayıplar olarak nitelendirilebilirler⁵⁰. Bu ayıplar bakımından gözden geçirme külfeti olmamasının esas anlamı ise bu ayıpların varlığına rağmen satın alınan veya teslim alınan satılanın, mevcut ayıplarla birlikte kabul edilmiş sayılacağıdır⁵¹. Aşikar ayıplardan dolayı satıcının sorumluluğunun ortadan kalkması için ise iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Buna göre, ya satış sözleşmesi kurulurken alıcı bu ayıpları görmüş olmalı ya da sözleşme kurulurken incelenme imkanı bulunmayan ancak teslimde görülmüş ayıplar,

43 İnc. YHGK, 24.05.2017 T., 2017/13-678 E., 2017/963 K.: "...Ne var ki satıcının ayıp sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için alıcı sözleşmeden önce, satın aldığı şeyi gözden geçirme imkânını bulabilmelidir. Burada gözden geçirmeden kasıt, olağan bir muayenedir. Olağan gözden geçirme, malın alınırken kabaca gözden geçirilmesidir. Satım konusu malda gözden geçirme sırasında ilk bakışta görülebilecek olan ayıplar mevcut ve alıcı mali bu hali ile satın almaya kabul etmiş ise alıcının ayıbı kabul ettiği varsayılır satıcı bu ayıptan sorumlu tutulamaz..." (KİB).

44 Bucher, **Besonderer**, s. 93; Gümüş, C. I, s. 100; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 302 vd.

45 Bucher, **Besonderer**, s. 93; Helvacı/Altınler Yolcu, **a.g.e.**, s. 809; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 303.

46 Bkz.: İ. Yılmaz Aslan, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, 2014, s. 138; Gümüş, C. I, s. 100.

47 Gümüş, C. I, s. 89.

48 Gümüş, C. I, s. 89.

49 Serozan, **a.g.e.**, s. 196.

50 İnc. Gümüş, C. I, s. 92; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 303.

51 Helvacı/Altınler Yolcu, **a.g.e.**, s. 807; Furrer/Reinfried, **a.g.e.**, s. 566.

derhal bildirilmemiş veya teslim alma ihtirazi kayıt⁵² ileri sürülmeksizin yapılmış olmalıdır⁵³. Örneğin, satış sözleşmesinin kurulması için satıcıya giden alıcı, almak istediği (aşıkâr ayıp barındıran) şeyleri satış sözleşmesi kurulmadan önce görüyor ve ayıplı olduğunu teşhis etmesine rağmen satın alıyor ise; veya alıcı, satın almak istediği şeyleri önceden görmeden sözleşmeyi yapıyor ve satılanın tesliminde ayıpları görmesine rağmen herhangi bir bildirimde veya çekincede bulunmuyor ise; bu hallerde satıcının sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Burada ilk durumda, TBK md 222'deki bilme unsuru gerçekleşecek iken, ikinci durumda ise alıcının bariz şekilde ayıplı olan satılanı teslim almasından dolayı, yine satılanı bu haliyle kabul ettiği sonucuna varılacaktır. Aşıkâr ayıplara örnek olarak, satılan pantolonların paçalarının bariz şekilde birbirinden farklı boyda olmaları, otomobilin tamponundaki göçme, yemek masası üzerinde bulunan derin çizik gösterilebilecektir⁵⁴.

4. Gözden Geçirmenin Şekli

Bu konu içerisinde bir diğer husus ise gözden geçirme faaliyetinin nasıl yapılacağıdır. Belirtmek gerekir ki, kanunda bu konuda belirlenmiş tek bir metot bulunmamaktadır. Bu sebeple gözden geçirmenin şekli, her somut olayda, tıpkı süre bakımından olduğu gibi ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bunun dışında, genel olarak gözden geçirmenin, (ticari olmayan ilişkilerde) satılanın sade bir şekilde incelenmesi olduğu ve teslim edilen malın alıcının bakış açısıyla, bildirilen (veya bildirilmemiş dahi olsa niteliği gereği o satılarda olması gereken) hususların bulunup bulunmadığının tespiti maksadıyla yapılması gerektiği, ifade edilmektedir⁵⁵. Sonuç olarak, ticari olmayan işler bakımından gözden geçirmenin, ticari işlerle karşılaştırıldığında, daha yüzeysel bir biçimde yapılabileceği belirtilmektedir⁵⁶.

Diğer taraftan, sözleşmede gözden geçirmenin nasıl ve kim tarafından yapılacağına ilişkin bir anlaşma da olabilir⁵⁷. Böyle bir halde satılanın gözden geçirilmesi, varsa belirlenmiş süre içerisinde, belirlenen uzman kişiler marifetiyle ve yine varsa o işe uygun olan ve belirlenen metotlar ile yapılacaktır⁵⁸. Ancak bunun dışında da (bir zorunluluk olmamakla birlikte) alıcının, satış konusu şeyi kendisi incelemek yerine bir üçüncü kişiye gözden geçirtmesi de mümkündür⁵⁹. Bazı somut olaylarda ise üçüncü uzman kişinin kontrolü, işin niteliği gereği (özellikle ticari işlerde), zorunlu olabilecektir. Örneğin, belirli süt ürünlerini üreten bir fabrikaya gelen sütün kontrolünün, satılanın niteliği gereği, uzman kişiler tarafından yapılması

52 Yarg. 15. HD., 13.10.2003 T., 2003/1658 E., 2003/4698 K.: "...Eksik ve ayıplı işlerle ilgili tespit, eserin teslim tarihinden önce ise de, ihtirazi kayıtlarla eseri teslim alan davacı muayene ve ihbar borcunu yerine getirmiş sayılır..." (KİB).

53 Gümüş, C. I, s. 92.

54 Gümüş, C. I, s. 92.

55 Yücer Aktürk, a.g.e., s. 116.

56 Yücer Aktürk, a.g.e., s. 116.

57 Yavuz, a.g.e., s. 110; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 177.

58 Tandoğan, **Cilt I**, s. 177.

59 Markus Müller-Chen, a.g.e., s. 195; Tandoğan, **Cilt I**, s. 177; Yavuz, a.g.e., s. 110; Ünlütepe, a.g.e., s. 301.

gerektiği ortadadır. Böyle bir örnekte, herhangi bir uzmanlığı bulunmayan fabrika sahibinin süttten bir bardak içerek kontrol etmesi veya bir göz atıp sütü üretime sevk etmesi hallerinde, duruma göre, gözden geçirmenin uygun olmayan bir şekilde yapıldığını veya hiç yapılmadığını söylemek gerekir.

Ayrıca, somut olaydaki gözden geçirme ve/veya bildirim, belirli bir şekle veya süreye ilişkin belirlenmeler dahilinde yapılacağına ilişkin anlaşmaların, delil sözleşmesi olarak göz önüne alınma ihtimali de değerlendirilebilir. Böyle bir anlaşma ile taraflar, gözden geçirme veya bildirim uygun şekilde yapılmış olup olmadığının ispatına dair önceden belirlemede bulunmuş olabilirler. Hem sözleşme özgürlüğü ilkesi hem tarafların zaten ayıptan doğan sorumluluğu dahi ortadan kaldırılabiliyor olmaları hem de bir usuli hüküm olan HMK md. 193⁶⁰ ışığında, tarafların bu gibi belirlenmelerde bulunmalarında bir sakınca yoktur. Ancak elbette, genel işlem şartları denetimlerinin ve bu gibi şartların, somut olay içerisinde dürüstlük kuralı bakımından incelenebilirliğinin saklı olduğunu da eklemek gerekir.

5. Gözden Geçirme Giderleri

Satılanın gözden geçirilmesine ilişkin giderlerin⁶¹ ise teslim alma giderleri içerisinde yer aldığı, bu sebeple de alıcıya ait olacağı ifade edilmektedir⁶². Satış sözleşmesinin ve burada ele aldığımız külfetin niteliği gereği, gözden geçirme giderlerinin alıcı tarafından karşılanması gerekir. Ancak, ayıptan sorumluluk doğup sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, bu giderlerin de talep edilebileceği ifade edilmiştir⁶³. Dolayısıyla, her ne kadar gözden geçirmenin belirli bir harcama gerektirmesi durumunda buna alıcı katlanacak ise de, gözden geçirme neticesinde ayıp tespit edilmesi durumunda, bu ayıpların tespiti için yapılan gözden geçirme giderlerinin de tazmine konu edilebilmesi gerekir. Diğer taraftan sözleşmede, gözden geçirme giderlerine alıcının katlanacak olmasının aksi de kararlaştırılabilecektir⁶⁴. Örneğin, satılanın teslim edilmesinden sonra mutlaka gözden geçirilmesi gerektiği, bu gözden geçirmenin belli bir süre içinde ve belirli şekillerde yapılması gerektiği ve bunlara ek olarak gözden geçirme giderlerinin satıcı tarafından karşılanacağı kararlaştırılabilir.

60 “Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.”

61 Elbette bu, her gözden geçirmenin alıcı üzerinde giderlere sebebiyet vereceği anlamına gelmez.

62 Yavuz/Acar/Özen, **Özel**, s. 135; Eren, **a.g.e.**, s. 118; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, 15. bs., İstanbul, Beta, 2018, s. 78.

63 Yavuz, **a.g.e.**, s. 112.

64 Eren, **a.g.e.**, s. 118.

C. BİLDİRİM KÜLFETİ

I. Genel Olarak

Satıcının ayıptan sorumluluğunun bir diğer şartı⁶⁵ ve bir anlamda gözden geçirme külfetinin tamamlayıcısı olan külfet ise tespit edilen ayıpların satıcıya bildirilmesi külfetidir⁶⁶. Bu husus 223. maddede “...satılarda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır...” şeklinde düzenlenmiştir.

Buna göre alıcı, satılarda tespit ettiği ayıpları satıcıya bildirmek zorundadır⁶⁷. Bu bildirimde, tespit edilen ayıplar, somutlaştırılmış bir şekilde (*Spezifikation*) satıcıya iletilmeli ve satılanın bu ayıplarla kabul edilmediği açıklanmalıdır⁶⁸. Bildirimde bulunurken “malı beğenmedim vs.” gibi genel ifadeler kullanılması, ayıp bildirimini olarak değerlendirilmeyecektir⁶⁹. Ancak alıcının, tespit ettiği ayırıklıkları, uzman bir kişi gibi birebir ve doğru şekilde tüm ayrıntılarıyla belirlemiş ve bildirmiş olması da beklenmeyecektir. Burada esasen bakılması gereken nokta, alıcının ayıp bildiriminde bulunmak maksadı ile hareket ettiğinin tespit edilebiliyor olmasıdır. Eğer, alıcı tarafından seçilmiş hangi ifadelerle olursa olsun, satıcı bir ayıp bildirimini ile karşı karşıya olduğunu anlıyor veya anlaması gerekiyor ise ayıp bildirimini külfetinin yerine getirilmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Diğer taraftan, ayıbın hangi hususa ilişkin olduğunun ortaya konulması da önemlidir. Zira satıcının, alıcının (teşhis edip veya teşhis etmesi gerekip) bildirmediği ayıplara ilişkin bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁷⁰. Öyle ki, esasen ayıplı olan hususlardan birkaçı alıcı tarafından kabul görmüş olabilir. Örneğin, mağazada görüp beğendiği bir masayı satın alan kişi, teslimden sonra masanın bir kenarında boya lekeleri olduğunu ve masanın ayaklarından birisinin sallandığını fark eder. Böyle bir durumda iki adet açık ayıp mevcuttur. Ancak, masadaki boya lekeleri bir ayıp olsa da, alıcı bu lekenin dekoratif bir farklılık olabileceğini düşünerek, bu husus bakımından ayıp bildiriminde bulunmak istemeyebilir. Dolayısıyla, satılarda birçok ayıp bulunsa dahi alıcı, yalnızca bildirdiği ayıplardan doğan haklarını kullanabilecek, bu durumda satıcının da yalnızca bu ayıplardan dolayı sorumluluğu ortaya çıkacaktır⁷¹. Ancak bildirilmemiş olan

65 Sorumluluğun bir şartı şeklinde değil, ayıptan doğan hakların kaybedilmemesi, korunması şeklinde ifade edilmesi için ayr. bkz. Özdemir, *a.g.e.*, s. 2313.

66 Markus Müller-Chen, *a.g.e.*, s. 197 vd.; Huguenin, *a.g.e.*, s. 711 vd.; Furrer/Reinfried, *a.g.e.*, s. 566.

67 Gümüş, C. I, s. 102; ayıp bildirimiminin amacına ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Özdemir, *a.g.e.*, s. 2306 vd.

68 Bucher, *Besonderer*, s. 94; Schönle/Higi, *a.g.e.*, s. 493; Eren, *a.g.e.*, s. 119; Gümüş, C. I, s. 102.

69 İnc. Tandoğan, *Cilt I*, s. 180; Oktay Özdemir, *a.g.e.*, s. 54; Eren, *a.g.e.*, s. 119; Gümüş, C. I, s. 102; Aslı Makaracı Başak, “Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, İkinci Cilt, C. 22, S. 3, 2016, (1915-1930), s. 1916; Özdemir, *a.g.e.*, s. 2318.

70 İnc. Özdemir, *a.g.e.*, s. 2317.

71 Gümüş, C. I, s. 102; Yarg. 19. HD., 11.10.2004 T., 2004/201 E., 2004/9919 K.: “...Dava, satın alınan kumaşın ayıplı olması nedeniyle akdin feshi, teminatın iadesi ve ödenen bedelin istirdadı talebine ilişkindir. Mahkemece yapılan bilirkişi incelemesi sonrası alınan raporda, teslim olunan 7474 metre kumaşın açık ayıplı olduğunun basit muayene ile anlaşılabilirliği bildirilmiştir. Bu durumda ayıbın TTK'nun 25. maddesinde belirlenen süreler içinde satıcıya ihbarı gerekirken, ihbarın yasa da öngörülen müddet geçirildikten sonra yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı yanca

ayıpların gizli ayıp olması halinde ise bunlardan doğacak sorumluluk, ortaya çıktıkları zaman ve zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürülebilecektir. Örneğin, alıcı tarafından açık ayıpların tespit edildiği ve satıcıdan bu şeyin onarılmasının istendiği bir durumda, satıcı açık ayıpları giderse dahi gizli ayıplara ilişkin sorumluluğu devam edecektir. Böyle bir örnekte, açık ayıpların onarımı için kendisine verilen şeydeki gizli ayıpları tespit eden satıcının, bunu doğrudan onarmak yerine, öncelikle alıcının bilgisine sunması gerekir. Ancak, alıcının ayıp bildiriminden, satılanın (ayıp her ne olursa olsun) ayıpsız bir şekilde teslim edilmesi gerektiği anlaşılmalı ise bu durumda satıcı, hem alıcı tarafından bildirilen ayıpları hem de yalnızca kendi tespit ettiği ayıpları (bunlar alıcının gözünden kaçmış olsa bile) gidermek durumundadır.

Alıcı ayıp bildiriminde bulunurken, ayrıca hangi seçimlik hakkını kullanmak istediğini de beyan edebilir. Hatta yukarıdaki örneklerden devam edecek olursak, alıcının satılanın onarılmasını istediği, ancak onarımda gizli ayıpların da tespit edildiği bir durumda alıcı, (bu son durumda ayıbın niteliği ve alıcının ayıba olan bilgisi değiştiği için) başka bir seçimlik hakkını da kullanabilmelidir. Ancak alıcının, yaptığı bildirim ile birlikte, kullanmak istediği seçimlik hakkının ne olduğunu da bildirmesine gerek yoktur⁷². Dolayısıyla, süresinde gerekli külfetler yerine getirilmiş olmak kaydıyla, seçimlik haklar zamanaşımı süresi içerisinde kullanılabilir⁷³. Ancak elbette, zamanaşımı içerisinde bu hakkın kullanılmasının da makul bir sınırı bulunmak zorundadır. Diğer bir ifade ile, bazı durumlarda seçimlik hakkın zamanaşımı süresi içerisinde kullanılmasına da olumsuz cevap verilebilir. Öyle ki, satılana ilişkin ayıpları teslim günü tespit eden ve aynı günde bildirimde bulunan alıcının, satılana veya satıcıya ilişkin çeşitli saikler ile seçimlik hakkını kullanmak için zamanaşımı süresinin sonunu beklemesi de dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilebilir olmayacaktır. Satılan şeydeki ayıpları satıcıya bildiren alıcının, sırf eskিয়েcek olan bu satılanı yenilemek düşüncesi ile zamanaşımı süresine yakın tarihte onarım veya değişim istemesi, buna örnek gösterilebilir. Bildirimin zamanında yapıldığı, ancak seçimlik hakkın bu şekilde kullanılmak istendiği durumlarda, somut olayın şartlarına göre, satılanın bu haliyle kabul edilmiş olduğu yönünde hareket etmek gerekir. Buna paralel olarak, satılan şeydeki ayıpları satıcıya bildirmesine ve satıcının şeyi onarmaya, değiştirmeye hazır olmasına rağmen, buradaki gibi düşünceler ile satılanı kullanmaya devam eden alıcının, satılana meydana gelebilecek zararların tazmini yoluna da gidememesi muhtemeldir.

2. Bildirimin Tarafları

Yukarıda, satış (veya eser) sözleşmelerinde gözden geçirme külfetinin, yalnızca açık ayıplar bakımından var olacağını belirtmiştik. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, bildirim külfeti ise hem açık hem de gizli ayıplar bakımından mevcuttur. Diğer yandan ayıp bildirimini, bizzat alıcı veya

7474 metre kumaş yönünden usulüne uygun ayıp ihbarında bulunulmadığından anılan malı ayıbı ile kabul etmiş sayılır. Ancak, sözleşmenin kalanı yönünden ise ayıp ihbarının süresinde yapıldığından, davalı satıcının depolarında olduğu anlaşılan kumaşlar incelenerek ayıplı olup olmadıklarının belirlenmesi, ayıplı iseler akdın feshinin 7474 metre kumaş dışındaki miktar yönünden koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir...” (KİB).

72 Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 55; Gümüş, C. I, s. 102.

73 Gümüş, C. I, s. 102.

onun yetkili temsilcisi tarafından, bizzat satıcı veya satıcının yetkili temsilcisine yapılmalıdır⁷⁴. Dolayısıyla, satıcıyla herhangi bir bağlantısı olmayan bir kişiye yapılan bildirim geçerli olmaz. Örneğin, ayıplı şeyi satana değil, doğrudan o şeyi satıcı için üreten kişiye veya ithalatçıya yapılan bildirimler (satıcıya karşı) geçerli değildir. Aynı şekilde, alıcı veya onun yetkili kişileri vasıtasıyla yapılmayan bildirimler (bizzat satıcıya ulaşsa bile) geçerli olmazlar. Bu sebeple, belirli kişiler dışındakilerin yapmış oldukları ayıp bildirimleri de hukuken geçerli olmayacaktır⁷⁵.

Düşünüldüğünde, satılanın ayıplı olmasına rağmen (ve satıcı bunu bir şekilde öğrenmiş olmasına rağmen) alıcının bunu kabul edip etmeyeceği, ayıptan doğan haklarını kullanmak niyetinde olup olmadığı gibi hususlar net olmadığından, her ne kadar vaktinde öğrenilmiş dahi olsa, bu yetkisiz bildirimleri külfetlerin yerine getirilmiş olması saymamak gerekecektir. Böylece, yetkisiz kişiden ayıp bildirim alan satıcı, malı kendiliğinden değiştiremez, onaramaz. Bu bakımdan, ayıp bildiriminin hukuki sonuca yönelmiş bir irade beyanı olmaması nedeniyle, burada vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olmayacağı; hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan ise yetkisiz kişiler tarafından yapılan bu bildirim ancak kabul edilmesi halinde geçerli olacağı ifade edilmektedir⁷⁶. Ancak, kendisine usulünce bildirim yapılmamış olmasına rağmen ayıpları bir şekilde öğrenen satıcının, imkanı bulunmasına rağmen bunu alıcıya bildirmemesi neticesinde doğacak zararların tazmini de satıcıdan talep edilebilmelidir. Örneğin, sattığı otomobilin fren sisteminde ciddi bir problem olduğunu otomobili sattıktan sonra öğrenen ve bunu alıcıya iletmeyen satıcının, doğabilecek zararlardan sorumlu tutulabilmesi gerekir. Dolayısıyla, örnekteki gibi bir durumda satıcı, gizli ayıplardan dolayı sorumluluk altında olacağı gibi, sonradan fark edip bildirmediği ayıplardan doğan bu zararlardan ise kusurlu addedilerek sorumlu olmalıdır⁷⁷.

3. Bildirimin Süresi

Ayıp bildirim ile ilgili bir diğer husus, bu bildirim yapılacağı süreye ilişkindir. Bu noktada bir görüşte, bildirim hukuki nitelik olarak varması gerekli bir bilgi açıklaması olması sebebiyle, bildirim zamanında yapıp yapılmadığının belirlenmesinde “ulaşma anı” esastır ve geç ulaşmanın sonuçlarına alıcı katlanmalıdır⁷⁸; bizim de uygun bulduğumuz diğer hakim görüşe göre⁷⁹ ise ayıp bildirim zamanında yapıp yapılmadığının belirlenmesi için gönderme anı esas alınmalıdır⁸⁰. Bu çözüm şekli, satıcının ayıplardan sorumluluğu ve alıcının külfetleri

74 Yavuz/Acar/Özen, *Özel*, s. 135; Gümüş, *C. I*, s. 102; Yavuz, *a.g.e.*, s. 115; Özdemir, *a.g.e.*, s. 2326.

75 Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 210.

76 Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 210.

77 Ayrıca burada, ayıptan sorumluluk kavramı yanında, kasten susma neticesindeki haksız fiil olgusunun da ele alınabileceğini düşünmek gerekir.

78 Yavuz, *a.g.e.*, s. 113; Gümüş, *Özel*, s. 71; Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 218, dn. 636'daki yazarlar.

79 Eren, *a.g.e.*, s. 119; Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 218, dn. 639'daki yazarlar; Akçura Karaman, *a.g.e.*, s. 237.

80 Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. II, 1977, s. 135; Yavuz, *a.g.e.*, s. 113; Gümüş, *C. I*, s. 102 vd; C. Salih Şahin, *Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 76 vd.; Aslan, *a.g.e.*, s. 139; Ünlütepe, *a.g.e.*, s. 315; Özdemir, *a.g.e.*, s. 2335; Ancak, yine böyle bir belirlenim yapılmasının, her somut olayda menfaati korunan taraf lehine yapılması

arasındaki dengeye ve temel amaca daha uygun olur. Ayıp bildiriminin gönderilmiş olduğu ise alıcı tarafından her türlü delille ispat edilebilecektir⁸¹.

Diğer taraftan, 223. madde incelendiğinde, kanunun “uygun süre” ibaresiyle hukuki anlamda kesin olmayan bir kavram ortaya koyduğu görülmektedir. Dolayısıyla, uygun sürenin ne olacağı, her somut olay içerisinde ayrı ayrı değerlendirilecektir⁸². Bu bakımdan somut olayda, malın özellikleri, hızlı bozulabilir olup olmadığı, mevcut ayıbın türü ve kapsamı gibi temel kriterler ile değerlendirme yapılacaktır⁸³. Bunun dışında bir başka ihtimal de, bildirimle ilişkin sürenin sözleşmede düzenlenmiş olabileceğidir⁸⁴. Hatta sürenin sözleşmede düzenlenmiş olmasına ilişkin olarak, bunun (uygun sürenin belirsizliği karşısında) hukuki güvenliğin sağlanması açısından yararlı olduğu ifade edilmiştir⁸⁵.

Ayıba ilişkin bildirim süresinin kanun koyucu tarafından (veya sözleşmenin taraflarınca) düzenlenmiş olduğu halleri de nitelik ve etki bakımından irdelemek gerekir. Kural olarak (hakim görüş şeklinde ifade edildiği üzere⁸⁶), ticari satışlarda ayıp ihbarına ilişkin belirlenmiş sürelerin hak düşürücü süre olduğunu ve dolayısıyla da hak düşürücü sürenin hakim tarafından re’sen göz önüne alınması gerekeceğini ifade etmemiz gerekirdi. Ancak kanaatimizce, ayıp ihbarının ve buna ilişkin belirlenen sürenin asıl maksadı gereğince, bu ihbarın süresinde yapılıp yapılmadığını ileri sürmesi gereken taraf, satıcı olmalıdır⁸⁷. Dolayısıyla, hakim bunu re’sen göz önüne almamalıdır. Diğer taraftan, ayıp ihbarının zamanında yapılıp yapılmadığını hakim re’sen inceleyemeyecekse de, ayıp ihbarının hiç yapılmadığını ise re’sen göz önüne almalıdır denilmektedir⁸⁸. Ancak burada da, gerek ayıp ihbarının yapılıp yapılmadığı gerek zamanında yapılıp yapılmadığı hususlarında ayırım gözetilmemeli ve her iki durumda da satıcının bu hususları ileri sürmesi aranmalıdır⁸⁹.

Belirtmek gerekir ki, tarafların sözleşme ile bildirim süresini uzatabilecekleri, kısaltabilecekleri, süreyi kaldırabilecekleri⁹⁰; ayrıca bunun uygulamada var olan bir durum olduğu da ifade edilmektedir⁹¹. Sürenin baştan belirlendiği bu gibi hallerde, belirlemenin açık ayıplara ilişkin olarak yapıldığı kabul edilmektedir⁹². Yine bu düzenlemeler yapılırken, genel işlem koşullarının

gerektiği ve her durumda uygulanmak üzere genel net bir ifadenin tercih edilmemesinin daha uygun olacağı da ifade edilmektedir, inc. M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 201 vd.; Akçura Karaman, **a.g.e.**, s. 237.

81 Şahiniz, **a.g.e.**, s. 85; Yavuz, **a.g.e.**, s. 114; Eren, **a.g.e.**, s. 119.

82 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 192.

83 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 193; Örneğin tropikal meyvelerde altı, portakalda dokuz gün sonra yapılan muayenenin gecikmiş muayene olması gibi (İsviçre-Alman hukuku uygulamasından) bkz.: Gümüş, **C. I**, s. 102, dn. 374.

84 Senai Oğaç, **Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (I): Satış Ve Trampa**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 82.

85 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 204.

86 Ayrıntılı olarak bkz. Şahiniz, **a.g.e.**, s. 82 vd.

87 Aynı yönde Şahiniz, **a.g.e.**, s. 82 vd.

88 Şahiniz, **a.g.e.**, s. 83.

89 İnc. Yarg. 15. HD., 22.02.1990 T., 3070 E., 736 K., Şahiniz, **a.g.e.**, s. 83 dn. 237.

90 Bucher, **Besonderer**, s. 93; Huguenin, **a.g.e.**, s. 710.

91 Bkz.: Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 204; Yavuz, **a.g.e.**, s. 126 vd.

92 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 204.

da somut olayda gündeme gelebileceğini veya bir tarafın haklarının ortadan kalkmasına veya zor durumda kalmasına neden olabilecek düzenlemelerin ise TMK md. 2'ye göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceğini belirtmek gerekecektir⁹³. Dolayısıyla taraflar, gözden geçirme ve bildirim külfetlerine ilişkin, sözleşmeyle belirlemeler oluşturabilecek iseler de, bu belirlemelerin hukuki sınırlamalara aykırı olmaması gerekir. Başka bir deyişle, tarafların bu konuda tamamen serbest olmayacaklarını ifade etmeliyiz⁹⁴. Bu durumda, somut olayın şartlarına bakılmak gerekir. Örneğin, bildirim için bir süre belirlendiğinde, satılan şeyin miktarı, adedi, teslim zamanı, teslim şekli gibi hususlar bildirim için belirlenen süreyi alıcı bakımından anlamsız kılabilir. Böyle bir durumda veya genel olarak belirlenen sürenin, makul şartlar ve taraf iradeleri ölçüsünde genişlediğini kabul etmek gerekir.

Diğer taraftan, ayıp ihbarının yapıp yapılmadığı veya zamanında olup olmadığını iddia etmesi gereken taraf satıcı olduğundan, 2 gün içinde yapılması gereken ihbar 10 günde yapılmış (ya da genel olarak uygun süre aşılmış) ve satıcı buna ses çıkarmamış ise ihbarın zamanında yapıp yapılmadığı hususunda bir tartışma kalmayacaktır. Yine, tarafların karşılıklı anlaşmaları neticesinde, gözden geçirme ve bildirim şekli, zamanı, kimler tarafından yapılacağı gibi hususları kararlaştırabileceklerini ifade etmekteyiz. Dolayısıyla tarafların, kanunda (örneğin, ticari satışlarda) ifade edilmiş bu süreleri (alıcı lehine olacak şekilde) uzatabilmeleri de mümkün olmalıdır⁹⁵. Öyle ki, somut olayın şartları altında, satılan şeyin gözden geçirilmesinin ve ayıp bildiriminin kanuni süreler içerisinde yapılamayacak olması durumunda, alıcıyı yine bu sürelerle bağlı kılmak, satıcıyı ayıplardan sorumsuz tutmaya sebebiyet verebilecek ve hakkaniyetle bağdaşmayacak neticeler ortaya çıkabilecektir.

Netice itibarıyla, kanuna, ahlaka, dürüstlük kuralına, işin niteliğine ve yukarıda saydığımız hususlara aykırı olmamak kaydıyla, kanunda zikredilmiş bildirim sürelerinin artırılması ve azaltılması mümkün olmalıdır. Aynı şekilde, her ne kadar somut bir süre belirlenmemiş ve “*uygun bir süre*” ifadesiyle soyut bir sınır çizilmişse de Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki satışlarda da bu uygun sürenin, hem kısaltılması hem de daha uygun bir somut süre olarak belirlenmesi mümkün olmalıdır.

4. Bildirimin Şekli

Bildirim külfeti ile ilgili bir diğer husus ise bu bildirim ne şekilde yapılması gerektiğine ilişkindir. Görüldüğü üzere, kanunda bildirim şekline ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır⁹⁶. Bu sebeple, somut olay incelendiğinde, tarafların aksine bir anlaşmaya varmadıkları, aksine bir ticari teamülün

93 Yücer Aktürk, a.g.e., s. 208 vd.; Yavuz, a.g.e., s. 107.

94 Ayrıca, ayıpların bildirilmesi için belirlenen ve bariz bir biçimde uygun olmayan sürenin, bir nevi sorumsuzluk anlaşması oluşturması kastıyla konulduğu düşünülebilir. Ancak bunun için, aynı kastın sözleşmenin her iki tarafı bakımından da mevcut olması gerekir.

95 Yavuz, a.g.e., s. 109; Genel olarak da, ticari satışlara ilişkin durumlarda, kanunda ayıba ilişkin olarak düzenlenmiş süreler bakımından, bu sürelerin değiştirilebilir olduğu; zira, satıcının ayıptan sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin yedek hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmektedir, a.e., s. 126.

96 Schönle/Higi, a.g.e., s. 491; Yavuz, a.g.e., s. 114; Özdemir, a.g.e., s. 2330; Akçura Karaman, a.g.e., s. 236.

bulunmadığı durumlarda, ayıp bildirimini herhangi bir şekle tabi olmadan, yazılı, sözlü (telefon, email, faks, telgraf, mektup, diğer iletişim araçları vs.) olarak yapılabilecektir⁹⁷. Diğer taraftan ayıp bildiriminin yapılması kapsamında, bu bildirim dava açılması veya davanın ihbar edilmesi yoluyla yapılabileceğini belirten veya (kanunda ifade bulan uygun sürenin geçirilmiş olmasını ortaya çıkaracağından) bildirim dava açılarak yerine getirilmesinin mümkün olmayacağını belirten görüşlerin bulunduğu da ifade edilmektedir⁹⁸. Kanaatimizce, “uygun sürenin” geçirilmiş olup olmadığını esas almak ve şekli her ne olursa olsun somut olay bazında inceleme yapmak yerinde olacaktır.

Ayıp bildirim bakımından (her ne kadar bildirim süresi hususunda farklılık olsa da), tarafların tacir olmaları herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır⁹⁹. Başka bir ifade ile, TTK md. 18/3’de yer alan “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.*” hükmü ayıp bildirimlerini kapsamadığından, tarafların tacir olmaları halinde dahi ayıp bildirimini herhangi bir şekilde yapılabilecektir¹⁰⁰. Ancak (elbette ayrı ayrı kullanılabilir olmakla birlikte) ayıbın bildirilmesi ile birlikte dönme hakkının kullanılmasını içeren bir bildirim, yukarıdaki (ispat) şekillerden birisi ile yapılmalıdır¹⁰¹. Tarafların sözleşmeyle bir şekil belirlemiş olmaları halinde ya da

97 Yavuz, **a.g.e.**, s. 114; Eren, **a.g.e.**, s. 120; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 184; Makaracı Başak, **a.g.e.**, s. 1916; Özdemir, **a.g.e.**, s. 2329 vd.

98 Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 184.

99 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, **Borçlar Hukuku: Akdın Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, C. I, 4. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 281; Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 185; Makaracı Başak, **a.g.e.**, s. 1916.

100 Tandoğan, **Cilt I**, s. 180; Makaracı Başak, **a.g.e.**, s. 1916; Ayr. tacirler arasındaki bir davada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, bildirim ispatına ilişkin değerlendirmesi ise “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “İspat yükü” başlıklı 190. maddesinde ise bu düzenlemeye paralel bir düzenleme getirilmiştir. Anılan maddede “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.” denilmiştir.

İspat yükü ilk önce kural olarak davacıya düşer; yani davacı davasını dayandırdığı olguları ispat etmelidir. Hâkimin kendisine ispat yükü düştüğünü bildirdiği taraf, uyuşmazlık konusu olguyu ispat edemezse davayı kaybeder. O taraf davacı ise davası reddedilir, davalı ise mahkûm edilir.

Kendisine ispat yükü düşmeyen taraf, karşı (kendisine ispat yükü düşen) tarafın iddiasını (olguyu) ispat etmesini bekleyebilir. Kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, diğer (kendisine ispat yükü düşmeyen) tarafın onun iddiasının aksini (hilafını) ispat etmesine gerek yoktur; o olgu ispat edilmemiş (yani dava bakımından yok) sayılır.

Somut olayda davacı icra takibine konu faturalarda yazılı olan malların davalıya teslim edildiğini ileri sürmüş, davalı ise akdi ilişkiyi kabul etmiş ancak kendisine teslim edilen malların ayıplı olduğuna dair davacıya bildirimde bulunduğu iddia etmiştir. Bu durumda, ayıp ihbarının yapıldığını ispat yükü davalı taraftadır. Davalı davacıya ihbarda bulunduğunu yazılı bir delil ile kanıtlayamamıştır.

O halde, davalı tarafından ayıp ihbarı yapıldığının ispatı için yazılı delil sunulmayan davada “yemin” deliline dayanılmış olduğundan mahkemece, ayıp ihbarı yapıldığının kanıtlanması amacıyla davacıya yemin önerme hakkının bulunduğu davalıya hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gereklidir.

Hal böyle olunca, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına, bozma ilamında gösterilen ve yukarıda açıklanan ilave sebeplerle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” şeklinde ifade edilmiştir, inc. YHGK, 24.05.2017 T., 2017/19-1633 E., 2017/1013 K., (KİB).

101 Ayrıca md. 18 gerekçesi için bkz. “*Tasarı ile bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır: (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan “muteber olması için” ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlik şartının artık haklı bir*

süregelen yerleşmiş bir ticari uygulama söz konusu olması halinde bu şeklin aranacak olmasının yanında, somut olayda herhangi bir şekil zorunluluğunun olmadığı durumda dahi ispat kolaylığı açısından, yazılı bildirim tercih edilmesi daha faydalı olacaktır¹⁰².

Şekil ile ilgili olarak şöyle bir örneği de düşünmek gerekir. Buna göre, taraflar somut olayda ayıp bildirimini belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlarsa ve satıcı tarafından teslim edilen ayıbın sözleşmede belirlenen şekilde bildirilmesi zarara yol açacak ise ne yapılması gerekir? Örneğin, satıldaki ayıbın noter kanalıyla veya mektup ile bildirileceğinin kararlaştırıldığı, ancak bu yöntem ile bildirim yapılması beklenir ise satılanın bozulacak olduğu bir durumda, böyle bir hal söz konusudur. Kanaatimizce böyle bir durumda alıcı, sözleşmede belirlenmiş yöntem ile bildirim yapmakla yetinmemeli, ayıbın bildirilmesi için en pratik ve hızlı yöntemi seçerek satıcıyı bilgilendirmelidir¹⁰³. Böyle bir somut örnekte alıcı, (şekle uyması halinde zararların doğacağını öngörmesinden dolayı) sözleşmedeki şekle uymadan, yalnızca en pratik ve hızlı şekilde durumu satıcıya bildirmiş ise satıcının sözleşmede belirlenen şekle uyulmadığı iddiasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı yönünde karar vermek gerekir¹⁰⁴.

5. Tarafların Tacir Olmasının Ayıp Bildirimine Etkisi

Tarafların tacir olması halinde bildirimle ilişkin olarak, TTK md. 23-c'nin konumuzla doğrudan alakalı bir düzenleme içerdiği görülmektedir¹⁰⁵. Hüküm incelendiğinde görülmektedir ki, kanun

gereğesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. (2) İadeli taahhütlü mektup taahhütlüye dönüştürülmüştür. Çünkü, burada varma teorisinin kabulünü haklı gösterecek bir gerçek mevcut değildir. (3) Güvenli elektronik imza hem Borçlar Kanununda kabul edilmiş hem de düzenli bir sisteme bağlanmıştır. Hükme bu olanak da eklenmiştir.”; çevrimiçi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>, <http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-birinci-kitapmadde-11-123/>.

102 Eren, a.g.e., s. 120; Yücer Aktürk, a.g.e., s. 185; İhbar için kural olarak şekil aranmıyor olmakla birlikte Yargıtay'ın ispat bakımından şekil aradığı bir örnek olarak inc.: Yarg. 19. HD., 13.05.2002 T., 2002/2445 E., 2002/3993 K.: "... Davacı, davalıdan alıp yurtdışına ihraç ettiği malların ayıplı olduğunu ileri sürerek uğradığı zararın tazminini istemiştir. Mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapıldığının tanık beyanları ile sabit olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Satılan maldaki ayıpların ihbarı herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak, uyuşmazlık halinde ayıp ihbarının kanıtlanması şekle tabidir. Tacirlerarası ticari satımlarda ayıp ihbarının TTK.nun 20/3. maddede öngörülen şekilde yapıldığı kanıtlanmalıdır..." (KİB); Bunun gibi Yargıtay'ın farklı kararlar vermesinin değerlendirilmesi için bkz.: Oktay Özdemir, a.g.e., s. 55 vd.

103 Ayrıca inc. Özdemir, a.g.e., s. 2333.

104 Ancak kendisini hukuki olarak güvenceye almak isteyen alıcının, en hızlı şekilde bildirimde bulunduktan sonra, sözleşmedeki şekilde de bir bildirimde bulunması ve bu bildirimde, daha önceki bildirim ile ayıpların bildirilmiş olduğuna işaret etmesi de satıcının savunmalarına karşı alıcıyı destekleyecektir.

105 İlgili hüküm, "Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir; Hemen ifade edilmelidir ki, buradaki hüküm, tarafların tacir oldukları ve satış sözleşmesinin de ticari iş kapsamında olduğu durumlarda söz konusu olacaktır, Ünlütepe, a.g.e., s. 306; Dolayısıyla, bu şartların sağlanmadığı hallerde, duruma göre, TBK veya TKHK hükümleri uygulanacaktır. Elbette genel olarak, ayrı bir hüküm bulunmayan her durumda, TBK hükümlerinin baki olduğunu da unutmamak gerekir.

koyucunun yaptığı ayırım, teslim sırasında açıkça görülen (aşikar ayıplar) ve açıkça belli olmayan ancak gözden geçirmeyle görülebilecek olan (açık ayıplar) ayıplar ayırımına dayanmaktadır¹⁰⁶. Kanun koyucu, ticari ilişkiler bakımından “uygun süre içerisinde” kriterini makul görmeyerek, bildirim süresini kesin sınırlar içerisine dahil etmiştir¹⁰⁷. Bahsettiğimiz bu düzenlemeye göre, malın ayıplı olduğunun açıkça belli olduğu durumlarda iki gün içerisinde, açıkça belli olmamasına rağmen olağan bir incelemeyle ortaya çıkarılabilecek olması halinde ise sekiz gün içerisinde, durumun satıcıya bildirilmesi gerekecektir¹⁰⁸. Kanun koyucu, gizli ayıplar bakımından ise herhangi bir süre belirlemediği ve TBK md. 223/2’ye atıfta bulunmuştur¹⁰⁹. Buna göre, satılanın gizli ayıplarla teslim edilmiş olması halinde, bu ayıplar, ortaya çıktıktan itibaren uygun bir süre içerisinde satıcıya bildirilmelidir¹¹⁰.

Diğer taraftan, 6752 sayılı eski TTK md. 25’te ise ticari satımlardaki taleplere ilişkin zamanaşımı süresinin altı ay olduğu ve bu sürenin ancak kısaltılabileceği düzenlenmiş olup, bunun da süre bakımından eleştirildiği görülmektedir¹¹¹. Ancak, bu hükmün değişmesi neticesinde, zamanaşımı süresinin ticari satışlar da iki yıl olacağı belirtilmektedir¹¹².

6. Alıcının Tüketici Olmasının Ayıp Bildirimine Etkisi

6502 sayılı kanunda öncelikle, gözden geçirme külfetine ilişkin bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Bu bakımdan, ayıp ortaya çıkana kadar tüketicinin bir gözden geçirme zorunluluğu altında olmadığı kabul edilmektedir¹¹³. Dolayısıyla, kanun koyucunun tüketiciden beklediği tek şey, ayıp ortaya çıktığında (ve/veya tespit edildiğinde) bunun satıcıya

106 Gümüş, C. I, s. 106.

107 Yavuz, a.g.e., s. 109; Başka bir ifade ile kanun koyucu, tarafların sözleşmeye özel hüküm koyarak gözden geçirme ve bildirim sürelerini somutlaştırmaları beklenmeden, kanuni somut süreler tayin etmiştir.

108 Cemal Fazıl Karakaş, “Ticari Satımda Ayıp İhbarının Süresi Ve Şekli”, **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, S. XXII, 2006, (159-197), s. 168 vd.; Eren, a.g.e., s. 121; Yücer Aktürk, a.g.e., s. 202; Helvacı/Altın Yolcu, a.g.e., s. 805, dn. 1; Ünlütepe, a.g.e., s. 318; Kanunun açık ifadesinde de görüldüğü üzere, buradaki sekiz günlük süre, gözden geçirmeyi de kapsamaktadır. Başka bir ifade ile, malı teslim alan alıcı, sekiz gün içerisinde satılanı gözden geçirmeli ve bu gözden geçirme sonucunda ortaya çıkan ayıpları, yine bu süre içerisinde satıcının bilgisine sunmalıdır. Burada belirtmek gerekir ki, teslim öncesinde fark edilmeyen aşikar ve açık ayıpların belirli süreler içerisinde bildirilmesi gerekirse de, bu ayıpların teslim sırasında değil de sözleşme kurulduğu sırada görülmesi halinde ise TBK md. 222 uygulaması ortaya çıkacaktır, Gümüş, C. I, s. 106; Bu durumda satıcı, alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu olmayacağı gibi, yeterince gözden geçirmeyle görülebilecek ayıplardan ise ancak aksini üstlenmişse sorumlu olacaktır.

109 Yücer Aktürk, a.g.e., s. 202; Akçura Karaman, a.g.e., s. 231.

110 Akçura Karaman, a.g.e., s. 231.

111 M. Turgut Öz, **Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 37 vd.

112 Öz, a.g.e., s. 38; Ayrıca, tıpkı ayıbı bildirim süresinin uzatılıp kısaltılabilecek olması gibi, burada ifade edilen zamanaşımı sürelerinin de hem artırma hem de azaltma şeklinde ele alınabileceğini, düzenlenebileceğini söyleyebiliriz.

113 Yeşim M. Atamer/Ece Baş, “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, 2014 Özel Sayı 1, (19-60), s. 32.

bildirilmesidir¹¹⁴. Yine paralel olarak, ayıp bildirimine ilişkin sürenin de tamamen kaldırıldığı görülmektedir¹¹⁵.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 4077 sayılı kanundaki ayıbın otuz gün içerisinde bildirilmesine ilişkin hüküm yer almadığından¹¹⁶, ayıbın bildirilmesi ve ayıptan doğan hakların kullanılması bakımından, zamanaşımı süreleri önemli rol oynayacaktır¹¹⁷. Ayıp halinde, bundan doğan hakların kullanılması ise teslim tarihinden itibaren iki (ikinci elde asgari bir), konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda beş (ikinci elde asgari üç) yıllık sürelerle tabidir¹¹⁸. Ancak, ağır kusur veya hile ile gizlenmiş ayıplar bakımından, buradaki süreler uygulanmayacaktır¹¹⁹. Böyle bir durumda, genel hükümlere gitmek gerekecek¹²⁰; dolayısıyla, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır¹²¹. Ancak, taşınmaz satışına ilişkin durumlarda bu süre, tüketicinin lehine

114 Genel olarak, satış sözleşmelerinde ayıbın ispatının alıcı üzerinde olduğunu da eklemek gerekir, Huguenin, **a.g.e.**, s. 704; Schönle/Higi, **a.g.e.**, s. 494.

115 Atamer/Baş, **a.g.e.**, s. 32; Bildirim külfetinin kalkmasının ise sanılanın aksine satıcının aleyhine ağır bir durum yaratmadığı; alıcının zaten ayıptan doğan haklarını iki yıl içerisinde kullanması gerektiği; ayıbın ortaya çıkmasına rağmen uzun süre bildirim yapılmamasının ve hakların kullanılmamasının, hakkın kötüye kullanılması sayılacağı ve çoğu durumda ispatı zorlaştıracağı; bu nedenle de alıcının bunu uygun sürede bildireceği ve bunun yerinde olduğu ifade edilmektedir, **a.e.**, s. 32; ayr. inc. Helvacı/Altuner Yolcu, **a.g.e.**, s. 816; Ayrıca, tacir sayılmayan kişiler arasındaki satış işlemleri bakımından, İsviçre (ve paralel olarak Türk) hukuku'nun, Kıta Avrupalı hukukları içerisinde bildirim külfeti öngören tek hukuk sistemi olduğu da zikredilmektedir, bkz. Eugen Bucher/Vedat Buz, **a.g.e.**, s. 169; inc. Çetiner, **Yeni**, s. 106 vd.

116 Aslan, **a.g.e.**, s. 137; Özçelik, **a.g.e.**, s. 1172; Murat Aydoğdu, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2013, (1-62), s. 10; gizli ayıp halinde 4077 sy. kanun döneminde de süre belirtilmediğinden dolayı, bildirim zamanaşımı süresi içerisinde yapılabilecektir. Bkz.: Yarg. 13. HD., 13.04.2014 T., 2013/8150 E., 2014/7244 K.: "...Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da gizli ayıpların ne kadar sürede satıcıya ihbar edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle olunca, 4077 sayılı TKHK'nın 30. maddesi gereğince, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyumsuzluğun çözümü gerekli olduğundan, Borçlar Kanunu'nun bu konudaki 198. maddesi uygulanacaktır. O halde, gizli ayıpların, dava zamanaşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra derhal (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede), ihbar edilmesi; ayıbın açık mı, yoksa gizli mi olduğunun tayininde ise, ortalama (vasat) bir tüketicinin bilgisinin dikkate alınması, gerekmektedir. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılma bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır..." (KİB).

117 Özçelik, **a.g.e.**, s. 1172; Ayrıca kanun koyucu (TKHK md. 10'da), satılana altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıpların, teslimde var olduğunu (malın niteliği ile bağdaştığı ölçüde), bunun aksini satıcının ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, altı aylık bu süre içerisinde ileri sürülen bu ayıplar bakımından, alıcının (ispat hususunda) daha avantajlı olduğu görülmektedir. Elbette (zamanaşımı süresi içerisinde olmak üzere) altı aydan sonra da ayıp bildirimini yapılabilecektir. Ancak böyle bir durumda alıcı, bahsi geçen bu karineden yararlanamayacaktır. Belirtmek gerekir ki, satış sözleşmesinde taraflarca belirlenecek hükümler uyarınca, buradaki altı aylık süre de dahil olmak üzere, zamanaşımı süreleri, tüketici lehine olmak kaydıyla değiştirilebilir. Örneğin, satıcının taahhüt ettiği garantiler ile bu süreler artırılabilir; Ancak, garanti taahhüdü yolu ile (ister zorunlu ister ihtiyari garanti taahhüdü olsun) tüketici aleyhine bir daraltma ve kaldırma yapılamaz, Türkmen, **a.g.e.**, s. 3424; ayr. bkz. Özçelik, **a.g.e.**, s. 1181.

118 İnc. TKHK md. 12; ayr. inc. Türkmen, **a.g.e.**, s. 3401 vd.

119 Türkmen, **a.g.e.**, s. 3402; Dikkat etmek gerekir ki, burada düzenlenen zamanaşımı sürelerine tabi olmayacak olan ayıplar "gizli" ayıplar değil, kanunda da açıkça ifade edildiği üzere "ağır kusur ya da hile ile gizlenmiş" ayıplardır. Bu durumda, gizli ayıplara ilişkin zamanaşımı süresinin de açık ayıplar ile aynı olacağını ifade etmeliyiz, **a.e.**, s. 3402; Dolayısıyla, ayıbın gizli olması yetmemekte, ayrıca ağır kusur veya hile ile gizlenmiş olması da gerekmektedir ki, zamanaşımı süreleri uygulanmayacak olsun.

120 Ayr. bkz. TKHK md. 83/1: "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır."

121 Şahiniz, **a.g.e.**, s. 131; Ünlütepe, **a.g.e.**, s. 325; Türkmen, **a.g.e.**, s. 3406; inc. Atamer/Baş, **a.g.e.**, s. 59; Özçelik, **a.g.e.**, s. 1182.

de olmak üzere, TBK md. 244/3¹²² yardımıyla, yirmi yıl olarak düşünülmelidir¹²³. Bu durumda, satıldaki ayıbın ağır kusur veya hile ile gizlenmiş olması ihtimallerinde, satılanın niteliğine göre, on yıl ve yirmi yıllık süreleri ele almak gerekecektir¹²⁴.

D. AYIP SORUMLULUĞUNU VE ALICININ KÜLFETLERİNİ ETKİLEYEN BAZI ÖZEL DURUMLAR

I. Satılanın Başka Yerden Gönderilmesi

Kısaca değinmemiz gereken bir başka husus ise TBK md. 226'da düzenlenen, satılan şeyin başka yerden gönderilmiş olması haline ilişkindir. İlgili düzenlemede, satış konusu bir malın ifa yerinden başka bir yere gönderilmiş olması halinde, alıcının ayıptan dolayı satıcıyı sorumlu tutabilmesi için gerekli şartlardan bahsedilmiştir¹²⁵. Burada, satıcının satılan şeyi alıcının yerleşim yerine veya iş yerine göndermesi gibi, ifa yerinden başka bir yere göndermesinin kastedildiği ifade edilmektedir¹²⁶. Bahsi geçen hüküm, “Başka yerden gönderilen satılanın ayıplı olduğunu ileri süren alıcı, bulunduğu yerde satıcının temsilcisi yoksa, satılanın korunması için gerekli önlemleri geçici olarak almakla yükümlüdür. Alıcı, ayıplı olduğunu ileri sürdüğü satılanın korunması için gerekli önlemleri almaksızın onu satıcıya geri gönderemez.

Alıcı, satılanın durumunu gecikmeksizin usulüne göre tespit ettirmekle yükümlüdür. Bunu yaptırmazsa, ileri sürdüğü ayıbın, satılanın kendisine ulaştığı zamanda var olduğunu ispat yükü alıcıya düşer.

Satılanın kısa zamanda bozulma tehlikesi varsa, alıcı onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla sattırmaya yetkili, hatta satıcının yararı gerektiriyorsa sattırmakla yükümlüdür. Alıcı, durumu satıcıya en kısa zamanda bildirmezse, bundan doğan zarardan sorumlu olur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Genel olarak burada da, ayıptan sorumluluğun maddi şartları mevcut olmalı ve şekli şartları da yerine getirilmelidir. Diğer şartlardan farklı şekilde buradaki düzenleme, külfetten ayrı olarak, bir borç ortaya koymaktadır ve bunların yerine getirilmemesi alıcının sorumluluğuna yol

122 “Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak beş yılın ve satıcının ağır kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

123 Türkmen, **a.g.e.**, s. 3407; Özçelik, **a.g.e.**, s. 1183.

124 Ayr. TKHK kapsamında, burada zikrettiğimiz zamanaşımı sürelerinin durması ve kesilmesine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Türkmen, **a.g.e.**, s. 3411 vd.

125 Ayr. kanundaki genel ifa yeri kuralları için bkz.: TBK md. 89: “Borcun ifa yeri, tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Aksine bir anlaşma yoksa, aşağıdaki hükümler uygulanır;

1. Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,

2. Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,

3. Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir.

Alacaklının yerleşim yerinde ifası gereken bir borcun doğumundan sonra alacaklının yerleşim yerini değiştirmesi sebebiyle ifa önemli ölçüde güçleşmişse borç, alacaklının önceki yerleşim yerinde ifa edilebilir.”

126 Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, İzmir, İleri Kitabevi, 2013, s. 169.

açacaktır¹²⁷. Ancak, buradaki düzenlemenin külfet değil borç olarak ele alınabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekecektir. Bunlardan en önemlisi ise alıcının satılanı kabul etmemek niyetinde olmasıdır; ki satılanın alıcı tarafından kabul edilmesi durumunda, bir borcun mevcut olduğundan bahsedemeyiz. Bu sebeple, yalnızca başka yere gönderilen bir şeyin bulunması veya satıcının temsilcisinin bulunmaması gibi durumlar, tek başına alıcının böyle bir borç altına girmesine sebep olmaz.

Normal satışlarda ayıpların tespit ettirilmesi şartı aramayan kanun koyucu, bahsi geçen satışlarda ise ayıbın, gecikmeksizin, usulüne göre tespit ettirilmesi gerektiğini düzenlemiştir¹²⁸. Aksi takdirde, bahsi geçen hükmün 2. fıkrasındaki “Alıcı, satılanın durumunu gecikmeksizin usulüne göre tespit ettirmekle yükümlüdür. Bunu yaptırmazsa, ileri sürdüğü ayıbın, satılanın kendisine ulaştığı zamanda var olduğunu ispat yükü alıcıya düşer.” ifadesinde açıkça belirtildiği üzere, satılanın ayıplı olduğunu ispat yükü alıcıya geçmiş olacaktır. Bu fıkra hükmünün ise borç değil, külfet oluşturduğu belirtilmelidir¹²⁹.

Değindiğimiz üzere, satılanın başka yerden gönderilmesine ilişkin 226. maddenin uygulanması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, ortada bir mesafe satışı olması, alıcının satılanı kabul etmemek niyetinde olması ve satılanın gönderildiği yerde satıcının veya temsilcisinin bulunmaması şartları aranacaktır¹³⁰. Bahsettiğimiz şartlar gerçekleştiği takdirde alıcı, satılanın korunması için gerekli önlemleri almak, satılanın durumunu gecikmeksizin mahkemeye tespit ettirmek, satılanın bozulması durumu söz konusu ise mahkeme aracılığıyla sattırmak zorundadır¹³¹. Aykırı hareket ederek, bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ise ortaya çıkacak zararları alıcı tazmin etmek zorunda kalacaktır¹³². Buna ilişkin olarak, satılanın bizzat alıcının kendisi tarafından satılması halinde ise alıcının malı kabul etmiş olduğu sonucuna varılacağı da ifade edilmiştir¹³³.

Yine, satılanın korunmasına ilişkin önlemlere ilişkin giderler de satıcının hesabına yapılacaktır¹³⁴. Ancak Yargıtay’ın da belirttiği üzere, alıcının koruma yükümlülüğü sürekli olmayıp, satıcının

127 Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 169; Burada, alıcının ödevlerinin, ağırlaştırılmış ve bir yüküm seviyesine çıkarılmış olduğu da belirtilmektedir, Serozan, **a.g.e.**, s. 211; Maddede borç ve külfetlerin düzenlenmiş olmasına ilişkin, Gümüş, **Özel**, s. 75.

128 Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 169.

129 Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 126; Gümüş, **Özel**, s. 76.

130 Tandoğan, **Cilt I**, s. 185; Yavuz, **a.g.e.**, s. 119; Aydoğdu/Kahveci, **a.g.e.**, s. 170 vd.; Şahiniz, **a.g.e.**, s. 89 vd.

131 Yavuz, **a.g.e.**, s. 122 vd.; Eren, **a.g.e.**, s. 122; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 136.

132 Erzan Erzurumluoğlu, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 75; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 136; Yavuz, **a.g.e.**, s. 120 vd.

133 Yavuz/Acar/Özen, **Özel**, s. 138.

134 Yavuz/Acar/Özen, **Özel**, s. 138; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 16. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2016, s. 125; burada bir külfetin değil, borcun söz konusu olduğu ifade bulunmaktadır, **a.e.**, s. 125.

satılanı teslim almak konusunda herhangi bir girişimi olmadığı takdirde, alıcının koruma yükümlülüğü de sona erecektir¹³⁵.

Hükme ilişkin son olarak ifade etmek gerekir ki, kanunun lafzına bakıldığında, sanki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi değil, sadece bildirimde bulunmamak sorumluluğa yol açar şeklinde bir anlam da çıkabilir. Zira, bahsettiğimiz kısım “...Alıcı, durumu satıcıya en kısa zamanda bildirmezse, bundan doğan zarardan sorumlu olur.” şeklinde iken; alıcının yükümlü olduğu diğer hususlara ilişkin olarak herhangi bir sorumluluk ifadesi bulunmamaktadır. Ancak burada sorumluluğa sebebiyet verecek durumu, yalnızca satıcıya bildirim yapılmaması ile sınırlı olarak düşünmemek, (koruma, sattırma vs. gibi) diğer yükümlülüklerin ihlali halini de ele almak gerekir. Kısacası, hükmün özü, bu maddede belirtilen yükümlülüklerden dolayı alacaklının sorumlu olabileceğini düzenlerken; hükmün lafzı ise yalnızca bildirimle ilişkin bir sorumluluk ifadesi kaleme almıştır.

2. Ağır Kusurun Etkisi ve Satıcılığı Meslek Edinenlerin Durumu

Kısaca değinmemiz gereken bir diğer durum ise satıcının ayıplı mal satmakta ağır kusurlu olması durumudur. Satıcının ağır kusurlu olması hali 225. maddede ayrı olarak “Ağır kusurlu olan satıcı, satıldaki ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz.

Satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da aynı hüküm geçerlidir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda, alıcının, kanunun kendisine yüklemiş olduğu külfetleri yerine getirmemesi halinde ayıptan doğan haklardan yararlanamayacağını, diğer bir ifade ile satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna gidilemeyeceğini ifade etmiştik. 225. madde hükmüne bakıldığında ise satıcının, ağır kusurlu olması halinde, alıcının ayıpları kendisine süresinde bildirmediğinden bahsedemeyeceğini ve bu nedenle sorumlu tutulamamasının söz konusu olmayacağını görmekteyiz¹³⁶. Dolayısıyla, ayıplı şeyin ifasında ağır kusura sahip olan satıcı, gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmemiş olmasına rağmen, ayıplardan sorumlu olacak ve ağır

135 Yarg., 13. HD., 27.03.2003 T., 2002/14617 E., 2003/3619 K.: “...Davacının, davalıdan satın aldığı tuğlaların standartlara uygun olmadığı, bir kısmının kırık olduğu ve ayıplı mal teslim edildiği bilrkişi raporu ile sabit olduğu gibi alıcının ihtarname ile ayıplı mal teslimi nedeniyle sözleşmeyi fesih ettiğini bildirip tuğlaların şantiyeden alınmasını istediği toplanan deliller ve dosya içeriği ile sabittir. BK'nun 201. maddesi gereğince başka bir mahalden gönderilen satılanın ayıplı olduğu iddia eden alıcı, bulunduğu yerde satıcının mümessili yok ise satılanın muhafazası için lazım gelen tedbirleri muvakkaten ittihaz etmekle mükelleftir. Ancak alıcının muhafaza tedbirlerini alması yükümlülüğü devamlılık göstermez. Alıcı muhafaza tedbirleri aldığı bildirildiğinde satıcı uygun bir zaman içinde malı kendisi almaz veya alıcının masraflarını ödeyerek malın geri gönderilmesi hususunda talimat vermezse alıcının muhafaza yükümlülüğü ortadan kalkar. Davacı, satılan malların ayıplı olduğunu ve şantiyeden alınmasını faks ve ihtarla satıcıya bildirmiştir. Davalı bu ihtar ve uyarıya rağmen makul bir zaman içinde malları teslim almadığından davacının malları muhafaza ve saklama yükümlülüğünün ortadan kalktığının kabulü gerekir...” (KİB).

136 Çetiner, Ayıp, s. 32; Yavuz/Acar/Özen, Özel, s. 137; Eren, a.g.e., s. 120; Zevkililer/Gökyayla, a.g.e., s. 122.

kusur 223. maddedeki kabul varsayımını kaldırdığı için, alıcının seçimlik haklarını kullanmasına engel olamayacaktır¹³⁷.

Maddenin düzenlediği bir diğer önemli husus da satıcılığı meslek edinmiş olan kişilere ilişkindir¹³⁸. Buna göre, satıcılığı meslek edinmiş olan kişilerin, meslekleri gereği bilmeleri gereken ayıplar bakımından, ağır kusurlu oldukları kabul edilmektedir¹³⁹. Bu bakımdan, satıcılığı meslek haline getirmiş kişilerin de, bilmeleri gereken ayıplar bakımından, alıcının külfetleri yerine getirmemesini ileri sürerek sorumluluktan kurtulma imkanları ortadan kaldırılmıştır¹⁴⁰.

Diğer taraftan, bahsi geçen bu hüküm değerlendirilirken, tarafların her ikisinin tacir olması halinin de farklı değerlendirmeye tabi olması gerektiği irdelenmiştir¹⁴¹. Buna göre, tarafların tacir olmaları halinde, (satıcının kast veya ağır ihmali hali dışında) somut olayda satıcının hafif ihmali dolayısıyla gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin kalktığı kabul edilmemesi gerektiği ifade bulmaktadır¹⁴². Kısacası böyle bir durumda, satıcılığı meslek edinmiş kişilere ilişkin bu hüküm uygulanırken, tacirler arası satışlarda, hafif kusurun yeterli olmaması gerektiği de ifade edilmiştir¹⁴³.

II. ŞEKLİ ŞARTLARIN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Genel anlamda satıcının ayıptan sorumluluğuna gidilebilmesi için, saydığımız külfetlerin yerine getirilmesi gerektiğini, yukarıda ifade etmiştik. Buna göre, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmemiş olan alıcı, 227. maddede "...1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme. 2. Satılanı alıkyoup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme. 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme. 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme..." şeklinde sayılan seçimlik haklarını kullanamayacak ve satılanı kabul etmiş sayılacaktır¹⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, kabul sonucu doğuran bu yerine getirmeme, farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Buna göre, kabul sonucunun ortaya çıkmasına neden olan durum, alıcının külfetleri hiç yerine getirmemesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; fiilen yapılmış bulunan bildirim kanun veya sözleşmedeki şartlara uymaması şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁴⁵. Dolayısıyla, kabul

137 Gümüş, C. I, s. 105; Ayr. Bkz.: Yarg. 13. HD., 11.10.2010 T., 2010/1116 E., 2010/12853 K.: "...Servisin tüketiciyi sonuç alınmayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlar ile tekrarlaması karşısında, davada zamanaşımının varlığından söz edilemez. Nitekim 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı TKHK'nun 4/4 maddesinde, "Ancak satılan malın ayıbu tüketiciden satıcının ağır kusuru veya hile ile gizlenmişse, zamanaşımı süresinden yararlanılmaz." hükmü getirilmiştir. (Yargıtay HGK'nun 18.2.2004 gün 2004/ 4-29 E-2004/83 K sayılı kararı)..." (KİB).

138 Bu fıkra düzenlemesine ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Makaracı Başak, a.g.e., s. 1922 vd.

139 Yavuz/Acar/Özen, **Dersler**, s. 78; Zevkliler/Gökyayla, a.g.e., s. 122.

140 Aral/Ayrancı, a.g.e., s. 134.

141 Atamer, a.g.e., s. 204-205.

142 Atamer, a.g.e., s. 204-205.

143 Atamer, a.g.e., s. 204-205.

144 Bohnstedt, a.g.e., s. 195; Huguenin, a.g.e., s. 709; Furrer/Reinfried, a.g.e., s. 566; Oktay Özdemir, a.g.e., s. 51.

145 İnc. Huguenin, a.g.e., s. 709; Yücer Aktürk, a.g.e., s. 248; Ünlütepe, a.g.e., s. 323.

sonucunun meydana gelmesi bakımından, bildirim hiç yapılmaması ile uygun yapılmaması aynı etkiyi doğurur¹⁴⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde “*Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır.*” ifadesi bulunmaktadır. Bu düzenlemedeki kabul sonucunun, aksi iddia edilemeyen kanuni bir karine olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁷. Bunun aksi ileri sürülemez, iddia olunamayacaktır¹⁴⁸. Dolayısıyla, külfetlerin yerine getirilmemiş olmasıyla birlikte başlı başına kabul sonucu ortaya çıkacak ve alıcı ayıptan doğan haklarını kaybedecektir¹⁴⁹. Burada belirtmek gerekir ki, kabul sonucu yalnızca olağan gözden geçirme ile ortaya çıkarılabilecek ayıplar bakımından söz konusu olduğundan, açık ayıpları bildirmeyerek satılanı kabul etmiş olan alıcı, daha sonra ortaya çıkacak olan gizli ayıpları uygun sürede bildirmek şartıyla, bu ayıplar bakımından haklarını kullanabilecektir¹⁵⁰.

Diğer taraftan, esasen kanunun kabul sonucunu bağladığı durumun ortaya çıkabilmesi için, yalnızca bildirim külfetinin yerine getirilmemiş olması yeterli olacaktır ve gözden geçirme külfetinin yerine getirilmemiş olmasının bir önemi bulunmayacaktır¹⁵¹. Başka bir ifade ile, bildirim külfetinin tam ve düzgün şekilde yerine getirilmiş olması halinde, ayıpların gözden geçirme ile veya herhangi başka bir şekilde öğrenilmiş olmasının önemi bulunmayacaktır¹⁵². İncelendiğinde, buradaki esas saik de, satıcının sattığı malın ayıplı olduğunu ve bu nedenle de alıcının malı bu haliyle kabul etmeyeceğini öğrenmesi ve karşılaşacağı sorumluluktan haberdar olmasıdır. Burada esas olgunun ayıpların öğrenilmesi olduğunu, satıcının bildiği ve gizlediği ayıplardan dolayı halihazırda bildirim külfeti yerine getirilmemiş olsa dahi sorumlu olmasından da anlayabiliriz.

Ekleme gerekir ki, yalnızca kanunun açıkça ifade ettiği (md. 223) şekliyle gözden geçirme ve bildirim ihmal edilmesi değil, bildirim zamanında yapıldığı bazı hallerde de ayıptan doğan hakların kullanılamayabileceğini düşünmek gerekir. Örneğin, bildirim zamanında yapıldığı, ancak seçimlik hakkın kullanılması için özellikle zamanaşımı süresinin sonunun beklendiği veya seçimlik hak kullanılmasına rağmen, bunun gereğinin yapılabilmesi için satılanın satıcıya tesliminin kusurlu olarak geciktirildiği, engellendiği durumlarda da somut olayın şartlarına göre kabul sonucuna paralel yönde hareket etmek gerekebilir. Buna karşılık, ayıpların giderilmesi

146 Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 249; Ünlütepe, *a.g.e.*, s. 323.

147 Yavuz, *a.g.e.*, s. 128 vd.; Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 250; Ünlütepe, *a.g.e.*, s. 322; Huguenin, *a.g.e.*, s. 712.

148 Şahiniz, *a.g.e.*, s. 85; Ünlütepe, *a.g.e.*, s. 322 vd.

149 Furrer/Reinfried, *a.g.e.*, s. 566; Şahiniz, *a.g.e.*, s. 85; Ünlütepe, *a.g.e.*, s. 323; Huguenin, *a.g.e.*, s. 709.

150 Yarg. 13. HD., 29.05.2014 T., 2014/12919 E., 2014/16687 K.: “...Anılan maddeye göre, alıcı, teslim aldığı malı işlerin olağan akışına göre, imkan bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp gördüğü zaman bunu satıcıya derhal (uygun süre içinde) ihbar etmekle yükümlüdür. Bunu ihmal ettiği takdirde, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılana olağan bir gözden geçirme ile meydana çıkarılamayacak bir ayıp bulunması halinde, bu ayıp sonradan meydana çıkarsa, bu durumu da hemen satıcıya bildirmediği takdirde yine satılanı bu ayıp ile birlikte kabul etmiş sayılır. Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinde (6098 Sayılı B.K'nun 223. maddesi) öngörülen süre içinde ihbar edilmeyen ayıplar için dava açılmaz...” (KİB).

151 Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 250 vd.

152 Yücer Aktürk, *a.g.e.*, s. 251.

yerine alıcının oyalandığı ve zamanaşımı süresinin satıcı tarafından kasten veya ihmali olarak geçirildiği durumlarda ise satıcı zamanaşımı süresinin dolduğunu ileri sürememelidir.

Külfetlerin yerine getirilmemesine rağmen, alıcının genel hükümlere gidip gidemeyeceği ise ayrı bir husustur¹⁵³. Bir görüşte, yukarıda işlediğimiz gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmemesi halinde, ayıptan doğacak hakların tamamen son bulacağı, özel hükümler yanında gereği gibi ifa etmemeye de gidilemeyeceği ve aksinin kabulünün ayıptan sorumluluk hükümlerinin dolanılması olacağı belirtilirken¹⁵⁴; bizim de uygun gördüğümüz diğer görüşte ise gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmemiş olan alıcı, ayıptan doğan haklarını kaybedecek iken, genel hükümlere gidebilecektir¹⁵⁵. Bu noktada, katıldığımızı belirttiğimiz görüşe göre¹⁵⁶, sözleşmeye aykırılık hükümleri kolay uygulanabilir olmasının yanında kısıtlı bir koruma sağlamakta; özel hükümler ise daha ağır koşullar içermekte, ancak çok daha ayrıntılı hukuki koruma sağlamaktadır ve bir bakıma nimet külfeti dengelediği için özel hükümlere dayanmak yerine genel hükümlere gitmek kanunun dolanılması olmayacaktır¹⁵⁷.

SONUÇ

Satıcının ayıptan sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki, bu sorumluluk bakımından satıcının kusuru aranmayacak; hatta satıcının ayıplar konusunda bilgisi olmaması da sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Satıcının ayıptan sorumluluğu için öncelikle satılanın teslim edilmiş olması, satılarda ayıbın mevcut olması, satıcının ayıplardan dolayı sorumsuzluğuna ilişkin bir kayıt olmaması, alıcının ayıpları bilmiyor olması şartları aranmaktadır. Bunun yanında, ayıptan sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için

153 Bkz.: Bilgin Yüce, **a.g.e.**, s. 415; Bucher/Buz, **a.g.e.**, s. 172.

154 Bu yönde Bkz.: Yarg. 13. HD., 19.03.1992 T., 1992/384 E., 1992/2617 K.: “*Dava ayıplı taşınmaz satışından kaynaklanmaktadır. Gerçekte, Borçlar Kanununun 217. maddesi yollamasıyla taşınmaz mal satışlarında uygulanması gereken BK.nun 202. maddesi hükmünce ayıba karşı tekeffülden alıcı lehine seçimlik bazı haklar doğar. O, dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshini, dilerse satılanı alıkoyup satış parasından indirim yapılmasını talep edebilir. Veya misli eşya satımında satılanın ayıptan ari misli ile değiştirilmesini isteyebilir (BK. m. 203). Ancak, semenin indirilmesi, çok defa satılan şeyin ayıplı olmasından ileri gelen zararı karşılayamaz bir mahiyet arzedebilir. Farklı bir anlatımla bazen bir olay içerisinde ayıba karşı tekeffülün maddi koşullarıyla, akdin gereği gibi ifa edilmemesinin (BK. m. 96) koşulları aynı zamanda gerçekleşmiş olabilir. İşte bu hallerde davacı Borçlar Kanununun 202. maddesinde düzenlenen satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hükümlerine dayanan semenin indirilmesi davası açabileceği gibi şartları varsa borcun gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla Borçlar Kanununun 96. maddesi uyarınca uğradığı zararın tazminine ilişkin bir dava da açabilir. Hemen belirtelim ki az yukarıda açıklanan gereği gibi ifa edilmeme dolayısıyla tazminat davasında da ayıba ilişkin muayene ve ihbar yükümlülükleriyle ayıbın tabi olduğu zamanaşımı hükümlerinin (BK. m. 207,215/3) uygulanması gözardı edilmeyecektir (Bakınız, Prof. Dr. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt: I/I, 1985, Sh. 202 vd.; Prof. Dr. Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, 1962, Sh. 75; Prof. Dr. Avni Göktürk, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Aktin Muhtelif Nev’ileri*, 1951, Sh. 406-407).” (KİB).*

155 Bkz.: Yücer Aktürk, **a.g.e.**, s. 265 vd; Bucher/Buz, **a.g.e.**, s. 172; Ayrıca, ayıp hükümleri ile borca aykırılık arasındaki bu yarışmanın, ayıp hükümleri ile haksız fiil arasındaki durumda da aynı şekilde geçerli olduğu da eklenmektedir, **a.e.**, s. 172.

156 Hatemi/Serozan/Arpacı, **a.g.e.**, s. 88 vd.

157 Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. III, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 247 vd. (Serozan).

alıcının yerine getirmesi gereken bazı şekli şartlar bulunmaktadır. Bunlar, gözden geçirme (muayene/kontrol) ve bildirim (ihbar) külfetleridir.

Şekli açıdan bakıldığında, ayıp bildirimini herhangi bir şekilde yapılabileceğini ifade edebiliriz. Dolayısıyla, ayıp bildirimini daha kolay ispat etmek bakımından herhangi bir bildirim şekli seçilebilir; ancak belirli bir kanuni şekil düzenlenmiş değildir. Buna karşılık, tarafların aralarında yapmış oldukları anlaşma uyarınca, ayıp bildirimini belirli şekillerde yapılacağını kararlaştırmaları da mümkündür. Diğer taraftan, seçilen şekle uyulması halinde zararların doğacağını anlaşılması halinde, alıcının en uygun ve hızlı şekilde bildirimde bulunması hem gerekli hem de kabul edilebilir olmalıdır.

TBK md. 223'e göre, gözden geçirme ve bildirim ihmal edilmesi halinde satılan bu haliyle kabul edilmiş sayılacaksa da bildirim zamanında yapıldığı bazı hallerde de paralel sonuca ulaşmak mümkündür. Örneğin, bildirim zamanında yapıldığı, ancak seçimlik hakkın kullanılması için özellikle zamanaşımı süresinin sonunun beklendiği veya seçimlik hak kullanılmasına rağmen, satılanın satıcıya tesliminin kusurlu olarak geciktirildiği, engellendiği durumlarda da kabul sonucuna varılabilir veya seçimlik hakların reddine karar verilebilir. Farklı şekilde, satıcının ayıpları gidermek yerine alıcıyı oyaladığı, ayıplı şeyi iade almaktan kaçındığı ya da zamanaşımı süresini kasten veya ihmali olarak geçirdiği durumlarda ise satıcı zamanaşımı süresinin dolduğunu ileri sürememelidir.

Diğer taraftan, tartışmalı olmakla birlikte katıldığımız görüşe göre, satılarda ayıp bulunan durumlarda kanunun kendisine yüklediği külfetleri yerine getirmeyen alıcı, özel hükümlerdeki haklarını kaybetmiş olmakla birlikte, genel hükümlerdeki haklarını kullanabilmelidir ve bu durum, nimet külfet dengesi bakımından bir aykırılık arz etmeyeceğinden, özel hükümlerdeki şekli şartların ve yerine getirilmemesinin sonuçlarının dolanılması olmayacaktır.

Yine önemli bir husus ise külfetlerin yerine getirilmesinin denetlenmesi noktasında ele alınmalıdır. Kanaatimizce, ayıba ilişkin külfetlerin yerine getirilip getirilmediği, süresi içerisinde bildirim yapıp yapılmadığı ise (gerek TBK gerek TTK gerek TKHK kapsamındaki satışlarda olsun) satıcı tarafından ileri sürülmelidir. Dolayısıyla, bu hususları hakim re'sen göz önüne almamalıdır.

KISALTMALAR

- a.e. : aynı eser
- a.g.e. : adı geçen eser
- art. : artikel
- ayr. : ayrıca
- BK : 818 sayılı Borçlar Kanunu
- Bkz. : Bakınız
- bs. : bası
- C. : Cilt
- E. : Esas(lı)

- fs. : fasikül
HD. : Hukuk Dairesi
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İnc. : İnceleyiniz
İÜHFİM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K. : Karar(ı)
KİB : Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
Krş. : Karşılaştırınız
Ks. : Kısaltma(sı)
md. : madde(si)
no. : number
OR : Obligationenrecht
Pn. : Paragraf Numarası
S. : Sayı
s. : sayfa
sy. : sayılı
T. : Tarih(li)
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve devamı
vs. : vesaire
Yarg. : Yargıtay
YHGK.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman, Tuba: “*Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayrıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı**, 2013/1, (225-258).
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, 27. bs., İstanbul, Beta, 2018.
- Akyiğit, Ercan: **Satış, Mal Değişimi ve Bağışlama Sözleşmeleri**, Ankara, Seçkin, 2011.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Arıkan, Mustafa/Yalman, Süleyman: “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Satım Sözleşmesine İlişkin Bazı Düzenlemelerin Değerlendirilmesi*”, **Hukuk Biliminin Güncel Sorunları**, C. II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, (117-129).
- Aslan, İ. Yılmaz: **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, 4. bs., Bursa, Ekin Yayınevi, 2014.

- Atamer, Yeşim M.: “*Taşınır Satımı Sözleşmesi*”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler – Tebliğler**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, (187-222)
- Atamer, Yeşim M./Baş, Ece: “*Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Koruması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, 2014 Özel Sayı 1, (19-60).
- Aydoğdu, Murat: “*6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım Ve Bu Konudaki Önerilerimiz*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2013, (1-62).
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, İzmir, İleri Kitabevi, 2013.
- Bilgin Yüce, Melek: “*Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları Ve Alıcının Seçimlik Hakları*”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011)**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Legal Yayıncılık, 2012, (383-420).
- Bohnstedt, Jan: **Vertragsrecht im Einkauf**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2012.
- Bucher, Eugen: **Introduction to Swiss Law**, 3. bs., edited by F. Dessementet and T. Ansay, Kluwer/Schulthess, 2004, (8. Bölüm), (107-144). (Ks.: Swiss)
- Bucher, Eugen: **Obligationenrecht Besonderer Teil**, 3. bs., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. (Ks.: Besonderer)
- Bucher, Eugen/Buz, Vedat: “*Mağdur Edilen Alıcı: Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art. 201 OR; BK. m. 198), BK. 202/II (Art. 205/II OR)ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2004, (145-178).
- Çetiner, Bilgehan: “*Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Muayene Ve İhbar Külfetine İlişkin Kısa Değerlendirme*”, **Legal Hukuk Dergisi**, S. 85, 2010, (135-140).
- Çetiner, Bilgehan: “*Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar Ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*”, **İÜHFİM**, C. LXVII, S. 1-2, İstanbul, 2009, (97-113). (Ks.: Yeni)
- Çetiner, Bilgehan: “*Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar Ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu Ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, (17-41). (Ks.: Ayp)
- Doğan, Güzide Burcu: “*Roma Ve Türk Hukukunda Maldaki Ayıplardan Dolayı Satıcının Sorumluluğu*”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2006, (561-590).
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Erzurumluoğlu, Erzan: **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, 8. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: **Borçlar Hukuku: Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)**, C. I, 4. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980.
- Furrer, Andreas/Reinfried, Nadine S.: “*Producer’s and Seller’s Liability under Swiss Law – A Comparative Analysis under European Perspectives*”, Edited by Martin Ebers/André Janssen/Olaf Meyer, **European Perspectives on Producers’ Liability**, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009, (563-578).
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012. (Ks.: C. I)
- Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Kısa Ders Kitabı)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015. (Ks.: Özel)
- Hatemi, Hüseyin: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

- Helvacı, Serap/Altın Yolcu, Fatma Zeynep: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, 2018, (804-822).
- Huguenin, Claire: **Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2012.
- Karakaş, Cemal Fazıl: “Ticari Satımda Ayıp İhbarının Süresi Ve Şekli”, **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, S. XXII, 2006, (159-197).
- Kocayusufoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. III, 6. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014. (Ks.: Serozan)
- Makaracı Başak, Aslı: “Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İkinci Cilt, C. 22, S. 3, 2016, (1915-1930).
- Müller-Chen, Markus: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 – 318 OR**, 3. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Nomer, Haluk Nami: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1996.
- Nomer, Haluk Nami/Engin, Baki İlkey: **Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt 1: Satış Sözleşmesi**, 1. fs. 3. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami: **Medeni Hukuk**, 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oktay Özdemir, Saibe: “Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı Ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, (39-58).
- Olgaç, Senai: **Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (I): Satış Ve Trampa**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Öz, M. Turgut: **Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Özçelik, Ş. Barış: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 64 (4) 2015, (1161-1188).
- Özdemir, Hayrunnisa: “Türk Borçlar Kanunu’na ve Milletlerarası Satım Sözleşmesine Göre Ayıbın İhbar Edilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İkinci Cilt, C. 22, S. 3, 2016, (2305-2348).
- Rudkowski, Lena: **Wirtschaftsrecht: BGB AT, Schuldrecht, Sachenrecht**, Wiesbaden, Springer Gabler, 2016.
- Schönle, Herbert/Higi, Peter: **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a: Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, 3. bs., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.
- Schwenzer, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. bs., Bern, Stämpfli Verlag, 2006.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Yayına Hazırlayanlar: Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Şanlı, 3. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.
- Şahiniz, C. Salih: **Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. (Ks.: Cilt I)
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010. (Ks.: Cilt II)
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. II, 1977.
- Türkmen, Ahmet: “Tüketici İşlemlerinde Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Seçimlik Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı ve Bunun Garanti Taahhütleriyle İlişkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan**, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), (3389-3448).
- Ünlütepe, Mustafa: “Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu Bakımından Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmesinin Tabi Olduğu Süreler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 1, 2018, (296-335).
- Yavuz, Cevdet: **Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul, Beta, 1989.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: **Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler**, 15. bs., İstanbul, Beta, 2018. (Ks.: Dersler)
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. bs., İstanbul, Beta, 2014. (Ks.: Özel)
- Yücer Aktürk, İpek: **Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Zevkliler, Aydın/Gökayla, K. Emre: **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 18. bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2018.

Elektronik Kaynaklar:

<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>

<https://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.swisslex.ch/>

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>

<http://www.ticaretkanunu.net/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri-birinci-kitapmadde-11-123/>

Karayolu Taşımalarında Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluktan Kurtulmasında Özel Sebepler

Exceptional Causes to the Liability of Carrier's Because of the Loss, the Damage and the Excess of the Delivery Deadline in the Transportations on the Road

Aydın Alber YÜCE*

Öz

Taşıyıcı eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içerisinde eşyanın uğrayacağı zıya, hasar veya teslimdeki gecikmeden sorumludur. Bu sorumluluktan kurtulmada genel ve özel sebepler bulunmaktadır. Sorumluluktan kurtulmada genel sebebe göre, zıya, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınılmayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur. Sorumluluktan kurtulmada özel sebepler ise, taşımanın üstü açık araçla gerçekleştirilmesi, gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama, eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, eşyanın doğal niteliği, gönderen tarafından yetersiz etiketleme ve canlı hayvan taşınmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Taşıyıcı, Sorumluluk, Üstü açık taşıt, Yetersiz ambalajlama, Eşyanın doğal niteliği, Canlı hayvan taşıma, Yetersiz etiketleme, Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması

Abstract

The carrier is liable for the detriment caused by loss or damage in the period from acceptance of the goods to carriage until delivery or by exceeding the delivery time. There are general and special causes that are useful to liberate one's responsibility. The carrier is exempt from liability, as far as the loss, the damage or the exceeding of the delivery time is based on extenuating circumstances, which the carrier could not avoid with the greatest care and the consequences of which he could not avert. The carrier shall be released peculiarly from his liability if the loss, damage or exceeding of the delivery period is based on to one of the following hazards: agreed or practice use of open or deck-based vehicles; insufficient packaging by the sender; handling, loading or unloading of the goods by the consignor or the consignee; natural quality of the product, which is particularly easy to damage, in particular by breakage, rust, internal spoilage, dehydration, leakage, normal loss results; insufficient marking of the consignments by the consignor; carriage of living animals.

* Araştırma Görevlisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, aayuce@erciyes.edu.tr, (ORCID ID: 0000-0002-6178-9143).

Keywords: Carrier, Liability, Open vehicle, Inadequate packaging, Natural characteristics of the goods, Transport of living animals, Insufficient labeling; Handling, loading, unloading the goods by the sender or recipient

I. GİRİŞ VE GENEL OLARAK SORUMLULUKTAN KURTULMA

Türk Ticaret Kanunu, Alman Ticaret Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve CMR'de taşıyıcının sorumluluğu için özel hükümler sevk edilmiştir. Hukukumuzda taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur¹ (TTK m. 875). Bu sorumluluğun mutlak olduğundan bahsedilemez. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması mümkündür ki bu TTK'da yer alan bazı genel ve özel sebeplere dayanarak mümkündür.

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında genel sebep TTK m. 876 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, zıya, hasar ve gecikme, taşıyıcının en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği sebeplerden meydana gelmişse, taşıyıcı sorumluluktan kurtulur.

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında özel sebepler ise, TTK m. 878 hükmünde düzenlenmektedir. TTK'nın 878/1 hükmüne göre ziya, hasar veya teslimdeki gecikme aşağıdaki hallerden birine bağlanabiliyorsa taşıyıcının bu zararlardan sorumluluğu ortadan kalkacaktır:

- Sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılmış olması yahut güverteye yükleme yapılması.
- Gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama.
 - Eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması.
 - Eşyanın; özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği.
- Taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi.
- Canlı hayvan taşınması.
- 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile diğer kanun ve düzenlemelerde yer alan hükümlerin taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını haklı gösterdiği hâller.

Herhangi bir zararın hâl ve şartlara göre TTK m. 878/1'de öngörülen bir sebebe bağlanmasının muhtemel bulunduğu durumlarda, o zararın bu sebepten ileri geldiği varsayılır. Üstü açık taşıma

1 CMR'de taşıyıcının sorumluluğu 17. ve devamı maddelerde düzenlenmektedir. Alman Ticaret Kanunu (HGB) içerisinde sorumluluk hükümleri, 425. ve devamı maddelerde yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise, taşıyıcının sorumluluğu 446. ila 450 maddelerde düzenlenmektedir. Özellikle, İBK'nın CMR başta olmak üzere TTK ve HGB'den farklı bir sisteme sahip olduğunu ifade etmek gerekir. Konumuz bakımından yapılacak değerlendirmede belirtmek gerekir ki, İsviçre Hukuku'nda CMR, TTK ve HGB'de olduğu gibi taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında özel sebepler açısından kategorik bir sayım metodu izlenmemiştir, (bkz. **Klett**, Haftung im Strassengüterverkehr, s. 139).

durumunda öngörülen olağanüstü zıya veya hasar hâlinde bu karine geçerli olmaz (TTK m. 878/2). Burada sorumluluk açısından taşıyıcının durumunun biraz daha hafifletilmiş olduğu göze çarpmaktadır.

Taşıyıcının özel sebeplere istinaden sorumluluktan kurtulması durumu da mutlak değildir. Taşıyıcı ancak bazı özel hükümlerde yer alan yükümlülüklerini yerine getirdiği takdirde Kanun tarafından kendisine tanınmış olan imkânlardan yararlanabilir. Örneğin, zıya, hasar veya gecikme, gönderenin eşyanın taşınmasına ilişkin özel talimatlarına taşıyıcının uymamasından ileri gelmişse, taşıyıcı üstü açık taşıma durumuna dayanarak sorumluluktan kurtulamaz (TTK m. 878/3).

Taşıyıcı aynı zamanda taşımayı gerçekleştirirken taşıdığı yükün özelliklerini göz önünde tutarak bazı tedbirleri almak zorundadır. Taşıyıcı, sözleşme uyarınca eşyayı sıcağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğü altında ise, eşyanın doğal niteliği haline ancak, hâl ve şartlara göre, özellikle de gerekli donanımın seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabilir (TTK m. 878/4).

Taşıyıcının taşıdığı özel nitelikteki yüklere Kanun bizatihi örnek vererek canlı hayvan taşınması durumunda taşıyıcıya özel yükümlülükler yüklemiştir. Taşıyıcı canlı hayvan taşınması durumuna ancak hâl ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunması hâlinde dayanabilir (TTK m. 878/5).

II. SORUMLULUKTAN KURTULMADA ÖZEL SEBEPLER

A. GENEL OLARAK

Her taşıma kendi içerisinde bazı riskler barındırır; bununla beraber bazı durumlarda risk artmıştır ve yasa koyucular bu olasılıklar için özel sorumluluk hükümleri getirmiş durumdadır². Hukukumuzda taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında özel sebepleri içeren hükümler TTK m. 878 hükmünde sevk edilmiştir.

TTK m. 878 ve mehzazı HGB § 427 hükümlerinin kaynağı CMR m. 17/4'tür³. Bu hükümler sistematik olarak birbirine oldukça benzerdir. Hükümlerde sayılan hallerin ortak özelliği, bu durumların gerçekleşmesinin önlenemez olması, taşıyıcının üzerine düşen özen yükümlülüğünü göstermiş olması halinde dahi bu kabulün bir karine olmasıdır⁴. Çünkü söz konusu özel haller üzerinde taşıyıcının bir tasarrufta bulunması söz konusu olmadığı gibi buna imkân da yoktur. Örneğin, canlı hayvan taşınmasından doğan özel riskler olan ürkme, korkma, yarananma ve

2 Malcolm A. Clarke/David Yates, *Contracts of Carriage by Land and Air*, 2. Edition, 2008, s. 43.

3 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 2.

4 Hakan Karan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, Ankara 2011, s. 337.

saldırma gibi riskler tamamen taşınan eşyanın özünden kaynaklanan haller olup taşıyıcı bunları güvenli bir taşıma için değiştirebilme imkânından yoksundur.

Taşıyıcının sorumluluk alanı dışında olan özel hallerde, mehzaz hukukta tabiri caizse sorumluluktan kurtulmada *imtiyazlı sebepler (bevorrechtigte Haftungsausschlüsse)* denilmektedir⁵. Gerçekten de taşıyıcının sorumluluktan kurtulmak istediği hallerde zıya, hasar veya teslimde gecikmenin sayılan sebeplerden birine bağlanabilmesi yeterlidir. Burada taşıyıcı için ispat yükü oldukça hafifletilmiştir⁶. İlk görünüş ispatı yeterlidir⁷. Taşıyıcı, gerçekleşen zıya, hasar veya teslimde gecikmeyle zarara yol açan olgu arasındaki uygun illiyet bağıını ispatlamak zorunda değildir⁸. Hatta taşıyıcı açısından sanki illiyet bağı kesilmiş gibidir⁹.

Taşıyıcının, zararın özel sebep olarak adlandırılan olgulara dayandığını ortaya koymasının ardından bunun aksini ispatlamak gönderene düşmektedir¹⁰. Gönderen, gerçekleşen taşımada gecikme, zıya veya hasarın aslında sorumluluktan kurtulmada özel sebeplere değil; örneğin taşıyıcının gerekli tedbirleri almaması ya da kendisinin özel talimatlarına uymamasına dayandığını ispat edecektir. Zarardan sorumluluk kısmî olarak da gerçekleşebileceğinden gönderen taşıyıcının müterafik kusurunu ispat etme yoluna da gidebilir. Bu durumda ortaya çıkan zarardan taşıyıcı ve gönderen ya da gönderilen kısmen sorumlu olacaktır.

TTK, HGB ve CMR'nin sistematik olarak birbirine oldukça paralel hükümler olduğunu ifade etmiştik. Elbette ki bu hükümlerin birebir aynı olduğu anlamına gelmemektedir. Bu farklılıklardan biri CMR m. 17 hükmünde taşıyıcı açısından sorumluluktan kurtulunabilecek zarar kalemleri açısından söz konusudur. CMR m. 17/4 hükmünde, taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasında, sadece zıya ve hasar durumları madde kapsamına alınmış olup gecikme bu bağlamda özel sebeple sorumluluktan kurtulunabilecek bir zarar türü değildir¹¹. TTK ve HGB'de ise CMR'den farklı olarak sadece zıya ve hasar değil; aynı zamanda teslimde gecikmeden doğan zararlar da maddeler kapsamındadır¹². HGB açısından gecikmenin de kapsama alınmasının sebebi zarar doğuran hallerin tamamında birliği sağlamaktır¹³. TTK açısından da aynı değerlendirmeyi yapmak mümkündür.

5 Baumbach/Hopt, **Merkt**, HGB § 427, N. 1.

6 Baumbach/Hopt, **Merkt**, HGB § 427, N. 1.

7 Ece **Karaduman**, *Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımlarında Taşıyıcının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Cmr Konvansiyonu Kapsamında Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013, s. 45.

8 Burak **Adıgüzel**, *Karayoluyla Yapılan Taşımlarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Ankara 2012, s. 183.

9 Mertol **Can**, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*, Birinci Cilt, Ankara 2017, s. 93.

10 Burak **Adıgüzel**, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler", 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, Yıl 2012, s. 774.

11 **Grosz/von Ziegler**, *Haftpflichtkommentar*, s. 1428, N. 25.

12 EBJs: **Schaffert**, HGB § 427, N 1; MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 2.

13 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 2.

HGB § 427'de (TTK m. 878) sayılan sorumluluktan kurtarıcı özel sebepler sınırlı sayıdadır, diğer bir deyişle sayılan haller dışında taşıyıcıyı sorumluluktan kurtaracak özel sebepler yoktur¹⁴. Aşağıda sayılacak özel sebeplerden birinin bulunduğu durumlarda, taşıyıcı lehine, zararın bu özel sebeplerden kaynaklandığı yönünde bir karine bulunmaktadır¹⁵. Zira bu sayılan sebepler, taşıyıcının riziko ve sorumluluk alanında gerçekleşmemektedir¹⁶. Bu yönüyle HGB § 427 de taşıyıcının sorumluluğu hususunda ispat yükünü hafifletici bir işlevi haizdir¹⁷.

TTK m. 878 hükmünün karşılığı olan HGB § 427 hükmünün lafzında geçen “soweit” kelimesinden anlaşıldığı kadarıyla, taşıyıcının özel sebeplerle sorumluluktan kurtulması tamamen ya da kısmen kurtulma şeklinde gerçekleşebilir¹⁸. Özellikle taşıyıcının müterafik kusurunun dikkate alınması gerekli durumlarda bu kabul kaçınılmazdır¹⁹. TTK açısından yapılacak değerlendirmede, hükmün lafzında “bağlanabiliyorsa” sözcükleri bulunmakla beraber, bunun “bağlanabildiği kadarıyla” şeklinde anlaşılması gerekir.

B. ÜSTÜ AÇIK ARAÇLA TAŞIMA

1. Genel Olarak

Taşıyıcının sorumluluktan kurtulabileceği özel risklerden ilki taşımının üstü açık araçla gerçekleştirilmesidir. TTK m. 878 hükmüne göre, sözleşme veya teamüle göre eşyanın üstü açık bir araçla taşınması durumunda zıya, hasar veya teslimde gecikme buna bağlanabiliyorsa taşıyıcı sorumluluktan kurtulacaktır²⁰. Taşıyıcı, eşyanın hava koşulları, hırsızlık gibi dış risklerden muhafaza edilmesi amacıyla eşyanın üstü kapalı bir araçla taşınmasını temin etmek zorundadır²¹. Bununla beraber, taşıyıcıyla anlaşarak eşyanın üstü açık bir şekilde taşınmasına izin veren gönderen, bu sebeple eşyanın uğrayacağı zararları da kabullenmiş sayılır²². Zira taşıyıcının üstü açık taşıtta taşınan eşyaların uğrayabileceği riskleri engelleme olanağı bulunmamaktadır²³. Elbette bu kabulü kesin olarak düşünmemek gereklidir. Aracın üstü açık da olsa taşıyıcı, örneğin hırsızlık olaylarının çok olduğu yerlerden geçerken bir mola sırasında aracı başıboş bırakırsa özel sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.

14 Thomas **Wieske**, *Transportrecht*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2012, s. 75.

15 **Wieske**, s. 76.

16 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 1; Oetker: **Paschke** HGB § 427 Rn. 1.

17 EBJs: **Schaffert**, HGB § 427, N 1.

18 EBJs: **Schaffert**, HGB § 427, N 1; MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 4.

19 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 4.

20 Demiryolu taşımalarında da aynı esas kabul edilmiş olup; üstü açık vagonlarla yapılan taşımalarda, meydana gelen zarar bu olguya bağlanabiliyorsa taşıyıcının sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir (RDİN m. 19/2), bkz. Burak **Adıgüzel**, *Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu*, Ankara 2014, s. 157.

21 **Karan**, s. 337.

22 **Karan**, s. 338.

23 **Karan**, s. 338.

TTK m. 878/1-ada, sözleşme veya teamüle uygun olarak üstü açık bir aracın kullanılmış olması yahut *güverteye* yükleme yapılmasından bahsedilmektedir. Karayoluyla taşımaya ilişkin düzenlemelerin arasında güverte sözcüğünün geçmesi yadırganabilir. Bu konuda mehaz kanunun ilgili maddesine²⁴ bakıldığında sorun daha anlaşılabilir hale gelmektedir. Maddede kullanılan güverteye yükleme söz öbeğine, her şeyden önce iç sularda taşımaya atıfla yer verilmiştir²⁵.

Üstü açık araçla taşımanın taşıyıcı açısından sorumluluktan kurtulmada özel sebep olmasının nedeni, bu tür taşımanın beraberinde hırsızlık ya da hava koşullarından olumsuz etkilenme gibi bazı tipik riskleri getirmesidir²⁶. Gönderen, kapalı araç ile taşıdığı durumlarda muhtemelen daha çok taşıma ücreti ödeyecektir, bundan dolayı açık araçla taşımayı talep eden gönderen bundan doğan risklere de katlanmalıdır²⁷.

Açık araçla taşımadan doğabilecek risklere birçok örnek verilebilir. Örneğin, hava koşullarından kaynaklanabilecek ıslanma, aşırı ısı, soğukluk, donma, aşırı rüzgâr; uçuşan kıvılcımlar, yanmakta olan sigara izmaritleri, taş düşmesi, kum veya tozdan dolayı kirlilik, tünellere girildiğinde tünel tavan veya duvarlarına çarpma, sokakta dikili ağaç dallarına çarpma bu yönde verilebilecek çeşitli örneklerdendir²⁸.

2. Üstü Açık Taşıt Kavramı

Üstü açık taşıt, eşyanın yüklenecek olduğu kısmın etrafı tente ya da başka bir biçimde örtülmemiş araçtır²⁹. Aracın *sadece* çatısının örtülü olması; ancak, yükün yüklendiği kısmın kenarlarının açık olması durumunda da üstü açık bir araç var demektir³⁰. Bir başka yönde bir görüşe göre, eşyanın yüklendiği kısmın dört tarafı kapalı araç kapalı araçtır³¹. Kanaatimizce bu konuda yüzeylerinden birinin açık olduğu taşıma aracının açık araç olduğu yönündeki görüşe üstünlük tanımak gereklidir³². İngiliz Hukuku'nda da benzer bir görüş ile, aracın tepesinin (*top*) ya da yanlarının

24 "Der Frachtführer ist von seiner Haftung befreit, soweit der Verlust, die Beschädigung oder die Überschreitung der Lieferfrist auf eine der folgenden Gefahren zurückzuführen ist:

1. vereinbarte oder der Übung entsprechende Verwendung von offenen, nicht mit Planen gedeckten Fahrzeugen oder *Verladung auf Deck*".

25 Burak **Adıgüzel**, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Karayolu ile Eşya Taşıyıcısının Sorumluluğu Üzerine Hükümler", Legal Mali Hukuk Dergisi, Yıl: 3/2007, Sayı: 32, s. 1893; Baumbach/Hopt, **Merk**, HGB § 427, N. 2; MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 10; **Wieske**, s. 76.

26 EBS: **Schaffert**, HGB § 427, N 3; Oetker: **Paschke** HGB § 427 Rn. 4; Aynı yönde bkz. MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 7.

27 Alihan **Aydın**, *CMR'ye göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 72.

28 EBS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 8.

29 EBS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 4; Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 1; Doktrinde Kaya, kısaca örtüyle kapatılmamış her aracın üzeri açık araç olduğunu ifade etmektedir, bkz. Arslan **Kaya**, "Taşıyıcının Karayolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları - II", İHFM C. LVI, S 1-4, Yıl 1998, s. 256.

30 EBS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 4.

31 **Karan**, s. 337.

32 **Aydın**, s. 72; Aynı yönde bkz. Tarkan **Erdal**, *CMR Hükümlerine Göre Taşıyıcının Ziya Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 34.

(sides) açık olduğu durumlarda açık araçtan söz edilebileceği belirtilmekte ve bu durumda taşınan eşyaların özellikle kötü hava koşullarına maruz bırakılmış olduğu ifade edilmektedir³³.

Aracın hatalı bir şekilde örtülmesinde, örneğin su veya hava sızdıran bir tentenin varlığı durumunda da, *bu tür taşıma sözleşmeye uygun olduğu sürece üstü açık taşıma var demektir*³⁴. Aynı durum, taşınan malın kendisi bir tente ile çevrildiğinde de söz konusu olur; çünkü, bu durumda tente yalnızca ilave bir ambalaj fonksiyonunu görmektedir³⁵.

Burada tente ile örtülme asgari şart olarak görülmektedir³⁶. CMR'de ise “*madeni levha ile kaplanmamış açık taşıtlar*”dan bahsedilmektedir. Kanaatimizce burada CMR'nin çizdiği çerçevenin esas alınması daha doğrudur. Çünkü, tente her ne kadar hava koşullarına karşı belirli bir oranda direnç sağlasa da özellikle hırsızlık durumunda yeterli korumayı sağlamaz. Çünkü tente dışarıdan bir müdahale ile kolayca yırtılabilir. Dolayısıyla sadece tente ile örtülü bir aracın varlığı durumunda bu aracı hırsızlık rizikosuna karşı açık araç saymak gereklidir³⁷.

Kendisiyle taşınanın gerçekleştirilebileceği taşıt bir forklift, motorlu taşıt, vagon ve hatta bisiklet olabilir³⁸. Taşınanın gerçekleştirileceği güzergâh ise, başlangıç ve bitiş noktaları bakımından ayrı ülkeler dahi olabileceği gibi, bir fabrika binası içerisinde bir yerden bir yere eşyanın taşınması da söz konusu olabilir.

Taşınacak eşyanın gönderen tarafından özel olarak hava koşullarına dayanıklı bir biçimde ambalajlanması ya da hırsızlığa dayanıklı bir biçimde sabitlenmesi hükmün uygulanmasını engellemez³⁹. Örneğin eşya, gönderen tarafından sağlanmış bir konteyner⁴⁰ içerisinde açık araçta taşınmış olsa dahi bu durumda yine hüküm uygulama alanı bulabilir⁴¹. Çünkü böyle bir halde konteyner taşınan eşyanın bir kısmı sayılır⁴². Benzer bir kanaat ile, eşyanın büyüklüğünden ya da şeklinden ötürü açık araçtan başka bir araçla taşınamayacak olması da sonucu değiştirmez

33 Clarke/Yates, s. 44.

34 EBJs: Schaffert, HGB § 427, N. 4; Taşınanın gerçekleştirileceği aracın durumunu bildiği halde sözleşmeyi buna göre yapan gönderenin gerçekleşen zarara katlanması doğaldır. Diğer halde, taşıyıcının aracı taşımaya elverişli bir biçimde bulundurma zorunluluğu mevcuttur. Aracı bu şekilde bakımlı ve yüke elverişli tutmak durumunda olan taşıyıcı kendi kusuruna dayanarak sorumluluktan beri olamaz.

35 EBJs: Schaffert, HGB § 427, N. 4.

36 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 9; TTK açısından bu değerlendirmeyi yapmak zordur. Zira madde gerekçesinde “*Üstü açık araç, yükün taşınmasına müsait kapalı yeri bulunmayan araçtır. Tenteli araç tente sabit olsa da kapalı sayılmaz.*” ifadeleri kullanılmaktadır.

37 Her durumda tenteli aracın üstü açık taşıt sayılacağı yönünde bkz. Süleyman Kıran, “Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK'nın Taşıma İşleri Kitabı'nda İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi”, YBHD, 2016/1, s. 312.

38 EBJs: Schaffert, HGB § 427, N. 3, dn. 3.

39 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 11; Aynı yönde bkz. Aydın, s. 72.

40 Gönderenin taşıma işinin gerçekleştirilmesi için sağladığı konteyner ambalaj fonksiyonundadır, bkz. Karan, s. 339.

41 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 11.

42 EBJs: Schaffert, HGB § 427, N. 4; Buna karşılık Karan, eşyayı dışarıdan gelecek tehditlere karşı korumaya elverişli olan konteynerlerin bu özellikleri dolayısıyla üstlerinin örtülmesinin gerekmediğini ifade etmektedir, bkz. Karan, s. 338. Alman Hukuku'nda benzer bir görüşe göre de, konteyner ile taşıma üstü açık taşıma konusunda bir teamüldür, bkz. Baumbach/Hopt, Merkt, HGB § 427, N. 2.

ve hüküm tatbik edilir⁴³. Kanaatimizce, taşınan eşyanın gönderen tarafından sağlanmış bir konteyner içerisinde taşınması durumunda, bu konteyneri eşyanın bir parçası saymak ve üstü açık taşıt hükümlerini uygulamak yönündeki görüşe katılmak olanaklı değildir. Zira konteyner, eşyanın hava ve diğer dış etkilere karşı olan korumasını sağlar. CMR dahi metal plakalarla örtülü araçları kapalı araç sayarken bir konteynerin taşınması durumunda üstü açık araç vardır demek mümkün değildir.

3. Sözleşmeye veya Teamüle Uygunluk

a. Sözleşme

Üstü açık taşımaya dayalı olarak sorumluluktan kurtulmak bazı şartlara tabidir. Her şeyden önce üstü açık taşıt sözleşmeye uygun olarak kullanıma sokulmuş olmalıdır⁴⁴. Sözleşme herhangi bir şekil şartına tabi değildir; yazılı ya da sözlü, örtülü veya sarıh olabilir; örneğin taşıyıcının üstü açık

43 EBJs: **Schaffert**, HGB § 427, N. 4; MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 11.

44 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 1; Nitekim Yargıtay bir kararında, taşınan malın özelliğini dikkate almaksızın üstü açık araçla göndermeyi tercih eden taşıtanı oluşan zarar bakımından % 50 kusurlu bulmuştur: "Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında Mersin'de bulunan karpuz emtiasının, 13,60 düz tenteli araçlarla, 6 günlük sürede, Çek Cumhuriyetine taşınması hususunda anlaşmalarını, emtianın 20.06.2003 tarihinde yüklendiğini, 29.06.2003 tarihinde alıcısına eksik ve hasarlı teslim edildiğini, toplam emtia bedeli olan 22.800.-EURO'nun 5.140.-EURO'sunu alıcıdan tahsil edebildiklerini ileri sürerek, aradaki fark olan 17.660.-EURO'nun davalıdan temerrüt faiziyle tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiş, karşı davayla, müvekkilinin karşı davalının istemi üzerine 2 aracı boşta beklettiğini, bu nedenle alt taşıyıcılara 1.000 EURO ödemede bulduklarını ileri sürerek, anılan meblağın temerrüt faiziyle tahsilini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, taşıma esnasında meydana gelen hasardan davalının sorumlu olduğu, soğutmalı olmayan araç seçimi nedeniyle basiretsiz davranan davacının da %50 kusurlu olduğu, kusur oranına göre davalı tarafın 5.018.-EURO'dan sorumlu olduğu, karşı davacının alt taşıyıcılara ödeme yaptığını kanıtlayamadığı gerekçeleriyle, asıl davanın kısmen kabulü ile 5.018.-EURO'nun temerrüt faiziyle davalıdan tahsiline, karşı davanın ise reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taşıma sözleşmesinden doğan tazminat istemine ilişkindir.

Yapılan yargılama sonucunda, davalının teslim aldığı emtiayı geç teslim ettiği, *davacının ise basiretli davranmayarak karpuz emtiasını soğutmalı olmayan ve üzeri açık araçla taşıttığından %50 oranında kusurlu olduğu gerekçesiyle*, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

üm dosya kapsamından, taraflar arasından taşıma süresinin 6 gün olarak kararlaştırıldığı, emtianın 20.06.2003 tarihinde yüklendiği, 29.06.2003 tarihinde alıcısına teslim edildiği sabittir. Bilirkişiler tarafından düzenlenen rapora göre, toplam 9 günlük taşıma sonucunda oluşan hasar belirlenmiştir.

Davacı tarafa, karpuz emtiasını üzeri açık araçla taşıma eylemine dayalı olarak %50 oranında kusur verilmiş, emtianın 6 günde anılan şekilde taşınması halinde dahi hasarlanacağı belirlenmiş ise de, 6 günlük taşıma halinde oluşacak hasar ile fiilen yapılan 9 günlük taşıma sonucunda oluşan hasar arasında fark olacağı bir gerçektir. İlk 6 günde oluşan hasarın %50 sinden davacı sorumlu ise de, sonraki günlerde oluşacak hasarın %50'sinden davacının sorumlu olmayacağı muhakkaktır. Zira, sözleşme ile kararlaştırılan gün sayısı altıdır.

Bu durumda, mahkemece, taşınan karpuz emtiasında ilk 6 günde oluşacak hasar belirlenerek, *bunun %50'sinden davacının sorumlu tutulması*, sonraki 3 günde oluşacak bu hasarın tamamından davalının sorumlu olduğuna karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayalı olarak, 9 günlük taşıma sonunda oluşan hasarın %50'sinden davacının sorumlu tutulması doğru olmamıştır." – Y. 11. HD, E. 2006/10163, K. 2007/13026, T. 18.10.2007, KİBB, E.T. 18.2.19.

araçla taşıma yönündeki planlarından gönderenin haberi olması fakat buna ses çıkarılmaması hükmün uygulanmasını sağlar⁴⁵.

CMR'nin aksine TTK ve HGB'de üstü açık taşımanın taşıma senedinde şerh olarak yer alması zorunlu değildir⁴⁶. Bununla beraber, taşıyıcı üstü açık taşıma ile ilgili ispat yükü altında bulunduğundan dolayı, bu şekilde taşıma yapıldığına dair bir *yazılı* anlaşmanın varlığı taşıyıcının yararınadır⁴⁷. Bu anlaşma taşıma senedi üzerinde de yapılabilir⁴⁸. Bu gereklilik sebebiyledir ki CMR'ye tabi taşımalarda taşıyıcı ve gönderen arasında üstü açık araçla yapılacak taşıma zımni olarak gerçekleştirilemez; anlaşma sevk mektubuna eklenmelidir⁴⁹. Öte yandan, teamüllere göre üstü açık taşıtta taşınan yüklerin taşıyıcıya tesliminde bu rızanın var olduğu varsayılmalıdır⁵⁰. Aynı anlamda olmak üzere, taşınacak yükün kapalı araçta taşınması olanaksız ya da teamül açık araçta taşıma yönünde ise, artık açık bir anlaşmanın varlığını aramak anlamlı değildir⁵¹. Örneğin hacim olarak oldukça büyük yüklerin, örneğin bir iş makinasının kapalı taşıtta taşınması imkânsızdır.

b. Teamül

Karayoluyla taşımaya ilişkin teamüllere uygunluk da üstü açık taşıma ile sorumluluktan kurtulmada özel sebeplerin kullanımını mümkün kılar⁵². Diğer bir deyişle, bu şekilde sorumluluktan kurtulmak için sadece, üstü açık taşımanın sözleşmede kararlaştırılmış olması ya da *en azından* bu şekilde taşıma ticari teamüllere uygun olmalıdır⁵³. Buradaki teamül ticari teamüllerden olup, tarafların irade beyanlarının yorumunda esas alınır⁵⁴.

Kendi kararıyla taşımayı açık araçla gerçekleştiren taşıyıcı sözleşmeye aykırı davranmış olur ve bu sorumluluktan kurtulmada özel sebebe dayanamaz⁵⁵. Bununla birlikte, sözleşmede üstü açık araçla taşıma yapılacağına dair bir anlaşma varsa bu konuda bir teamül bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur⁵⁶.

45 Baumbach/Hopt, **Merkt**, HGB § 427, N. 2; EBJS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 6.

46 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 8.

47 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 8; Aynı yönde bkz. Burak **Adıgüzel**, *Taşıma Hukuku*, Ankara 2018, s. 170.

48 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 8.

49 **Karan**, s. 337.

50 **Karan**, s. 338.

51 **Aydın**, s. 73.

52 **Wieske**, s. 76.

53 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 8; Oetker: **Paschke** HGB § 427 Rn. 5.

54 **Adıgüzel**, *Taşıma Hukuku*, s. 170; Aynı yönde bkz., Sümeyre **Akburak**, *Taşıyıcının Sorumluluğu Alanında CMR'nin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na İktibası*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 107.

55 Michael **Hochstrasser**, *Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen*, Zürich – Basel – Genf 2015, s. 371, N. 988.

56 **Adıgüzel**, *Taşıma Hukuku*, s. 170.

4. Sorumluluktan Kurtulmanın İstisnaları

TTK m. 878 hükmünün ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre (HGB § 427/2, c. 2), zararın özel sebeplerden ileri geldiği karinesi olağanüstü zıya veya hasar durumlarında geçerli olmaz. Diğer bir deyişle, taşınan eşyanın örneğin tamamının kaybolması, hasara uğraması durumlarında taşıyıcı özel sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulamaz⁵⁷. Özel sebepten istifade etmek isteyen taşıyıcı, gerçekleşen zararın olağanüstü boyutlarda olmadığını ispat etmek durumundadır⁵⁸. Burada, birden fazla gönderene ait eşyanın taşınması durumunda tek bir gönderene ait tüm taşınanların zıyaya ya da hasara uğramasının hükümde geçen olağanüstü zarar kapsamında olmadığını ifade etmek gerekir⁵⁹. Böyle bir durumda da taşıyıcı üstü açık taşıma ile ilgili hükme başvurabilir.

TTK m. 878/3 hükmüne göre (HGB § 427/3), zıya, hasar veya gecikme, gönderenin eşyanın taşınmasına ilişkin özel talimatlarına taşıyıcının *uymamasından* ileri gelmişse, taşıyıcı TTK m. 878/1-a bendine dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Bu talimatlar, eşyanın özel bir biçimde muhafazasını gerektirir paketleme ya da taşınmanın gerçekleştirilmesine devam edilmesi yönünde olabilir⁶⁰. Bununla birlikte, icrası imkânsız ya da toplu taşımalarda diğer gönderilerin zarara uğramasına sebep olacak yönde talimatlar yerine getirilmek zorunda değildir⁶¹. Gönderen veya gönderilen özel talimatların iletildiğini; taşıyıcı ise bunlara uyduğunu ispat etmelidir⁶². Taşıyıcının özel talimatlarına uyulmamasının sorumluluktan kurtulma bakımından olumsuz bir istisna olması hali CMR için geçerli değildir⁶³.

C. GÖNDERENİN YETERSİZ AMBALAJLAMASI

1. Genel Olarak

TTK m. 862 hükmüne göre; eşyanın niteliği, kararlaştırılan taşıma dikkate alındığında, ambalaj yapılmasını gerektiriyorsa⁶⁴, gönderen, eşyayı zıya ve hasardan koruyacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde ambalajlamak zorundadır. Taşıyıcının gönderene ait bu yükümlülük dolayısıyla sorumlu tutulması düşünülemeyeceğinden; sorumluluktan kurtulma bakımından gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama bir sebeptir⁶⁵. Demek ki hükmün

57 Adıgüzel, Sorumluluk, s. 186.

58 Aydın, s. 75.

59 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 12.

60 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 171.

61 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 171.

62 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 13.

63 Can, s. 94.

64 Örneğin, bir otomobilin ambalajlanması gerekmez, (bkz. Aydın, s. 78). Genel olarak da otomobiller açık araçta taşınır. Bu yönde bir teamül, dünya çapında söz konusudur, (Clarke/Yates, s. 44). Ambalaj gerekmeyen eşyanın ambalajlanmamasından bir sorumluluk doğmayacağı gibi böyle bir eşyanın zarar görmesinde söz konusu özel sebebe istinat etmek olanaklı olmaz, bkz. Clarke/Yates, s. 44; Erdal, s. 35.

65 Karan, s. 338; Demiryolu taşımaları bakımından da yetersiz ambalajlama durumunda zararın buna bağlanabildiği ölçüde taşıyıcı sorumluluktan kurtulur, bkz. Adıgüzel, MTO, s. 158.

uygulanmasının ilk koşulu ambalajlamanın gönderen tarafından yapılmasıdır⁶⁶. Bununla birlikte taşıma sözleşmesinde ambalajlamanın taşıyıcının üzerinde bir yükümlülük olduğu veya taşımanın ambalajsız gerçekleştirileceği kararlaştırılabilir⁶⁷. Böyle bir anlaşmanın varlığında taşıyıcı, söz konusu özel sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulamaz⁶⁸.

Alman Hukuku'nda gönderenin yetersiz ambalajlamasına dayalı olarak sorumluluktan kurtulmasının, *tarafların tasarrufu ile* ambalajlanması gerekli bir eşyanın ambalajsız taşındığı durumlarda söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir⁶⁹. Bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Çünkü, ambalajsız taşınan eşyanın zarar görmesi durumunda gönderenin taşıyıcıya başvurusu mümkün değildir. Zira onun onayı ile eşya ambalajsız taşınmıştır. Gönderenin taşıyıcıya başvuramaması demek, taşıyıcının sorumlu olmaması demektir. Bu da dolaylı yoldan özel sebebe dayanmanın sağlayacağı faydanın taşıyıcı için var olması demektir. Burada söylenmesi gereken, ambalajlanması gerekirken tarafların anlaşmasıyla ambalajlanmayan eşyanın zarar görmesi durumunda da taşıyıcının özel sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulması gerektiğidir.

Taşımanın gerçekleştirilmesi sırasında meydana gelen zıya ya da hasar hatalı ya da yetersiz ambalajlamaya dayandığı sürece, bu olguya dayanarak taşıyıcının sorumluluktan kurtulması mümkündür⁷⁰. Ambalajlama gerekli olmadığı sürece, hatalı ambalajlamadan bahsedilemez⁷¹.

Ambalajlama yetersizliğinde kusurun bir önemi yoktur⁷². Zaten gönderenin kendi kusuruna istinaden bir menfaat sağlaması da düşünülemez. Ambalajlamada tamamen kusursuz olursa dahi eğer ambalaj yetersiz ise, hüküm uygulanır. Esasında ambalajın yetersiz olması da bir nevi kusurdur.

Normal bir taşımada gönderen, eşyanın yoğun veya alışılmıştan fazla oranda neme maruz kalacağını hesaplayarak buna göre ambalajlama yapmak zorunda değildir⁷³. Ambalajlama, toplu yük taşımalarında dahi gerekli güvenliği sağlayacak düzeyde olmalıdır⁷⁴. Bu güvenliği sağlamayan bir ambalajlama için taşıyıcı taşımadan da kaçınabilir⁷⁵. Zira, taşıyıcı diğer gönderenlerin yükünün zarar görmesi durumunda sorumluluktan kurtulamaz.

66 Aydın, s. 76; Erdal, s. 35.

67 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 171; Adıgüzel, Sorumluluk, s. 187.

68 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 171; Adıgüzel, Sorumluluk, s. 187.

69 EBJS: Schaffert, HGB § 427, N. 15.

70 Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 7.

71 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 14; Aynı yönde bkz. Karan, s. 339.

72 Baumbach/Hopt, Merkt, HGB § 427, N. 2; Koller/Kindler/Roth/Morck: Koller, HGB § 427, Rn. 2.

73 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 14.

74 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 14.

75 "Taşıyıcı ilk yükleme ve yetersiz ambalajlamadan kaynaklanan hasardan doğrudan sorumlu tutulamaz ise de, 6102 Sayılı TTK'nın 875 vd. maddeleri ve yerleşik Yargıtay içtihatları doğrultusunda özellikle kargo taşımacılığı bakımından taşıyıcının gönderene ait iş ve işlemlerde nezaret yükümlülüğü bulunduğu, söz konusu nezaret yükümlülüğü kapsamında somut olayın özelliklerine göre ambalaj yetersizliği sebebiyle hasara uğrayabilecek yükün bu yetersiz ambalajlamayla taşımadan kaçınmayı da gerektirebileceği hususları mahkeme kararında yeterince tartışılmamıştır., – Y. 11. HD. E. 2016/11546, K. 2018/4795, T. 26.6.2018; KİBB, E.T. 19.2.19.

2. Taşıyıcının İnceleme ve Bildirim Yükümlülüğü

Taşıyıcı yetersiz ambalajlamayı gönderene bildirmeli ya da taşıma senedine bu yönde çekince koymalıdır⁷⁶. Bu noktada, taşıyıcının yetersizliği tespit etme anlamındaki yükümlülüğü sadece “dışarıdan normal bir kişinin anlayabileceği” hataları belirlemekle sınırlıdır⁷⁷. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, taşıyıcının hükümde yer verilen özel sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulamamasına yol açar⁷⁸. Doktrinde *Kaya*⁷⁹, taşıma senedine konacak çekincenin bu anlamda bir ispat kolaylığı sağlayacağını belirtmekte ve taşıyanın sorumluluktan kurtulamamasını durumunun ancak kendisinde olan ispat külfetini yerine getirememesi halinde söz konusu olacağını belirtmektedir. İnceleme ve bildirim yükümlülüğü taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için bir şart değildir. Buradaki sorun ispat sorunudur. Elbetteki başka delillerle de ispat yapılabilir, taşıyıcının sorumluluktan kurtulması mümkündür. Örneğin, taşıyıcının işyerinde yükleme yapılırken güvenlik kameraları süreci kaydetmekte ise bu da ispata yarar. Burada, taşınacak eşyaların ambalajsız olarak taşınmakta olduğu görülebilir ve bu şekilde taşıma senedine çekince konmaksızın da ispat faaliyeti yerine getirilmiş olur.

Ambalajlamanın yetersizliği taşıyıcı veya onun ifa yardımcıları tarafından da açıkça görülebilecek nitelikteyse, durum gönderene bildirilmelidir; aksi takdirde, taşıyıcının sorumluluğu doğabilir⁸⁰. Burada da aslında konu ispat ile ilgilidir. İspat edilebildiği müddetçe taşıyıcının sorumluluğu kalkacaktır.

3. Hatalı Ambalajlamanın Gönderen Tarafından Yapılması

Taşınacak eşyaların ambalajlanmasının kimin tarafından yapıldığı sorumluluktan kurtulma bakımından kritiktir. Burada önemli olan ambalajlamanın gerçekten (fiili olarak) taşıyan tarafından yapılmasıdır; yoksa *sadece* sözleşmeyle bu işin gönderene bırakılmasının bu açıdan

76 **Adıgüzel**, Sorumluluk, s. 188; Yargıtay da bir kararında bu hususa şu biçimde temas etmiştir: “Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalı gönderen firmanın kusuru olmasa da yetersiz ambalajlamadan ve işaretlemekten kaynaklanan taşıyıcının zararını karşılamak zorunda olduğu, davalı taşıyıcının *da gönderen tarafından yapılan yetersiz ambalajlama sonucu meydana gelen hasar ile ilgili sorumluluktan kurtulacağı, ancak kendisine teslim edilen eşyanın taşınmaya elverişli şekilde ambalajlanıp ambalajlanmadığını denetlemek, elverişli değilse bu konuda taşıma belgesine şerh koymak veya göndereni uyarmakla yükümlü olduğu*, bu sebeple her iki davalının %50 oranında kusurlu olduğu, müteselsil sorumluluğun olmadığı gerekçesiyle her bir davalı 2.000,00 TL’den sorumlu olmak üzere 4.000,00 TL’nin davalı ... Ürünleri İnş. ve Tic. A.Ş. için 10.05.2013, diğer davalı için dava tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı ... Yapı Ürün. İnş. Tic. A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı ... Ürünleri İnşaat ve Ticaret A.Ş. vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” – Y. 11. HD., E. 2015/15558, K. 2017/2556, T. 2.5.2017, KİBB, E.T. 19.2.19.

77 **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, s. 172.

78 **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, s. 172; Aynı yönde bkz. **Akburak**, s. 109.

79 **Kaya**, s. 257.

80 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 16.

bir ehemmiyeti bulunmamaktadır⁸¹. Diğer bir görüşe göre ise, taşıyıcı tarafından üstlenilmedikçe ambalajlamanın kimin tarafından yapıldığının bir önemi bulunmamakta ve ambalajlamanın yetersiz olmasından dolayı taşıyıcı buna dayanarak sorumluluktan kurtulabilmektedir⁸².

Ambalajlamanın gönderen tarafından değil de, bir üçüncü kişi tarafından yapıldığı durumlarda hatalı ambalajlamadan doğan sorumluluk gönderenin ifa yardımcıları tarafından yapılmışçasına ona atfedilir⁸³. Aynı kabul, ambalajlamanın taşıyıcı ve gönderen arasındaki bir istisna sözleşmesi çerçevesinde taşıyıcı tarafından gönderen hesabına gerçekleştirildiği durumlarda da geçerlidir⁸⁴.

4. Ambalaj ve Yetersiz Ambalaj Kavramı

Ambalaj, eşyanın hem dış etkilerden korunmasını sağlayan hem de onun kendi özelliği dolayısıyla dışarıya herhangi bir olumsuz etkide bulunmasını engelleyen kutu, şişe, zarf, çuval, karton gibi nesnelere⁸⁵. Başka bir deyişle, ürünün üzerinden her zaman sökülüp atılabilecek nitelikte ve örtücü cisimler ambalaj iken; yağ veya balmumu gibi maddelerin muhafazasına yarayan konserve kutuları bu anlamda ambalaj sayılmaz⁸⁶. Çünkü bunlar olmaksızın eşyanın tutulabilmesi mümkün değildir. Fakat konserve kutuları bir karton kutu içinde gruplandırılırsa bu karton kutular ambalaj sayılır.

“Yetersiz ambalaj” kavramı için kıstas, taşınan malları usûlüne uygun bir taşımada bu malların maruz kalabileceği tehlikelerden korumaktır; diğer bir söyleyişle bu korumayı sağlamayan ambalajlama yetersizdir⁸⁷. Diğer bir deyişle, sözleşmeyle kararlaştırılan araçta taşıma sırasında

81 EBJS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 17.

82 **Karan**, s. 339.

83 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 16; Aynı yönde bkz. EBJS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 17.

84 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 16.

85 **Karan**, s. 339.

86 Baumbach/Hopt, **Merkt**, HGB § 427, N. 2.

87 Yargıtay örneğinin, bal cinsinden bir yük için çuval şeklinde bir ambalajlamayı yetersiz bulmuştur: “Davacı vekili; müvekkilinin 25/09/2013 tarihinde 19 çuval içindeki kutu balları Siirt’ten ...’a nakliyesi için davalıya teslim ettiğini, nakliye sırasında 12 çuval yani 288 adet kutu balın hasarlanarak zayı olduğunu, söz konusu balın alıcıya müvekkili tarafından kilogramı 60 TL’den satıldığını, zayı olan balların alıcı tarafından müvekkiline iade edildiğini ileri sürerek 20.000,00 TL zararın meydana geldiği tarihten itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; oluşan hasarın ambalaj yetersizliğinden kaynaklandığını, bu sebeple müvekkiline herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; *davaya konu taşımada kullanılan çuvalın malı koruyacak nitelikte ambalaj olmadığı, davacının bu konuda uyarıldığı ancak gönderenin bu şekilde yapılmasında ısrar ettiği, her ne kadar davacıdan taahhütname alınmış ise de ...’nin 854/1 maddesi karşısında davalının sorumluluğunu ortadan kaldıramayacağı, zararın oluşmasında yetersiz ambalajlama ve eşyanın doğal niteliğinin ve bunları göze alarak taşımayı yine de üstlenen davalının istifleme ve yükleme hatalarının etkili olduğu, bu sebeple tarafların eşit kusurlu kabul edilmesi gerektiği, taşımaya konu balın kg birim fiyatının 60,00 TL olarak zarar tespitinin kadri marufunda olacağı, ...’nin 889. maddesi gereği tutulan tutanak esas alınarak toplam 10 adet çuvalda hasar oluştuğu ve davalıya kasıt ve kasta eş değer kusur veya pervasız hareket derecesinde kusur izafe edilmediği için ...’nin 882/2 maddesi uyarınca davacıya ödenmesi gereken tazminat tutarı sınırının 2.762,06 özel çekme hakkı (SDR) olduğu ve bunun taşıma tarihi itibarıyla karşılığının 8.483,67 TL olduğu, üst sınırın gerçek zarar bakımından aşıldığı gözetilerek davalının ancak 8.483,67 TL tazminattan sorumlu tutulacağı gerekçesiyle*

yolculuğun olağan risklerine dayanamayan ürünlerin ambalajı yetersizdir⁸⁸. Örneğin, yaz ayında ananas yükünün karton kutuda taşınması yetersiz ambalajlamadır⁸⁹. Buradan da anlaşıldığı üzere, ambalajın yeterli olup olmadığı her somut olay ve taşınan yük açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Önceden kesin bir şekilde yetersizliğin çerçevesini çizmek zordur.

“Yetersiz” sözcüğü içerik ve kapsam yönünden 864 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile özdeş olup, amaca uygun olmayan, eksik, bozuk, sakat anlamlarını ve şüphesiz ambalajın hiç bulunmaması halini kapsar⁹⁰. Burada önemli olan, gönderenin gerçekten hatalı ambalajlama yapması ya da gönderenin, tamamen olmayan veya taşıyıcı tarafından eşya ambalajı olarak değerlendirilmeyen bir ambalajlamanın bulunduğu durumlarda ambalajlama ile yükümlü olmasıdır⁹¹.

5. Ambalajın Bozulması

Taşımanın seyri esnasında çeşitli sebeplerle taşınan yük üzerinde bazı etki ve buna dayalı değişikliklerin görülmesi mümkündür. Eşyanın ambalajının bozulması da bu türden değişikliklerdendir. Eğer taşımanın başında eşyanın taşımanın olağan risklerinden korunmasını sağlayan bir ambalaj var fakat taşıma sırasında bu bozulmuş, yok olmuş ya da hatalı hale gelmişse, taşıyıcının buna dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi ancak gönderene yapacağı bildirimden sonra olanaklıdır⁹². Çünkü, gönderen ancak bu bildirim kendisine ulaşma anından sonra ancak tekrar bir aksiyon alması gerektiğinin farkına varabilir⁹³.

6. Birden Fazla Gönderene Ait Yük Taşınması Durumunda

Taşıyıcı birden fazla gönderene ait yükü taşıyor olabilir. Bu durumda bir gönderenin yükünün ambalajının bozuk, hatalı ya da yetersiz olması yüzünden diğer gönderenin yükü zarar görmüş olabilir. Bu zarar yetersiz ambalajlamaya dayanıyorsa, yani bir gönderenin yaptığı yetersiz ambalajlama yüzünden yük dökülmüş, sızmış ya da akmış ve diğer gönderenin yükü zarar

davanın kısmen kabulüyle 8.483,67 TL'nin zarar tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekili temyiz etmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davaya konu taşımanın 4925 Sayılı Karayolları Taşıma Kanunu kapsamındaki kargo taşınması şeklinde yapılmış olmasına göre taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir” – Y. 11. HD, E. 2016/3040, K. 2018/241, T. 15.1.2018, KİBB, E.T. 19.2.19; Oetker: **Paschke** HGB § 427 Rn. 7; Aynı yönde bkz. MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 14; EBJS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 16.

88 **Clarke/Yates**, s. 44.

89 **Erdal**, s. 35.

90 TTK m. 878 Gerekçesi.

91 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 2.

92 EBJS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 16.

93 EBJS: **Schaffert**, HGB § 427, N. 16.

görmüşse taşıyıcı sorumlu olur⁹⁴. Bu durumda taşıyıcı yetersiz ambalajlama özel sebebine dayanamaz; çünkü gerçekleşen risk taşıyıcının alanındadır⁹⁵.

D. EŞYANIN GÖNDEREN VEYA GÖNDERİLEN TARAFINDAN İŞLEME TABİ TUTULMASI, YÜKLENMESİ VEYA BOŞALTIMASI

1. İşleme Tabi Tutma Deyimi

TTK m. 878/1-c hükmüne göre eşya gönderen tarafından işleme tabi tutulur, yüklenir ya da boşaltılırsa, gerçekleşen ziya, hasar ya da teslimde gecikme buna bağlanabildiği sürece taşıyıcı sorumluluktan kurtulur. “İşleme tabi tutma” deyimi, yükleme ve boşaltmaya ilişkin özel olarak belirtilmiş faaliyetlerden başka güvenli bir taşımayı mümkün kılan her türlü davranışı kapsar⁹⁶. İşleme tâbi tutmak her şeyden önce, istif ve sabitlemeyi ifade eder⁹⁷. Eşyanın taşıyıcıya teslim edilmeden önce taşınması, eşyanın bir depoda korunması gibi işlemler de bu kapsamdadır⁹⁸. Bu anlamda işleme tabi tutmak yükleme ve boşaltmayı da içine alan bir kavramdır.

Ambalajlama ve işaretleme Kanun’da özel olarak belirtildiği için hükmün uygulanma alanı kısmen daralmıştır⁹⁹. Aslında işleme tabi tutma kavramının geniş bir kapsama sahip olması karşısında TTK m. 878/1-b hükmünün gerekli olmadığı da söylenebilir.

Kanun’un kapsamına giren işleme tabi tutma, yükleme ve boşaltma gibi işlemlerin hatalı ve kusurlu olarak icra edilmesi dışında bunların hiç ya da tamamen bitirilememesi de özel sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmaya gerekçe olabilir¹⁰⁰. Bu işlemlerin bitirilememesi her şeyden önce teslimde gecikmeye yol açar.

2. Taşıyıcının Nezaret Etme Yükümlülüğü

TTK m. 863 hükmüne göre; sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticari teamülden aksi anlaşılmadıkça; *gönderen*, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. *Taşıyıcı*, ayrıca *yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür*. Dolayısıyla, taşıyıcının bu özel sorumsuzluk sebebine dayanarak sorumluluktan kurtulması her zaman olanaklı olmayabilir. Taşıyıcı, nezaret etme yükümlülüğüne uygun davranmadığı takdirde, ortaya çıkan zarardan müterafik kusuru oranında sorumlu tutulmalıdır ve sorumluluktan kurtulmada özel sebebe

94 Clarke/Yates, s. 45.

95 Clarke/Yates, s. 45.

96 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 16.

97 TTK m. 878 Gerekçesi.

98 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 173.

99 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 18.

100 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 173.

istinaden sorumluluktan kurtulmasına izin verilmemelidir¹⁰¹. Örneğin, hafif bir eşyanın üzerine ağır bir eşyanın konulması durumunda taşıyıcı bunu derhal fark etmeli, gönderene bildirimde bulunmalı, bununla ilgili talimat almalı ve taşıma işini ona göre devam ettirmelidir¹⁰². Bu tür hatalı işlemlere rağmen taşımaya başlayan taşıyıcı kusurlu sayılır¹⁰³. Kusurlu olmasının sebebi eşyanın mutlak zarara uğrayacağına bilincinde olmasına rağmen bu durumu dikkate almayarak taşımaya devam etmesidir. Taşıyıcı, diğer hukuk subjeleri gibi kendi kusuruna istinaden bir hak iddia edemeyecektir.

3. Gönderenin Yardımcılarının Eşyayı İşleme Tabi Tutması ve Sair Hususlar

Eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması konusunda önemli olan sözleşmeye göre bu işlemleri kimin yapması gerektiği değil; fiili olarak kimin yaptığıdır¹⁰⁴. Bu işlemler gönderen ya da gönderilen adına hareket eden üçüncü kişiler tarafından da yapılabilir ve bu durumda ortaya çıkacak riziko yaratıcı veya artırıcı davranışların hukukî sonuçları işlemlerin adına yapıldığı tarafa yüklenir¹⁰⁵. Gerçi bu kabulün de birtakım sakıncaları bulunmaktadır; çünkü, yükleme veya boşaltma sırasında çoğu zaman sözleşmeyle yükümlü olmayanlar yardımda bulunabilmekte veya aceleyle halledilmesi gereken işler konusunda sözleşme olmaksızın bazı işlemler gerçekleştirilmektedir¹⁰⁶. Bu durumda, sözleşmeyle söz konusu işlemleri kimlerin yapması gerekliyse, sorumluluk da yardım amacıyla da hareket edilmiş olsa adına hareket edilen kimselerdedir¹⁰⁷.

Ayrıca burada belirleyici olan, kusur dikkate alınmaksızın eşyanın hatalı olarak işleme tabi tutulmasıdır¹⁰⁸. Diğer bir deyişle, gönderen veya gönderilenin eşyanın işleme tabi tutulması konusunda bir kusurları bulunmaması halinde dahi taşıyıcı sorumluluktan kurtulmada bu özel sebebe dayanabilir¹⁰⁹.

İşleme tabi tutmada hata sadece işletme güvenliğini etkileyecek düzeyde ise, gerekli bilgileri sağlamayan ya da yanlış bilgi sağlayan gönderen, yalnızca müterafik kusurla sorumlu tutulabilir¹¹⁰. Örneğin soğutulması gerekli malların taşınması amacıyla gönderenin eşyayı ön muameleden geçirerek taşıyıcıya teslimde soğutma için birtakım tedbirler alması durumunda bu hüküm kapsamında bir işlem yapılmış olur¹¹¹. Hassas makine parçalarının yağlanması da bu yönde işleme tabi tutma kapsamında verilebilecek diğer bir örnektir¹¹².

101 **Karan**, s. 342.

102 **Karan**, s. 342, 343.

103 **Kaya**, s. 258.

104 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 19; CMR açısından aynı yönde bkz. **Aydın**, s. 81.

105 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 20.

106 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 20.

107 **Aydın**, s. 82.

108 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 3.

109 **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, s. 173.

110 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 3.

111 Oetker: **Paschke** HGB § 427 Rn. 9.

112 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 18.

E. EŞYANIN DOĞAL NİTELİĞİ

I. Kapsam Dahilinde Olabilecek Eşyalar ve Doğal Nitelikten Kaynaklanan Riskler

TTK m. 878/1-d hükmüne göre, eşyanın özellikle kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği zarara sebep olmuşsa, taşıyıcı buna dayanarak sorumluluktan kurtulabilir. Sorumluluktan kurtulmada özel sebep olarak görülen bu olgunun dikkate alınmasındaki mantık; gönderen veya gönderilenin eşyayı en iyi tanıyan kişiler olarak onun özelliklerini göz önünde tutmaları ve zarara sebep olabilen niteliklerini de göz önünde tutarak gerekli tedbirleri almaları gerektiğidir¹¹³.

Eşyanın doğal niteliği gereği taşıyıcının sorumluluğunu kaldırabilecek yük türlerine, taze sebze ve meyveler, et, balık, süt ve süt ürünleri örnek verilebilir¹¹⁴. Bunların taşındığı zaman dilimine göre kapsama girip çıkabilmesi de mümkündür. Örneğin bozulma riskine maruz kalabilecek bazı yükler kışın daha kolay taşınabilirken; yazın bozulma ve çürüme riski sıcaklıktan dolayı artmaktadır¹¹⁵.

Hükümde eşyanın doğal niteliğinden doğan bazı riskler sıralanmıştır: kırılma, paslanma, bozulma, kuruma, sızma, olağan fire yoluyla kolayca zarar görme. Bu riskler tahdidi olarak sayılmamıştır¹¹⁶. Başka riskler de söz konusu olabilir. Camın kırılabilmesi, gıda maddelerinin bozulabilmesi, elektronik kurulumu yanlış yapılmış bir aracın taşıma sırasında alev alması gibi olaylar bu sorumluluktan kurtulma haline verilen örneklerdir¹¹⁷. Etin çürümesi ve alkolsüz biranın soğuk havalarda kolayca donabilmesi de bu konuda verilebilecek birçok örnekten diğer ikisidir¹¹⁸.

Bu hükmün uygulanması için mutlaka eşyanın doğal niteliğinden kaynaklanan bir zarar söz konusu olmalıdır; dış etkenler sonucu ortaya çıkan zararlar (hırsızlık gibi) bu kapsamda değildir¹¹⁹. Hükmün uygulanması için gerekli olan şart, normal bir taşıma ya da ambalajlamada eşyanın ortalamanın üzerinde zarara maruz kalmasıdır¹²⁰.

TTK m. 878 hükmünde “eşyanın olağan fire yoluyla kolayca zarar görmesine yol açan doğal niteliği”nden bahsedilmektedir. Fire doğal sebepler sonucu olmak üzere, taşınan malda, kuruma, buharlaşma, dökülme gibi olgulardan ötürü meydana gelen azalma, diğer deyişle ağırlık

113 Aydın, s. 86.

114 Karan, s. 343.

115 Karan, s. 343.

116 Karan, s. 343; Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 174; Demiryolu taşımalarına ilişkin olarak da kırılma, kuruma, akma, demir, çelik, çinkonun paslanması, sıcak ve soğuktan bozulma, ekşime, eşyalarda fire gibi riskler sayılmaktadır, bkz. Adıgüzel, MTO, s. 159. Bu riskler pek tabiidir ki karayolu taşımaları için de söz konusu olabilir.

117 Hochstrasser, s. 370, N. 985.

118 Clarke/Yates, s. 46.

119 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 22; Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 10.

120 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 22; Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 10.

kayıbdır¹²¹. Fire, taşınan eşyanın niteliğinden veya doğasından kaynaklanır¹²². Fire bakımından önemli olan husus, meydana gelen değişikliğe dışarıdan bir etkinin neden olmamasıdır¹²³. Taşıyıcının aldığı tedbirlerle mal fire vermişse bu durum dış etken sayılmaz. Örneğin, akaryakıt yükünün infilak etmesini engellemek için belirli oranda gazın havaya karışmasına müsaade edilir¹²⁴.

Teamüllere göre, %2 (katı maddeler) veya %3 (sıvı maddeler) oranında fire doğal kabul edilmekte olup; bu oranın üzerinde fire olursa taşıyıcı özel sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulamamalıdır¹²⁵.

2. Hassas Eşya Taşınmasında Taşıyıcının Yükümlülükleri

Taşıyıcı, doğal niteliği gereği bozulabilecek eşyalar taşımakta ise, bunların zarar görmeden taşınması özel olarak taşıma aracının belirli yerlerinde toplanarak taşınmalarını gerektirebilir¹²⁶. Taşıyıcı ayrıca, malın dışarıdan görülebilen ayıplarını ve ambalajlamadaki eksikliği gönderene bildirmelidir¹²⁷. Taşıyıcının bu bildirimden kaçınması müterafik kusurunun doğmasına sebep olabilir.

TTK m. 878/4 hükmüne göre; taşıyıcı eşyayı özel olarak koruma borcu altında ise (örn. sığağa ya da soğuğa karşı hassas olan eşya için özel önlemler almak durumunda olmak), eşyanın doğal niteliğinden doğan özel sebebe ancak gerekli donanımı seçmek için tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmışsa dayanabilir¹²⁸. Örneğin dondurma yükü taşıyan taşıyıcının

121 Hacı **Kara**, *Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar Veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 205.

122 Faysal **Güden**, *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, İstanbul 2017, s. 113.

123 **Kara**, s. 205.

124 **Can**, s. 95.

125 **Adıgüzel**, *Taşıma Hukuku*, s. 176; Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname'nin ekinde bu konuda örnek oluşturabilecek bir cetvele yer verilmektedir. Bu cetvele göre, fıçı ile naklolunan rakı ve müskirat ve arpa meyve şarabı ve adi şarap ve sirke suyu 200 kiloya kadar % 2 ve bundan sonra % 1 fire verebilir. Şeker pekmezi ve bal için bu oranlar 200 kiloya kadar % 1 ve sonrası için de % 1'dir. Bunlar akmak suretiyle vuku bulan eksilmelerdir. Kurumak suretiyle hasıl olan bazı (kabul edilebilir) eksilmeler ise şu şekildedir: Yulaf ve yağlı hububat için 200 kiloya kadar % 2 ve bundan sonra % 1. Buğday, arpa, çavdar ve pirinç için 200 kiloya kadar % 1 ve bundan sonrası için % 1. Elbette ki bu örnekler ve oranlara misal kabilinden yer verilmektedir. Örneğin, Antalya Ticaret ve Sanayi Odası tarafından hazırlanan detaylı bir "fire ve ziyat" tablosu için bkz. <https://www.atso.org.tr/icerik/3/96/fire-ve-ziyat-oranlari.html>, E.T. 25.2.2019.

126 **Hochstrasser**, s. 370, N. 985.

127 **Hochstrasser**, s. 370, N. 985.

128 Yargıtay da bir kararında bu hususa şu şekilde temas etmiştir: "Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre; taşıma sözleşmesine konu pırasaların yüklemesinin tarladan yapıldığı, tam ve sağlam olarak taşımaya alındığı ve taşıma senedine uygun olduğu, davalının ürünü taşıma senedinde belirtilen +2 C sıcaklıkta taşımamış olduğu, eşyanın doğal niteliğinin baştan bilindiği ve CMR 18/4 maddesi gereğince davalının taahhüt ettiği şartları sağlamadığı ve sorumluluktan kurtulma savunmasında bulunamayacağı, yükleme esnasında ön soğutma yapılmadığı ancak davalı tarafından sıcaklığın +2C'ye indirilmesinin mümkün olması karşısında ön soğutma yapılmamasının taze olan ürünün bu derecede bozulmasını sağlamayacağı, taşıyıcının taahhüt ettiği sıcaklıkta taşımayı sağlamadığı ve zarar meydana gelme ihtimali bilinci ile taşıma yapmış olduğu için tam kusurlu

soğutma sistemi arızalı bir araç kullanarak dondurmaları eritmesi ve ürünlerin zararına sebep olması durumunda bir de eşyanın doğal niteliğine istinaden sebep olduğu zarardan kurtulması düşünülemez.

Yargıtay kararlarında, eşyanın doğal niteliğinin taşıma senedinde belirtilmemesi gönderene kusur atfında bir olgu olarak görülmektedir¹²⁹. Yargıtay'a göre, taşıyıcı eşyanın doğal niteliği gereği hasara uğrayabilecek bir özellikte olduğunu taşıma senedine çekince olarak koymalı ve bu konudaki ispat sorununu ortadan kaldırmalıdır¹³⁰.

3. Hassas Özellik/Yüke Has Kusur Farkı

Eşyanın doğal niteliği (*natürliche Beschaffenheit des Gutes, the nature of certain kinds of goods*) ve (TTK m. 875/2, CMR m. 17/2, HGB § 425/2) hükümlerinde geçen yüke has kusur (*ein besonderer Mangel des Gutes, inherent vice of the goods*) kavramı farklı kavramlardır¹³¹. Eşyanın doğal niteliği, zıya ya da hasara yol açsa da aynı tür tüm eşyalarda bulunduğundan gönderilen tarafından kabul edilen bir özelliktir¹³². Yüke has kusur ise, eşya taşınmak üzere teslim alınmadan evvel de mevcut

sayılacağı, hasar miktarının % 70 olarak belirlenmesi karşısında zarar miktarı olan 7.511 Euro'nun % 70'ine tekabül eden 5.257,70 Euro'dan davalının sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle 5.257,70 Euro'nun dava tarihinden itibaren işleyecek yıllık % 5 oranında faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir" – Y. 11. HD., E. 2015/5726, K. 2015/13056, T. 7.12.2015, KİBB, E.T. 19.2.19.

- 129 "Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; dava dışı sigortalıya ait tıbbi malzeme niteliğindeki emtianın davalı E. Lojistik Ltd. Şti.'nin sorumluluğunda diğer davalıya ait araçla taşınması sırasında 33 paletlik emtianın 13 paletinin zarar gördüğü, tıbbi malzeme olması nedeniyle bu hali ile piyasada kullanılmamasının mümkün olmadığından tamamının hasar olarak kabulü gerektiği, eşyanın doğal niteliği ve bunun taşıma senedinde belirtilmemesinin asli kusur olduğu, bu nedenle gönderenin % 70, istifleme ve yükün gereği gibi sabitlenmemesi sırasında nezaret yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle taşıyıcının %30 kusurlu olduğu, davacının sigortalısına alacağın temlikli hükümleri çerçevesinde halef olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile 5.411,85 TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı ve davalı E. Lojistik Ltd. Şti. vekilleri temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı ve davalı E. Lojistik Ltd. Şti. vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir" – Y. 11. HD., E. 2015/3618, K. 2015/10704, T. 19.10.2015, KİBB, E.T. 19.2.19.

- 130 "CMR hükümlerine tabi olan taşımalarda, taşıyıcının taşıdığı malları alıcısına tam ve sağlam olarak teslim etmek zorunluluğu mevcut olup, meydana gelen eksilmeler ve hasarlardan sorumluluğu esastır. Ancak, anılan Konvansiyonun 17/4-b maddesinde, "ambalajlanmadıkları veya kötü ambalajlandıkları zaman özellikleri gereği fire veren veya hasara uğrayan malların ambalajlanmaması ve hatalı ambalajlanmış olması" özel risk durumu olarak kabul edilmiş, hasar veya kaybın anılan nedenlerden kaynaklanması halinde taşıyıcının sorumlu olmayacağı belirtilmiş ise de, mahkemece yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda karton koliler ile ambalajlanmış emtianın taşınmasına elverişli kolilendiği, bu türden emtianın ambalajlama şekli bakımından teamüllere uygun olduğu ifade edildiği gibi, ... senedine taşıyıcı tarafından yükün ambalajının yetersiz olduğuna ve bu sebeple taşıma sırasında hasara uğrayabileceğine dair bir çekince de konulmadığından taşıyıcının sorumluluğunu ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilen bu durum somut olayda gerçekleşmemiştir." – Y. 11. HD., E. 2015/11878, K. 2016/9046, T. 1.12.2016, KİBB, E.T. 19.2.19.

131 Karan, s. 344; Akburak, s. 112; Karaduman, s. 49.

132 Karan, s. 344.

olan, eşyanın doğal niteliğinden kaynaklanmayan ve aynı tür eşyaların tamamında bulunmayan bir kusurdur¹³³. Bu tür kusurlar üretim hatası ya da korunma eksikliklerinden kaynaklanır¹³⁴.

F. YETERSİZ ETİKETLEME

1. Genel Olarak

TTK m. 878/1-e hükmüne göre taşınacak paketlerin gönderen tarafından yetersiz etiketlenmesi durumunda taşıyıcı bu olgunun sebep olduğu zararlardan sorumlu değildir. “Ambalaj ve işaret” başlıklı TTK m. 862 hükmüne göre, gönderen, eşyanın sözleşme hükümlerine uygun şekilde işleme tabi tutulabilmesi için işaretlenmesi *gerekiyorsa, bu işaretleri de koymakla yükümlüdür*. İşte taşıyıcı, zıya hasar veya teslimde gecikmenin bu işaretlerin bulunmamasından ileri geldiğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulur¹³⁵. Özellikle birden fazla gönderene ait yüklerin birbirine karıştırılmaması bağlamında işaretlemenin yapılabilmesi son derece önemlidir ki yükler bu şekilde birbirinden ayırt edilebilir ve teslimde gecikme başta olmak üzere zararların gerçekleşmesinden kaçınılmış olunur¹³⁶.

Yine, birden fazla gönderene ait yüklerin taşınması sırasında, yan yana olmaması gereken yükler bulunuyorsa (örn. gıda maddeleri ve deterjan, kimyasal maddeler) bunların birbirinden ayırt edilmesi gönderen tarafından yapılacak tam ve doğru bir etiketlemeyle mümkündür.

Yükleme taşıyıcının adamları tarafından yerine getiriliyor ve örneğin kolayca kırılabilir yükler taşınıyorsa bu yüklerin daha hassas olarak işleme tabi tutulması gerekir. Bu halden taşıyıcının haberdar olması ise ancak tam bir etiketlemeyle mümkün olur.

2. Yetersiz Etiketleme Kavramı

Gönderen tarafından yapılan yetersiz etiketleme kavramı içerisine, hatalı, yetersiz etiketleme yanında hiç etiketleme yapılmaması da girmektedir¹³⁷. Yanlış alıcı bilgileri verilmesi, yanlış teslim yeri belirtilmesi, evraklarla uyuşmayan ya da okunaksız işaretlemelerin yapılması bu manada verilebilecek örneklerdir¹³⁸.

133 **Karan**, s. 344.

134 **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, s. 174.

135 **Karan**, s. 344.

136 **Karan**, s. 345.

137 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 26; Oetker: **Paschke** HGB § 427 Rn. 11.

138 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 26.

3. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

Gönderen kendisine ait ifa yardımcılarının yaptığı yetersiz etiketlemeden de sorumludur¹³⁹. Gönderenin bu sorumluluğu taşıyıcının sorumluluğundan farklı olarak TBK'ya (m. 66) dayanır¹⁴⁰.

4. Taşıyıcının Denetleme Yükümlülüğü

TTK m. 858/2 hükmüne göre; iki tarafça imzalanan taşıma senedi, eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından *iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir*; meğerki, taşıyıcı taşıma senedine haklı bir sebeple çekince koymuş olsun. Çekinince, taşıyıcının, kayıtların doğruluğunu denetleyecek, uygun araçlara sahip olmadığı sebebine de dayandırılabilir. Hükme göre taşıyıcı taşıma senedindeki beyanların doğruluğunu kontrol edecektir¹⁴¹. Bu doğruluk derinlemesine bir inceleme anlamına gelmemektedir; daha çok, taşıma senedindeki beyanlarla eşyaların üzerindeki etiketlerin yalnız bir kontrolü söz konusudur¹⁴².

G. CANLI HAYVAN TAŞINMASI

1. Genel Olarak

Bu özel nedene dayanılması sadece, zararın canlı hayvanların taşınmanın gerçekleştirilmesine ilişkin şartlara olan özel hassasiyetlerine bağlanabildiği hallerde mümkündür¹⁴³. Örneğin canlı hayvanın çalınması bu kapsamda değilken; hayvanın kaçması sorumluluktan kurtulmada özel sebep sayılır¹⁴⁴. Hayvanın açlıktan veya susuzluktan ölmesi veya diğer hayvanlar tarafından yaralanması da bu kapsamda verilebilecek örneklerdendir¹⁴⁵.

TTK m. 878/5 ve HGB § 427/5'te de belirtildiği üzere, canlı hayvan taşınmasına ilişkin sorumluluktan kurtulmada özel sebebe taşıyıcı sadece, canlı hayvanın korunması ve salgın hastalık gibi tehlikelerden kurtulması için üzerine düşen bütün tedbirleri almış olması ve kendisine iletilen özel direktiflere uymuş olması koşuluyla dayanabilir¹⁴⁶.

139 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 177; Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 11.

140 Taşıyıcının (TTK m. 879) ve taşıma işleri komisyoncusunun (TTK m. 929) yardımcı kişilerden doğan sorumluluğu ise TTK'ya dayanır.

141 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 178.

142 Adıgüzel, Taşıma Hukuku, s. 178; Akburak, s. 115; Karaduman, s. 47.

143 Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 12.

144 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 29; Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 12.

145 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 29.

146 Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 13; Yargıtay da bir kararında bu hususa şu şekilde temas etmiştir: "Canlı hayvan naklinden kaynaklanan ziya. hasar veya teslimdeki gecikme halinde, taşımacı sorumluluktan kurtulabilir. Canlı hayvan nakli, konusu olan eşyanın canlı karakteri dolayısıyla özel risk içermektedir. Canlı hayvanlar, yolculukları

2. Canlı Hayvan Kavramı

Canlı hayvan, duyu ve hareket yeteneği olan insandan başka canlı yaratıktır¹⁴⁷. Canlı hayvan, evcil ya da vahşi olabileceği gibi karada, suda yaşayabilen ya da uçabilen bir canlı varlık da olabilmektedir¹⁴⁸.

H. 27/10/1999 TARİHLİ VE 4458 SAYILI GÜMRÜK KANUNU İLE DİĞER KANUN VE DÜZENLEMELERDE YER ALAN HÜKÜMLERİN TAŞIYICININ SORUMLULUKTAN KURTULMASINI HAKLI GÖSTERDİĞİ HÂLLER

TTK m. 878/1-g hükmünün gerekçesine göre gümrük kanunu ile diğer mevzuatta yer alan düzenlemeler, yolculuğun gecikmesine yol açabilir. Doğrudan eşyaya bağlı olan ve taşıyıcının riziko alanı dışında bulunan sebepler için taşıyıcı sorumlu tutulamaz¹⁴⁹. Doktrinde *Adıgüzel*¹⁵⁰, aşağıdaki üç gerekçe ile CMR ve HGB'de yer almayan bu hükmün gerekli bir hüküm olmadığını ifade etmektedir:

- Gümrük Kanunu'nda ortaya çıkabilecek haller bir taşıma ve teslim engeli oluşturur ve Kanun'a göre bu durumda taşıyıcının yapması gerekenler belirlidir
- Gümrük mevzuatı gecikmeye yol açarsa bu durum TTK m. 876 anlamında sorumluluktan kurtulmada genel bir sebeptir
- İç taşımalarda Gümrük Kanunu'ndan kaynaklanan gecikme, zıya veya hasar gibi bir zarar durumunun ortaya çıkması pek mümkün değildir.

Öğretide *Can*¹⁵¹ ise, yürürlükte kalacağı süre belirli olmayan bir kanuna atıf yapılmasını hata olarak görmekte ve burada kamu hukuku kurallarına yönelik genel bir göndermenin yeterli olduğuna işaret etmektedir. Öte yandan yazar, uygulandığında gerçekleşecek yaptırımlar belli olan, diğer bir deyişle zarara sebep olacak davranışların belli olduğu bir durumda taşıyıcının yine de zarara sebep olacak şekilde davranmasını zarardan kurtulmak bakımından haklı bir gerekçe

esnasında, dış risklerden kolaylıkla etkilenebilir. Elbette ki, taşıyıcının, canlı hayvan taşımacılığına özel riskler dolayısıyla uğranılan zarardan 6102 Sayılı TTK m. 878/1 b. (f) maddesine dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi ve 6102 Sayılı TTK 878/5 maddesindeki uygun illiyet bağı karinesinden faydalanabilmesi için, halin icabına göre, kendisine düşen bütün önlemleri aldığını ve verilen özel talimatlara uyduğunu ispatlaması gerekir. Böylece canlı hayvan taşımalarında, taşımacının özel riskler dolayısıyla kaçınılmazlık karinesine dayanabilmesi imkanı kaldırılmıştır. Yukarıda açıklanan hususlar gözönüne alınarak davalının sorumluluğunun bu hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerekirken anılan düzenleme kapsamında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın öncelikle bu sebeple bozulması gerekmiştir." – Y. 11. HD., E. 2016/15669, K. 2016/4582, T. 25.4.2016, KİBB, E.T. 18.2.19.

147 **Karan**, s. 346.

148 **Karan**, s. 346.

149 TTK m. 878 Gerekçesi.

150 **Adıgüzel**, *Taşıma Hukuku*, s. 179, 180.

151 **Can**, s. 97.

olarak görmemektedir¹⁵². Kanaatimizce de, taşıyıcının kendi kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulamaması gerekir. Bu yönüyle de düzenleme gerekli değildir.

I. İSPAT YÜKÜ

I. Genel Olarak

Sorumluluktan kurtulmada özel sebepler ile ilgili olarak taşıyıcı olağan hayat tecrübelerine göre, TTK m. 878/2'de yer alan karineden yararlanabilmek için, meydana gelen zararın hükmün ilk fıkrasında ortaya konan sebeplerden birinden kaynaklandığını ispatlamalıdır¹⁵³. Taşıyıcı, ayrıca gerekli özeni gösterdiğini de ispat etmelidir¹⁵⁴. Taşıyıcı bunu yaparken, taşımanın genel seyrini de ortaya koymalıdır¹⁵⁵.

Taşıyıcının ispat ettiklerinin aksini ispat da zarar görene düşmektedir¹⁵⁶. Zarar gören bunu yaparken, zarara hükümde yer alan özel kurtuluş sebeplerinden başka bir olgunun neden olduğunu ya da en azından bu olgunun etkili olduğunu ispatlamalı ve karinenin aksinin gerçekleştiğini ortaya koymalıdır¹⁵⁷. Zarar gören bu ispat faaliyetinde başarılı olursa bu kez taşıyıcı, kendisinin ispatlanan olgu dolayısıyla sorumlu olmadığını ortaya koymalıdır¹⁵⁸.

Taşıyıcı ayrıca, gönderenin eşyanın taşınmasına ilişkin özel talimatlarına uyduğunu; eşyayı sıcağa, soğuğa, ısı değişikliklerine, neme, sarsıntılara ya da benzer etkilere karşı özel olarak koruma yükümlülüğü altında olduğu durumlarda hâl ve şartlara göre, özellikle de gerekli donanımın seçimi, bakımı ve kullanımına ilişkin kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunduğunu; canlı hayvan taşıdığı durumlarda hâl ve şartlara göre kendisine düşen tüm önlemleri almış ve özel talimatlara uygun davranmış bulunduğunu da ispat etmelidir¹⁵⁹. Taşıyıcının uymak zorunda olduğu özel talimatların varlığını ispat etmek gönderenin üzerinde olan bir yükümlülüktür¹⁶⁰. Bir talimatın varlığını ispatın yanı sıra bu talimatın içeriğinin ne olduğunu ispat da gönderenin üzerindedir¹⁶¹.

Sorumluluktan kurtulmada genel sebeplerin aksine, özel sebeplerin bulunduğu durumlarda taşıyıcının yararına olarak, zarar gören tarafın zararın öngörülen katalog durumlardan kaynaklanmadığını ispat etmesi gerekmektedir¹⁶². Sorumluluktan kurtulmada genel sebeplere

152 Can, s. 97.

153 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 5; Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 14.

154 Arnold F. Rusch, "Besteht eine Darlegungspflicht des angegriffenen Frachtführers beim Verschuldensnachweis? – Betrachtungen zum internationalen und schweizerischen Frachtrecht", AJP 2010, s. 327.

155 Rusch, s. 327.

156 Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 14.

157 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 5.

158 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 5.

159 Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 14.

160 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 6; Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 14.

161 MüKoHGB: Herber HGB § 427 Rn. 6.

162 Oetker: Paschke HGB § 427 Rn. 1.

dayanmak isteyen *taşıyıcı* ise, TTK m. 876 uyarınca, zıya, hasar ve gecikmenin en yüksek özeni göstermesine rağmen kaçınamayacağı ve sonuçlarını önleyemeyeceği bir durumdan kaynaklandığını *ispat etmelidir*.

2. Özel Haller

Taşıyıcı; üstü açık taşıtla taşıma yapılmasına izin verildiğini, taşımanın başındaki ve sırasındaki tüm somut direktiflere uyduğunu, bu talimatlara uygun taşımanın da aracın üstünün açık olması yüzünden makul bir tam ya da kısmi zıya (ya da hasar) sebebi olduğunu kanıtlamalıdır¹⁶³. Diğer bir deyişle taşıyıcı, sözleşmeye uygun olarak üstü açık araçla taşımanın oluşan zararın ana nedeni olduğunu ispatlamalıdır¹⁶⁴. Bunun ardından, zarar gören kişi aracın üstünün açık olması ve gerçekleşen zıya ya da hasar arasında uygun illiyet bağının olmadığını kanıtlamalıdır¹⁶⁵. Bu ispat faaliyetinin başarılı olması durumunda taşıyıcı bu kez TTK m. 876 (HGB § 426) uyarınca zararın, en yüksek özeni göstermesine rağmen sonuçlarını öngöremeyeceği ve önleyemeyeceği bir sebepten ileri geldiğini ispatlamalıdır¹⁶⁶.

Taşıyıcının bir teamüle dayanarak üstü açık araçla taşıma yapabileceği hallerde, üstü açık taşıma yapılmasının kabul edilmediğini ispat etmek gönderilen ya da gönderenin üzerine düşer¹⁶⁷.

Üstü açık araçla taşımada en yüksek özenin gösterilmesi anlamında bir müterafik kusurun varlığını ispat ise zarar görene düşer¹⁶⁸.

Taşıyıcı, ambalajlama konusundaki hataları, ambalajlama yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğün ihlali ile oluşan zarar arasındaki uygun illiyet bağını ispatlamakla yükümlüdür¹⁶⁹. Taşıyıcı, ambalajlamanın gerekli olduğunu da ispatlamalıdır¹⁷⁰. Zarar gören ise, illiyet bağı karinesinin¹⁷¹ aksini ve müterafik kusuru ispat etmeye çalışır¹⁷².

IV. SONUÇ

Çalışmamız neticesinde çıkarılan sonuçlar aşağıda sıralanmaktadır:

163 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 1; Aynı yönde bkz. **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, s. 170 ve **Adıgüzel**, Sorumluluk, s. 185.

164 **Grosz/von Ziegler**, Haftpflichtkommentar, s. 1429, N. 26.

165 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 1.

166 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 1.

167 **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, s. 170.

168 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 1.

169 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 2; Aynı yönde bkz. MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 14.

170 MüKoHGB: **Herber** HGB § 427 Rn. 14.

171 Herhangi bir zararın hâl ve şartlara göre TTK m. 878/1'de öngörülen bir sebebe bağlanmasının muhtemel bulunduğu durumlarda, o zararın bu sebepten ileri geldiği varsayılır.

172 Koller/Kindler/Roth/Morck: **Koller**, HGB § 427, Rn. 2.

A. GENEL OLARAK

1. TTK m. 878 hükmünde öngörülen özel sebepler ile taşıyıcının sorumluluk açısından durumu iyileştirilmiş, sorumluluğu ve ispat yükü hafifletilmiştir.
2. Taşıyıcının özel sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulması olanağı mutlak değildir. Taşıyıcı özellikle olası müterafik kusurunu bertaraf etmek için başta nezaret yükümlülüğü olmak üzere göndereni bilgilendirme yükümlülüğü gibi diğer yükümlülüklerini yerine getirmelidir.
3. Taşıyıcı, özel sebeplere istinaden sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, özellikle yüke ilişkin bazı özen yükümlülüklerini de yerine getirmelidir. Örneğin, doğal niteliği gereği zarar görebilecek bir eşya ya da canlı hayvan söz konusu ise taşıyıcı mutlaka bu eşyaların gerektirdiği ve Kanun'da şart koşulmuş tedbirleri almalıdır.
4. Sorumluluktan kurtulmada özel sebepler bakımından TTK, HGB ve CMR neredeyse aynı temel prensipleri kabul etmiştir. Aradaki fark, CMR'nin gecikme halini kapsam dışı bırakmış olmasıdır. Öte yandan, İBK bu manada taşıyıcının sorumluluğu için kategorik bir sayım yapmaktan kaçınmıştır.
5. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için sayılan özel sebepler taşıyıcıyı imtiyazlı bir konuma getirmiştir. Taşıyıcı için ilk görünüş ispatı biçiminde zararın bu sebeplerden kaynaklandığını ortaya koymak, sorumluluktan kurtulmak için yeterlidir.
6. TTK, HGB ve CMR'de sayılan sorumluluktan kurtarıcı sebepler sınırlı sayıdadır. Kıyas yoluyla bunların genişletilmesi mümkün değildir.

B. ÖZEL OLARAK

7. Üstü açık taşıtla taşıma durumu, taşıyıcının risk alanı dışında bir sorumluluk doğurucu olgu olduğundan gönderenin gerçekleşen zarara katlanması beklenmektedir. Elbette ki, bunun şartı bu şekilde taşımanın sözleşmeye veya teamüle uygun olarak gerçekleştirilmesidir.
8. TTK m. 878/1-a'da yer alan güverte sözcüğü gerekli değildir. Bu sözcük mehz Kanun'un doğrudan tercümesinden doğan bir kalıntıdır. Mehz Kanun bakımından bir işlevi haiz olan sözcük (iç su taşımaları) TTK'dan çıkarılmalıdır.
9. Bir dikdörtgenler prizması olarak tahayyül edilebilecek yük taşıyıcı aracın bu dikdörtgen yüzeylerinden biri açık ise, araç üstü açık taşıttır.
10. Sadece tente, duruma göre üstü kapalı taşıt olarak değerlendirme için yeterli olmayabilir. CMR bu konuda madeni levhalardan bahsetmektedir.
11. Gönderen tarafından sağlanan konteyner, üstü açık taşıtla taşıma vardır demeyi engeller.
12. Yetersiz ambalajlama, sadece ambalajlanması gerekli eşyalar için söz konusudur.
13. Ambalaj yetersizliği durumunda inceleme yükümlülüğünü ihlâl etmesi ve gönderene bildirimde bulunmaması, onun müterafik kusurunu doğurur.

14. Ambalajlama fiili olarak kimin sorumluluk sahasında icra ediliyorsa bunun hatalı olmasının sonuçlarına da o katlanır. Yoksa, ambalajlamanın sadece sözleşme ile gönderene bırakılması yeterli değildir.
15. Usulüne uygun ve normal bir taşımada eşya için gerekli korumayı sağlamayan ambalaj yetersizdir.
16. Taşıyıcı, eşya gönderen veya gönderilen tarafından işleme tabi tutulurken buna nezaret etmeli, gördüğü eksiklikleri derhal ilgililere bildirmeli, gerekirse taşımayı yapmamalıdır. Aksi takdirde taşıyıcının sorumluluğunun kaldırılması mümkün olmayabilir.
17. Eşyanın doğal niteliğine dayanarak sorumluluktan kurtulabilmek için mutlaka eşyanın özünden kaynaklanan bir sorun olmalıdır. Yoksa hırsızlık gibi dış etkenler bu hükmün uygulanmasını engeller.
18. TTK m. 875/2'de yer verilen yüke has kusur ve eşyanın doğal niteliği kavramları farklı kavramlardır.
19. 27/10/1999 Tarihli ve 4458 Sayılı Gümrük Kanunu ile Diğer Kanun ve Düzenlemelerde Yer Alan Hükümlerin Taşıyıcının Sorumluluktan Kurtulmasını Haklı Gösterdiği Hâller'in Kanun'a bir sorumluluk kaldırıcı sebep olarak eklenmesi gereksizdir.

KISALTMALAR

Bkz.: Bakınız

C.: Cilt

CMR: Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi

Dn.: dipnot

E.: Esas

EBJS: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 3. Auflage 2015.

HD.: Hukuk dairesi

HGB: Alman Ticaret Kanunu

İBK: İsviçre Borçlar Kanunu

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.: Karar

KİBB: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr

m.: Madde

MüKoHGB: Münchener Kommentar zum HGB

N.: Kenar numarası

Örn.: Örneğin

Rn. : Kenar numarası

s.: Sayfa

S.: Sayı

T.: Tarih

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Vd.: Ve devamı

Y.: Yargıtay

YBHD: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKLAR

- Adıgüzel**, Burak, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Karayolu ile Eşya Taşıyıcısının Sorumluluğu Üzerine Hükümler”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, Yıl: 3/2007, Sayı: 32, s. 1875 vd.
- Adıgüzel**, Burak, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 18, S. 2, Yıl 2012, s. 769-791.
- Adıgüzel**, Burak, *Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Ankara 2012. (Sorumluluk)
- Adıgüzel**, Burak, *Multimodal Taşımalarda Taşıyıcının (MTO) Sorumluluğu*, Ankara 2014. (MTO)
- Adıgüzel**, Burak, *Taşıma Hukuku*, Ankara 2018. (Taşıma Hukuku)
- Akburak**, Sümeyre, *Taşıyıcının Sorumluluğu Alanında CMR’nin 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na İktibası*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- Aydın**, Alihan, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, İstanbul 2006.
- Baumbach**, Adolf/**Hopt**, Klaus J., *Handelsgesetzbuch (mit GmbH&Co., Handelsklauseln, Bank – und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 37. Auflage, München 2016. (Atıf: Baumbach/Hopt, Yazarlar, HGB § – , N. –)
- Can**, Mertol, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları*, Birinci Cilt, Ankara 2017.
- Clarke**, Malcolm A./**Yates**, David, *Contracts of Carriage by Land and Air*, 2. Edition, 2008.
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn**, *Handelsgesetzbuch*, 3. Auflage 2015. (Atıf: EBJs, Yazar, HGB § – , N. –)
- Erdal**, Tarkan, *CMR Hükümlerine Göre Taşıyıcının Zıya Hasar ve Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- Fischer**, Willi / **Luterbacher**, Thierry (Hrsg.), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich/St. Gallen 2016. (Atıf: Yazarlar, Haftpflichtkommentar, s.).
- Güden**, Faysal, *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, İstanbul 2017.
- Hochstrasser**, Michael, *Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen*, Zürich – Basel – Genf 2015.
- Kara**, Hacı, *Rotterdam Kuralları’na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, 2. Bası, İstanbul 2018.
- Karaduman**, Ece, *Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Cmr Konvansiyonu Kapsamında Sorumluluğu*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.
- Karan**, Hakan, *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, Ankara 2011.
- Kaya**, Arslan, “Taşıyıcının Karayolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları – II”, İHFM C. LVI, S 1-4, Yıl 1998, s. 239 vd.

- Kıran**, Süleyman, “Karayoluyla Gerçekleştirilen Taşımalarda TTK'nın Taşıma İşleri Kitabı'nda İhdas Edilen Hükümlerin Uygulanması Açısından Taşıt Kavramının Etkisi”, YBHD, 2016/1, s. 299 vd.
- Klett**, Barbara / **Furrer**, Andreas (Hrsg.), *Schaden im Waretransport Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz*, Zürich – Basel – Genf 2016. (Atif: Yazar, Haftung im Strassengüterverkehr, s.).
- Koller/Kindler/Roth/Morck**, *HGB Handelsgesetzbuch Kommentar*, 8. Auflage, 2015.
- Münchener Kommentar zum HGB**, 3. Auflage, 2014.
- Oetker**, *Handelsgesetzbuch*, 5. Auflage, 2017.
- Rusch**, Arnold F., “Besteht eine Darlegungspflicht des angegriffenen Frachtführers beim Verschuldensnachweis? – Betrachtungen zum internationalen und schweizerischen Frachtrecht”, AJP 2010, s. 325 vd.
- Wieske**, Thomas, *Transportrecht*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg 2012.

Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü ile Çalışma Hakkı Bağlamında Şartlı Mülteciler

Conditional Refugees from the Perspective of the Freedom of Residence and Movement and the Right to Work

Cansu YENER KESKİN*

Öz

Türkiye 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan şartlara göre mülteci statüsü kazanabilecek olup da Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye'ye sığınmış kişilere "şartlı mülteci" statüsü vermektedir. Günümüzde Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle mülteci statüsünden yararlanmak amacıyla gelen sığınmacıların sayısı azdır. Ancak bunun aksine Avrupa dışından ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeple korktuğu için Türkiye'ye sığınan kişilerin sayısı her geçen gün artmaktadır. Şartlı mültecilere, mültecilerden farklı olarak, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) tarafından mülteci olarak kabul edilebilecekleri üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de belirli bir süre ile koruma sağlanmaktadır. Çok azı BMMYK tarafından üçüncü ülkeye yerleştirilebiliyor olmaları sebebiyle; sosyal, ekonomik ve kültürel hayat açısından Türkiye'ye adapte olabilmeleri ve gelecek planı yapabilmeleri zorlaşmaktadır. Ayrıca Türk hukukunda şartlı mülteciler, mültecilere oranla, başta yerleşme ve seyahat özgürlüğü ile çalışma hakkı olmak üzere bazı haklardan yararlanma konusunda belirli kısıtlamalara tabidirler. Bu makalede şartlı mültecilerin yerleşme ve seyahat özgürlüğü ile çalışma hakları Türkiye'de mülteci statüsüne sahip kişilerin hakları ile karşılaştırılarak irdelenmekte ve böylece şartlı mültecilerin yaşadığı problemler ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mülteci, Şartlı Mülteci, Yerleşme Özgürlüğü, Seyahat Özgürlüğü, Çalışma Hakkı.

Abstract

Turkey gives the status of "conditional refugee" to the persons who are entitled to earn the refugee status under 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees but out of events that occurred outside European countries. Nowadays, less and less people seek refugee status due to the events occurred in European countries. Notwithstanding, an increasing number of people coming from non-European countries seek asylum in Turkey owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons regarding race, religion, nationality, membership of a particular social group or political

* Ar. Gör., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı. cansuyenerkeskin@gmail.com; cansu.yener@kocaeli.edu.tr, (ORCID ID: 0000-0002-7296-6483).

opinion. Conditional refugees, as different from refugees, are given protection for a certain period until they are resettled in a third country where they could be accepted as refugees by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Very few of these conditional refugees are being resettled in a third country by the UNHCR and consequently they have difficulties in adapting to the social, economic and cultural life of Turkey and face difficulties in planning their future. Furthermore conditional refugees are imposed restrictions to enjoy certain rights, especially the freedom of residence, the freedom of movement and the right to work, in comparison to refugees under Turkish law. In this article, the freedom of residence, the freedom of movement and the right to work of conditional refugees are examined in comparison to the rights held by people having the refugee status and as such problems experienced by conditional refugees are addressed.

Keywords: Refugee, Conditional Refugee, The Freedom of Residence, The Freedom of Movement, The Right to Work.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (1951 Cenevre Sözleşmesi) 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanarak, 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1951 Cenevre Sözleşmesi taraf devletlerce belirli şartları taşıyan sığınmacılara “mülteci” statüsünün verilmesini düzenlemiştir. Ayrıca mülteci statüsü kazanan kişilerin sığındıkları taraf devletlerde sahip oldukları haklar da Sözleşme kapsamında belirtilmiştir.

Türkiye 1951 Cenevre Sözleşmesi’ni 29.8.1961 tarihinde 359 sayılı Kanun ile kabul etmiştir. Türkiye Sözleşme’yi imzalarken, Sözleşme’nin uygulama alanını coğrafi açıdan sınırlandıran bir beyanda bulunmuştur. Bu beyan, ulusal mevzuatta “şartlı mülteci” kavramı ile ifade edilen Türkiye’ye özgü bir uluslararası koruma statüsünün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Başka bir coğrafyadan gelmeleri dışında 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamında “mülteci” olarak kabul edilen kişilerden hiçbir farkları olmaksızın aynı şartlarla sığınma talep eden kişiler, Türk hukukunda farklı statüye tabi tutuldukları için bazı mağduriyetler yaşamaktadırlar.

Çalışmada öncelikle “mülteci” statüsü hakkında bilgi verilecek ve bu kapsamda tarihsel açıdan 1951 Cenevre Sözleşmesi kısaca ele alınacaktır. Ardından Türk hukuku açısından “şartlı mülteci” kimdir sorusu cevaplandırılacaktır. Şartlı mültecilerin gerek ulusal mevzuat hükümleri gerekse uygulamadaki sorunlar sebebiyle en çok mağduriyeti yerleşme ve seyahat özgürlüğü ile çalışma hakkına¹ ilişkin alanlarda yaşadıkları tespit edilmiştir. Şartlı mültecilerin yerleşme

1 Özgürlük “bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama erkidir”. Diğer bir ifadeyle de “serbest hareket etme gücü” olarak tanımlanabilir. Tanım için bkz.: Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II**, Bursa: Ekin, 2011, s. 475. Hak ise özgürlüğün somut olarak gerçekleştirilmesinde araçtır. Özgürlük bir hak olmakla birlikte her hak özgürlük değildir. Bkz.: İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Bası, Ankara: İmge, 2002, s. 15-16. Bir kişinin bir hususta hakkının olması demek, o kişinin devletten veya diğer kişilerden onun yerine getirilmesini isteme yetkisine sahip olması anlamına gelir ki bu açıdan hakkın, özgürlüğün uygulanması noktasında ortaya çıktığı söylenebilir. Bir kişinin bir konudaki özgürlüğünün gerçekleştirilmesi kişinin fiiline bağlıdır. Bunun için devletin ve diğer kişilerin “bir şey yapmaması” gerekir. Örnek: Yerleşme özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve basın özgürlüğü. Hak söz konusu olduğunda ise devletin veya diğer kişilerin hak sahibi lehine bazı edimlerinin olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle özgürlükten farklı olarak hakkın gerçekleşmesi hak sahibinin değil, devletin veya diğer kişilerin fiiline bağlıdır. Örnek verecek olursak

ve seyahat özgürlüğü ile çalışma hakları, Türkiye’de mülteci statüsüne sahip kişilerin haklarıyla karşılaştırılmak suretiyle; bu alandaki milletlerarası düzenlemelere, ulusal mevzuata, öğretilerdeki görüşlere ve çeşitli yüksek mahkeme kararlarına yer verilerek incelenecektir.

I. ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜ OLARAK “MÜLTECİ”

A. 1951 TARİHLİ CENEVRE SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİ

İkinci Dünya Savaşı’nın yarattığı büyük mülteci sorunu ile ilgili çalışmalar yapmak üzere Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 1947 yılında Uluslararası Mülteci Örgütü (International Refugee Organization – IRO) kurulmuştur. Uluslararası Mülteci Örgütü mültecilerin kayıt olmaları, statülerinin tanınması, geri dönüşleri ve yerleştirilmeleri dâhil olmak üzere mültecilerin hayatlarına dair birçok hususla en geniş açıdan ilgilenmeyi amaçlamıştır. O dönemde Avrupa’daki politik durumlar sebebiyle çoğu mülteci ülkelerine geri dönmek istememiş ve bu sebeple de başka yerlere yerleştirilmişlerdir. Uluslararası Mülteci Örgütü Doğu – Batı gerginliğinin ortasında kalmış, bu durum bütçesine yardım eden devlet sayısını çok azaltmış ve Örgüt 1951 yılında çalışmalarını sona erdirmiştir. Uluslararası Mülteci Örgütü’nün 1940’ların sonunda işlevsiz hale gelmiş olması, yakın gelecek açısından mültecilere ilişkin çalışmalar yapacak bir kuruluş ihtiyacını gündeme getirmiştir².

Uluslararası Mülteci Örgütü – her ne kadar görev alanında sadece Avrupalı mülteciler yer alıyorsa da – mülteci sorununu her aşaması ile ele alan bir uluslararası örgüt olması açısından

seyahat özgürlüğü, kişinin kendi filine bağlı olduğu için bir özgürlüktür. Ancak konut hakkı, devletin konut sağlama veya kira yardımı gibi edimlerini gerektirdiği için bir haktır. Her ne kadar hak ve özgürlük farklı kavramlar olsa da bunların günlük kullanımda, pozitif hukuk metinlerinde ve literatürde birbirlerinin yerine ve hatta “hak ve özgürlükler” şeklinde birlikte kullanıldıkları görülmektedir. Bkz.: Gözler, s. 480-481. Özgürlük ve hak kavramlarına ilişkin kavramsal tartışmalar çalışma kapsamı dışında yer almaktadır. Çalışmada, “yerleşme ve seyahat özgürlüğü” ile “çalışma hakkı” şeklindeki Anayasa’da, milletlerarası düzenlemelerin çoğunda ve öğretilerde benimsenen geleneksel kullanım tercih edilmiştir.

- Bkz.: UNHCR, An Introduction to International Protection: Protecting persons of concern to UNHCR, Self – study module 1, 2005, <https://www.unhcr.org/publications/legal/3ae6bd5a0/self-study-module-1-introduction-international-protection-protecting-persons.html> (4.11.2018), s. 6-7. 1938 yılında Milletler Cemiyeti’ne üye devletler, zorunlu olarak Almanya’dan göç eden kişilere yardım için Hükümetlerarası Mülteciler Komitesi’ni (Inter-governmental Committee on Refugees) kurmuşlardır. Komite’de mülteci tanımına ilişkin devletlerin ortak mutabakatına dayalı bir karar alınamamıştır. Ancak bu süreçte yapılan çalışmalardan Uluslararası Mülteci Örgütü Anayasası, BMMYK Tüzüğü ve 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin yapılması aşamasında yararlanılmıştır. İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında yaşanan ağır insan hakları ihlalleri sebebiyle mülteci sorunu, BM’nin başlıca gündem konusu olmuştur. 1946 yılında Hükümetlerarası Mülteci Komitesi’nin görevi Uluslararası Mülteci Örgütü’ne (International Refugee Organization) devredilmiş, BM Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi kabul edilmiştir. Bkz.: Guy S. GOODWIN-GILL, **The International Refugee in International Law**, Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 5-6’den aktaran Nasih Sarp Ergüven ve Beyza Özturanlı, “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 62, Sayı. 4 (2013), s. 1015-1016. Mülteci sorununa uluslararası çözüm bulmak amacıyla yapılan çalışmalar incelendiğinde bunları iki dönem hâlinde ele almak mümkündür. İlki 1921’de başlayıp İkinci Dünya Savaşı’nın başlamasına kadarki süreç; diğeri ise İkinci Dünya Savaşı’ndan günümüze kadar olan süreçtir. Bunun için bkz.: Mehmet Özcan, **Avrupa Birliği Sığınma Hukuku (Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı)**, Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 2006, s. 5.

önemlidir. Örgüt Anayasası ile ilk kez “mülteci” kavramı kodifiye edilmiş ve mültecilere ne tür korumalar sağlanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Örgüt Anayasası daha önceki sistem olan menşee ülkeye geri gönderme uygulamasının yerine güvenli üçüncü ülkeye gönderme uygulamasını başlatmıştır³.

1949 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey (ECOSOC)⁴ bir karar alarak (Res. 248 (IX) A. 1949) BM Genel Sekreteri'nden yeni bir örgütlenme planı hazırlamasını istemiştir⁵. Bunun üzerinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 319 A(IV) sayılı ve 3 Aralık 1949 tarihli kararı doğrultusunda 1 Ocak 1951'den itibaren bir Mülteciler Yüksek Komiserliği Bürosu kurulmasına karar vermiştir. Bu karar doğrultusunda da 14 Aralık 1950'de 428(V) sayılı kararın ekinde Mülteciler Yüksek Komiserliği Ofisi Tüzüğü⁶ kabul edilerek bu tarih

3 Mehmet Özcan, s. 8.

4 Ekonomik ve Sosyal Konsey'in amacı Birleşmiş Milletler ve Birleşmiş Milletler ailesi içinde yer alan kuruluşlar arasındaki koordinasyonu sağlamaktır. Konsey'in 54 üyesi vardır ve bu üyeler üçer yıl hizmet eder. Her üyenin bir oy hakkı vardır ve oylama salt çoğunluk ilkesine dayanır. Ekonomik ve Sosyal Konsey uluslararası ekonomik ve sosyal konular üzerine çalışmaktadır. Birleşmiş Milletler'e üye olan devletlere siyasi tavsiyelerde bulunma yetkisi vardır. Ayrıca Ekonomik ve Sosyal Konsey uluslararası ekonomik, sosyal, kültürel, sağlık ve eğitime ilişkin konularda araştırmalar yapar, raporlar hazırlar ve tavsiyelerde bulunur. Konsey, ekonomik ve sosyal alanda uluslararası konferanslar düzenler, bu alandaki organizasyonlara yardımcı olur ve bu konferansların takiplerini yapar. İnsan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesini ve Birleşmiş Milletler'e bağlı özel teşkilatların çalışmalarının koordinasyonlarını sağlamayı amaçlar. Ayrıca uluslararası ekonomik ve sosyal konuların ve siyasi tavsiyelerin tartışılmasında uluslararası işbirliğini geliştirme ve öncelikli olarak yapılacak çalışmaların belirlenmesinde önemli rol oynar. Bkz.: *Birleşmiş Milletler Teşkilatı*, (t.y.), <http://www.unicankara.org.tr/today/1.html#1h> (11.11.2018). Ekonomik ve Sosyal Konsey'in çalışma komisyonları: İstatistik Komisyonu, Nüfus ve Kalkınma Komisyonu, Sosyal Kalkınma Komisyonu, Kadının Statüsü Komisyonu, Narkotik Komisyonu, Suçu Önleme ve Ceza Yargılaması Komisyonu, Kalkınma için Bilim ve Teknoloji Komisyonu, Birleşmiş Milletler Orman Forumu'dur. Beş Bölgesel Komisyon: Afrika Ekonomik Komisyonu (ECA), Asya ve Pasifikler Ekonomik ve Sosyal Komisyonu (ESCAP), Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE), Latin Amerika ve Karayipler Ekonomik Komisyonu (ECLAC) ve Batı Asya Ekonomik ve Sosyal Komisyonu'dur (ESCWA). Bkz.: Subsidiary Bodies of ECOSOC, (t.y.), <https://www.un.org/ecosoc/en/content/subsidiary-bodies-ecosoc> (4.11. 2018).

5 Elif Uzun, “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK'nın Yapısı, Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri”, *Göç Araştırmaları Dergisi*, Cilt. 2, Sayı. 2 (2016), s. 67.

6 14 Aralık 1950'de 428(V) sayılı kararda Hükümetler, Ofisin yetkileri dahilindeki mültecilerle ilgili görevlerini yerine getirirken Yüksek Komiserlik ile işbirliği halinde davranmaya davet edildiler. Tüzük uyarınca, Yüksek Komiser' in görevi, insani ve sosyal nitelikte olup hiçbir şekilde siyasi değildir. Yüksek Komiser' in görevleri, Tüzükte ve Genel Kurul'un sonraki çeşitli kararlarında tanımlanmıştır. Genel Kurul ile Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından Yüksek Komiserlik Ofisi ile ilgili alınan kararlar, BMMYK'nin internet sitesinde olduğu gibi yayınlanır. Yüksek Komiser, Genel Kurul'a yıllık rapor verir. Tüzük m. 4 uyarınca Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından mültecilerle ilgili bir Danışma Komitesi kurulmuş (393 (XIII) – 10 Eylül 1951) ve bu kuruluş sonra Birleşmiş Milletler Mülteciler Fonu (UNREF) Yürütme Komitesi'ne dönüştürülmüştür (21 Ekim 1954 tarih ve 832 IX sayılı Genel Kurul kararını takiben 31 Mart 1955 tarih ve 565(XIX) sayılı Ekonomik ve Sosyal Konsey Kararı). Daha sonra bu Komite'nin yerini 1958 tarihinde Yüksek Komiserlik Programının Yürütme Komitesi almıştır (26 Kasım 1957 tarih ve 1166 (XII) sayılı Genel Kurul ve 30 Nisan 1958 tarih ve 672 (XXV) sayılı Ekonomik ve Sosyal Konsey Kararları). Yürütme Komitesi'nin üyeleri Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından mülteci sorunlarının çözümüne ilgisini ve özverisini ispat etmiş devletler arasından en geniş coğrafi temsili sağlamak üzere seçilmektedir. Yürütme Komitesi başlangıçta 24 ülkeden oluşmaktaydı. Mayıs 2010 itibarıyla üye ülke sayısı 79'a çıkmıştır. Bu ülkeler: Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Bangladeş, Belçika, Benin, Brezilya, Cezayir, Cibuti, Çin, Danimarka, Ekvador, Estonya, Etiyopya, Fas, Fildişi Sahili, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Gana, Gine, Güney Afrika, Gürcistan, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İran, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Kanada, Karadağ, Kenya, Kıbrıs, Kolombiya, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Kore Cumhuriyeti, Kosta Rika, Lesotho, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Madagaskar, Makedonya, Meksika, Mısır, Moldova, Mozambik, Namibya, Nijerya, Nikaragua, Norveç,

itibariyle Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Bürosu (BMMYK), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kurulmuştur⁷. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Tüzüğü'nde BMMYK'nin, BM'nin nezareti altında, Tüzük kapsamı dâhilindeki mültecilere uluslararası koruma sağlamayı, bu kişilerin gönüllü geri dönüşleri veya yeni ülkelerinin toplumlara ile entegrasyonu için hükümetlere ve onların onayı dâhilinde özel kuruluşlara yardım ederek mülteci sorununa kalıcı çözümler aramayı üstlendiği düzenlenmiştir (Tüzük m. 1/ f. 1).

Mültecilerin hukuki durumuna ilişkin daha önce imzalanmış olan milletlerarası anlaşmaların gözden geçirilmesi, bunların bir araya getirilmesi, mültecilere sağladıkları korumanın yeni bir anlaşma yoluyla genişletilmesi ve bu alanda etkin uluslararası işbirliğinin sağlanması amacıyla, 1951 Cenevre Sözleşmesi⁸ 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı'na (BMGKK) dayalı olarak yapılan konferansta kabul edilmiş ve 28 Temmuz 1951 tarihinde imzalanarak Sözleşme'nin 43. maddesi gereği 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'ye bugün itibariyle 145 ülke taraftır⁹.

Pakistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovenya, Somali, Sudan, Şili, Tanzanya, Tayland, Tunus, Türkiye, Uganda, Vatikan, Venezuela, Yemen, Yeni Zelanda, Yunanistan, Zambiya. Bunun için bkz.: UNHCR, Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 2010, <http://www.unhcr.org/3b66c39e1.pdf> (4.11.2018), s. 2-3.

- 7 BMMYK'nin kuruluşunun hukuki dayanağı BM Anlaşması m. 7/ f. 2 ve m. 22'dir. BM Şartı m. 7/ f. 1'de BM Örgütü'nün başlıca organları sayılmış ve maddenin ikinci fıkrasında gerekli görülmesi hâlinde yardımcı organların BM Şartı'na uygun olarak kurulabileceği düzenlenmiştir. Anlaşmanın 22. maddesine göre BM Genel Kurulu görevlerini yerine getirmek amacıyla gerekli gördüğü yardımcı organları oluşturabilir. Anlaşma'nın tam metni için bkz.: *Charter of the United Nations*, (t.y.), <http://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html> (5.11.2018). Uluslararası toplumda BMMYK'nin bu görevi üstlenmiş ilk oluşum olmadığına, mültecilere Milletler Cemiyeti döneminde de dikkat çekildiğine ve BMMYK'nin Milletler Cemiyeti döneminde başlayan kurumsal gelişmelerin bir neticesi olduğuna ilişkin bkz.: Uzun, s. 63. 1947'de Hindistan'ın bölünmesi, Çin'de Mao Zedong'un zaferi, Kore Savaşı ve Soğuk Savaş'ın neden olduğunu ideolojik gerginlikler gibi sebeplerle milyonlarca kişinin mülteci durumuna düştüğüne, artık bölgesel olmaktan çıkarak bütün dünya açısından bir sorun haline gelen mülteci krizine kalıcı bir çözüm bulmak için bir örgüt kurulmasının kaçınılmaz görüldüğüne; Avrupa ülkeleri, Pakistan ve Hindistan gibi mülteci akınlarının yoğunlukta olduğu ülkelerin bu fikri benimsediklerine, ABD'nin geçici bir örgüt kurulmasını desteklediğine ancak eski Sovyetler Birliği'nin bu fikre karşı çıktığına ilişkin bkz.: Mehmet Özcan, s. 9-10.
- 8 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin mültecilere uygulanacak usullerin asgari standardını belirlediğine ilişkin bkz.: Eda Bozbeyoğlu, "Mülteciler ve İnsan Hakları", *Moment Dergi (Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi)*, Cilt. 2, Sayı. 1 (2015), s. 67. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin "Başlangıç" bölümünde ifade edildiği üzere Sözleşme akdedilirken sığınma hakkını tanımının bazı ülkeler açısından ağır bir yük olduğu, böyle uluslararası nitelikteki bir sorunun uluslararası iş birliği olmaksızın tatmin edici bir şekilde çözülmesinin mümkün olmadığı dikkate alınmıştır. Bu Sözleşme ile arzu edilen bütün devletler açısından mülteci sorununun devletlerarası bir gerginlik halini almadan toplumsal ve insani taraflarının kabul edilerek gerekli bütün çabanın gösterilmesi olduğu vurgulanmıştır. Mülteci sorununun çözülmesi için alınacak önemlerin uyumlu olmasının devletler ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiseri'nin işbirliğine bağlı olduğu ve Komiser'in mültecilerin korunması amacıyla akdedilen uluslararası sözleşmelerin uygulanmasına nezaret etmekle görevli olduğu belirtilmiştir. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinde âkit devletlerden hiçbirinin ırkı, dini, tabiiyeti, belirli sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri sebebiyle hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına bir mülteciyi ne şekilde olursa olsun göndermeyeceği veya iade etmeyeceği düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 3. maddesinde de Sözleşme hükümlerinin mültecilere ırk, din ya da geldikleri ülke açısından herhangi bir ayırım yapılmadan uygulanacağı güvence altına alınmıştır.
- 9 *States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol*, (t.y.), <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html> (14.10.2018). AB

B. 1951 CENEVRE SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE “MÜLTECİ” STATÜSÜNÜN KAZANILMASI

1951 Cenevre Sözleşmesi m. 1/ A/ 2’de Sözleşme hükümlerinin “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için¹⁰ vatandaşı olduğu ülkenin¹¹ dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen” kişileri kapsayacağı düzenlenmiştir¹². Bu açıdan

üyesi devletler 1999 yılından itibaren 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümlerinin ortak bir şekilde uygulanması ve göç politikalarının uyumlaştırılması için Avrupa Ortak Sığınma Sistemi’ni kurmayı amaçlamışlardır. Bu Sistem kapsamında: “Geçici koruma düzenlemesi (2001 tarihli Geçici Korumaya İlişkin Konsey Yönergesi), sığınmacıların ülkeye alınması için asgari şartların düzenlenmesi (2003 tarihli Sığınma İsteyenlerin Ülkeye Kabulüne İlişkin Asgari Standartların Belirlenmesine İlişkin Konsey Yönergesi), Sığınma talebini incelemek üzere sorumlu üye devletin belirlenmesi için yeni bir düzenleme yapılması (2004 tarihli Sığınma Başvurusunun İncelenmesinden Sorumlu Devletin Belirlenmesine İlişkin Konsey Tüzüğü-Dublin II Tüzüğü), sığınma talebinde bulunanların parmak izlerinin karşılaştırılabileceği yeni bir sistem oluşturulması (2003 Ocak ayından itibaren EURODAC olarak bilinen uygulama), uluslararası koruma ihtiyacı olanları belirlemek için asgari standartları benimseyen “Vasıf” Yönergesinin düzenlenmesi (2011 Tarihli Mülteci ve İkincil Koruma Statüsüne İlişkin Standartlar Konusunda Parlamento ve Konsey Yönergesi – Vasıf Yönergesi), statü belirleme prosedürü için gerekli asgari ortak standartları tanımlayan Usul Yönergesinin düzenlenmesi (2013 tarihli Uluslararası Koruma Statüsünün Tanınması ve Geri Çekilmesi Konusunda Ortak Usullere İlişkin Parlamento ve Konsey Yönergesi – Ortak Usul Yönergesi)” yer almaktadır. Bunun için bkz.: Mesut Aygün ve Cansu Kaya, “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.7, Sayı.1 (2016), s. 93.

- 10 Doğal afetler, savaşlar, ekonomik karışıklıklar ve politik sebeplerle ülkelerini terk etmek zorunda kalan kişilerin de yaşadıkları şeyin gerçek anlamda bir korku olması sebebiyle 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde “mülteci” kavramına dahil edilmeleri gerektiğine ilişkin görüş için bkz.: M. Tefik Odman, **Mülteci Hukuku**, Ankara: Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, 1995, s. 42. Zorunlu göç hareketlerine sebep olan özellikle sosyo-ekonomik ve çevresel nedenlerle iç savaş veya karışıklık gibi zulüm korkusu oluşturabilecek durumların 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde mülteci tanımında “sebebe” olarak yer alması kavramı daraltmıştır. Bunun için bkz.: Neva Ö. Öztürk, “Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan**, Ankara: Yetkin, 2012, s. 942.
- 11 Sözleşme m. 1/ 2: “Birden fazla tabiiyeti olan bir kişi hakkındaki “vatandaşı olduğu ülke” ifadesi, tabiiyetini haiz olduğu ülkelerden her birini kasteder ve bir kişi, haklı bir sebebe dayalı bir korku olmaksızın, vatandaşı olduğu ülkelerden birinin korumasından yararlanmıyorsa, vatandaşı olduğu , ülkenin korumasından mahrum sayılmayacaktır.”
- 12 Afrika Birliği Örgütü’nün (ABÖ) 1969 yılında kabul ettiği ve 1974 yılının Haziran ayında yürürlüğe giren Afrikadaki Mülteci Sorunlarının Özel Yönerlerini Düzenleyen 1969 ABÖ Sözleşmesi’ne göre mülteci “kendi menşe ülkesi ya da vatandaşı olduğu ülkenin bir bölümünde ya da tümünde dış saldırı, işgal, yabancı egemenliği ya da kamu düzenini ciddi biçimde bozan olaylar nedeniyle menşe ülkesini ya da vatandaşı olduğu ülke dışında bir başka yerde sığınma aramak için daimi ikamet ettiği yeri terk etmeye zorlanan herkes”dir. Bu sözleşme bölgesel sözleşmeler içerisinde yasal olarak bağlayıcılığı olan tek sözleşmedir. Ayrıca 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne ek olarak bazı düzenlemeler de içermekle birlikte Sözleşme’de mülteci tanımına ilişkin olarak coğrafi ve tarihsel açıdan herhangi bir sınırlama da yer almamaktadır. Tanım itibarıyla karşılaştırdığımızda da iç karışıklıklar, şiddet ve savaş yüzünden kaçanları da kapsadığı için, haklı sebeple zulüm korkusu kriteri ve bunun ispatını öngören 1951 Cenevre Sözleşmesine göre daha objektif olduğu söylenebilir. Zira kabul edildiği tarih itibarıyla sömürge dönemi sonrası siyasi durumlar sebebiyle coğrafi sınırlar sıklıkla değişmekte ve kişileri ülkeyi terke zorlayan sebepler doğal afetler, siyasal baskı ve şiddet gibi gerekçelere dayanmaktaydı. Bu sebeple mülteci tanımını da bölgesel gereksinimler gözetilerek yapılmıştı. Bkz.: Mehmet Özcan, s. 19-20; Odman, **Mülteci Hukuku**, s. 51. 1984 Cartagena Bildirisinde mülteci teriminin “yaygın şiddet, dış saldırı, iç çatışmalar, yaygın insan hakkı ihlalleri ya da kamu düzenini ciddi olarak bozan diğer durumlardan dolayı hayatları, güvenlikleri veya özgürlükleri tehdit altında olduğu için” ülkesinden kaçan kişileri de” kapsadığı

bir kişinin “mülteci”¹³ olarak kabul edilebilmesi için Sözleşme m. 1/ A/ 2’de yer alan şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.

Sözleşme m. 1/ B’de Sözleşme m. 1/ A/ 2’de yer alan “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” ifadesinin “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar” veya “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar” anlamında anlaşılacağı ve Sözleşme’ye taraf devletlerden her birinin bu Sözleşme’yi imzaladığı, tasdik ettiği veya ona katıldığı sırada bu taahhüt ettiği yükümlülükler açısından bu ifadenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacağı düzenlenmiştir. Ayrıca “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar” ifadesini “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da meydana gelen olaylar” anlamında anlayacağını belirten beyanda bulunan taraf devlet Sözleşme m. 1/ B/ 2 uyarınca herhangi bir zamanda BM Genel Sekreterliği’ne göndereceği bir not ile ilgili ifadeyi “1 Ocak 1951’den önce Avrupa’da veya başka bir yerde meydana gelen olaylar” anlamında anlaşılacak şekilde kabul ettiğini beyan ederek yükümlülüklerini genişletebilecektir.

1 Ocak 1951 sonrasında Avrupa dışında ortaya çıkan siyasi karışıklıklar ve Afrika’da sömürge döneminin sona ermesi ile çıkan çatışmalar sebebiyle mülteci konumuna düşen yüz binlerce kişi 1951 Cenevre Sözleşmesi’nden yararlanma imkânı bulamamıştı. Afrika’da 1965 yılında yaklaşık 850.000 kişi 1951 yılından sonra mülteci konumuna düşmüştü. Bu sebeple 1951 Cenevre Sözleşmesi’ndeki kısıtlamaları kaldıracak düzenlemeler yapılması gerektiği anlaşılmıştı¹⁴. 31 Ocak 1967 tarihinde New York’ta “Mültecilerin Statüsüne Dair Protokol” (1967 Protokolü) imzalanmış ve bu Protokol, m. 8 gereğince 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1967 Protokolü’ne 146 ülke taraf olmuştur¹⁵.

belirtilir. Bkz.: Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath – Cross (Ed.), **Göç Terimleri Sözlüğü (Uluslararası Göç Örgütü)**, 2. bası, http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf (20.10.2018), s. 65. 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne göre “mülteci” olarak kabul edilemeyecek kişiler Sözleşme m. 1/F’de sayılmıştır. Maddeye göre: “a) Bunlara mütedair milletlerarası vesikalarda tarif edildiği mânada barışa karşı bir suç, bir harb suçu veya insanlığa karşı bir suç işlediği; b) Mülteci sıfatıyla kabul edildiği memleketten evvel iltica memleketi dışında ağır bir genel suç işlediği; e) Birleşmiş Milletlerin gaye ve prensiplerine aykırı fiillerden suçlu olduğu hususunda” ciddi kanaat mevcut olan bir kişi hakkında 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümleri uygulanmayacaktır.

13 Mültecilerin göçmenlerin bir alt kategorisini oluşturduğuna, evlerinden gönüllü ayrılmadıklarına, ekonomik veya doğal nedenlerle değil de 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan sebeplerle göç etmeye mecbur bırakıldıklarına; diğer bir ifadeyle mültecilerin zorla yerinden edilmiş kişiler olarak tanımlanabileceğine ilişkin bkz.: Yücel Acer ve Diğerleri, **Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye’nin İltica Stratejisi**, Ankara: USAK, 2010, s. 20. Mülteci kavramsal olarak “bulduğu şartların kendi kontrolü dışında, belirli bir süre boyunca eski haline getirilemeyecek şekilde katlanılamaz bir hal almasından dolayı göçe zorlanan bireyler” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda ön planda olan unsur bireyin kendi isteği dışında göçe zorlanması unsurudur. Bu zorlanmanın katlanılamaz derecede olması subjektif nitelik taşırken, kişinin kendi kontrolünün dışında olması objektif nitelik taşımaktadır. Tanımda yer alan diğer bir unsur olan şartların “belirli bir süre boyunca eski haline getirilemeyecek şekilde” katlanılamaz hal olması da kişinin korumadan yoksun olduğunu ifade eder. Yazar diğer tanımlardan da yola çıkarak mülteci kavramının genel anlamda ortak unsurlarını zorunlu göç ve korunma ihtiyacı olarak tespit etmiştir. Tanım ve tespitler için bkz.: Öztürk, “Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi”, s. 923.

14 Mehmet Özcan, s. 16.

15 Nisan 2015 itibarıyla üye ülkeler: 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne üye toplam ülke sayısı 145’tir. 1967 Protokolü’ne taraf toplam ülke sayısı 146’dır. Hem 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne hem de 1967 Protokolü’ne taraf ülke sayısı 142’dir. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü’nden herhangi birine veya her ikisine de taraf olan ülke sayısı 148’dir. Sadece 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olan ülkeler Madagaskar ile Saint Kitts ve Nevis’tir. Sadece 1967 Protokolü’ne taraf

1951 Cenevre Sözleşmesi sadece 1 Ocak 1951'den önce meydana gelmiş olaylar sonucunda mülteci olan şahısları kapsadığı için bu tarihten sonra meydana gelen olaylar sebebiyle mülteci statüsünü kazanabilecek kişiler Sözleşme'nin uygulama alanına girmiyordu. 1967 Protokolü, "1 Ocak 1951" gibi bir tarih sınırlaması olmaksızın 1951 Cenevre Sözleşmesi'ndeki mülteci tanımının kapsamına giren bütün mültecilerin eşit hukuki statüden yararlanmalarının sağlanması amaçlanarak imzalanmıştır. Bu kapsamda Protokol bakımından "mülteci" terimi (Protokol m. 1/ f. 3'ün uygulanması hali dışında), 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin m. 1/ A/ 2 kısmında mevcut "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve" ve "söz konusu olaylar sonucunda" ifadeleri metinden çıkarılmış kabul edilerek, Sözleşme m. 1'de yer alan tanıma giren her kişi anlamına gelmektedir.

1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri uyarınca taraf devletlerce yapılan coğrafi sınırlamaya ilişkin beyanlar¹⁶ saklı kalmak kaydıyla, taraf devletlerin 1967 Protokolü'nü hiçbir coğrafi sınırlamaya tabi olmaksızın uygulayacakları hüküm altına alınmıştır (Protokol m. 1/ f.

olan ülkeler Kabo Verde, ABD ve Venezueladır. Bunun için bkz.: *States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol*, (t.y.), <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html> (20.3.2019).

- 16 Her ne kadar öğretilerde bazı görüşlerde Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ni "coğrafi çekince" (reservation, réserves, Vorbehalte) ile imzaladığı ifade edilse de aslında Türkiye Sözleşme'yi coğrafi sınırlama "beyanı" (declaration, déclaration, Deklaration oder Erklärung) ile imzalamıştır. Aynı yönde görüş için bkz.: Nuray Ekşi, "1951 Cenevre Konvansiyonu'ndan Günümüze Mülteci Tanımı". **İnsan Hakları Perspektifinden Mültecilik (UMHD)** içinde (39-60). 2017. <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/MULTECILIK-BASKI-170117-N.pdf> (10.11.2018), s. 45. "1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi" m. 2/ f. 1/ d'de uluslararası hukuk bağlamında "çekince" tanımı yer almaktadır. Hükme göre nasıl kaleme alınırsa veya adlandırılırsa adlandırılınsın çekince, bir devletin bir anlaşmayı imzalarken, onaylarken, kabul ederken, tasvip ederken veya anlaşmaya katılırken bazı sözleşme hükümlerinin hukuki etkisini kendisi açısından hariç tutmak veya değiştirmek için yaptığı tek taraflı bildirimdir. Pazarıcı "bağımlı tek-taraflı hukuksal işlemler" arasında bir grubu, bir anlaşmaya katılma, bir anlaşmada öngörülen fesih ya da çekilme ve çekincenin oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu gruptaki hukuksal işlemler uluslararası hukuk kişilerine anlaşmada tanınmış olan yetkilere dayanılarak kullanılabilir ve anlaşmaların geçerliliğine ilişkindirler. Bir anlaşmaya çekince konulması ancak çok taraflı anlaşmalar için mümkün olabilir. Zira iki taraflı anlaşmaya çekince koyma niyeti, o anlaşma hükümlerinin tekrar görüşülmesine yol açacaktır. "Bağımlı tek-taraflı hukuksal işlemler" arasındaki diğer bir grupta ise bazı anlaşmalarda rastlanılan maddi içerikli tek-taraflı hukuksal işlemler yer almaktadır. Pazarıcı anlaşmalarda yer alan "tek taraflı bildirim" (notification; Notifikation) ya da "bildirinin" (declaration, déclaration, Deklaration oder Erklärung) bu grup işlemler arasında yer aldığı belirtilmiştir. Bunların yapılması anlaşma hükümlerinde zorunlu kılınmış olabilir veya tarafların rızasına da bırakılmış olabilir. Bkz.: Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 85 ve 123. Uluslararası anlaşmalarda "çekince" konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.: Malgosia Fitzmaurice, "The Practical Working Of The Law Of Treaties", Malcolm D. Evans (Ed.), **International Law** içinde (187-213), 2. bası, Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 204 vd. Çalışmamızda "deklarasyon" ifadesinin karşılığı olarak "bildiri" ifadesini değil de Sözleşme'nin resmi çevirisinde de yer alan "beyan" ifadesini kullanmayı tercih ettik. 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 1/ B'de her taraf devlet, sözleşmeyi imzaladığı sırada m. 1/A'de yer alan "1 Ocak 1951'de meydana gelen olaylar" ifadesini ne şekilde anladığına dair bir "beyanda" bulunmakla yükümlü kılınmıştır ("*events occurring in Europe or elsewhere before 1 January 1951*", and each Contracting State shall make a **declaration** at the time of signature, ratification or accession, specifying which of these meanings it applies for the purpose of its obligations under this Convention"). Burada bir uluslararası hukuk kişinin bir anlaşmanın bir hükümleri ile bağlı olmayacağını açıkladığı uluslararası hukuk anlamında bir "çekince" söz konusu değildir. Sözleşme'nin m. 1/B hükmü her taraf devleti bu Sözleşme'yi imzaladığı, tasdik ettiği veya ona katıldığı sırada bu hususta bir beyanda bulunma mecburiyeti altına sokmuştur. Dolayısıyla Türkiye de 1951 Cenevre Sözleşmesi'ni imzalarken Sözleşme m. 1/B uyarınca Sözleşme'nin kapsamını coğrafi açıdan sınırlandıran bir "beyanda" bulunmuştur.

3)¹⁷. Özetle 1967 Protokolü 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan hem zamana ilişkin kısıtlamayı, hem Sözleşme'ye coğrafi kısıtlama beyanı koyan taraf devletlerin beyanı saklı kalmak kaydıyla coğrafi alana ilişkin kısıtlamayı kaldırmıştır.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği bugün 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki mültecilere, ülkelerine geri dönenlere, vatansız kişilere, kendi ülkeleri içinde yerinden edilmiş olanlara ve sığınmacılara¹⁸ yardımcı olmaktadır¹⁹. Dolayısıyla BMMYK'nin çalışma alanına giren bir kişi 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ya da 1967 Protokolü'ne taraf olan bir ülkede bulunsun veya bulunmasın ya da kendisini kabul eden ülke tarafından kendisine mülteci statüsü verilsin veya verilmesin BMMYK'nin sağladığı yardımı talep edebilir²⁰.

1951 Cenevre Sözleşmesi "sığınma hakkı" ²¹ açısından hiçbir hükme yer vermemiş olması sebebiyle eleştirilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 14/ f. 1'de herkesin

17 Daha önceleri savaşlar sebebiyle mülteci sorunu Avrupa merkezli olmasına karşın, 1980'li yıllardan sonra mülteci akını yön değiştirmiş ve bütün dünyada Avrupa Topluluğu ülkelerine yönelen bir mülteci ve sığınmacı akını başlamıştır. Soğuk Savaş döneminde Sovyet Bloğundan yüz binlerce sığınmacı Avrupa ülkelerine kaçmak zorunda kalmıştır. Kosova ve Bosna savaşları da Avrupa ülkelerinin mülteci ve sığınmacı politikalarını yeniden gözden geçirmelerine yol açmıştır. Ülkelerarası görüş farklılıkları sığınmacı sayısının belirli Avrupa ülkelerinde artmasına sebep olmuştur. Bkz.: Mehmet Özcan, s. 1.

18 Sığınmacının "zulüm ya da zulüm tehlikesinden korunmak için sığınmaktan geçici olarak yarar kişi" şeklindeki tanımı için bkz.: Hüseyin Özcan, **Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı**, İstanbul: Filiz, 2017, s. 12. İki türlü sığınmadan bahsedilebilir. İlki diplomatik sığınma olarak adlandırılır ve bir devletin başka devletin topraklarında özellikle diplomatik misyon binaları ve savaş gemilerinde sığınma sağlamasını ifade eder. Zira buralarda menşe ülke devletin yetkisi bulunmamaktadır. Diğeri ise ülkesel sığınma olarak ifade edilir. Bu sığınma türü daha geniş kapsamlı uygulama alanı bulmakta, bir devletin kendi ülkesindeki yabancılara sağladığı korumayı anlatmaktadır. Diplomatik sığınma olarak özellikle belirtilmedikçe sığınma ifadesi ülkesel sığınma anlamında kullanılmaktadır. Ülkesel sığınmanın temelini *non-refoulement* ilkesi oluşturmaktadır. Sığınmacıyı ise bir ülkeye kabul edilmiş ve mülteci statüsü kazanmak için başvuru yapmış kişi olarak tanımlayabiliriz. Bu açıklamalar ve tanım için bkz.: Yücel Acer ve Diğerleri, s. 13. Pazarcı sığınmacı kelimesinin mülteci kelimesinin Türkçe karşılığı olduğunu, herhangi bir anlam farklılığının bulunmadığını, mülteci teriminin yeni dilde sığınmacı olarak ifade edilmesinin karışıklığa yol açtığını, özel bir koruma düzeninden yararlanan kişileri ifade eden eski mülteci teriminin yerine geçmek üzere "sığınmacı" kelimesini; herhangi bir hukuksal statüden yararlanamamasına rağmen bir ülkede geçici olarak barınmasına olanak verilen kişi için de "sığınma arayan" terimini kullanmayı tercih ettiğine ilişkin bkz.: Pazarcı, s. 218. Sığınmacı teriminin net olmadığına, ilk olarak kişinin kendini güvende hissettiği yer anlamına geldiğine, ikinci olarak da kişiye sağlanan korumayı ifade ettiğine ilişkin bkz.: Işıl Özkan, **Göç-İltica ve Sığınma Hukuku (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle)**, 3. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 126.

19 UNHCR, Genel Bakış, (t.y.), <https://www.unhcr.org/tr/genel-bakis> (28.3.2019).

20 Odman, *Mülteci Hukuku*, s. 33; Mehmet Özcan, s. 12; Sibel Safi, **Mülteci Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul: Legal, 2018, s. 36. Kişi 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne veya 1967 Protokolü'ne taraf olmayan bir ülkede olsa da veya coğrafi sınırlama sebebiyle bulunduğu ülkede mülteci statüsünü kazanamasa da BMMYK'den korunma talep edebilir. Zira BMMYK mültecilerin uluslararası düzeyde korunmasını sağlamayı amaçlamakta, bu alanda hükümetlerle işbirliği yapmayı üstlenmekte ve mültecilerin korunmasına ilişkin sözleşmelerin yapılması, uygulanması ve denetimiyle yükümlüdür. Bunun için bkz.: Safi, s. 36.

21 Sığınma "devletlerin kendi topraklarında koruma sağlama çabaları" olarak tanımlanmıştır. Uluslararası hukuka göre devletlerin ülkelerine giriş kontrol etme, yabancılara ikamet hakkı verme ve sınır dışı etme hakları vardır ve devletler bunları yasaklayabilirler. Bir devlet, insancıl nedenlerle yabancı bir kişinin ülkesine girmesine ve ikamet etmesine izin veriyorsa bu kişiye sığınma hakkı tanımış olduğu anlamına gelmektedir. Tanıma doktrinine göre eğer bir devlet, aksine bir sözleşmesel yükümlülüğü söz konusu değilse, ülkesinde sığınma arayan herhangi

zulüm altında başka ülkelere sığınma hakkı olduğu düzenlenmiştir²². Bildirge'nin 14. maddesi sığınma hakkını bir insan hakkı olarak düzenleyen temel normdur. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmında yer alan ifadelerde ise 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin insanların temel hürriyetlerden ve insan haklarından fark gözetmeksizin yararlanmaları ilkesini teyit ettiğinin dikkate alındığı belirtilmiştir. Dolayısıyla 1951 Cenevre Sözleşmesi, tavsiye niteliğinde olan 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 14'ün, Sözleşme kapsamında "mülteci" kabul edilenler açısından iç hukukta bağlayıcı olabilmesini sağlamıştır. Öğretide taraf devletlerin, sığınma hakkının da 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamına alınması hâlinde kendi egemenlikleri açısından bu durumun sıkıntı yaratacağını düşünmeleri sebebiyle buna karşı çıktıkları ifade edilmiştir. Ancak sığınma hakkı tanınmamış olmasına rağmen 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 33'de geri göndermeme ilkesinin düzenlenmiş olmasının önemli bir adım olduğu da belirtilmiştir²³.

C. TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ STATÜSÜNÜN KAZANILMASI

Türkiye BM Genel Kurulu'nun daveti üzerine 28 Temmuz 1951'de Cenevre'deki konferansa katılarak 1951 Cenevre Sözleşmesi'ni imzalamıştır. Ancak 1951 Cenevre Sözleşmesi on yıl sonra 29.8.1961 tarihinde 359 sayılı Kanun ile kabul edilmiştir²⁴. Yukarıda ifade edildiği üzere Türkiye Sözleşme'nin imzalanması sırasında Sözleşme m. 1/ B/ 1'de yer alan hükme dayanarak m. 1/ A/ 2'de yer alan "1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar" ifadesini "1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar" şeklinde anladığını belirten ve Sözleşme'nin uygulama alanını coğrafi açıdan sınırlandıran bir beyanda bulunmuştur²⁵.

birine sığınma hakkı tanıyabilir. Devletin bu hakkı ancak diğer devletlerle akdettiği suçluların iadesine ilişkin vb. sözleşmelerle sınırlandırılabilir. Tanım ve açıklama için bkz.: Özkan, s. 126 – 127. Özcan sığınma hakkını "ulusal düzeyde tanınan, kişinin zulüm ya da zulüm tehdidi karşısında talebi durumunda kendisine menşe ya da sürekli ikameti olan devlet karşısında koruma tanyan hak" şeklinde tanımlamıştır. Sığınma hakkı Türk anayasal düzeni açısından yabancı bir kavram olarak nitelendirilebilir. 1982 Anayasası dahil olmak üzere hiçbir anayasada sığınma hakkına yer verilmemiştir. Her ne kadar 1961 ve 1982 anayasaları açısından yapım süreçlerinde 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin esas alındığı belirtilmiş olsa da sığınma hakkı düzenlenmemiştir. Bu durumun Türkiye'nin sığınma hakkını görmezden gelmeye çalışması sebebiyle olduğuna, coğrafi sınırlama beyanı koyarak 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin bile amaçlarını dikkate almaktan kaçındığına ve Bildirge' de yer alan sığınma hakkı anayasalarımızda düzenlenmesine de yazısız bir hak olarak varlığını sürdüreceğine ilişkin görüş için bkz.: Hüseyin Özcan, s. 121 ve 145-146.

- 22 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 14/ f. 2'de yer alan, sığınma hakkının "gerçekten siyasi nitelik taşımayan adı bir suçla ilgili veya Birleşmiş Milletler ilke ve amaçlarına aykırı eylemlere dayanan kovuşturmalar hâlinde" ileri sürülemeyeceğine ilişkin ifade sığınma hakkının suçluları adaletten kaçırma amacıyla keyfi şekilde kullanılmasını önlemek içindir. Bkz.: Pazarıcı, s. 216.
- 23 Mehmet Özcan, s. 15. Her ne kadar sığınma hakkı 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde veya 1967 Protokolü'nde ele alınmamış olsa da BMMYK'nin, 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 14 Aralık 1967'de benimsenen Devlete Sığınmaya İlişkin Beyanname'nin ruhuna uygun kaldığı ve sığınma konusunda anlayışlı, katı olmayan bir politika izlenmesinden taraf olduğu yönünde görüş için bkz.: Safi, s. 37. BMMYK'nin sığınma konusunda cömert bir politika izlediğine ilişkin aynı yönde görüş için bkz.: Odman, *Mülteci Hukuku*, s. 188.
- 24 Bkz. Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun, Kanun No: 359, Kabul Tarihi: 29.08.1961, Resmî Gazete (R.G.) 05.09.1961/10898.
- 25 Sözleşme'yi Türkiye dışında coğrafi sınırlama beyanı ile kabul eden diğer devletler: Kongo, Madagaskar, Monaco'dur. Madagaskar henüz 1967 Protokolü'ne taraf değildir. Bkz.: States Parties to the 1951 Convention relating to the Status

Türkiye'nin 1967 Protokolü'ne katılması 1.7.1968 tarihli Bakanlar Kurulu²⁶ kararıyla kararlaştırılmıştır²⁷. Türkiye Protokolü taraf olurken 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olurken beyan ettiği coğrafi sınırlamayı saklı tutmuştur²⁸. Bu sebeple Türkiye hem 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne hem 1967 Protokolü'ne coğrafi sınırlama beyanında bulunduğu için sadece

of Refugees and the 1967 Protocol, (t.y.), <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html> (14.10.2018). Türkiye'nin Monako, Madagaskar ve Kongo haricinde hiçbir ülkenin koymadığı coğrafi sınırlama beyanında ısrarının mülteci yüzölçümünün yaşandığı bu günlerde anlaşılmasının güç olduğuna, özellikle de AB ile yapılan Geri Kabul Anlaşması kapsamında gelme ihtimali olan sığınmacılara Türkiye'de hangi statünün tanınacağına merak konusu olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Hüseyin Özcan, s. 159. Öğretide Türkiye'nin coğrafi sınırlamayı hâlâ korumasının birçok sebebi olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre Türkiye Asya, Avrupa ve Afrika kıtaları arasında köprü görevi görmekte olduğundan coğrafi açıdan stratejik bir konumda bulunmaktadır. Ayrıca kara sınırlarının güvenliğinin sağlanmasındaki zorluklar, kıyı sınırlarında etkin bir yönetimin olmayışı, terör sorunu, finansal kaynak eksikliği, sınır komşusu olduğu ülkelerdeki savaş ve çatışma ortamları, komşu ülkelerden gelen kitlesel akınlar ve akınlara ilişkin diğer uluslararası düzeyde bir yük paylaşımının olmaması; Asya, Afrika ve Orta Doğu ülkeleri ile geri kabul anlaşmalarının olmaması Türkiye'nin coğrafi sınırlamayı kaldırmamasının sebepleri arasındadır. Uluslararası düzeyde yük paylaşımının gerçekleşmesi ve Asya, Afrika ve Orta Doğu ülkeleri ile geri kabul anlaşmalarının yapılması, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ndeki coğrafi sınırlama beyanının kaldırılmasını – Türkiye'nin AB ile katılmı görüşmelerine de bağlı olarak – sağlayabilir. Bu görüş için bkz.: Nuray Ekşi, **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**, 5. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018, s. 10-11. Coğrafi sınırlama beyanının konulmasının sebebinin Batı Ülkeleri'nin Türkiye'yi, Doğu'dan gelebilecek muhtemel mülteci hareketleri açısından bir tampon bölge olarak görmesinin önüne geçebilmek amacıyla olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Odman, *Mülteci Hukuku*, s. 166. Bu coğrafi sınırlama beyanı sebebiyle Türk hukukunda mülteci kavramının uluslararası hukuk literatürü açısından benimsenmiş olan genel yaklaşımdan farklı bir ayrıma tabi tutulduğuna yönündeki görüş için bkz.: Safi, s. 353. Türkiye'nin coğrafi sınırlamasını Avrupa Birliği'ne üyeliği kesinleşmediği müddetçe kendisine haklı nedenlerle kaldırmayacağına; AB üyeliği kesinleştiği takdirde Türkiye kendisine sığınan mültecilerin ekonomik ve nüfusa ilişkin yüklerini AB müktesebatının zorunlu bir sonucu olarak AB ülkeleri ile paylaşabileceği için sınırlamayı kaldırmasının mümkün olacağına ilişkin görüş için bkz.: Taner Kılıç, "Bir İnsan Hakkı Olarak İltica", **Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi Mülteci Çalışmaları 2004-2005**, Ankara: Burgaz, 2008, s. 242.

- 26 2017 Anayasa değişiklikleri ile Bakanlar Kurulu'nun yetkileri Cumhurbaşkanına devredilmiştir. Çalışma kapsamında belirtilen "Bakanlar Kurulu Kararı" ifadeleri 2017 değişiklikleri öncesindeki sürece ilişkindir. 15.7.2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan "Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi" m. 1 uyarınca: "*Milletlerarası andlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması, nota teatisine konu teşkil etmesi veya bu andlaşmalara katılma bildirimlerinin yapılması için atanacak Türkiye Cumhuriyeti temsilcileri ve bu temsilcilerin yetkileri, Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirlenir. Bu kararlar, Resmî Gazete'de yayımlanmaz*". Kararname m. 2'ye göre: "*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmalar Cumhurbaşkanlığı kararı ile onaylanır. Bir milletlerarası andlaşmanın onaylanması veya bunlara katılma, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen haller dışında, onaylamanın veya katılmanın Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından bir kanunla uygun bulunmasına bağlıdır. (2) Milletlerarası bir andlaşmaya dayanılarak yapılan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari veya teknik andlaşmalar Cumhurbaşkanlığı tarafından doğrudan onaylanır. (3) Ekonomik, ticari veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalardan; Devlet maliyesi bakımından yüklenme gerektirmeyen, kişi hallerine ve Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmayan andlaşmalar Cumhurbaşkanınca doğrudan onaylanır. (4) Türk kanunlarına değişiklik getiren hükümler içeren her türlü milletlerarası andlaşmanın onaylanması veya bunlara katılma, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylamanın veya katılmanın uygun bulunmasına ilişkin bir kanun çıkarılmasına bağlıdır.*"
- 27 Dışişleri Bakanlığı'nın 13/6/1968 tarih ve 721.501-BMKY-I-316 sayılı yazısı üzerine 31/5/1963 tarih ve 244 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu'nca 1/7/1968 tarihinde kararlaştırılmıştır. (R.G. 05.08.1968/12968).
- 28 Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne coğrafi sınırlama beyanı ile taraf olmasının 1990 sonrası dönemde Türkiye'nin göç politikası açısından sıkıntı yarattığına ilişkin görüş için bkz.: Gökçe Bayındır Goularas ve Ulaş Sunata, "Türk Dış Politikasında Göç Ve Mülteci Rejimi", **Moment Dergi (Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi)**, Cilt.2, Say.1 (2015), s. 19.

Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle gelen ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer şartları taşıyan sığınmacıyı²⁹ “mülteci” olarak kabul etmektedir³⁰. Öğretide mülteci olmanın hukuki bir statü kazanılması ile ilgili olduğu, sığınma hakkı ile sığınmacı olmanın ise hukuki bir statü kazanılmasından öte sığınılan ülkenin kanunları gereğince mülteci olarak kabul olunmama sebebiyle daha çok fiili bir durum olan kısa süreli barınmayı ifade ettiği belirtilmiştir³¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *A.G. ve Diğerleri v. Turkey* davasında Türkiye'nin sığınmacıları Avrupa'dan gelen ve Avrupa dışından gelen şeklinde ayırma tabi tutmasının AİHS m. 14'te yer alan ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği açısından değerlendirme yapmıştır. AİHM Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne coğrafi kısıtlama beyanı ile taraf olduğunu; bu açıdan Avrupa dışından gelen sığınmacılara mülteci statüsü vermemesi noktasında Türkiye'nin uluslararası bir sözleşmeden kaynaklanan hakkını kullandığını, bunun Türkiye'nin sığınmacı ve mülteci politikası ile ilgili olduğunu ve sözleşmesel hakkını kullanıyor olması sebebiyle ayrımcılık yasağını ihlal ettiğinin söylenemeyeceğini belirterek başvuruyu oybirliği ile kabul edilemez bulmuştur³².

29 Öğretide sığınmacı kavramının kullanımı konusunda fikir birliği yoktur. Kanaatimizce bunun temelde iki sebebi vardır. İlki mevzuatta herhangi bir tanımının yer almamasıdır. Diğeri ise uluslararası anlaşma ve bildirilerin resmi tercümelerinde mülteci ve sığınmacı kavramlarının birbirleri yerine kullanılmış olmasıdır. Çalışmada “sığınmacı” ifadesi zulüm veya zulüm tehdidi karşısında menşe ülkesinden ya da sürekli ikamet ettiği ülkeden kaçarak gelmiş olan ve mülteci statüsünü veya mevzuatta yer alan diğer koruma statülerinden birini kazanana kadarki süre içerisinde sığınma talebinde bulunan kişiyi ifade etmek için kullanılacaktır. 1951 Cenevre Sözleşmesi “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme” olarak çevrilmiştir. 1967 Protokolüne katılmaya ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nda “sığınma” ifadesine yer vermiştir. 1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 14 hükmündeki ifade resmi olarak “mülteci” şeklinde çevrilmiştir. 1967'de kabul edilen Ülkesel Sığınma Bildirisi ile 1977 Ülkesel Sığınma Sözleşmesi Taslağı da “sığınma” ifadesine yer vermektedir. Özetle uluslararası anlaşmalarda daha çok “mülteci” ifadesinin kullanılmaktadır. Uluslararası anlaşmalarda sığınmacı kavramını aramanın gereksiz olduğuna, 1948 Tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 14 uyarınca da sığınmacı kavramının ülkelerin iç hukuku ile ilgili olduğuna ilişkin bkz.: Hüseyin Özcan, s. 30-31. Göç Terimleri Sözlüğü'nde yer alan tanım “Zulüm veya ciddi zarardan korunmak amacıyla, kendi ülkesi dışında bir ülkede güvenlik arayışında olan ve ilgili ulusal ya da uluslararası belgeler çerçevesinde mültecilik statüsüne ilişkin yaptığı başvurunun sonucunu bekleyen kişi. Olumsuz bir karar çıkması sonucunda bu kişiler ülkeyi terk etmek zorundadırlar ve eğer kendilerine insani ya da diğer gerekçeler temelinde ülkede kalma izni verilmemişse, bu kişiler ülkede düzensiz veya kanuna aykırı bir durumda bulunan herhangi bir yabancı gibi sınır dışı edilebilirler” şeklindedir. Bunun için bkz.: Perruchoud ve Redpath – Cross (Ed.), s. 74. Öğretide sığınma hakkı “bir kişinin, uyuşukta bulunduğu ya da ikamet ettiği devletin ülkesini çeşitli baskılar ya da ayrımcı yasal kovuşturmalar nedeniyle terk ederek, yabancı bir devletin ülkesine, diplomasi temsilciği ya da konsolosluk binalarına, savaş gemilerine ya da devlet uçaklarına girmesini ve bu devletin korumasını aramasını belirtmektedir” şeklinde tanımlanmıştır. Tanım için bkz.: Pazarcı, s. 215. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 18'de sığınma hakkının açıkça bir hak olarak tanıdığı, ancak bu haktan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesinin sığınma kavramının sığınan ve sığınılan açısından değişen iki boyutlu niteliği olmasından ötürü mümkün olmadığı yönünde görüş için bkz.: Neva Övünç Öztürk, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 3, Sayı. 2 (2012), s. 196.

30 2009 yılında hazırlanan bir raporda Avrupa'dan gelen sığınmacıların sayısının nispeten az olduğu, bununla beraber Türkiye'ye geçmişte Bulgaristan, Bosna Hersek, Kosova ve özellikle Çeçenistan'dan gelen sığınmacıların olduğu, Komiser'e verilen bilgiye göre o tarihe kadar 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümlerine dayanılarak sadece 43 kişiye “mülteci” statüsü verildiği belirtilmiştir. Bunun için bkz.: *Rapor: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg'in 28 Haziran – 3 Temmuz 2009 tarihleri arasında Türkiye'yi ziyaretini müteakiben hazırladığı*, CommDH(2009)31, <https://rm.coe.int/16806db8a0> (10.11.2018), s. 7.

31 Odman, *Mülteci Hukuku*, s. 189.

32 Davaya konu olayda İranlı 1961 doğumlu Ajab-Shahr Kastamonu'da kendisi gibi İran vatandaşı eşi ve üç çocuğu

6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (1994 Yönetmeliği) yürürlüğe girene kadar iltica ve göç konuları ilişkin mevzuat: mülga 2510 Sayılı İskân Kanunu, 5682 Sayılı Pasaport Kanunu, mülga 5683 Sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanunu idi. 1988-1991 İran – Irak Savaşı, 1990 – 1991 Körfez Savaşı, 1992-1997 yılları arasında Eski Yugoslavya'daki iç savaş ve bölünme, 1989 yılında Bulgaristan'dan Türk soyluların sınır dışı edilmeye başlanması, 1999 Kosova olayları ve Ortadoğu'da yaşanan iç savaşlar sebebiyle Türkiye çok yoğun nüfus hareketleri altında kalmış³³, bu alandaki sıkıntıların giderilmesi amacıyla 1994 Yönetmeliği kabul edilmiş ve 30.11.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. 1994 Yönetmeliği hükümleri AİHM kararlarına da konu olan bazı hak ihlallerine sebep olmuştur. 1994 Yönetmeliği'nin hak

ile yaşamaktadır. Ajab-Shahr (başvurucu) Marksist – Leninist bir örgüt olan İran Halkının Mücahitleri Örgütü'ne (IPFG) üyedir ve 1978-79 yılları arasında İran Şahi'na karşı başkaldırma olaylarında görev almıştır. Başkaldırı sonrasında İslami hükümet, örgütün faaliyetlerine yasak getirmiş, üyelerini tutuklamış ve idam ettirmiştir. Başvurucu 1981 yılında rejim karşıtlarına karşı düzenlenen operasyonda bacağından vurularak gözaltına alınmış ve mahkeme huzuruna çıkmaksızın 18 ay Tebriz'de hapisteye tutulmuştur. Bu süre içinde işkenceye maruz kalmıştır. 18 ay sonunda çok kısa bir yargılamaya yapılarak 28 ay hapis cezası almıştır. 1984'te hapisten salıverildikten sonra Tahran'a dönerek başka bir isim altında IPFG için çalışmaya devam etmiştir. Bu süreçte şuan ki eşi ile (kendisi de aynı dönemde IPRG üyesi olan) evlenmiş ve 1985-1990 yılları arasında üç çocuğu dünyaya gelmiştir. Başvurucu, gerçek kimliğinin açığa çıkacağından ve yeniden hapse atılıp işkence göreceğinden endişe ettiği için ailesi ile birlikte İrandan kaçmaya karar vermiştir. Başvurucunun ailesi 21 Temmuz 1995 tarihinde Türkiye'ye yasa dışı yollardan giriş yapmıştır. 24 Temmuz 1995 tarihinde başvurunun eşi BMMYK ile görüşme yapmıştır. Aynı gün başvurunun eşi ve çocuklarının Kastamonu'ya geçici olarak yerleşmelerine izin verilmiştir. 15 Ocak 1996 tarihinde BMMYK başvurunun eşine Türk makamları tarafından sığınma taleplerinin reddedildiğini ve sınır dışı edileceklerini bildirmiştir. Başvurucunun eşinin temyiz başvurusu üzerine ailenin geçici yerleştirildikleri yerde 3 ay daha kalabileceklerine karar verilmiştir. 4 Mart 1996 tarihinde başvuru yasa dışı yollarla Türkiye'ye girmiş ve 6 Mart 1996 tarihinde BMMYK Ankara ofisine mülteci statüsü kazanma talebiyle başvuru yapmıştır. Önce başvurunun geçici olarak Van'da kalmasına, 29 Temmuz 1996 tarihinde de ailesinin geçici olarak kaldığı Kastamonu'da kalmasına karar verilmiştir. İlerleyen süreçte başvuru ve eşi ile tekrar (ayrı ayrı) mülakat yapılmış ve Ocak 1997'de üçüncü ülkeye yerleştirilmeye uygun olmadıkları belirtilerek sığınma talepleri reddedilmiştir. Başvurucu ve ailesine 17 Şubat 1997'de İçişleri Bakanlığı tarafından Türkiye'yi 15 gün içinde terk etmeleri tebliğ edilmiştir. Başvurucu kararın yeniden gözden geçirilmesi talebinde bulunmuştur. Geçici olarak kalışları Komisyon tarafından Aralık 1997'ye kadar uzatılmıştır. 18 Eylül 1997'de Komisyon başvurunun kabul edilmez olduğunu bildirmiştir. 17 Aralık 1997'de İçişleri Bakanlığı başvuru ve ailesinin Türkiye'yi terk etmesi yönünde karar almış ve bu karar başvuru ve ailesine 30 Aralık 1997'de tebliğ edilmiştir. 14 Ocak 1998 tarihinde başvuru bu karara itiraz etmiştir. Ancak İçişleri Bakanlığı bu itirazı reddederek Kastamonu emniyet güçlerine sınıra kadar başvuru ve ailesine eşlik etme talimatını vermiştir. Başvurucu 11 Şubat 1998 tarihinde İdare Mahkemesi'ne başvurmuş ancak farklı bir sonuç alamamıştır. Başvurucu ve diğer başvuru olan eşi yasa dışı bir örgütün üyesi olmaları sebebiyle İrandan iade edilmeleri hâlinde tutuklanıp işkenceye maruz kalma riskini taşıdıklarını ifade etmişlerdir. AİHM'ye başvuru yapmış ve AİHM'nin birçok maddesi açısından hak ihlallerinin olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ayrımcılık yasasına ilişkin 14. madde bunlardan biridir. Bkz.: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (A.G. and Others v. Turkey), 15.6.1999, 40229/98, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22001-4856%22%5D%7D> (10.11.2018).

- 33 1994 Yönetmeliği öncesinde uzun süre yukarıda belirtilmiş olan mevzuatın uygulanmasının sebebinin idari kadronun 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokol'ü açısından eğitim almamış olması ve iltica başvurusu, bu başvuruların nasıl inceleneceği, hangi şartlarla kabul edileceği, kabul edilmesi hâlinde mültecilerin hak ve yükümlülükleri, geçici korumanın sağlanması, iltica talebi reddedilen kişilerin durumları ve uluslararası organizasyonlarla nasıl bir işbirliği içinde hareket edileceği noktasındaki bilgisizlikler olduğunu ifade etmiştir. M. Tevfik Odman, "Mülteci Hukuku ve Türk Mülteci Politikası ve Uygulaması", **Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi Mülteci Çalıştayları 2004-2005**. Ankara: Burgaz, 2008, s. 49.

ihlallerine sebep olan bazı hükümlerinin değiştirilmesine karar verilmiş ve 16.1.2006 tarihinde 9938 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik kabul edilerek 27.1.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Yine bu alandaki bir başka düzenleme 22.6.2006 tarihli 57 Sayılı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi olmuştur. Bu genelge 1994 Yönetmeliği'nin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılmıştır. Ancak 1994 Yönetmeliği ve sığınmacı hukukuna ilişkin diğer düzenlemelerin bu alandaki hukuki sisteme dair eksiklikleri giderememiş olması, yetersiz kalması, özellikle Avrupa dışından gelen sığınmacılar açısından AIHM tarafından Türkiye aleyhine kararlar verilmesinin önüne geçememesi sebebiyle; İçişleri Bakanlığı bünyesinde 2009 yılında çalışmalarına başlayan İltica ve Göç Bürosu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı Taslağı'nı hazırlamıştır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)³⁴ 11.4.2013 tarihli Resmi Gazete 'de yayınlanmış, m. 125 uyarınca bazı hükümleri hariç Beşinci Kısım (Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev, yetki ve örgütlenmesine ilişkin) Kanun'un yayımı tarihinde, diğer hükümleri ise yayımı tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 61'de, Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'ne ilişkin coğrafi sınırlama beyanına uygun olarak, *“Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında”* mülteci statüsü verileceği hüküm altına alınmıştır.

II. ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜ OLARAK “ŞARTLI MÜLTECİ”

Türk hukukunda mülteci olarak kabul edilemeyen sığınmacıların sahip olabilecekleri statüler YUKK'ta düzenlenmiştir. Bunlar: şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü ve geçici koruma statüsüdür³⁵. Bunlar içerisinde şartlı mülteci statüsüne sahip kişiler diğer bütün şartlar açısından

³⁴ R.G. 11.4.2013/28615.

³⁵ Uluslararası koruma statüsü için başvuran kişi mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemiyorsa ancak vatandaşı olduğu ülkeye ya da ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde ölüm cezasına mahkum olacak ya da ölüm cezası infaz edilecek olan; bu ülkede işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ya da muameleye maruz kalacak olan; uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışmanın varlığında ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle vatandaşı olduğu ülkenin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye YUKK m. 63 uyarınca statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir. Mülteci olarak kabul edilmeyen sığınmacılara ilişkin son olarak belirtilecek statü ise geçici koruma statüsü olarak ifade edilen ve ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici nitelikte bir koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak sınırlara gelen ve sınırları geçen yabancılar sağlanan koruma statüsüdür (YUKK m. 91).

1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü kapsamında mülteci olarak nitelendirilebilecek olup da Türkiye'nin hem Sözleşme'ye hem Protokol'e ilişkin coğrafi sınırlama beyanı sebebiyle Türkiye açısından bu statüye sahip olamayan, diğer bir ifadeyle Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle³⁶ Türkiye'ye sığınmış olan kişilerdir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 62 uyarınca kişi Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında olup, bu ülkenin korumasından yararlanamıyorsa ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemiyorsa veya vatansızsa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunup da oraya dönemiyorsa ya da söz konusu korku nedeniyle dönmek istemiyorsa bu kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında bir uluslararası koruma³⁷ çeşidi olan şartlı mülteci statüsü verilir³⁸. Dolayısıyla şartlı mülteci statüsüne sahip kişilerin 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967

36 BMMYK kayıtlarında dünyada 60 milyona yakın mülteci bulunmakta olduğu yazmaktadır. Resmî kayıtlar açısından değerlendirme yapıldığında bu mültecilerin %90'a yakınının Müslüman ülkelerden çıktığı ve bu kişileri kabul eden ülkelere bakıldığında %90'a yakınının yine Müslüman ülkeler olduğu tespit edilmiştir. Bkz.: Yusuf Adıgüzel, "Göç Alan Toplumlarda Mültecilik Algısı", **UMHD İnsan Hakları Perspektifinden Mültecilik** içinde (109-120), 2017, <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/MULTECILIK-BASKI-170117-N.pdf> (15.11.2018), s. 109.

37 Kendi ülkesinin ulusal korumasından yoksun olan kişinin, menşe ülkesi dışında temel haklarının korunmasını amaçlayan uluslararası hukuka dayalı uluslararası toplumun sağladığı korumaya uluslararası koruma denir. Bu tanım için bkz.: UNHCR, UNHCR Master Glossary of Terms, 2006, <https://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html> (13.11.2018), s. 13.

38 YUKK yürürlüğe girmeden önce 14.9.1994 tarihinde kabul edilerek 30.11.1004 tarihli 22127 sayılı Resmî Gazete ile yürürlüğe giren Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle "ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyrugu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı" sığınmacı olarak tanımlamıştı (m. 3/ f. 3). "Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyrugu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı" ise YUKK m. 61 hükmü ile aynı şekilde "mülteci" olarak tanımlanmaktaydı (m. 3/ f. 2). Yönetmeliğin amacının 1951 Cenevre Sözleşmesi ile 1967 Protokol'ü uyarınca ülkemize münferiden iltica eden veya başka ülkelere iltica etmek için ülkemizden ikamet izni talep eden yabancılar ile birlikte toplu hâlde iltica veya sığınma hakkı elde edebilmek amacıyla sınırlarımıza gelen yabancılar ve olabilecek nüfus hareketlerine hangi usul ve esasların uygulanacağını belirlemesinin yapılması ve buna ilişkin görevli kuruluşların tespiti olduğu ifade edilmiştir (m. 1). Yönetmelik m. 29'da Türkiye'de yasal olarak bulunan bir mülteci ve sığınmacının ancak milli güvenlik veya kamu düzeni gerekleriyle 1951 Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde sınır dışı edilebileceği düzenlenmiş ve bu karara karşı on beş gün içinde ilgili kişilerce itiraz edilebileceği hüküm altına alınmıştır (m. 29). Sınır dışı edilmelerine karar verilen mülteciler ve sığınmacılar açısından Yönetmelik m. 29 uyarınca belirlenmiş olan on beş gün sürenin kısa oluşu ve bu süreyi ihlal edenlerin başvuruolarının mahkeme tarafından reddedilmiş olmasının adil yargılanma hakkının ihlali sayılması gerektiğine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) çokça kararı vardır. Bunun için bkz.: Bozbeyoğlu, s. 66. "6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 94. maddesi uyarınca AHMAD REZA KHOSRAVİ'nin İran İslam Cumhuriyeti rejim aleyhtarı olduğu ve şartlı mülteci statüsünde olan mağdurun üçüncü bir ülkeye gidene kadar ülkemizde koruma altına alınmış olması ve bu hususun 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi ile ülkemize yüklenmiş bir yükümlülük olduğu" yönündeki tespitin yer aldığı Yargıtay kararı için bkz.: Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E: 2016/5096 K: 2017/364 K.T.: 31.01.2017 (Emsal İçtihat Bankası).

Protokolü kapsamında “mülteci” statüsüne sahip olan kişilerden tek farkı Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle uluslararası koruma statüsüne ihtiyaç duymalarıdır.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 3/ f. 1/ b “Avrupa ülkeleri” ifadesi ile kastedilenin Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler³⁹ ile Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek diğer ülkeler olduğunu düzenlemiştir. Bu açıdan örneğin Afganistan’dan, Somali’den, Sudan’dan, Myanmar’dan, Kongo’dan, Pakistan’dan, Irak’tan, İran’dan, bazı diğer Afrika ülkelerinden ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için Türkiye’ye sığınan kişilere statü belirleme işlemleri sonucunda verilecek statü “mülteci” statüsü değil, “şartlı mülteci” statüsüdür⁴⁰.

Şartlı mültecilerin YUKK hükümleri uyarınca hakları ve yükümlülükleri mülteci statüsüne sahip olan sığınmacılardan daha farklıdır ve bu hükümler değerlendirildiğinde sadece geldikleri coğrafya sebebiyle mültecilere oranla daha dezavantajlı bir statüde olduklarını belirtmek gerekmektedir.

III. ŞARTLI MÜLTECİLERİN BAZI HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ

A. YERLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

1. Milletlerarası Düzenlemeler

10 Aralık 1948’de BM Genel Kurulu tarafından 217 A (III) sayılı Karar ile kabul edilen, hukuken bağlayıcılığı olmasa da hukuken bağlayıcı olan bir çok düzenlemenin önünü açan⁴¹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁴² m. 13 uyarınca herkes herhangi bir devletin sınırları dâhilinde serbestçe

39 Avrupa Konseyi üye ülkeler: Almanya, Andora, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, Karadağ, İtalya, İzlanda, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, San Marino, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna, Yunanistan. Gözlemci üyeler: ABD, Japonya, Kanada, Meksika, Vatikan. Türkiye kurucu üyedir. Bu bilgiler için bkz.: T.C. Dışişleri Bakanlığı, Avrupa Konseyi, (t.y.), http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa (25.3.2019).

40 2017 yılında Türkiye’ye uluslararası koruma başvurusu yapan sığınmacılardan: 68.685 kişi Irak, 31.148 kişi Afganistan, 9.619 kişi İran, 1.082 kişi Somali, 350 kişi Pakistan uyrukludur. Bkz.: *Uluslararası Koruma*, (t.y.), http://www.goc.gov.tr/icerik3/uluslararası-koruma_363_378_4712 (5.11.2018).

41 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi bir uluslararası sözleşme değildir. BM Genel Kurulu Kararı olduğu için imzalanması ve onaylanması söz konusu olamaz. Bu açıdan Bildirge’nin hukuksal niteliği konusunda yanlışya düşüldüğü görülmüş ve 1997 yılında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Kurulu dahi bu yanlış doğrultusunda karar vermiştir. Bildirge bağlayıcı olmasa dahi kabul edilmesinden itibaren geçen yıllar boyunca insan hakları alanında ulusal ve uluslararası bütün olumlu gelişmeleri etkilemiştir. Bunun için bkz.: Rona Aybay, “Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, http://tbbayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan_haklari_evrensel_bildirisi.pdf (Erişim tarihi.: 3.11.2018).

42 RG T.: 27.5.1949, RG S.: 7217. Bildirge’nin İngilizce esas metni için bkz.: *Universal Declaration of Human Rights*, (t.y.), https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf (8.11.2018). Bildirge’nin T.B.M.M. İnsan Hakları Komisyonu tarafından yayımlanan Türkçe çevirisi için bkz.: *İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi*, (t.y.), <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (8.11.2018). Sığınma hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nde düzenlenmiş olmasının, hakkın evrensel niteliğini ortaya koyduğuna; ulusal ve uluslararası mahkemelerde bireysel olarak ileri sürülebilmesinin önünü açtığına ilişkin bkz.: Ann Vibeke Eggli,

dolaşma ve yerleşme özgürlüğüne sahiptir. Herkes, kendi memleketi de dâhil, herhangi bir memleketi terk etmek ve memleketine dönmek hakkını haizdir. Yine m. 14 “herkesin, zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı” olduğunu⁴³ düzenlemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 Numaralı Protokol⁴⁴ m. 2’de yerleşme ve seyahat özgürlüğü yer almaktadır. İlgili hükme göre bir devletin ülkesinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve yerleşim yerini seçebilme hakkına sahiptir. Ayrıca herkes, kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etme konusunda serbesttir. Bu haklar demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmuş şekilde ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için sınırlandırılabilir. Bu haklar belli yerlerde, demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara kanun yolu ile tabi tutulabilir.

Türkiye 4 Numaralı Protokol’ü 19 Ekim 1992’de imzalamış ve 23 Şubat 1994 tarihinde onaylamıştır. 3975 Sayılı Onay Kanunu 26 Şubat 1994 gün ve 21861 Sayılı Resmi Gazete ‘de yayınlanmıştır. Ancak onay belgesi henüz tevdi edilmediği için, Türkiye halen Protokole taraf değildir. Protokol iç hukuk bağlamında yürürlüğe girmiş, fakat uluslararası yükümlülük doğurmamıştır. Bu sebeple Protokol’de yer alan haklara iç hukuk yollarında dayanılabilir; ancak bu haklara ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Türkiye’den bireysel başvuru yapılması mümkün değildir⁴⁵.

Protokol m. 2 bir devletin ülkesinde “usulüne uygun olarak bulunan herkes” açısından yerleşme ve seyahat özgürlüğünden bahsetmektedir. Dolayısıyla Protokol m. 2’de bahsedilen haklardan yararlanabilmek için ilgili ülkede yasal olarak bulunuyor olmak gerekmektedir. Protokol m. 2’de yer alan haklar vasıflı haklar olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirilme birey ve toplum arasında denge tutturulması gerektiğini ve devletin bu haklara belirli çıkarları korumak amacıyla müdahale edebileceğini ifade eder. Kural olarak kişinin bir devletin ülkesinde

Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law, Hague: Martinus Nijhoff Pub., 2002, s. 82’den aktaran Ergüven ve Özturanlı, s. 1016.

43 Bildirge’nin İngilizce olan esas metninde özellikle sığınma hakkı yerine sığınma arama hakkı (right to seek asylum) ve sığınmadan faydalanma hakkı (right to enjoy asylum) ifadelerinin tercih edildiğine, “sığınmadan faydalanma hakkı”nın “sığınma hakkı”ndan farklı olarak sığınma talebinde bulunulan devlet tarafından ancak kabul edilmesi hâlinde bir hak olarak ileri sürülebileceğine ve bu sebeple de talep edilen devleti sığınmacıyı ülkesine kabul etmeye veya uluslararası koruma sağlamaya dair bir yükümlülük altına sokmayacağı tespiti için bkz.: Öztürk, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi”, s. 207-208.

44 4 Numaralı Protokol, 16 Eylül 1963 tarihinde Strasbourg’da imzaya açılmış ve 7. maddeye uygun olarak 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

45 Buna ilişkin bkz.: İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 Numaralı Protokol, (t.y.), <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numarali-protokol/> (15.3.2019). Yargıtay 2. Ceza Dairesi 2012 yılında sanıkların yaşadıkları köyden çıkmalarının yasaklanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 Numaralı Protokol m. 2’de yer alan serbest dolaşım özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir (E.: 2010/ 6038, K.: 2012/4079). Göçmen bu kararın hukuki açıdan hatalı olduğu, zira Türkiye’nin henüz 4 Numaralı Protokol’ü onaylamadığı, bu sebeple Protokol’ün Türk hukukunun bir parçası olmadığı ve uyumsuzluklar açısından bir ölçüt olarak kabul edilemeyeceği yönünde görüş belirtmiştir. Bu karar ve görüş için bkz.: İlke Göçmen, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2015, s. 348, dn. 32.

hukuka uygun olarak bulunduğu takdirde sahip olduğu kabul edilen ikamet yerini seçme ve serbestçe dolaşma hakkı, demokratik toplumda meşru ve yasaya uygun olarak devlet tarafından sınırlandırılabilir⁴⁶. Bu meşru sebepler de Protokol m. 2'de “ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, sağlık ve ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olarak belirtilmiştir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁴⁷ m. 12 diğer sözleşmelerle benzer şekilde bir düzenleme getirmiştir. İlgili hükme göre bir ülkede yasal olarak bulunan herkes ikamet ve seyahat özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük ancak ulusal güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı, genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için konmuş yasalarla ve Sözleşme'deki diğer tanınmış olan haklara uyumlu olacak şekilde sınırlandırılabilir⁴⁸.

1951 Cenevre Sözleşmesi'nde her taraf devletin, ülkesinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, genel olarak aynı koşullardaki yabancılara yönetmeliklerce sağlanan, toprakları üzerinde ikamet edeceği yeri seçme ve özgürce seyahat etme hakkı tanıyacağı (m. 26) ve taraf devletlerin, ülkelerinde bulunan ve geçerli bir seyahat belgesine sahip olmayan her mülteciye kimlik kartı çıkartacakları (m. 27) düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 26. maddesi hem ikamet özgürlüğüne hem de seyahat özgürlüğüne ilişkin bir maddedir. Hüküm bağlayıcıdır ancak belirtmek gerekir ki sağlanacak özgürlüğün genel olarak aynı koşullardaki yabancılara tanınan standartlara bağlanması sözleşmeye taraf olan devletlere belirli bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu sebeple Sözleşme kapsamındaki mültecilerin askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ve doğal afet bölgelerine seyahatlerine ve ikametlerine diğer yabancılara getirilen sınırlamalar aynı şekilde getirilebilir. İkamet yerini seçme özgürlüğü kişinin aynı yerde ikametine devam etme özgürlüğünü de kapsamaktadır⁴⁹.

Bir başka açıdan yerleşme özgürlüğünü destekleyecek bir hüküm olarak bu noktada 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 21'den bahsedilebilir. Hüküm taraf devletlerin, konut edinme açısından ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, konunun yasalar ve yönetmeliklerle düzenlendiği ya

46 Göçmen, s. 338.

47 Sözleşme Türkiye tarafından 15.8.2000 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4868 sayılı Kanun 18.6.2003 tarihinde 25142 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Bakanlar Kurulu Sözleşme'nin onaylanmasını, 7 Temmuz 2003 tarihli ve 2003/5851 sayılı kararıyla kararlaştırmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi 21.7.2003 tarihinde 25175 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Türkiye tarafından onay belgeleri 15.9.2003 tarihinde BM Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve m. 49 uyarınca Sözleşme Türkiye açısından 23.12.2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır.

48 İkamet ve seyahat özgürlüğü ile ilgili hükümler içeren diğer uluslararası insan hakları belgeleri: Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 15/4: “*Taraf Devletler, kadın ve erkeğe hukuki olarak ikametgâh seçme taşımada eşit yasal hak tanıyacaklardır*”, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme m. 5: “*i) Devlet sınırları dahilinde hareket serbestisi ve ikamet hakkı ii) Kendi ülkesi dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmek ve kendi ülkesine geri dönmek hakkı*” şeklindedir. ”, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme kapsamında Taraf devletler her şekilde ırk ayrımcılığını yasaklamak ve ortadan kaldırmak ve ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken ayrımı yapmaksızın, özellikle bu haklardan yararlanmada herkesin kanun önünde eşitlik hakkını garanti altına almak yükümlülüğünü üstlenmişlerdir.

49 Mültecinin ikamet yerini seçme özgürlüğünün Sözleşme m. 21'de düzenlenen konut edinme hakkıyla da ilgili olduğuna ilişkin bkz.: Bülent Çiçekli, **6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku**, 6. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 359.

da kamu makamlarının kontrolüne tabi olduğu oranda genel olarak aynı şartlar altındaki⁵⁰ yabancılara uygulanandan daha az olmayacak biçimde, mümkün olan en müsait muameleyi sağlayacaklarını düzenlemiştir.

2. Türk Hukukunda Şartlı Mültecilerin Yerleşme Özgürlüğü

a. Türkiye İçinde Yerleşme Özgürlüğü

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Kişi Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan m. 23'te herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenmiştir. Anayasa m. 23/f. 2'de yerleşme özgürlüğünün suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; seyahat özgürlüğünün ise suç soruşturma ile kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla (m. 23/ f. 3) ancak kanun yoluyla sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir (m. 23/ f. 4). Anayasa m. 16 da temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlandırabileceğini düzenlemiştir.

Yerleşme özgürlüğüne ilişkin kanuni düzenlemelere baktığımızda, YUKK m. 65/ f. 1 uluslararası koruma statüsü için yapılacak başvuruların valiliklere bizzat yapılacağını belirtmiştir. Kişinin makul bir süre içinde kendiliğinden valiliklere uluslararası koruma başvurusunda bulunması hâlinde yasa dışı girişlerinin ve kalışlarının geçerli nedenlerini açıklaması kaydıyla kişiye, Türkiye'ye yasal giriş şartlarını ihlal ettiği ya da Türkiye'de yasal şekilde bulunmadığı gerekçesiyle cezai işlem yapılması söz konusu olmayacaktır (m. 65/ f. 4). Bu hüküm 1951 Cenevre Sözleşmesi ile uyum içerisindedir. Zira Sözleşme m. 31, taraf devletlerin tehdit altında bulunduğu bir ülkeden doğruca gelecek izinsizce kendi topraklarına giren veya bu topraklarda bulunan mültecilere, gecikmeden yetkili makamlara başvurarak yasa dışı girişlerinin veya bulunuşlarının geçerli nedenlerini göstermeleri koşuluyla, yasa dışı yollardan girişleri veya bulunuşları sebebiyle ceza vermeyeceklerini düzenlemiştir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 62'de şartlı mülteci statüsü verilen kişilerin güvenli üçüncü ülkeye⁵¹ yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalmasına izin verileceği

50 1951 Cenevre sözleşmesi m. 6'da Sözleşme açısından "aynı şartlarla" kavramının belli bir kimsenin, söz konusu bir haktan yararlanabilmesi için, özellikleri açısından bir mültecinin yerine getiremeyecekleri dışında, mülteci olmasaydı belli bir hakkı kullanmak için yerine getirmesi gereken bütün şartları (geçici yahut daimi ikamet süresine ve şartlarına ait olanlar dâhil), kendisinin yerine getirmesi anlamını ifade ettiği düzenlenmiştir.

51 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 77'de bir ülkenin başvuru için güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemede YUKK m. 74/ f. 2'ye atfı yapılmıştır. YUKK m. 74/ f. 2'de kişilerin hayatlarının ya da özgürlüklerinin, ırk, din, tabiiyet, belirli bir toplumsal gruba mensubiyet ya da siyasi düşünceler sebebiyle herhangi bir tehdit altında olmadığı; kişilerin işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilememesi ilkesinin uygulanmakta olduğu; mülteci statüsünün talep edilebilir ve kabul edilmesi hâlinde 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne uygun olarak koruma elde etme imkânının bulunduğu ve kişinin ciddi anlamda zarar görme riskinin olmadığı ülkelerin güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirileceği düzenlenmiştir. YUKK m. 74/ f. 3'te ayrıca, bir ülkenin başvuru sahibi için güvenli üçüncü ülke olup olmadığının değerlendirilmesinde kişinin bu ülkeye gönderilmesini makul kılacak, kişi ile ilgili ülke arasında bağlantının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Yönetmelik m. 77/f. 1/b'de de YUKK m. 74/ f. 3'te

düzenlenmiştir⁵². Zira sığınmacının Türkiye’den mülteci statüsü alabilmesi için Avrupa ülkelerinden birinden gelmesi gerekmektedir. Avrupa ülkelerinden gelmeyen ancak 1951 Cenevre Sözleşmesi’ndeki diğer bütün şartları aynı şekilde taşıyan ve m. 33 uyarınca geri de gönderilemeyecek olan sığınmacılara⁵³ Türkiye, güvenli bir üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar geçici nitelikte bir ikamet izni vermektedir. Buna karşılık Avrupada meydana gelen olaylar sebebiyle kendisine “mülteci” statüsü verilen kişiler açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle şartlı mülteci statüsüne sahip kişilere üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar geçici süreyle bir ikamet izni verilirken; mülteci statüsüne sahip kişilerin üçüncü ülkeye yerleştirilme gibi bir durumları olmadığı için bu kişilere tanınan ikamet izni geçici süreliğine verilmemektedir. Bununla beraber mülteci statüsü verilmiş olan kişilere yabancı kimlik numarası içeren üçer yıl süreli kimlik belgesi düzenlenirken; şartlı mülteci statüsü verilen kişilere verilecek kimlik belgesinin süresi birer yıllıktır (YUKK m. 83/ f. 2)⁵⁴.

belirtilen söz konusu bağlantı, bir ülkenin güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilebilmesi için bir diğer şart olarak sayılmıştır. Yönetmelik m. 77/ f. 2’de YUKK m. 74’de belirtilmiş olan makul bağlantının varlığının tespiti için mevcut olması gereken durumlar sayılmıştır. Söz konusu durumlardan birinin varlığı, makul bağlantının varlığı için yeterli olacaktır ve bu şartlar açısından bir ülkenin güvenli üçüncü olup olmadığı değerlendirmesi her başvuru sahibi açısından ayrı ayrı yapılacaktır (Yönetmelik m. 77/ f. 3). YUKK m. 77/ f. 2’de sayılmış olan şartlar şu şekildedir: “a) Başvuru sahibinin güvenli üçüncü ülkede yerleşik aile üyelerinin bulunması. b) Başvuru sahibinin daha önce çalışma, öğrenim, yerleşme gibi amaçlarla güvenli üçüncü ülkede uzun süreli bulunmuş olması. c) Başvuru sahibinin güvenli üçüncü ülkenin dilini temel düzeyde biliyor olması gibi bu ülke ile sağlam kültürel bağlarının bulunması. ç) Başvuru sahibinin güvenli üçüncü ülkeye, sadece transit amaçlı değil, kalmak amacıyla giriş yapmış olması”. Bu noktada belirtmek gerekir ki başvuru sahibinin güvenli üçüncü ülkeden geldiği kabul edilirse, başvurusu kabul edilemez olarak nitelendirilecek ve güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi amacıyla işlemler yapılacaktır. Eğer güvenli üçüncü ülkeye gönderilememesi söz konusu olursa, başvurusu tekrar işleme alınacaktır (YUKK m. 77/ f. 4).

- 52 Türkiye’nin 1951 Cenevre Sözleşmesi’ne coğrafi sınırlama beyanı ile taraf olması, transit ülke konumunu da güçlendirmektedir. Şartlı mülteciler Türkiye’de kalmak isteseler bile mülteci statüsünü elde edemeyecekleri, sığınma talepleri BMMYK tarafından kabul edilmesi hâlinde üçüncü ülkeye yerleştirilecekleri ve bir kısmının talebi reddedileceği için AB ülkelerine yasa dışı yollarla geçmeye çalışmaktadırlar. İnsan tacirleri ve göçmen kaçakçıları bu sebeple Türkiye açısından önemli bir tehdit haline gelmiştir. Bu görüş için bkz.: Bayındır Goularas ve Sunata, s. 29.
- 53 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 33/ f. 1’de hiçbir taraf devletin bir mülteciyi ırkı, dini, vatandaşlığı, muayyen bir içtimai zümreye mensubiyeti veya siyasi fikirleri sebebiyle hayat ve hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin sınırlarına her ne şekilde olursa olsun geri gönderemeyeceği veya iade edemeyeceği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında birinci fıkradaki hükümden yararlanamayacak kişiler belirtilmiştir. Buna göre, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler olan veya ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, birinci fıkradaki hükümden yararlanmayı talep edemeyecektir.
- 54 YUKK m. 83’te mültecilere üçer yıl süreyle, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine birer yıl süreyle düzenlenen uluslararası koruma statüsü kimlik belgesinin hiçbir harca tabi olmayacağı ve ikamet izni yerine geçeceği düzenlenmiştir. YUKK’ın kabulünden önceki dönemde Ankara 8. İdare Mahkemesi, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu’na ait bir yerde kalan ve BMMYK belgesi ile güvenli üçüncü ülkeye gönderilinceye kadar sığınmacı olarak başvuruda bulunan Eritre uyruklu davacının harç parasını ödeyemediği için kendisine ikamet tezkeresi verilmesinin mümkün olmadığına ve bunun gerekçesinin de ikamet tezkerelerinin harçlarının 492 sayılı Harçlar Kanunu’na tabi olduğuna ilişkin karar vermiştir. Bu karar Danıştay tarafından bu konunun davacının harç yükümlüsü olup olmadığının tespitine bağlı olduğu ve bu hususta da vergi mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle bozulmuştur. Danıştay 10. Daire’nin 8.10.2010 tarihli, 2010/ 8366 Esas, 2010/7535 sayılı Karar’ı için bkz.: Nuray Ekşi ve Bülent Çiçekli, **Yabancı ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları**, İstanbul: Beta, 2012, s. 185-186.

Aile ikamet iznini düzenleyen YUKK m. 34 uyarınca Türk vatandaşlarının, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun⁵⁵ 28 inci maddesi kapsamında olan mavi kartlıların veya ikamet izinlerinden birine sahip olan yabancılar ile mültecilerin ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin yabancı eşine, kendisinin veya eşinin ergin olmayan yabancı çocuğuna ve kendisinin veya eşinin bağımlı yabancı çocuğuna, her defasında üç yılı aşmayacak şekilde aile ikamet izni verilebileceği düzenlenmiştir. Şartlı mültecilerin eşi veya çocukları için aile ikamet izninin verilmesi ilgili hüküm gereğince mümkün olmayacaktır⁵⁶. Zira şartlı mültecilere verilen ikamet izni YUKK m. 62 uyarınca üçüncü ülkeye gönderilinceye kadar geçici niteliktedir. Bu nitelikte ikamet izniyle Türkiye'de kalan şartlı mültecinin ailesine geçici nitelik taşımayan aile ikamet izninin verilmesi kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "İkamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğü" başlıklı 71. maddesinde uluslararası koruma statüsü başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi bazı idari yükümlülüklerin getirilebileceği düzenlenmiştir⁵⁷. Ayrıca m. 71/ f. 2 uyarınca başvuru sahibi, adres kayıt sistemine kayıt yaptırma ve ikamet adresini valiliğe bildirme yükümlülüğü altındadır. Bu aşamada bütün uluslararası koruma statüsü başvuru sahipleri yerleşme özgürlüğü açısından aynı sınırlamalara tabi tutulmuş olsalar da; YUKK m. 82, uluslararası koruma statüsünü kazandıkları andan itibaren geçici de olsa yasal olarak ülke topraklarında ikamet etme hakkına sahip olan şartlı mülteciye Göç İdaresi Genel Müdürlüğü (Genel Müdürlük) tarafından kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle belirli bir ilde ikamet etme, belirlenen süre ve usullerle bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilebileceğini düzenlemiştir. Yine Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik⁵⁸ m. 110/ f. 2'de şartlı mültecilerin ikamet edecekleri illerin Genel Müdürlük tarafından belirlenebileceği veya Genel Müdürlük tarafından belirlenecek iller arasından kendileri tarafından seçilebileceği düzenlenmiştir. Genel

55 RG T.: 12.6.2009, RG S.: 27256.

56 Bu noktada AİHM'nin Birleşik Krallık'ta iltica başvurusu yapan Somali vatandaşı Bay Hode ve mülteci statüsünü kazandıktan sonra evlenmiş olduğu Cibuti vatandaşı Bayan Abdi'ye ilişkin *Hode and Abdi v. United Kingdom* kararının tartışılması mümkündür. Karada yer alan ifade: "...Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca bir devlet, evli çiftlerin evlilikle ilgili ikamet ülkeleri seçimine riayet etmekle ve yabancı eşi o ülkeye yerleşmek için kabul etmekle yükümlü değildir. ...[Bununla beraber] Birleşik Krallık'taki yerel mevzuat, belirli göçmen kategorilerine eşleri ile birleşme hakkı tanıyor; bunu Sözleşme'nin 14. maddesi ile uyumlu biçimde yapmalıdır." şeklindedir. Bkz.: Göçmen, s. 509.

57 İran uyruklu, Türkiye'ye yasa dışı yollardan giriş yapmış ve BMMYK tarafından mülteci statüsü verilmesi ve AİHM tarafından Halkın Mücahitleri Örgütü'ne üye olması sebebiyle İran ve Irak'a sınır dışı edilmemesi yönünde bir ihtiyati tedbir kararı olan davacının AİHM süreci bitinceye kadar yerleştirilmiş olduğu Kırklareli Gaziosmanpaşa Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi'nden ayrılarak uydu kentlerde serbestçe ikametine izin verilmesi için yaptığı başvuru reddedilmiştir. Bunun üzerine açılan davada Ankara 10. İdare Mahkemesi dava konusu olayda idarece davacının ülke içinde ikametini sağlanarak uluslararası hukuktan doğan yükümlülüğün yerine getirildiğine, 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 31/ f. 2'ye uygun bir işlemin söz konusu olduğuna ve davacının yargı süreci tamamlanana kadar barınma merkezine yerleştirilmesinde mevzuata herhangi bir aykırılığın bulunmadığına karar vermiştir. Bu karar Danıştay 10. Daire'nin 29.12.2010 tarihli 2010/3456 Esas ve 2010/11412 sayılı Karar'ı ile onanmıştır. Karar için bkz.: Ekşi ve Çiçekli, s. 191 vd.

58 RG T.: 7.3.2016, RG S.: 29656.

Müdürlük tarafından bu şekilde bir zorunlu ikamet ili belirlenmesinin yapılmadığı hâllerde bu kişiler tercih ettikleri illerde ikamet edebileceklerdir. Ancak mülteci statüsüne sahip kişiler açısından Genel Müdürlük, bu kişilerin yerleşme özgürlüğünü sınırlandırabilme yetkisine sahip değildir.

Refugees International'ın⁵⁹ saha araştırma raporunda şartlı mültecilerin Türkiye'de kalışlarının geçici addedilmesinin bu kişilerin sürdürülebilir şekilde geçim imkânlarına da erişimlerini zorlaştırmakta olduğu belirtilmektedir. Şartlı mültecilerin çoğunluğu, YUKK m. 82'ye dayalı olarak belirli illerde ikamet etme mecburiyetlerine tabi tutulmaktadır. Bu kişiler özel bir izinsiz bu illerin dışına çıkamamaktadır. Bu sistem "uydu kent" sistemi olarak ifade edilmektedir⁶⁰. Raporda, düzenlendiği tarih itibarıyla Türkiye'de içerisinde İstanbul, Ankara ve İzmir gibi⁶¹ etnik

59 2016 yılının aralık ayında Refugees International (RI) tarafından Suriyeli olmayan sığınmacıların yaşam koşullarının, uluslararası korumaya erişimlerinin incelenmesi amacıyla Türkiye'ye ziyaret gerçekleştirilmiştir. Bu ziyaret sırasında beş şehirdeki 50'den fazla mülteci ve sığınmacıyla, Türkiye'nin bazı sivil toplum örgütü temsilcileriyle ve BM, AB ve ABD'den yetkililerle görüşmeler sağlanmıştır. Bkz.: Leghtas, Izza ve Daniel Sullivan, ""Tanrıdan Başka Kimsemiz Yok": Türkiye'deki Suriyeli Olmayan Mülteciler İçin Kalıcı Çözümlerin Bulunmaması", **Refugees International Saha Araştırması Raporu**, 2017, <https://www.refugeesinternational.org/reports/2017/2/turkey> (6.1.2019), s. 5.

60 Uydu kent uygulaması barınma merkezi, gözcü merkezi ya da kamp gibi dünyadaki mültecilere yönelik temel yerleştirme politikalarından ve geçmiş dönemlerde Türkiye'nin de bazı statülere sahip kişiler açısından kabul ettiği uygulamalardan farklıdır. Tamamen Türkiye'ye özgü bir yerleşim politikasıdır; güvenlik ve sığınmacıların nitelikleri açısından kabul görmüştür. Başlangıçta ülke genelinde uydu kent sayısı 20'nin üzerinde iken günümüzde 62'dir. Bkz.: Özlem Kahya Nizam ve Songül Sallan Gül, "Türkiye'de Mültecilere Yönelik Yerleşim Politikaları Ve Uydu Kentler: Güvenlik Kısırcasında Yaşamlar", **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt. 22, Göç Özel Sayısı, 2017, s.1386. Uydu kent uygulamasının temellerinin 5683 Sayılı Türkiye'de Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanun ile atılmış olduğuna ilişkin görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin dayanağı ilgili Kanun'un 17. maddesidir. 5683 Sayılı Kanun m. 17 uyarınca siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar, ancak İçişleri Bakanlığı tarafından izin verilen yerlerde ikamet edebilirler. Öğretide her ne kadar maddenin lafzında "kent" ifadesi geçmese de günümüzde Türkiye'ye özgü bir kavram olan "uydu kent" uygulamasına bu Kanun vesilesiyle Kanun'un kabul yılı olan 1950'den itibaren başlanmış olduğunun söylenebileceği ifade edilmektedir. Bu yöndeki görüş için bkz.: Elizabeth Frantz, "Report on the Situation of Refugees in Turkey: Findings of a Five-week Exploratory Study December 2002 – January 2003", 2003, <http://madde14.org/images/9/9e/ElizabethFrantz.pdf> (30.12.2018), s. 33. 1994 Tarihli Sığınma Yönetmeliği m. 6: "Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancıların taleplerinin kabul edilmesi durumunda yabancı, İçişleri Bakanlığı tarafından uygun görülecek bir misafirhanede barındırılır ve İçişleri Bakanlığınca uygun gösterilecek bir yerde ikamet edebilir" şeklindeydi. İlgili maddede 5683 Sayılı Kanun m. 17'dekine benzer olarak doğrudan "uydu kent" ifadesine yer verilmemiştir. 2006 Tarihli Uygulama Talimatı (57 Sayılı Genelge)'nde ise "Türkiye'de yaşamalarına izin verilen sığınmacılar İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenmiş bazı kentlere yerleştirilir ve Bakanlıktan statülerine ilişkin talimat gelene kadar bu kentlerde serbest ikamete tabi tutulur" (Madde 5/d) ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemede önceki düzenlemelerden farklı olarak "yer" ifadesi yerine ilk kez "kent" ifadesi kullanılmaya başlanmıştır. Ayrıca 57 Sayılı Genelge 2010 yılında değişikliğe uğramış ve bu değişiklik sonucu "uydu il" ifadesine yer verilmiştir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 3'te "uydu il" uluslararası koruma talebinde bulunan yabancılar Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından belirlenen ve ikamet etme mecburiyeti getirilen il olarak tanımlanmıştır.

61 Şartlı mülteci nüfusunun küçük ve orta büyüklükteki kentlerde denetlenebilir olmasının amaçlandığı düşünülmektedir. Bu görüş için bkz.: Kahya Nizam ve Sallan Gül, s. 1394. Benzer görüş için bkz.: Sert ve Yıldız, s. 34. Uydu kentlerin az nüfus yoğunluğuna sahip ve ekonomik olarak gelişmiş olarak nitelendirilebilecek kentler olduğuna; burada şartlı mültecinin ancak yasa dışı bir şekilde çalışma imkânı bulabileceğine ve şartlı mülteciler uydu kentlere yerleştirilirken ileriki dönemlere dair güvenlik endişesinin göz önünde tutulduğuna ancak bu kişilerin en temel hayati ihtiyaçlarının bir anlamda göz ardı edildiğine ilişkin görüş için bkz.: Deniz Sert ve Uğur Yıldız, "To be or not to be": The Case of Refugees in Satellite Cities of Turkey", **Proceeding of International**

kökene, dinsel tercihe ve cinsel yönelime⁶² dair insan çeşitliliğini barındıran illerin bulunmadığı 62 tane⁶³ “uydu kent” mevcut olduğu belirtilmiştir⁶⁴.

Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle mülteci olarak uluslararası koruma statüsü talep eden kişiler sadece valiliklere başvuru yaparken⁶⁵, Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle şartlı

Human Security Conference on Human Security: New Challenges, New Perspectives, İstanbul: International Human Security Conference Series, 2011, s. 34. İnsan Hakları Araştırma Derneği Türkiye İltica ve Sığınma Hakkı 2008 İzleme Raporu’nda “(...)Uydu Kentlerde gözetim altında tutulan, sınır geçişleri esnasında yaşamını yitiren ya da haklarında sınır dışı kararı verilen mülteci ve sığınmacıların(...)” ifadesi yer almakta ve uydu kentler Rapor’da mülteci ve sığınmacıların “gözetim altında tutuldukları yer” olarak geçmektedir. Bunun için bkz.: İnsan Hakları Araştırmaları Derneği, “İnsan Hakları Araştırmaları Derneği 2008 İltica ve Sığınma Hakkı Raporu”, Şubat 2009, <https://www.unhcr.org/tr/11049-insan-haklari-arastirmalari-dernegi-2008-iltica-ve-siginma-hakki-raporu.html> (25.3.2019).

62 Bazı LGBT şartlı mültecilerin uydu kentlerde halk tarafından tacize uğradıklarına ve diğer sığınmacılar tarafından da dışlandıklarına ilişkin bkz.: *Rapor: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in 28 Haziran – 3 Temmuz 2009 tarihleri arasında Türkiye’yi ziyaretini müteakiben hazırladığı*, CommDH(2009)31, <https://rm.coe.int/16806db8a0> (10.11.2018), s. 20. LGBT şartlı mültecilerin yerleştirildikleri uydu kentlerde yerel halk tarafından dışlandıklarına, tacize uğradıklarına, dikkate alınmayacaklarını düşündükleri için birçoğunun polise şikayette bulunamadıklarına, hiçbir maddi desteğe sahip olmadıklarına ve iş hayatında sömürüye varan koşullarda çalışmaya mecbur kaldıklarına ilişkin bkz.: Helsinki Yurttaşlar Derneği – Türkiye Mülteci Destek ve Savunuculuk programı & ORAM – İltica, Sığınma ve Göç Örgütü Ortak Yayını, Emniyetsiz Sığınak: Türkiye’deki Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti ve Transseksüel Sığınmacıların ve Mültecilerin Karşılaştıkları Güvenlik Sorunları, 2009, http://oramrefugee.org/wp-content/uploads/2017/02/Unsafe_Haven_TURKISH-2009.pdf (31.1.2019) s. 3.

63 Rapor, s. 6, Kahya Nizam ve Sallan Gül, s. 1392.

64 Kamusal – kurumsal güvenlik olgusunun önemli bir husus olduğu uydu kentlerde – bu kentlerin küçük ve orta ölçekteki muhafazakar kentler olması sebebiyle – toplumsal denetim mekanizmaları da önemli yer tutmaktadır. Zira bu kentlerde şartlı mültecilerin toplumsal farklılıkları daha çok ön plana çıkmaktadır ve bu da uydu kentlerin diğer bir denetim mekanizmasını oluşturmaktadır. Bu görüş için bkz.: Kahya Nizam ve Sallan Gül, s. 1405.

65 Uluslararası koruma başvuruları valiliklere bizzat başvuru sahibi tarafında yapılır. Eğer sığınmacı başvurusunu ülke içinde veya sınır kapılarında kolluk birimlerine yaparsa, başvuru ilgili birim tarafından valiliğe derhal bildirilir (YUKK m. 65). Başvuru sırasında uluslararası koruma başvurusuna ilişkin bilgiler İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından alınmaktadır (Yönetmelik m. 66). Başvuru sahibi kayıt esnasında kimlik bilgilerini doğru olarak bildirmek ve varsa kimliğini ispatlayacak belge ve seyahat dokümanlarını yetkili makamlara teslim etme yükümlülüğü altındadır (YUKK m. 69). Başvuruda kişinin Türkiye’deki hak ve yükümlülükleri ile belirlenebiliyorsa mülakat zamanı ve yeri kişiye bildirilir. Mülakat zamanı ve yeri başvuru sırasında belirlenemiyorsa, başvuru sahibine daha sonra da bildirilebilir. Başvuru uydu kentler dışında yapılıyorsa, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya yetki verilmesi hâlinde ilgili İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından verilecek karara kadar, ilgilinin müracaat ilinde belirli bir adreste bulunmasına izin verilir (Yönetmelik m. 66). Kayıt işlemleri tamamlandıktan sonra, başvuru sahibine İl Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından hiçbir harca tabi olmayan şekli ve içeriği Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından belirlenen ve iptal edilmediği sürece geçerli olan Uluslararası Koruma Başvuru Kayıt Belgesi düzenlenir. Bu belge, geçerli olduğu süre içinde uluslararası koruma statüsü başvuru sahibine ikamet izni almaksızın Türkiye’de bulunma hakkı sağlar (Yönetmelik m. 71). Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu’nun finansal desteği ile Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-Der) tarafından yürütülmüş olan “Uydu Kentler: İzleme ve Raporlama Projesi” kapsamında hazırlanan rapora göre valiliklere yapılan başvurular derhal kayıt altına alınmamaktadır. Uygulamaya bakıldığında geri gönderme merkezleri dışında, doğrudan valiliklere başvuru yapılması hâlinde, kişinin öncelikle BMMYK’ya ön-kayıt yaptırması ve ikamet iline yönlendirme belgesi aldıktan sonra valiliğe başvurusunun talep edildiği tespit edilmiştir. 2015 yılında yapılan araştırmalar bazı uydu kentlerde yeni gelen sığınmacılara kayıt için bir seneyi aşan randevu tarihlerinin verildiği görülmüştür. Bu bekleme sürecinde de kişiye herhangi bir kimlik, kimlik numarası, randevu tarihini gösterir resmi bir yazı veya Türkiye’de kalışının yasal olduğuna dair bir belge verilmemiştir. Bu durum da kayıt yapılana kadar kişinin Türkiye’de kalışının yasal bir zemine oturtulmasına engel olmuştur. Ayrıca kayıt tamamlanmadan kişi sağlık ve eğitim hakkına, sosyal yardım mekanizmalarına erişememektedir. Kimlik belgesini kullanmasını gerektirecek ev kiralama, otelde kalma veya seyahat etme gibi faaliyetlerini gerçekleştirmekte sorunlar yaşamaktadır. Bu araştırmaya ilişkin rapor için bkz.: Mülteci – Der. “Türkiye’de Mültecilerin Kabul

mülteci statüsü talebiyle başvuru yapmak isteyen kişiler hem valiliğe hem de BMMYK Türkiye Temsilciliği'ne kayıt yaptırmak zorundadır. Şartlı mülteci statüsü almak isteyenler BMMYK'nin uygulama ortağı olan Sığınmacılar ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği'ne (SGDD) kayıt yaptırdıktan sonra şartlı mülteci almaya "açık" olan uydu kentlerden birine yönlendirilmektedir⁶⁶. Kişiler bu kentlere giderek oradaki Göç İdaresi İl Müdürlüklerine⁶⁷ kayıt olmaktadır. Ancak kayıt olabilmesi için şartlı mülteci statüsü kazanmak isteyen başvuru sahibinin kentin içinden bir adres göstermesi gerekmektedir. Şartlı mülteci başvurusu sahibinin başvurusu, kayıt tarihinden itibaren en geç altı ay içinde Genel Müdürlük tarafından sonuçlandırılmaktadır (YUKK m. 78/ f. 1) ve şartlı mülteci statüsü verilenlere, yabancı kimlik numarasını içeren birer yıl süreli kimlik belgesi düzenlenmektedir (YUKK m. 83/ f. 2)⁶⁸. YUKK m. 82 uyarınca şartlı mülteci statüsüne sahip kişiye belirlenen süre ve usullerle bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilebilmektedir. Bu yükümlülüğün getirildiği bazı şartlı mültecilerin iki haftada bir imza atmaya ilgili İl Göç İdaresi Müdürlüklerine gitmeleri gerekmektedir⁶⁹.

b. Güvenli Üçüncü Ülkeye Yerleştirilme

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 62'de düzenlenmiş olan şartlı mültecilerin üçüncü ülkeye yerleştirilmesi, bu kişilerin sığındıkları ülkeden koruma ve gerekli yardıma

Koşulları, Hak Ve Hizmetlere Erişimleri". **Uydu Kentler İzleme ve Raporlama Projesi Raporu**. 2015. <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/10/Turkiye-de-Multecilerin-Kabul-Kosullari-Hak-ve-Hizmetlere-Erisimleri-Uydu-Kentler-Izleme-ve-Raporla.pdf> (4.11.2018), s. 19.

66 Uydu Kentler İzleme ve Raporlama Projesi Raporu, s. 18-19.

67 8821 Sayılı Resmi Gazete de yayımlanan Göç İdaresi Genel Müdürlüğü Taşra Teşkilatı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nin 4'üncü ve 5'inci maddelerine göre İl Müdürlüklerinin kuruluş ve görevleri aşağıdaki gibidir: "MADDE 4 – (1) Kanunun 109 uncu maddesi uyarınca her ilde il müdürlüğü ve ilçelerde ilgili mevzuat uyarınca ilçe müdürlüğü kurulur. (2) Genel Müdürlük ihtiyaç duyulan il ve ilçelerde il müdürlüklerine bağlı olarak hizmet vermek üzere geri gönderme merkezi, kabul ve barınma merkezi ile insan ticareti mağdurları sığınma evi kurar, işletir veya işletirir. (3) Kanun ve ilgili diğer mevzuatın öngördüğü iş ve işlemler; illerde, Genel Müdürlüğün taşra teşkilatı olarak kurulan ve valiliğe bağlı olarak görev yapan il müdürlüğü ile bu müdürlüğe bağlı geri gönderme merkezi, kabul ve barınma merkezi ile insan ticareti mağdurları sığınma evi; ilçelerde ise kaymakamlığa bağlı olarak görev yapan ilçe müdürlüğü tarafından yürütülür. (4) İl ve ilçe müdürlüklerinin çalışma usul ve esasları çıkarılacak yönergeyle belirlenir". İl müdürlüğünün görevlerine ilişkin 5. madde Uluslararası korumaya ilişkin iş ve işlemleri yürütenin İl Göç İdaresi Müdürlüğü'nün görevleri arasında bulunduğunu düzenlemiştir.

68 YUKK m. 89'a göre: "(1) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi ve aile üyeleri, ilköğretim ve ortaöğretim hizmetlerinden faydalanır. (2) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden ihtiyaç sahibi olanların, sosyal yardım ve hizmetlere erişimleri sağlanabilir. (3) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden; a) Herhangi bir sağlık güvencesi olmayan ve ödeme gücü bulunmayanlar, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerine tabidir. Genel sağlık sigortasından faydalanacak kişilerin primlerinin ödenmesi için Genel Müdürlük bütçesine ödenek konulur. Primleri Genel Müdürlük tarafından ödenenlerden ödeme güçlerine göre primin tamamı veya belli bir oranı talep edilir. b) Sağlık güvencesi veya ödeme gücünün bulunduğu veya başvurusunun sadece tıbbi tedavi görmek amacıyla yapıldığı sonradan anlaşılanlar, genel sağlık sigortalılarının sona erdirilmesi için en geç on gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilir ve yapılan tedavi ve ilaç masrafları ilgililerden geri alınır(...)"

69 Rapor, s. 7. Uydu kent içi hareketlilik açısından şartlı mülteciler için serbest ikamet ilkesi kabul edilmiştir. Ancak bu kişilerin ülke içi seyahat özgürlüklerinin engellenmesi veya uydu kent içinde olduklarına dair imza verme yükümlülükleri uydu kentlerde kamusal – kurumsal güvenlik olgusunun önemli olduğunun bir göstergesidir. Bunun için bkz.: Kahya Nizam ve Sallan Gül, s. 1405.

ulaşacakları bir başka ülkeye gönderilmeleri olarak tanımlanabilir. Yerleştirilen üçüncü ülkeler bu kişilere, kendi vatandaşlarına tanıdığına benzer sivil, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kapsayan yasal ve fiziksel koruma sağlamaktadır. Şartlı mültecilere mülteci olarak kabul edilebilecekleri güvenli üçüncü ülke bulabilmeleri konusunda BMMYK'nin Türkiye'deki ofisleri yardımcı olmaktadır. 30 Nisan 2018 itibariyle 364.173 kişi BMMYK'ye kayıt yaptırmıştır. Kayıt yaptıran kişilerin %47'si Afgan, %39'ü Irak ve %14'ü ise diğer ülke vatandaşlarıdır⁷⁰. 2018 itibariyle 65,000 kişi yeniden yerleştirilme sürecinin çeşitli aşamalarında⁷¹. Ancak üçüncü ülkeye yerleştirilme bir hak veya başvuruya dayalı bir süreç değildir. Zira geçmişte dönem dönem mülteci kabul etmiş olan ABD, Kanada, Avustralya, Kuzey ülkeleri gibi ülkelere son zamanlarda yerleştirilebilen kişi sayısı çok azdır. Her yıl üçüncü ülkeye yerleştirilmeye yönelik sunulan kontenjan sayısı gittikçe azalmaktadır. Bu kontenjanlar da BMMYK ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün birlikte çalışması sonucu yapılacak tespite göre en hassas durumdaki kişilere ayrılmaktadır. Bugün, dünyadaki bütün mültecilerin %1'den bile azı ancak üçüncü ülkeye yerleştirilebilmektedir⁷². 2018 Eylül itibariyle üçüncü ülkeye yeniden yerleştirilen sığınmacıların sayısı 6,443'tür. Ancak bunların %91'i Suriyelidir. Önümüzdeki yıllarda yeniden yerleştirilme ihtiyacı içinde olan şartlı mültecilerin yaklaşık 2,500'ü Afgan, 13.500'ü Irak, 3,500'ü İran vatandaşıdır⁷³. Dolayısıyla Suriyeli olmayan ve şartlı mülteci statüsünde yıllardır yeniden yerleştirilmeyi bekleyen kişilerin yerleştirilme oranı çok düşüktür⁷⁴. BMMYK verilerine baktığımızda şartlı mülteci statüsü kabul edilerek üçüncü ülkeye yerleştirilme yapılmayan sığınmacıların, yıllarca geçici ikamet izni ile Türkiye'de kaldıkları görülmektedir.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği 25.7.2018 tarihinde yapmış olduğu açıklamada dünya çapında hükümetlerin belirlediği kontenjanlarla, üçüncü ülkeye yerleştirilmek üzere bekleyen sığınmacı sayısı arasındaki açığın gittikçe genişlediğini

70 Kayıt yaptıran Afganistan vatandaşlarının %58'i erkek, %16'sı kadın, %26'sı çocuktur. Irak vatandaşlarının %32'si erkek, %25'i kadın, %43'ü çocuktur. Diğer ülkelerin BMMYK'ye kayıt yaptıran vatandaşlarının %47'si erkek, %33'si kadın, %20'si çocuktur. Kayıt yaptırmış olan bütün kişiler açısından değerlendirme yapıldığında, %46'sının erkek, %22'sinin kadın ve %32'sinin çocuk olduğu görülmektedir. Veriler için bkz.: UNHCR, UNHCR Türkiye: Kilit Veriler ve Sayılar – Nisan 2018, (t.y.), <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/63544> (8.11.2018).

71 UNHCR, Resettlement in Turkey, (t.y.), <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/10/UNHCR-Turkey-Resettlement-Fact-Sheet-September-2018.pdf> (23.10.2018).

72 UNHCR, Üçüncü Ülkeye Yerleştirme, (t.y.), <https://www.unhcr.org/tr/ucuncu-ulkeye-yerlestirme> (16.10.2018). AB ülkelerinin istenmeyen göçü engelleme politikalarının sonucu olarak güney ve doğu sınırlarından ülkeye giriş yapan düzensiz göçmenlerin Türkiye'de birikmeleri söz konusu olmaktadır. Bkz.: A. Didem Danış, "İstanbul'daki Iraklı Göçmenlerin Parçalı Eklemlenme Sürecinde Toplumsal Ağlar", Barbara Pusch ve Tomas Wilkoszewski (Ed.), **Türkiye'ye Uluslararası Göç (Toplumsal Koşullar, Bireysel Yaşamlar)** içinde (191-224), İstanbul: Kitap Yayınevi, 2010, s. 193. Güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilen şartlı mülteci sayısının çok az olduğuna ve bu kişiler için Türkiye'de kalıcı olduklarını söylemenin yanlış olmayacağına ilişkin görüş için bkz.: Vahit Doğan, **Türk Yabancılar Hukuku**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018, s. 145.

73 UNHCR, UNHCR Projected 2019 Global Resettlement Needs, 2018, <https://www.unhcr.org/protection/resettlement/5b28a7df4/projected-global-resettlement-needs-2019.html> (25.10.2018), s. 66.

74 Üçüncü ülkeye yerleştirilen 6,443 sığınmacının %3'ü İran, %3'ü Irak, %2'si Afgan ve %1'i de diğer ülke vatandaşlarıdır. Bkz.: UNHCR, Resettlement in Turkey, (t.y.), <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/10/UNHCR-Turkey-Resettlement-Fact-Sheet-September-2018.pdf> (23.10.2018).

belirtmiştir. Cenevre’de düzenlenmiş olan yıllık forumda Üçüncü Ülkeye Yerleştirmeye İlişkin 2019 Yılı Öngörülen Küresel İhtiyaçlar Raporu ele alınmıştır. BMMYK 2017’de üçüncü ülkeye yerleştirme için sağlanan kontenjanın küresel açıdan 75.000’e düştüğünü ve 2019’da üçüncü ülkeye yerleştirilmek üzere bekleyen sığınmacı sayısının 1.4 milyona kadar yükseleceğini ve bu veriler değerlendirildiğinde, dünyada en hassas durumda olan sığınmacıların üçüncü bir ülkeye yerleştirilmesinin neredeyse 18 yılı alacağını ifade etmiştir⁷⁵. Açıklamada, Eylül 2016’da Göçmen ve Mültecilere Yönelik New York Bildirisi’nde 193 BM üye ülkesi tarafından kabul edilen mülteci durumlarına yönelik yeni kapsamlı yaklaşımın temel hedefinin sığınmacıların üçüncü ülkeye yerleştirilmesine ilişkin sağlanan olanakların artırılması olduğu ve bunun da 2018 sonu itibarıyla BM Genel Kurulu’na sunulacak yeni küresel mutabakatın merkezî bir bileşeni kabul edildiği vurgulanmıştır⁷⁶.

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği yardımıyla güvenli üçüncü ülkeye gönderilmeye dayanan şartlı mülteci statüsünün tabi olduğu sistem, işleyen bir sistem olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla üçüncü ülkeye gönderilecekleri için şartlı mültecilere verilen ve her bir yılın sonunda tekrar yenilenen geçici ikamet izni bu işlemeyen sistemde bazı mağduriyetleri beraberinde getirmektedir⁷⁷. Aşağıda şartlı mülteci statüsü açısından ele alınacak olan seyahat özgürlüğü ve çalışma hakkı bu mağduriyetlerin yaşandığı başlıca alanlardır.

75 BM Mülteciler Yüksek Komiseri Filippo Grandi’nin “Daha geçen hafta Nijer’de, Libya’daki korkunç koşullardan kurtarılan mültecilerin tahliye edilmesine ve üçüncü ülkelere yerleştirilmesine olanak sağlayan yenilikçi plan ile, üçüncü ülkeye yerleştirme imkânının tam anlamıyla nasıl hayat kurtarıcı nitelikte olduğunu gördüm. Bu programın devamını sağlamak, bu tür ortak amaç etrafında birleştiğini görmek ve günümüzün küresel sorunlarına ülkelerin çözüm bulması bağlamında daha fazla üçüncü ülkeye yerleştirme kontenjanı sağlanmalı (...) Üçüncü ülkeye yerleştirme, sadece dünyadaki en hassas durumda olan insanlar için hayat kurtarıcı kritik önemde olmakla kalmıyor, aynı zamanda hükümetler ve topluluklar için de küresel yerinden edilme krizinin sorumluluğunu daha etkin paylaşmanın somut bir yolu olarak karşımıza çıkıyor. Daha çok ülkenin, üçüncü ülkeye yerleştirme olanağı sağlayan ülkeler arasına katılmasına ve halihazırda kontenjan sağlayan ülkelerin de programlarını geliştirmelerine acilen ihtiyacımız var.” şeklindeki açıklaması için bkz.: UNHCR, Üçüncü ülkeye yerleştirme ihtiyaçları ve sağlanan fırsatlar arasındaki açık büyüyor, 2018, <https://www.unhcr.org/tr/19949-gap-between-refugee-resettlement-needs-and-opportunities-widens.html> (23.10.2018).

76 2008’de üçüncü ülkeye yerleştirme programına katılan ülke sayısı 27 iken 2018 itibarıyla bu sayı 35’tir. Üçüncü Ülkeye Yerleştirmeye İlişkin 2019 Yılı Öngörülen Küresel İhtiyaçlar Raporu’nda BMMYK’nin dünyadaki 65 operasyonunda, 36 belli ülkeden gelen sığınmacıların üçüncü ülkeye yerleştirilme ihtiyacı içinde olduğu belirtilmiştir. BMMYK’nin 2017’de üçüncü ülkeye yeniden yerleştirilmek üzere dosyalarını sunmuş olduğu sığınmacıların üçte ikisinin Suriye ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti’nden gelenler olduğu ifade edilmiştir. Üçünü ülke olarak kontenjan sağlayan 25 ülkenin 14’ü, 25 Temmuz 2018 itibarıyla üçüncü ülkeye yerleştirme operasyonundan mültecileri kabul etmektedir. Ayrıca BMMYK, kontenjanlarının en az %10’unu BMMYK tarafından acil ve olağanüstü durum olarak tanımlanan haller için ayırmalarına ilişkin devletlere çağrıda bulunmuştur. Bu bilgiler için bkz.: UNHCR, Üçüncü ülkeye yerleştirme ihtiyaçları ve sağlanan fırsatlar arasındaki açık büyüyor, 2018, <https://www.unhcr.org/tr/19949-gap-between-refugee-resettlement-needs-and-opportunities-widens.html> (23.10.2018).

77 Şartlı mülteciler kendileriyle yapılan görüşmelerde en büyük sıkıntılarının birinin de geleceklerinin belirsizliği olduğunu ve bunun psikolojik olarak da birçok rahatsızlığa yol açtığını dile getirmektedir. Bkz. Rapor, s. 18.

B. SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜ

1. Milletlerarası Düzenlemeler

Evrensel belgeler açısından değerlendirme yapıldığında seyahat özgürlüğünün göçmenin gitmeyi planladığı hedef ülkeye kabul zorunluluğunu getirmediğini söyleyebiliriz. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 13 uyarınca herkes herhangi bir devletin sınırları dâhilinde serbestçe dolaşma ve yerleşme özgürlüğüne sahiptir. Yine m. 13'e göre herkes, kendi memleketi de dâhil, herhangi bir memleketi terk etmek ve memleketine dönmek hakkını haizdir. Maddenin devamında ülkelerin bu kişileri kabul yükümlülüğünden bahsedilmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Numaralı Protokol m. 2'de bir devletin ülkesinde usulüne uygun olarak bulunan herkesin, orada serbestçe dolaşma ve yerleşim yerini seçebilme; kendi ülkesi de dâhil, herhangi bir ülkeyi terk etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Protokol m. 2 bu hakların kullanımına demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında ve yasayla öngörülmeleyen şekilde ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması yararı için kısıtlama getirilemeyeceğini (m. 2/ f. 3); bu hakların belli yerlerde, demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara kanun yolu ile tabi tutulabileceğini düzenlemiştir (m. 2/ f. 4)⁷⁸.

Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi⁷⁹ m. 12 her ne kadar milletlerarası düzenlemelere göre biraz daha ayrıntılı olsa da içerik açısından herhangi bir farklılığının bulunduğu söylenemeyecektir. İlgili hükme göre:

- “1. Bir Devletin ülkesinde hukuka uygun olarak bulunan bir kimse, o ülke sınırları içinde seyahat etme özgürlüğüne ve yerleşeceği yeri seçme hakkına sahiptir.
2. Herkes kendi ülkesi de dahil, bir ülkeden ayrılmakta serbesttir.
3. Yukarıda belirtilen haklar, bu Sözleşmede tanınan diğer haklara uygun olarak ulusal güvenlik, kamu düzeni (ordre public), genel sağlık veya genel ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli sebepler ile hukuken öngörülmüş sınırlamalar dışında hiç bir sınırlamaya tabi tutulamaz.

78 AİHM *Baumann v. France* kararında: “Dolaşım serbestisi hakkı, Dördüncü Protokol md. 2(1 ve 2) ile güvence altına alındığı şekliyle, her kişiye bir ülkede dolaşım serbestisi ve – o kişinin kabul edilebileceği ve o kişinin seçtiği bir ülke için ayrılma hakkını beraberinde getiren – o ülkeden ayrılma hakkını sağlamayı amaçlamıştır. ...Öyleyse, dolaşım serbestisi, bu hakkı ihlal edebilecek ve bu hakkın kullanımını kısıtlayabilecek her türlü önlem – bu önlem. [Dördüncü Protokol md. 2(3)]’teki meşru amaçlar yararına “demokratik bir toplumda gerekli” olarak değerlendirilebilen bir önlem gereksinimini karşılamıyorsa – yasaklar”; *Reiner v. Bulgaria* kararında: “Dördüncü Protokol md. 2, her kişiye, o kişinin kabul edilebileceği ve o kişinin seçtiği bir ülke için herhangi bir ülkeden ayrılma hakkı da dahil olmak üzere, dolaşım serbestisi hakkı tanır. Bu hakkı kısıtlayan her önlem, hukuka uygun olmalı; [Dördüncü Protokol md. 2 (3)]’teki meşru amaçlardan birini gütmeli ve kamu çıkarı ile kişinin hakkı arasında adil bir denge tutturmalıdır.” şeklinde görüşünü belirtmiştir. Bu kararlara ilişkin bkz.: Göçmen, s. 338.

79 Türkiye Sözleşme'nin onaylanmasını 4.6.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile uygun bulmuştur. Sözleşme, Bakanlar Kurulu'nun 7.7.2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla onaylanmış, 18.6.2003 tarihinde Resmi Gazete 'de yayımlanarak iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. RG T.: 16.6.2003, Sayı: 25142.

4. Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz.”

Bir yabancıнын vatandaşı olduğu ülke dışındaki bir ülkeye yapacağı seyahatin evrensel anlamda seyahat özgürlüğü olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği belirsizdir. Devletler egemenlik hakkından doğan ülkesel yetkileri sebebiyle yabancıların kendi ülkelerine giriş ve kalış koşullarını ulusal mevzuatlarında belirlerler⁸⁰. Her devlet güvenliğe dair, ekonomik, sosyal vb. bazı gerekçelerle ülkesinde bulunmasını istemediği yabancıların seyahat özgürlüğünü, ülkeye giriş yapmak üzere geldiği sınır kapılarında kısıtlama hakkına sahiptir. Kişinin bir ülkeye usulüne aykırı şekilde girmesi veya hakkında sınır dışı ya da iade işleminin olması sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılmasının özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali olarak kabul edilemeyeceği AİHS m. 5'te belirtilmiştir. AİHM kararlarına bakıldığında da yabancıların kendi ülkeleri dışında başka bir ülkeye girme hakkının bulunmadığının, diğer bir ifadeyle devletlerin kendi vatandaşı olmayan kişileri ülkeye mutlak olarak kabul etmek zorunda olmadıklarının tespiti yapılmıştır. Bu sebeple kişilerin vatandaşı olmadıkları devletlerin sınırlarından girmelerinin, bir insan hakkı olduğunu belirten bir uluslararası metin henüz yoktur. Ancak insanların içinde buldukları bazı koşullar onların vatandaşı olmadıkları ülkeye girmeleri konusunda mutlak bir evrensel hak elde etmelerine sebep olabilmektedir. Kişinin ayrıldığı ülkeye geri dönmesi hâlinde yaşam hakkını tehdit eden bir durumla karşılaşacak olması ya da işkenceye, onur kırıcı veya insanlık dışı muameleye maruz kalacak olması veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri sebebiyle zulme uğrama tehdidi altında olması hâlinde seyahat özgürlüğü, bu kişi açısından bir mutlak hak olarak karşımıza çıkabilir. Bu açıdan 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 33'te düzenlenmiş ve buna paralel YUKK m. 4'te de yer alan “geri gönderme yasağı” yabancıların temel haklarına ilişkin getirilmiş çok önemli bir düzenlemedir⁸¹.

Uluslararası koruma ihtiyacı olan yabancılar açısından seyahat özgürlüğünün mutlak bir hak olarak diğer bir yansımasını YUKK m. 8'de görmekteyiz. YUKK'da yer alan sınır kapılarındaki belge kontrolü ve ülkeye girişine izin verilmeyecek yabancılarla ilişkin düzenlemelerden sonra bu düzenlemelerin uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyici şekilde yorumlanamayacağı ve uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple diyebiliriz ki uluslararası koruma talebine ilişkin gerekçeler, seyahat özgürlüğünü mutlak bir hakka dönüştüren unsurlar olarak ifade edilebilir⁸².

1951 Cenevre Sözleşmesi'nde her taraf devletin, ülkesinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, genel olarak aynı koşullardaki yabancılarla yönetmeliklerce sağlanan, toprakları üzerinde ikamet edeceği yeri seçme ve özgürce seyahat etme hakkını tanıyacağı (m. 26) ve taraf devletlerin, ülkelerinde bulunan ve geçerli bir seyahat belgesine sahip olmayan her mülteciye kimlik kartı çıkartacakları (m. 27) düzenlenmiştir. İlgili maddede düzenlenen mülteciye kimlik kartı çıkarma yükümlülüğü, mültecinin geçerli bir seyahat belgesine sahip

80 Özkan, s. 326.

81 Aydoğan Asar, **Yabancılar Hukuku**, 3. Bası, Ankara: Seçkin, 2017, s. 28.

82 *Ibid*, s. 29.

olmadığı hâllerde taraf devletler açısından bir zorunluluktur. Taraf devletlere getirilen bu yükümlülüğün derecesi, ilgili ülkede kimlik kartı taşımayla ilgili bir yasal düzenlemenin olup olmamasıyla ve olası yasal düzenlemelerin kimlik kartlarına atfettiği önem ve değere bağlı olarak değişebilmektedir⁸³.

1951 Cenevre Sözleşmesi m. 28 “Seyahat Belgeleri” başlığını taşımaktadır⁸⁴. Maddede taraf devletlerin seyahat belgesi verme yükümlülüklerinin ülkede yasal olarak ikamet eden mültecilere ilişkin olduğu vurgulanmıştır⁸⁵. Bu sebeple ülkede yasa dışı konumda bulunan mültecilere taraf devletlerin seyahat belgesi verme gibi bir zorunlulukları bulunmamaktadır. Taraf devletler maddede, ülkelerinde bulunan ve yasal olarak ikamet ettikleri ülkeden seyahat belgesi almaktan mahrum olan diğer mülteciler için de bu belgeyi düzenleme konusunda teşvik edilmişlerdir. Ancak bu durum bir zorunluluk olarak belirtilmemiştir. Dolayısıyla Sözleşme kapsamındaki “seyahat belgesi” m. 28’de yer alan şekle uygun ve biri İngilizce ya da Fransızca olarak 1 veya 2 yıl için geçerli olabilecek şekilde en az iki dilde hazırlanmalıdır.

İcra Komitesi’nin⁸⁶ vermiş olduğu kararlarda sığınma ülkesinde yasal olarak ikamet eden mültecilerin sığınma ülkesi vatandaşlarının başka ülkelerdeki vize ve seyahat kolaylığından aynen yararlanacağı belirtilmektedir. Örneğin sığınma ülkesi vatandaşlarının bazı taraf devletlere seyahatlerinde vize gerekmiyor ise Sözleşme kapsamında seyahat belgesine sahip mülteciler açısından da aynı durum geçerli olacaktır⁸⁷.

1951 Cenevre Sözleşmesi m. 31/ f. 2’de taraf devletlerin, mültecilerin hareketlerine gerekli olanların dışında kısıtlama uygulamayacakları ve bu kısıtlamaların ancak, mültecilerin ülkedeki statüleri belirleninceye veya bir başka ülkeye kabulleri sağlanıncaya kadar uygulanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca bu hüküm taraf devletlerin, mültecilerin diğer bir ülkeye kabullerini sağlamak için makul bir süre ve gerekli bütün kolaylıkları sağlayacaklarını belirtmiştir.

83 Çiçekli, s. 360.

84 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 23: “*Âkid Devletler ülkelerinde muntazam surette ikamet eden mültecilere, millî emniyet veya âmmé nizamına ait ciddi sebepler mâni olmadıkça, bu ülke haricine seyahatlerini temin edecek seyahat belgeleri verirler. Mezkûr belge bu Sözleşme Ekindeki hükümler tatbik edilir. Âkid Devletler bu nevi belgeyi ülkelerinde bulunan diğer her hangi bir mülteciye verebilirler; ülkelerinde bulunup muntazam surette ikamet ettikleri memleketten bir seyahat belgesi almak imkânından mahrum olan mültecilerin vaziyetini bilhassa müsait surette tetkik ederler.2 – Evvelce münâkit milletlerarası anlaşmalara taraf olan devletler tarafından verilmiş. seyahat belgeleri Âkid Devletlerce tanınır. Ve mültecilere işbu madde mucibince verilmiş gibi muamele edilir.*”

85 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümlerine aykırı olarak; Zambiya ve Nijerya gibi devletlerin, ülkelerinde ikamet etmekte olan ve mülteci statüsünü kazanmış kişilere “seyahat “belgesi” vermekten kaçındığına ilişkin bilgi için bkz.: Özkan, s. 358.

86 Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi (EXCOM).

87 Bkz.: Çiçekli, s. 362. Kararlar için bkz.: UNHCR, Conclusions Adopted By The Executive Committee On The International Protection Of Refugees: 1975 – 2009 (Conclusion No. 1 – 109), 2009, <https://www.refworld.org/pdfid/4b28bf12.pdf> (6.1.2018).

2. Türk Hukukunda Şartlı Mültecilerin Seyahat Özgürlüğü

a. Yurtdışına Seyahat Özgürlüğü

İnsan hakları hukukunun günümüzde gelmiş olduğu nokta geleneksel egemenlik anlayışının sınırlandırılmasına sebep olmuştur. Bu açıdan Anayasa m. 90 önemli bir örnektir. İlgili hükme göre “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*”. Anayasa m. 16 da temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenlemiştir. Devletler ülkesinde arzu etmediği, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından riskli olarak kabul ettikleri kişilerin ülkelerine giriş yapmalarını ülkelerinin göç politikalarının gereği olarak sınırlandırabilmektedir⁸⁸. Nitekim Anayasa m. 23’te bu sınırlama benzer gerekçelerle yapılmıştır. Anayasa’nın “Kişi Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümü m. 23’te herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu düzenledikten sonra seyahat özgürlüğünün suç soruşturma ile kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla ancak kanun yoluyla sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir⁸⁹.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 84/ f. 2 şartlı mültecinin seyahat belgesi taleplerinin 5682 sayılı Pasaport Kanunu m. 18’e göre değerlendirileceğini düzenlemiştir (aynı şekilde Yönetmelik m. 104/ f. 2). Yönetmelik m. 104/ f. 1’de ise mülteci statüsünde olan kişilere 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde belirtilmiş olan “seyahat belgesi” verileceği; bu belgenin şekli, süresi ve içeriğinin Sözleşme’ye uygun olarak⁹⁰ İçişleri Bakanlığı tarafından belirleneceği ve Göç

88 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Suriye’ye ve çatışma bölgelerine savaşmak için gidecek “yabancı terörist savaşçıların” uluslararası seyahatlerinin engellenmesini öngören 2178 Sayılı Kararı kabul etmiştir. Bu Karar ile birlikte bu kişilerin seyahat özgürlüğü mutlak surette askıya alınmıştır. Karar BM Şartı’nın 7. Bölümü uyarınca kabul edilmiştir ve bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Karar’a göre vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülkeden başka bir ülkeye terör eylemi gerçekleştirmek, planlamak, hazırlamak veya buna katılmak ya da silahlı bir çatışmayla bağlantılı olmak da dahil terörist eğitimi almak veya vermek amacıyla giden kişiler terörist savaşçı olarak tanımlanmış ve bu kişilerin üye devletlerin sınırlarından giriş çıkışlarının ya da transit geçişlerinin engellenmesinin esas olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Asar, s. 31.

89 İki açıdan Anayasa m. 23’ün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 Numaralı Protokol m. 2’ye oranla daha yüksek bir koruma getirdiği tespit edilmiştir. Öncelikle Anayasa m. 23 yerleşme ve seyahat özgürlüğüne müdahale edilebileceği alanı Protokol m. 2’den daha dar tutmuştur. Diğer bir ifadeyle hükümde özgürlüklere müdahaleyi haklı kılaacak daha az meşru sebebe yer vermiştir. İkinci önemli husus da yerleşme ve seyahat özgürlüğünü sadece ülkede “hukuka uygun” olarak bulunan kişilere değil, herkese tanımış olmasıdır. Bu açıdan da Protokol m. 2’den ayrılmaktadır ve söz konusu özgürlükler açısından daha kapsayıcıdır. Bkz.: Göçmen, s. 347.

90 1951 Cenevre Sözleşmesi’nin Eki, Sözleşme’nin 28. maddesinde düzenlenmiş olan Seyahat Belgesi’ne dair bazı hususlara ilişkindir. Yer alan hükümlere göre belge, ikisinden biri İngilizce veya Fransızca olacak şekilde en az iki dilde düzenlenecektir (Prğ. 1/ 2). Belgenin geçerlilik süresi, belgeyi veren makâmın takdirine göre bir veya iki yıl olacaktır (Prğ. 5) ve belgenin yenilenmesi veya geçerlilik süresinin uzatılması, belge sahibi yasal ikametgâhını diğer bir ülkeye nakletmediği sürece ve belgeyi veren makâmın ülkesinde yasal olarak ikamet etmekte ise, onu veren makama aittir (Prğ. 6). Bu konuda diplomatik temsilciler veya konsolosluk makamları, hükümetleri tarafından verilmiş olan seyahat belgelerinin süresini altı ayı geçmeyen bir süre için uzatma yetkisiyle donatılacaklardır (Prğ 6). Taraf devletler işbu Sözleşme’nin 28. maddesi hükümleri gereğince verilen seyahat belgelerini geçerli sayacaklardır

İdaresi Genel Müdürlüğü ya da yetki verilmesi durumunda valilik tarafından düzenleneceği belirtilmiştir.

Şartlı mültecilerin seyahat özgürlüklerine ilişkin tabi oldukları Pasaport Kanunu m. 18 yabancılara mahsus damgalı pasaportlara ilişkindir. Bu maddede vatansız bulunan veya tabiiyet durumlarının muntazam olmaması sebebiyle ikamet ve seyahatleri açısından fiilen vatansızlara tatbik edilen muamelelere tabi tutulmasında İçişleri Bakanlığınca zaruret görülen kimselere gerektiğinde Bakanlığın alacağı kararla “yabancılara mahsus” damgasını taşıyan ve Türk vatandaşlığını iktisap bakımından herhangi bir manayı veya hamili lehine herhangi bir hak iktisabını sağlamayan bir pasaport verileceği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre bu pasaport iki çeşittir. Birincisi Türkiye’ye sadece bir giriş veya Türkiye’den sadece bir çıkış için geçerli olan pasaportlardır⁹¹. Diğer çeşit ise bir gidiş ve geliş için verilen pasaportlardır ve bunlar üç aydan az olmamak kaydıyla İçişleri Bakanlığının takdirine göre belirlenecek süreyle geçerli olmak üzere tanzim edilirler (PK m. 18/ f. 2/ B). Her iki pasaport türü de İçişleri Bakanlığı ve yabancı ülkelerde, İçişleri Bakanlığının talebi veya onayı üzerine Dışişleri Bakanlığı tarafından verilecek talimata istinaden, Türkiye Cumhuriyeti konsolosluk makamları tarafından verilirler (PK m. 18/ f. 3). Pasaport sahibi ile aynı ülke vatandaşı olup da reşit ve iş sahibi olmayan kız veya erkek çocuklarının o pasaportun refakat hanesine kaydı yapılması mümkündür. Kocasıyla aynı ülke vatandaşı olan kadın hakkında da aynı işlem yapılabilir (PK m. 18/ f. 5)⁹². Ancak refakat hanesinde kayıtlı olup da pasaport sahibiyse seyahat etmeyenler o pasaportu kullanamazlar (PK m. 18/ f. 6).

Özetle 1951 Cenevre Sözleşmesi ve YUKK’un ilgili hükümleri birlikte dikkate alındığında şartlı mülteci statüsüne sahip sığınmacının seyahat özgürlüğünün mülteci statüsüne sahip sığınmacınıninkine oranla çok daha kısıtlı olduğu tespiti yapılmaktadır. 1951 Cenevre Sözleşmesi ile mülteci statüsündekilere tanınan ve seyahat belgesi vasıtasıyla kullanılan özgürce seyahat etme hakkı; Türkiye’nin Sözleşme açısından ileri sürdüğü coğrafi sınırlamaya ilişkin beyan sebebiyle şartlı mülteci statüsüne sahip olan sığınmacılar açısından söz konusu olmamaktadır. Bu kişilerin seyahat özgürlüğünün sınırları YUKK tarafından çizilmiş ve Pasaport Kanunu m. 18’de yer alan hükümlere tabi kılınmıştır. Bu kişiler ya Türkiye’ye sadece bir giriş veya Türkiye’den sadece bir çıkış ya da bir gidiş ve geliş için verilen pasaportlardan birine sahip olabilirler ve her iki pasaport

(Prg 7). Bir mültecinin gitmek istediği ülkenin yetkili makamları, eğer kendisini o ülkeye kabul edeceklerse ve bunun için vizeye gereklilik varsa, mültecinin taşıdığı belgeye vize vereceklerdir (Prg 8). Bu tür vizelerin verilmesi, herhangi bir yabancıya ancak vize verilmemesini haklı gösterebilecek sebeplerle reddedilebilecektir (Prg 9/2). Her taraf devlet, kendisi tarafından Sözleşme’nin 28. maddesine göre düzenlenen bir seyahat belgesinin sahibinin, bu belgenin geçerlilik süresi içinde her zaman o ülkeye tekrar girmesine izin vereceğini taahhüt edecektir (Prg 13). 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 11 mülteci deniz adamlarına ilişkindir. İlgili hükme göre taraf devletler, kendi bayraklarını taşıyan gemilerdeki personelin ülkesinde yerleşmesine ve bu kişileri başka bir ülkeye yerleştirmek için bu kişilere “seyahat belgesi” vermeye olumlu bakmalıdır.

91 Pasaport Kanunu m. 18/f. 2/A “(...)Giriş için verildiği takdirde Türkiye’ye girişin vukuu; Türkiye’den çıkış için verildiği takdirde de üzerindeki şerhte tasrih edilen memlekete vusul üzerine muteberliği nihayet bulacak olan bu pasaportların sahipleri tarafından itası tarihinden itibaren bir ay içinde bulunduğu memleketi terketmek suretiyle kullanılması şarttır. Aksi takdirde yenilenmesi gerekir”. Ayrıca bu çeşit pasaportların yürürlüğünü kaybettiği tarihten itibaren iki ay geçmiş ise bunların yenilenmesi işlemi İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır (PK m. 18/f. 4).

92 Cinsiyet açısından ayrımcılık içeren bu hüküm kanaatimizce yanlıştır. Aynı hak karısıyla aynı ülke vatandaşı olan erkeğe de tanınmalıdır. Dolayısıyla ayrımcılık içeren bu hüküm değiştirilmelidir.

türü de İçişleri Bakanlığı ve yabancı ülkelerde, İçişleri Bakanlığı'nın talebi veya onayı üzerine Dışişleri Bakanlığı tarafından verilecek talimata istinaden, Türkiye Cumhuriyeti konsolosluk makamları tarafından verilebilecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 23'te herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahip olduğu düzenledikten sonra seyahat özgürlüğünün suç soruşturma ile kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla ancak kanun yoluyla sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir. Yine Anayasa m. 16'da temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılabilceği belirtilmiştir. Bu açıdan kanun koyucu şartlı mülteci açısından sınırlamayı Anayasa m. 16'ya uygun olacak şekilde kanun yoluyla yapmıştır. Ancak YUKK'ta yer alan sınırlamayı Anayasa m. 23 açısından değerlendirecek olursak; kanun koyucu şartlı mülteci statüsüne sahip olan kişiyi sadece geldiği coğrafya açısından mülteci statüsüne sahip kişiden ayırarak, kanaatimizce doğruluğu tartışmalı bir şekilde bu kişileri suç işleme potansiyeli olan kişiler olarak nitelendirmiş ve suç işlenmesini önlemek amacıyla, kanun yoluyla şartlı mülteci statüsüne sahip olan kişinin seyahat özgürlüğünü kısıtlamıştır.

b. Türkiye İçinde Seyahat Özgürlüğü

Refugees International ilgili raporunda, şartlı mülteci statüsüne sahip bazı kişilerin Türkiye'de tabi oldukları sistemin yurt içi seyahat özgürlüklerini de kısıtlamakta olduğu belirtilmiştir. Zira belirli bir uydu kentte ikamet etme zorunluluğuna tabi tutulmuş olan şartlı mülteciler sadece Göç İdaresi İl Müdürlüğü tarafından verilen izinle uydu kentlerin dışına çıkabilmektedirler. Bazı şartlı mülteciler kendileri ile yapılan görüşmelerde, bu izinlerin sadece BMMYK ile yapacakları görüşmeler veya sağlığa dayalı sebeplerle verildiğini belirtmişlerdir⁹³.

Danıştay şartlı mültecilerin yurt içi seyahat özgürlüklerine ilişkin bazı kararlar vermiştir. Örneğin, Ankara 5. İdare Mahkemesi, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesi Misafirhanesi'nde tutulan, BMMYK tarafından mülteci statüsü kabul edilen ve AİHM tarafından İran ya da Irak'a sınır dışı edilmemesi yönünde hakkında tedbir kararı verilen İran uyruklu davacının İsveç Konsolosluğu'nda görüşmeye katılabilmek için serbest bırakılma isteminin reddine ilişkin idarenin vermiş olduğu kararı hukuka uygun bulmayarak, kararın iptaline karar vermiştir. Danıştay 10. Daire tarafından da İdare Mahkemesi'nin bu kararı oybirliği ile onanmıştır⁹⁴.

Yurt içi seyahat özgürlüğüne ilişkin Danıştay 10. Daire'nin 31.3.2010 tarihli kararına konu olan diğer bir olayda İran uyruklu davacı ile küçük çocuğu BMMYK tarafından mülteci statüleri tanınmak suretiyle güvenli üçüncü ülkeye gönderilmelerine ilişkin inceleme kapsamında

93 Bkz.: Rapor, s. 7. Uydu kent uygulamasındaki amacın, şartlı mültecilerin ülkenin her yerine dağıtılarak korunmalarına sağlamak olması gerekirken, onların hareket özgürlüğünü kısıtlayan bir probleme dönüştüğüne ilişkin görüş için bkz.: Frantz, 2003. Şartlı mültecilerin seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasının, onların Türkiye'de "bir güvenlik nesnesi" olarak algılandığının bir göstergesi olduğuna ilişkin görüş için bkz.: Sert ve Yıldız, s. 33.

94 Danıştay 10. Daire, T: 29.1.2010, E.: 2009/13343, K.: 201/178. Karar için bkz.: Özkan, s. 461-462.

mülakat için ABD Konsolosluğu'na çağrılmışlardır. Aile, Konsolosluğun bulunduğu ilgili şehre mülakata gidebilmek için ikamet tezkerelerinin yenilenmesi ve seyahat izni talebinde bulunmuştur. Bu istem idare tarafından zımnen reddedilmiş, reddin iptali amacıyla açılan davada Ankara 7. İdare Mahkemesi 18.9.2009 tarihinde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacının, Türkiye'nin taraf olduğu 1951 Cenevre Sözleşmesi hükümleri ile bağlı olduğuna, Sözleşme'nin 31. maddesi uyarınca taraf devletlerce mültecilerin başka ülkeye kabulü için makul süreyi ve gerekli kolaylıkları sağlamakla yükümlü olduklarına, kendilerinin mülteci olarak kabulüne yönelik mülakata gidebilmeleri için ikamet tezkerelerinin yenilenmesi ve ilgili şehre seyahatlerine yönelik izin verilmesi gerektiğine ilişkin iddiaları ve talebi Danıştay 10. Daire tarafından reddedilmiş, İdare Mahkemesi kararı oybirliği ile onanmıştır. Danıştay ret gerekçesinde temyiz dilekçesinde davacı tarafından ileri sürülmüş hususların 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili maddesinde yazılı nedenlere uymadığını belirtmiştir⁹⁵.

Sığınma talep edilen ülkede yurt içi seyahat özgürlüğüne ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda kişinin sığınma hakkı talep ettiği ülkede AİHS Ek 4 Numaralı Protokol m. 2'nin korumasından yararlanmasının koşulunun, seyahat özgürlüğünün sığınma talep edilen ülkenin yasalarına uygunluğu olduğunu belirtmiştir. Davaya konu olan olayda sığınmacıya Almanya'nın sadece Wolfsburg şehrinde ikamet etme hakkı tanınmış, sığınmacının başka bir şehre izinsiz geçmesinin Alman hukukuna aykırılık teşkil ettiği ve bu sebeple de sığınmacının AİHS Ek 4 Numaralı Protokol m. 2'de koruma altına alınmış olan seyahat özgürlüğünden yararlanmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Protokol m. 2'de yer alan haklar bir devletin ülkesi içinde "hukuka uygun" bulunanlara tanınmıştır. Ülkesine yabancıyı geçici olarak kabul eden devlet bu kişilerin ülkeye girişleri ile kalışlarına ilişkin koşulları belirler ve bu koşullara aykırılık olmadığı müddetçe yabancının "hukuka uygun" olarak o ülkede bulunduğu kabul edilebilir⁹⁶.

Özetle şartlı mülteci statüsü ile uydu kentlerde ikamet eden kişilerin Göç İdaresi İl Müdürlüğü'nün izni olmaksızın il dışına seyahatleri sadece ulusal mevzuat açısından değil, benzer bir konuya ilişkin verilmiş AİHM kararı doğrultusunda da mümkün görülmemektedir. BMMYK veya mülteci olarak kabul edilme ihtimali olunan ülkenin dış temsilciliği ile görüşme vb. durumlarda idarenin başka bir ile seyahate izin vermemeye ilişkin kararlarının bazen idare mahkemesi ve Danıştay tarafından hukuka aykırılığına karar verilmiş olsa da; bu durum, özellikle yerleştirildikleri uydu kentlerde çalışabilecekleri iş bulamayan şartlı mülteci statüsüne sahip kişiler ve bakmakla yükümlü oldukları aileleri açısından büyük sıkıntı yaratmaktadır.

95 Danıştay 10. Daire'nin 31.3.2010 tarihli, 2009/15254 Esas ve 2010/ 2441 sayılı Karar'ı için bkz.: Ekşi ve Çiçekli, s. 168-169.

96 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*Sunday E. OMWENYEKE v. Germany*), 20.11.2007, 44294/04, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-83796&filename=001-83796.pdf> (1.4.2019). AİHM'nin söz konusu olan yabancı kişi olunca Protokol m. 2/ f. 1'de yer alan "bir devletin ülkesi içinde hukuka uygun olarak bulunan kişi" olma şartını "ulusal hukukun vazettiği gereklilikler ile sıkı sıkıya uyum" olarak kabul ettiğine ilişkin görüş için bkz.: Göçmen, s. 342.

C. ÇALIŞMA HAKKI

I. Milletlerarası Düzenlemeler

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 23/ f. 1'e göre herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, taraf devletlerin herkesin çalışma hakkını tanıyacağı ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Bu hak herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkânına ulaşma hakkını da kapsamaktadır. Sözleşme'ye taraf devletlerin, çalışma hakkını tam olarak gerçekleştirmek üzere alacağı tedbirler arasında: Teknik ve mesleki rehberlik hizmetleri ile öğretim programları yapma; bireyin temel siyasal ve ekonomik özgürlüklerini koruyan şartlar içinde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişme ile tam ve üretken istihdamı sağlamak için gerekli politikaları ve yöntemleri uygulama yer almaktadır (m. 6/ f. 2)⁹⁷.

1951 Cenevre Sözleşmesi m. 17'de taraf devletlerin, ülkelerinde yasal olarak ikamet eden her mülteciye, ücretli bir meslekte çalışma hakkı açısından aynı şartlar içinde yabancı bir ülkenin vatandaşına uyguladıkları en müsait muameleyi uygulayacakları düzenlenmiştir. Yine, aynı madde kapsamında ulusal işgücü piyasasını korumak amacıyla, yabancılara veya yabancılardan çalıştırılmalarına konan sınırlama tedbirlerinin, bu Sözleşme'nin ilgili taraf devlette yürürlüğe girdiği tarihte söz konusu tedbirlerden muaf tutulan veya aşağıdaki koşullardan birine sahip olan mültecilere uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre:

- "a) Memlekette üç yıl ikamet etmiş olmak;
- b) İkametgâh memleketi vatandaşı olan bir kimse ile evli bulunma, eşini terk etmiş olan bir mülteci bu hükümden istifadeyi iddia edemez;
- c) İkametgâh memleketi vatandaşı olan bir veya birkaç çocuğu olmak" kaydıyla mülteci statüsüne sahip kişiler taraf devletin sınırlama tedbirlerine tabi olmayacaklardır. Ayrıca taraf devletler, ilgili hüküm kapsamında ücretli mesleklerde çalışma açısından bütün mültecilerin ve özellikle ülkelerine bir işçi bulma programına yahut göçmen getirme planına göre girmiş olan mültecilerin haklarını vatandaşlarına tanıdıkları çalışma haklarıyla aynı noktaya getirme konusuna sıcak bakacaklarını kabul etmişlerdir. 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 17 ekonomik düzeyi ne olursa olsun bütün taraf devletleri bağlamaktadır. Bu açıdan Sözleşme m. 17 zaman içinde gelişme gösterecek bir uygulamaya ilişkin değildir. Aksine mülteci statüsüne sahip kişilere derhal çalışma hakkı verilmesini öngörmüştür⁹⁸.

97 Sözleşme'nin adil ve uygun işte çalışma şartları başlıklı 7. maddesi: "Bu Sözleşmeye Taraf Devletler herkese adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı tanırlar. Bu şartlar aşağıdaki hakları güvence altına alır: a) Bütün çalışanlara sağlanan asgari bir gelir ile birlikte en azından: i) Hiç bir ayırma tabi tutulmaksızın özellikle kadınlarmın erkeklerin çalışma şartlarından daha alt düzeyde olmayan şartlarda çalışmaları güvence altına alınarak, eşit işe eşit ve adil ücret; ii) bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, kendisi ve ailesi için nezih bir yaşam; b) Güvenli ve sağlıklı çalışma şartları; e) Herkesin işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında, kıdem ve ehliyetten başka bir ölçüye tabi olmaksızın, eşit imkânlar; d) Dinlenme, çalışma arası, çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi" şeklindedir.

98 Çiçekli, s. 354.

1951 Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletler Sözleşme m. 18 uyarınca ülkelerinde yasal olarak ikamet eden mültecilerin kendi işlerinde çalışmaları ile ilgili olarak, mümkün olduğu kadar lehte ve her hâlde genel olarak aynı şartlardaki yabancılara uyguladıklarından daha az lehte olmayan muameleyi uygulama yükümlülüğü altına girmiştir⁹⁹. Ayrıca Sözleşme m. 19 uyarınca: “*Her taraf devlet, ülkesinde yasal olarak ikamet eden ve bu devletin yetkili makamlarınca tanınan diplomalara sahip olup, bir ihtisas mesleğini icra etmek isteyen mültecilere, mümkün olduğu kadar lehte ve her hâlde aynı şartlar içindeki tüm yabancılara sağlanandan daha az lehte olmayan şekilde muamele uygulayacaktır. Taraf devletler, bu gibi mültecilerin, anavatanları dışında, uluslararası ilişkilerini yürüttükleri ülkelere yerleşmelerini temin için, kanunlarına ve anayasalarına göre ellerinden gelen çabayı göstereceklerdir*”.

2. Türk Hukukunda Şartlı Mültecilerin Çalışma Hakkı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 48, Türk vatandaşı veya yabancı ayrımı yapmaksızın herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğunu düzenlemiştir. Yine Anayasa m. 49'da çalışmanın herkesin hak ve ödevi olduğu belirtildikten sonra çalışanların hayat kalitesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için devletin gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiştir. Bir temel hak ve özgürlük olan çalışma özgürlüğü Anayasa m. 90 uyarınca yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu m. 89/ f. 4/ a'da uluslararası koruma statüsü sahiplerinin ve şartlı mültecilerin uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir. Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Ve Uluslararası Koruma Statü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik (UKÇY) m. 5'te de uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi ve şartlı mültecilerin çalışmaya başlamadan önce çalışma izni almaları gerektiği ve başvurusu uygun görülenlere Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı (AÇŞHB) tarafından çalışma izni verileceği düzenlenmiştir. Ancak YUKK m. 89/ f. 4/ b'de mülteci statüsüne sahip olanların ve ikincil koruma statüsü sahiplerinin başvuru tarihinden itibaren 6 ay bekleme zorunluluğu olmaksızın statü kazanmalarıyla birlikte bağımlı veya bağımsız çalışabilecekleri belirtilmiştir¹⁰⁰. Diğer bir ifadeyle mülteci ve ikincil koruma statüsüne sahip kişilere verilecek uluslararası koruma statüsü kimlik belgesi çalışma izni yerine geçecektir (YUKK

99 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 18: “*Âkid Devletler, ülkelerinde muntazam surette bulunan mültecilere ziraat, sanayi, küçük sanatlar ve ticaret sahalarında ücretsiz bir meslek sahibi olmak ve ticaret ve sanayi şirketleri kurmak hususlarında mümkün olduğu kadar müsaite ve her hâlde aynı »şartlarla genel olarak yabancılara bahşedilenden daha az müsaideolmayan muameleyi bahşederler*” şeklindedir.

100 Aynı şekilde Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Ve Uluslararası Koruma Statü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik m. 4'te de mülteci veya ikincil koruma statüsü sahiplerinin uluslararası koruma statüsünü kazanmalarından itibaren bağımlı ve bağımsız çalışabilecekleri, kendilerine verilen kimlik belgesinin çalışma izni yerine geçeceği ve bu bilginin kimlik belgesine yazılacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddede bu kişilerin çalışma haklarının sona ermesi, statülerinin herhangi bir nedenle sona ermesine ya da kimlik belgelerinin iptalini gerektirecek nedenlerin ortaya çıkmasına bağlanmıştır.

m. 89/ f. 4/ b; UKÇY m. 4/ f. 2). Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri çalışma izninden muaf kabul edildikleri için ayrıca bir başvuru yapmalarına dahi gerek olmayacaktır. Bu kişilerin ancak yabancıların çalışamayacakları iş ve mesleklere ilişkin diğer mevzuatta yer alan hükümler çerçevesinde belirli iş ve mesleklere çalışmalarına izin verilmeyecektir (YUKK m. 89/ f. 4/ b).

Uluslararası işgücüne ilişkin politikalara, yabancılara verilecek çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerine dair iş ve işlemlerde izlenecek usul ve esaslara, yetki ve sorumluluklara ve uluslararası işgücü alanındaki hak ve yükümlülüklerle ilişkin düzenlemeleri kapsayan ve 28.7.2016 tarihinde yürürlüğe girerek 27.2.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'u yürürlükten kaldıran Uluslararası İşgücü Kanunu m. 17/ f. 6 uyarınca "*uluslararası koruma başvuru sahibi, uluslararası koruma statüsü sahibi ve geçici koruma sağlanan yabancıların çalışma ve çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvurusu hakkının il, süre, sektör, işkolu, iş ve meslek bakımından Göç Politikaları Kurulu kararları ve Bakanlığın uluslararası işgücü politikası dikkate alınarak uygulanması ve sınırlandırılmasına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir*". Mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin iş piyasasına erişimi iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. Ancak, Türkiye'de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için bu sınırlamalar uygulanmaz (YUKK m. 89/ f. 4). Bu istisna 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 17/ f. 2 ile uyum sağlama amacıyla getirilmiştir. Yine aynı yönde UKÇY m. 18'de ise uluslararası koruma statüsü başvuru sahibi veya şartlı mülteciye çalışma izni verilmesinin izin türü, süre, meslek, sektör, işkolu, mülki ve coğrafi alan bakımından AÇSHB tarafından sınırlandırılabilceği düzenlendikten sonra Türkiye'de üç yıldır ikamet eden veya bir Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci statüsüne sahip kişiler için bu sınırlandırmanın uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de üç yıldır ikamet eden veya bir Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olan mülteci statüsüne sahip kişilerin sahip olduğu temeli 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne dayanan hak, aynı durumdaki şartlı mültecilere tanınmamıştır.

Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Ve Uluslararası Koruma Statü Sahibi Kişilerin Çalışmasına Dair Yönetmelik m. 9'da mevsimlik tarım ve hayvancılık işlerinde çalışacak şartlı mültecilerin çalışma izninden muaf oldukları ancak bu konuda AÇSHB tarafından il ve kota sınırlaması getirilebileceği düzenlenmiştir.

Uluslararası İşgücü Kanunu'nun 17. maddesinin 1. fıkrası şartlı mülteci yabancıların; uluslararası koruma başvurusu tarihinden altı ay sonra çalışma izni almak için başvurabileceklerini düzenlemiştir. Ayrıca maddenin devamında bu kişilere çalışma izni verilmesinde İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşünün alınacağı (m. 17/ f. 2) ve geçerli çalışma iznine sahip olunmasının bu kişiler açısından Türkiye'de mutlak kalış hakkı sağlamadığı belirtilmiştir (m. 17/ f. 3). UİK m. 16'da YUKK uyarınca şartlı mülteciye verilecek çalışma izin türünün istisnai çalışma izni olduğu ve bu çalışma izninin verilmesinde UİK m. 7, m. 9 ve m. 10'daki hükümlerin uygulanmasına

ilişkin istisnaların tanınabileceği düzenlenmiştir¹⁰¹. Bunlara ek olarak çalışma izin başvuruları değerlendirilirken AÇSHB ilgili mercilerden görüş de alabilir. En geç on beş gün içinde ilgili merciler görüşlerini bildirmezlerse, AÇSHB tarafından olumlu olarak kabul edilecektir (UKÇY m. 13). Ayrıca eğer şartlı mülteciye belirli bir ilde ikamet etme yükümlülüğü getirilmişse, bu il sınırları dışında çalışma izni almak için yaptığı başvurular İçişleri Bakanlığı'nın görüşü alınarak¹⁰² sonuçlandırılacaktır (UKÇY m. 6/ f. 4). Bu son bahsedilen her iki durum da mülteci statüsünü kazanmış olan kişiler için geçerli değildir.

Bu noktada tekrar vurgulamak gerekir ki şartlı mülteciler için verilecek uluslararası koruma statüsü kimlik belgesi çalışma izni yerine geçmeyeceği ve yukarıda bahsedilmiş olunan şartlarla çalışma izni almak için başvuruda bulunmaları gerektiği ve bu iznin de UKÇY m. 5 uyarınca "başvurusu uygun görülenlere" verileceği için şartlı mültecilerin çalışma izni almak üzere yapmış oldukları başvuruların AÇSHB tarafından reddedilme ihtimali mevcuttur.

Özetle YUKK'un mültecilerin çalışma özgürlüklerine ilişkin hükümleri, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ile paralellik arz etmektedir. Bu hükümler çerçevesinde Türkiye'de mülteci statüsüne sahip olan kişiler, uluslararası koruma statüsü kimlik belgesini aldıkları andan itibaren Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışabileceklerdir. Bu kişiler çalışma izni almaktan muaf kabul edilmişlerdir. Türkiye'de üç yıl ikamet eden veya Türk vatandaşıyla evli olan ya da Türk vatandaşı çocuğu olanlar dışındakilerin iş piyasasına erişimi iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler ile istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik şartların gerekli kıldığı hâllerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, iş kolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir. Ancak Türkiye'nin 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne ilişkin coğrafi sınırlama beyanı sebebiyle Türkiye açısından şartlı mülteci statüsüne sahip olduğu kabul edilen kişiler, uluslararası koruma başvurusunu yaptıkları tarihten ancak altı ay sonra çalışma izni almak için başvurabilecek ve bu kişilere çalışma izni verilmesinde İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşü aranacaktır.

Şartlı mültecilerin yerleştirildiği uydu kentlerde yaşadıkları en önemli sorunlardan biri de bu kentlerde geçim kaynaklarına erişim imkânlarının kısıtlı olmasıdır. Bu durum sebebiyle de şartlı mülteciler barınacak yer¹⁰³, yiyecek ve yakıt gibi masrafları karşılayabilmekte zorluk çekmektedir. Birçoğu uydu kentlerin dışına izinsiz çıkmak ve çoğunlukla uydu kent olmayan İstanbul, Ankara

101 Şartlı mülteciler ve uluslararası koruma statüsü başvuru sahiplerinin aldıkları çalışma izinleri: Uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmesi veya çekilmiş sayılması (YUKK m. 77), uluslararası koruma statüsünün sona ermesi (YUKK m. 85) ve uluslararası koruma statüsünün iptali (YUKK m. 86) hâllerinde İçişleri Bakanlığı'nın bu konudaki bildirim üzerine AÇSHB tarafından iptal edilecektir.

102 UKÇY m. 13/ f. 2'de İçişleri Bakanlığı'ndan alınacak ilgili görüşün elektronik ortamda gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Yine Yönetmelik Geçici m. I'de söz konusu görüş alımının elektronik ortamda gerçekleştirilebilmesi için teknik altyapı sağlanıncaya kadarki süreçte elektronik posta dahil olmak üzere iletişimi kolaylaştıracak araç, gereç ve yöntemlerin kullanılacağı düzenlenmiştir.

103 RI'nın görüştüğü 50 şartlı mülteci ve mülteciden sadece biri ev ararken geçici barınma desteği alabilme imkânı bulmuştur. SGDD bu kişi ve çocuğunun iki kez ve toplamda üç haftalık bir süre için otel masraflarını karşılamıştır. Geçici barınma desteği alamayan ve uydu kentlere yerleştirilen şartlı mültecilerden bazıları ise aylarca parklarda yatmak zorunda kaldıklarını ifade etmektedirler. Barınacak yer bulmada LGBT bireyler, farklı dinlere mensup kişiler ve yalnız kadınlar daha fazla zorluk çekmektedirler. Bunun için bkz.: Rapor, s. 8-9.

ve İzmir gibi iş imkânlarının daha fazla olduğu kentlerde çalışmak zorunda kalmaktadır. Bu süreçte de ikamet etmek zorunda oldukları uydu kent ile iş bulabildikleri diğer kent arasında sürekli izinsiz bir şekilde seyahat etmeye mecbur olmaktadır. Ayrıca şartlı mültecinin, uluslararası koruma statüsü için başvurduğu tarihten itibaren ancak 6 ay sonra çalışma izni için başvurabiliyor ve bu süre zarfında kendisini ve ailesini geçindirebilmek için çalışma izni olmaksızın yasa dışı bir şekilde çalışma zorunluluğunda olması, bu kişilerin emeklerini sömürüye daha açık hale getirebilmektedir¹⁰⁴. Bazı şartlı mülteciler kendileriyle yapılan görüşmelerde çok uzun saatler boyunca, çok düşük ücretlerle çalışmak zorunda kaldıklarını; çalışma koşulları, ödenmeyen ücretleri¹⁰⁵ ya da sözlü veya fiziksel açıdan uğradıkları tacizler sebebiyle yetkili mercilere başvuramadıklarını; zira başvurularını hâlinde hem izin olmaksızın uydu kentten çıktıkları hem çalışma izni olmaksızın çalıştıkları için sahip oldukları şartlı mülteci statüsünü kaybedeceklerinden korktuklarını ifade etmektedirler¹⁰⁶.

SONUÇ

Her devlet kendi ülkesi üzerinde egemenlik hakkına sahiptir. Bu hakka dayalı olarak da devletlerin yabancıları ülkelerine kabul etme zorunlulukları bulunmamaktadır. Sığınma hakkı devletin uluslararası yükümlülükleri ve ulusal mevzuatı çerçevesinde ele alınması gereken bir konudur. Bir devlet milletlerarası bir sözleşme yoluyla böyle bir yükümlülük altına girmişse, sözleşme kapsamına giren yabancıların sığınma hakkını tanımak zorundadır. Ancak öğretide sözleşmesel bir yükümlülüğün olmadığı hâlde bir devlete, bu yönde bir yükümlülük getiren bir yapılageliş kuralı veya genel bir hukuk ilkesi olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁷.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 14. maddesinde sığınma arama hakkı ve sığınmadan faydalanma hakkından bahsedilmiştir. Dolayısıyla sığınma talebinde bulunan devletler ancak bu talebi kabul ederlerse sığınmacıyı ülkelerine kabul etme ve ona uluslararası koruma sağlama yükümlülüğü altına girmektedirler. Sığınma hakkına ilişkin hükümler getiren diğer uluslararası düzenlemelere baktığımızda da yaklaşımın aynı yönde olduğu tespit edilmektedir¹⁰⁸. 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü sığınma hakkına ilişkin düzenleme

104 *Ibid*, s. 7.

105 Türkiye'de şartlı mültecilerin yerel halkın çalışmak istemediği otomobil yıkama, bulaşıkçılık, temizlikçilik gibi fiziksel güce dayalı alanlarda hafta sonları da dâhil olmak üzere çok uzun saatler çalıştırılmakta olduklarına, buna rağmen Türk vatandaşları çalışsaydı alacakları ücretten çok daha düşük bir maaş aldıklarına, bazılarının ücretlerinin verilmemesinden şikâyetçi olduklarına ancak kaçak olarak çalıştıkları için de şikâyet edemediklerine ve ağır şartlarda yaşamaya mecbur bırakıldıklarına ilişkin bkz.: Aysel Nasirova, "Şartlı mültecilerin yerel halka yönelik görüşleri: Afyonkarahisar örneği", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), s. 30.

106 Kayıt dışı çalışan şartlı mülteciye ve bu kişiyi çalıştıran işverene ceza kesilmesinin sığınmacılar arasında korkuya sebep olduğuna, bu sebeple de mülakatlar sırasında çoğu kişinin çalıştığını gizlediğine, belirli ekonomik kaynakla ülkeye giriş yapmış olsalar da çalışma izni alamadıkları süre içerisinde bu kaynağı tükettikleri ve durumları iyi olanların dahi yoksulluğa düştüğüne ilişkin bkz.: Uydu Kentler İzleme ve Raporlama Projesi Kapanış Toplantıları, s. 11.

107 Pazarıcı, s. 215-216.

108 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Öztürk, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi", s. 209 vd.

getirmemiştir. 1967 tarihli BM Ülkesel Sığınma Bildirisi, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 14. maddesine gönderme yaparak devlet egemenliğine vurgu yapmıştır¹⁰⁹. Avrupa Konseyi'nin 1977 tarihli Ülkesel Sığınma Bildirisi¹¹⁰ sığınma hakkının devlet egemenliği kapsamında olduğunu belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi ve Cartagena Deklarasyonu¹¹¹ gibi bölgesel düzenlemelerde bu hususa dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi¹¹² m. 22/ f. 7'de sığınma devleti kanunları ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde her kişinin sığınma talep etme ve sığınma sağlanma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir¹¹³. Afrika İnsan ve Halkları Şartı¹¹⁴ m. 12/ f. 3'te¹¹⁵ de Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi m. 22/ f. 7 ile paralel bir düzenleme mevcuttur. Bu iki düzenleme çerçevesinde de sığınma hakkının ancak –sığınma hakkını bir hak olarak zikretmeyen – uluslararası sözleşmeler ve sığınma talep edilen devletçe tanındığı müddetçe bir hak olarak ileri sürülebileceği söylenebilir.¹¹⁶

Her devlet yabancıların kendi ülkelerine girişlerine ve kalışlarına ilişkin esasları belirleme hakkına sahiptir. Türkiye Ağustos 2018 itibariyle dünyada en çok sığınmacı kabul eden ülke

- 109 14 Aralık 1967 tarihli BM Ülkesel Sığınma Bildirisi (UN General Assembly, *Declaration on Territorial Asylum*) A/ RES/2312(XXII) m. 1/ f. 1: “*Asylum granted by a State, in the exercise of its sovereignty, to persons entitled to invoke article 14 of the Universal Declaration of Human Rights, including persons struggling against colonialism, shall be respected by all other States*” şeklindedir. Bkz.: *Declaration on Territorial Asylum*, (t.y.), <https://www.refworld.org/docid/3b00f05a2c.html> (8.11.2018). Sığınma hakkına ilişkin olarak BM tarafından 1959 yılından itibaren yapılmaya başlanan çalışmalar BM Genel Kurulu tarafından oybirliği ile onaylanan BM Ülkesel Sığınma Bildirisi'nin kabulü ile 14 Aralık 1967 tarihinde sonlanmıştır. Bu Bildiri'nin önemi, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde ve 1967 Protokolü'nde yer almamış olan sığınma hakkı konusuna yer verilmiş ve bazı ilkeler belirlenmiş olmasıdır. Bkz.: Odman, Mülteci Hukuku, s. 56; Mehmet Özcan, s. 18.
- 110 Bunun için bkz.: *Declaration On Territorial Asylum (Adopted by the Committee of Ministers on 18 November 1977, at the 278th meeting of the Ministers' Deputies)*, (t.y.), <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3611c.pdf> (8.11.2018).
- 111 Orta Amerika ülkelerinde cereyan eden iç savaşlar sonucu 1980'li yıllarda iki milyonu aşkın kişi göç etmek zorunda kalmış ve bir mülteci krizi doğmuştur. Bunun sonucunda 19-22 Kasım 1984 tarihinde Kolombiya'nın Cartagena şehrinde toplanan bir grup hükümet temsilcisi, akademisyen ve hukukçu “Orta Amerika, Meksika ve Panamadaki Mülteciler Yasal ve İnsancıl Problemlerden Korunması Hakkında Uluslararası Koferanslar Dizisi” düzenlemişlerdir. Bu konferansların sonucu olarak ad hoc bir komite tarafından (bölgesel bir kuruluş değil) “Mülteciler ile İlgili Cartagena Bildirisi” imzalanmıştır. Bu Bildiri uyarınca 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin ve 1967 Protokolü'nün Latin Amerika ülkeleri tarafında coğrafi sınırlama beyanı olmaksızın kabul edilmesi ve beyanda bulunanların bunu kaldırmaları kararlaştırılmıştır. Bu süreçte BMMYK ile işbirliği yapılacağı vurgulanmış ve mülteci kavramının Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi'ndeki gibi genişletilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.: Mehmet Özcan, s. 20-21.
- 112 Sözleşme (Organization of American States, American Convention on Human Rights), Kosta Rika'da 22 Kasım 1969 tarihinde imzalanmış, 18 Haziran 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme metni için bkz.: *American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica*, (t.y.), <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> (8.11.2018).
- 113 İlgili fıkranın İngilizce metninin tamamı: “*Every person has the right to seek and be granted asylum in a foreign territory, in accordance with the legislation of the state and international conventions, in the event he is being pursued for political offenses or related common crimes.*” şeklindedir. Bkz.: *Ibid.*
- 114 Şartın İngilizce metni için bkz.: *African Charter on Human and Peoples' Rights. Concluded at Nairobi on 27 June 1981*, (t.y.), <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201520/I-26363-English.pdf> (8.11.2018).
- 115 İlgili fıkranın İngilizce metninin tamamı: “*Every individual shall have the right, when persecuted, to seek and obtain asylum in other countries in accordance with the laws of those countries and inter national conventions*” şeklindedir. Bkz.: *Ibid.*
- 116 Bkz.: Öztürk, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili”, s. 210.

haline gelmiştir¹¹⁷. BMMYK verilerine göre 2018 başında Türkiye’de 4 milyona yakın kayıtlı sığınmacı bulunmaktadır. Bunların yaklaşık 3.54 milyonunu Suriyeli sığınmacılar ve 290.000’ini ise Suriyeli olmayan sığınmacılar oluşturmaktadır¹¹⁸. Ağustos 2018 itibariyle ise Türkiye’de yaklaşık 3.54 milyon Suriyeli, 164,351 bin Afgan, 142,576 bin Irak, 37,732 bin İran, 5,518 bin Somali vatandaşı ve 11,515 bin diğer ülke vatandaşı sığınmacının olduğu tespit edilmiştir¹¹⁹. Türkiye kendi göç politikasına dayalı olarak 1951 Cenevre Sözleşmesi’ni coğrafi sınırlama beyanıyla imzalamış ve 1967 Protokolü’ne taraf olurken de bu beyanını saklı tuttuğunu belirtmiştir. 1951 Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan hükümler kapsamında mülteci olan ancak Avrupa dışında meydana gelen olaylar sebebiyle Türkiye’ye sığınan kişiler Türkiye’nin beyanı ile paralel olarak düzenlenmiş YUKK’un ilgili hükümleri uyarınca “şartlı mülteci” statüsü kazanabilme hakkına sahiptirler.

Türkiye göç politikasını iki ihtimali gözeterik belirlemiştir. İlki Türkiye’nin coğrafi açıdan stratejik konumu ve buna bağlı olarak sınır güvenliği sorunudur. Diğeri ise sığınmacılar konusunda devletlerarası yük paylaşımı yapılmasına olanak sağlayacak düzenlemelerin hayata geçirilmemesi hâlinde Türkiye topraklarında devletin imkânlarının birçok açıdan kaldıramayacağı boyutta sığınmacı birikiminin olma ihtimalidir. Şartlı mülteci statüsüne ilişkin sistem eğer hukuken düzenlendiği ve öngörüldüğü şekilde işletilebilseydi, bugün şartlı mültecilerin yaşamakta olduğu birçok mağduriyetin önüne geçilebilirdi. Zira şartlı mültecinin güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilmesine dayalı sistem, sayıları giderek artan sığınmacı yükünün sadece Türkiye tarafından taşınmasının önüne geçebilecek ve sığınmacıların da ekonomik, sosyal ve kültürel anlamda kendilerini daha fazla geliştirebilmelerine imkân sağlayabilecek bir yaşam alanına sahip olmalarına vesile olabilecekti.

Şartlı mülteci statüsüne sahip kişilerin üçüncü ülkeye yerleştirilmeleri konusunda yardımcı olan BMMYK, gönüllü geri dönüş, yerel entegrasyon¹²⁰ ve yeniden yerleştirmenin aralarında

117 Murat Erdoğan, “Suriyeli Mülteciler ve Entegrasyon”, **İnsan Hakları Perspektifinden Mültecilik (UMHD)** içinde (143-150), 2017, <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/MULTECILIK-BASKI-170117-N.pdf> (15.11.2018), s. 144. Türkiye’de 2018 itibariyle 65,000 kişi yeniden yerleştirme sürecinin çeşitli aşamalarında. 14 Eylül 2017 tarihinde Türkiye’nin Ulusal İltica Sisteminin Kuvvetlendirilmesi projesinin lansmanına ilişkin basın bildirisinde Türkiye’nin dünyada en çok sayıda sığınmacıya ev sahipliği yapan ülke olduğu; cömertçe koruma ve yardım sağlayarak kriz bölgelerinden gelen çocuk, kadın ve erkek sığınmacıların ihtiyaçlarını karşılama konusunda büyük bir sorumluluk üstlenmiş olduğu ifade edilmiştir. Bunun ilişkin bkz.: UNHCR, Türkiye’nin Ulusal İltica Sisteminin Kuvvetlendirilmesi projesinin lansmanına ilişkin basın bildirisini, 2017, <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/09/01.-UNHCR-Turkey-Fact-Sheet-August-2018.pdf> (23.10.2018).

118 UNHCR, UNHCR Projected 2019 Global Resettlement Needs, 2018, <https://www.unhcr.org/protection/resettlement/5b28a7df4/projected-global-resettlement-needs-2019.html> (25.10.2018), s. 42. Türkiye’deki sığınmacıların %50’si Gaziantep, Hatay, İstanbul ve Şanlıurfa’da yaşamaktadır. Yaklaşık 1 milyon sığınmacı 15-24 yaşlarındadır ve bunların %60’i erkektir. Bunun için bkz.: UNHCR, Turkey Fact Sheet, 2018. <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/09/01.-UNHCR-Turkey-Fact-Sheet-August-2018.pdf> (23.10.2018).

119 Türkiye’deki sığınmacıların %50’si Gaziantep, Hatay, İstanbul ve Şanlıurfa’da yaşamaktadır. Yaklaşık 1 milyon sığınmacı 15-24 yaşlarındadır ve bunların %60’i erkektir. Bu veriler için bkz.: UNHCR, Turkey Fact Sheet, 2018. <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/09/01.-UNHCR-Turkey-Fact-Sheet-August-2018.pdf> (23.10.2018).

120 YUKK m. 96 yabancıların, uluslararası koruma statüsü başvuru sahiplerinin ve uluslararası koruma statüsü

bulunduğu üç temel kalıcı çözümden birine ulaşılmasını hedeflemektedir¹²¹. Bunlardan ilki olan gönüllü geri dönüş, şartlı mültecinin vatandaşı olduğu ülkeden veya vatansızsa ikamet ülkesinden kaçmasına neden olan koşullar açısından değerlendirdiğimizde kısıtlı bir çözümdür. Zira şartlı mülteci statüsü verilen kişi ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden haklı sebeple zulme uğramaktan korktuğu için Türkiye'ye sığınan kişidir. Bu kişiler ayırım gözetmeyen silahlı çatışma veya savaş ortamında kaçarak gelmiş sığınmacılar değildir. Şartlı mültecilerin büyük bir çoğunluğunun sığınma sebebinin ortadan kalkması için bazen bir devletin hukuk sisteminin bazen de bir toplumda cari olan örf adet ve ahlak kurallarının değişmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle bu kişilerin gönüllü geri dönüşü, çok daha uzun sürece dayanan jeopolitik çabayı gerektirmektedir.

İkinci kalıcı çözüm ise yerel entegrasyondur. Şartlı mültecilerin, yerleştirildikleri uydu kente daha iyi uyum sağlayabilmeleri için öncelikle barınma desteğinin sağlanması ve sonrasında da bu kişilerin kültürel oryantasyon programlarına dahil edilmeleri, toplumla entegre olamamalarından kaynaklanan bazı sorunların önüne geçebilecek yollar olarak değerlendirilebilir. Ancak yine de şartlı mülteci üçüncü ülkeye gönderilinceye kadar geçici ikamet izni ile Türkiye'de kalma hakkına sahip olan sığınmacı olduğu için yerel entegrasyon çözümünün Türkiye'deki şartlı mülteci statüsüne ilişkin mevzuat hükümleri dikkate alındığında mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Zira 1951 Cenevre Sözleşmesi m. 34'te yer alan ve taraf devletlere mültecileri vatandaşlığa almayı kolaylaştırma, gerekli işlemleri çabuklaştırma konusunda sorumluluk yükleyen hüküm, Türkiye'deki şartlı mülteci statüsüne sahip olan kişiler için geçerli değildir. Ayrıca Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 16/ f. 2/ c'de yasal ikamet izni olmaksızın veya yasal olmakla birlikte Türkiye'de yerleşme niyetini göstermeyen; sığınma veya iltica başvuru sahibinin ve sığınmacının Türk vatandaşı olmak üzere yapmış olduğu başvurunun kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir.

sahiplerinin toplumla karşılıklı uyumlarını kolaylaştırmak için genel hükümler içeren bir maddedir. Ancak yerel entegrasyonun, yabancıların sahip oldukları statü, buna bağlı olarak hakları ve yaşam koşulları dikkate alınmak suretiyle daha somut düzenlemeler yapılarak ve bu alanda adımlar atacak ilgili kurumlar tesis edilerek sağlanabileceği kanaatindeyiz.

121 UNHCR, Handbook for Self-reliance, 2005, <https://www.unhcr.org/44bf7b012.pdf> (8.12.2018), s. 79. Ağırlıklı görüşe göre gönüllü dönüş en iyi ve en tercih edilen çözüm yoludur. Ancak menşe ülke koşulları her zaman buna uygun olmayabilir. Bunun için menşe ülkede ulusal güvenliğinin ve ulusal korumanın yeniden sağlanabilmiş olması gerekmektedir. Yerel entegrasyon ise sığınan ülkenin daimi ikamet etme ve vatandaşlık hakkı vermesi üzerine kurulu bir sistemdir. Bu sebeple de hukuksal, ekonomik ve sosyo-kültürel süreçleri de kapsamaktadır. Yeniden yerleştirme ise menşe ülkesine dönemeyen ve en yakın sığınma ülkesinde de kalamayan kişilere kalıcı bir çözüm sunmaktadır. Ayrıca sığınan ülkeler üzerindeki baskıyı sayısal ve politik açıdan azaltmaktadır. Bunların dışında yeniden yerleştirmenin uluslararası dayanışma ve koruma prensibinin devamlılığına önemli katısı olduğu da belirtilmelidir. Bkz.: Çiçekli, ss. 348-351.

BMMYK tarafından hedeflenen üç kalıcı çözüm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Aygün ve Cansu Kaya, "Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.7, Sayı.1, 2016, s. 102 vd.

Son çözüm ise üçüncü ülkeye yerleştirilmedi. Ancak yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere Türkiye’de şartlı mülteci statüsüne sahip olan kişilerin çok azı diğer ülkeler tarafından taahhüt edilen yeniden yerleştirme yerlerinden faydalanabilmektedir.

Önceden Türkiye’deki sığınmacıların tamamı üçüncü ülkeye yeniden yerleştirilebilmekteyken; günümüzde çok az sayıda şartlı mülteci yeniden yerleştirilmek üzere güvenli üçüncü ülkeye gönderilebilmektedir. Buna rağmen şartlı mülteci statüsündeki sığınmacıların tabi oldukları sistem hâlâ bu kişilerin Türkiye’de geçici olarak ikamet ediyor olmaları temeline dayalıdır. Şartlı mültecilerin hakları ve yükümlülüklerine ilişkin bütün mevzuat bu sistem temelinde şekillenmiştir. Bu sebeple bugün açısından diyebiliriz ki, şartlı mültecilerin büyük çoğunluğunun güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilemiyor olması ve tabi oldukları mevzuat hükümlerinin de kanun koyucu tarafından güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilecekleri saikiyle düzenlenmiş olması, bu kişilerin yerleşme ve seyahat özgürlüğü ile çalışma hakkı başta olmak üzere bazı hak ve özgürlüklerden yararlanmaları açısından mağduriyetlerine yol açmaktadır. Diğer devletlerin yeniden yerleştirme programlarını devam ettirmediği günümüz koşullarına uygun olarak, Türkiye’nin göç politikasının, şartlı mülteci statüsündekilerin bu mağduriyetlerini ortadan kaldıracak şekilde yeniden ele alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

- Acer, Yücel, İbrahim Kaya ve Mahir Gümüş. **Küresel ve Bölgesel Perspektiften Türkiye’nin İltica Stratejisi**. Ankara: USAK, 2010.
- Adıgüzel, Yusuf. “Göç alan Toplumlarda Mültecilik Algısı”, **İnsan Hakları Perspektifinden Mültecilik (UMHD)**. 2017. <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/MULTECILIK-BASKI-170117-N.pdf> (15.11.2018), ss. 109-120.
- African Charter on Human and Peoples’ Rights. Concluded at Nairobi on 27 June 1981.* (t.y.) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201520/volume-1520-I-26363-English.pdf> (8.11.2018).
- American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica.* (t.y.) <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html> (8.11.2018).
- Asar, Aydoğan. **Yabancılar Hukuku**. 3. Bası. Ankara: Seçkin, 2017.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (A.G. and Others v. Turkey), 15.6.1999, 40229/98, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:\[%22001-4856%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:[%22001-4856%22]) (10.11.2018).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Sunday E. OMWENYEKE v. Germany), 20.11.2007, 44294/04, <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-83796&filename=001-83796.pdf> (1.4.2019).
- Aybay, Rona. “Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/insan_haklari_evrensel_bildirisi.pdf (Erişim tarihi: 3.11.2018).
- Aygün, Mesut ve Cansu Kaya. “Yabancılar Ve Uluslararası Koruma Hukukunda Kalıcı Bir Çözüm Olarak Yerel Entegrasyon”. **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt.7, Sayı.1, 2016, ss. 87-142.

- Bayındır Goularas, Gökçe ve Ulaş Sunata. “Türk Dış Politikasında Göç Ve Mülteci Rejimi”. **Moment Dergi (Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi)**. Cilt.2, Sayı.1, 2015, ss. 12-40.
- Birleşmiş Milletler Teşkilatı*. (t.y.) <http://www.unicankara.org.tr/today/1.html#1h> (11. 11. 2018).
- Bozbeyoğlu, Eda. “Mülteciler ve İnsan Hakları”. **Moment Dergi (Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi)**. Cilt. 2, Sayı. 1, 2015, ss. 60-80.
- Charter of the United Nations*. (t.y.) <http://www.un.org/en/charter-united-nations/index.html> (5.11.2018).
- Çiçekli, Bülent. **6458 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteci Hukuku**. 6. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Danış, A. Didem. “İstanbuldaki Iraklı Göçmenlerin Parçalı Eklemleme Sürecinde Toplumsal Ağlar”, Barbara Pusch ve Tomas Wilkoszewsk (Ed.). **Türkiye’ye Uluslararası Göç (Toplumsal Koşullar, Bireysel Yaşamlar)** içinde. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2010, ss.191-224.
- Declaration On Territorial Asylum (Adopted by the Committee of Ministers on 18 November 1977, at the 278th meeting of the Ministers’ Deputies)*. (t.y.) <https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b3611c.pdf> (8.11.2018).
- Declaration on Territorial Asylum*. (t.y.) <https://www.refworld.org/docid/3b00f05a2c.html> (8.11.2018).
- Doğan, Vahit. **Türk Yabancılar Hukuku**. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- ECOSOC, At a Glance*. (t.y.) <https://www.un.org/ecosoc/en/about-us> (4.11.2018).
- Egglı, Ann Vibeke. **Mass Refugee Influx and the Limits of Public International Law**. Hague: Martinus Nijhoff Pub, 2002.
- Ekşi, Nuray ve Bülent Çiçekli. **Yabancı ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları**. İstanbul: Beta, 2012.
- Ekşi, Nuray. “1951 Cenevre Konvansiyonu’ndan Günümüze Mülteci Tanımı”. **İnsan Hakları Perspektifinden Mültecilik (UMHD)** içinde (39-60). 2017. <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/MULTECILIK-BASKI-170117-N.pdf> (10.11.2018), ss. 39-60.
- Ekşi, Nuray. **Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku**. 5. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Emsal İçtihat Bankası, (t.y.) www.emsal.com.
- Erdoğan, Murat. “Suriyeli Mülteciler ve Entegrasyon”. **İnsan Hakları Perspektifinden Mültecilik (UMHD)** içinde. 2017. <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/MULTECILIK-BASKI-170117-N.pdf> (15.11.2018), ss. 143-150.
- Ergüven, Nasih Sarp ve Beyza Özturanlı. “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt. 62, Sayı. 4, 2013, ss. 1007-1061.
- Fitzmaurice, Malgosia. “The Practical Working Of The Law Of Treaties”, Malcolm D. Evans (Ed.). **International Law** içinde. 2. Bası. Oxford: Oxford University Press, 2006, ss. 187-213.
- Frantz, Elizabeth. “Report on the Situation of Refugees in Turkey: Findings of a Five-week Exploratory Study December 2002 – January 2003”. 2003. <http://madde14.org/images/9/9e/ElizabethFrantz.pdf> (30.12.2018).
- GOODWIN-GILL, Guy S. **The International Refugee in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Göçmen, İlke. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku**. Ankara: Seçkin, 2015.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II**. Bursa: Ekin, 2011.

- Helsinki Yurttaşlar Derneği – Türkiye Mülteci Destek ve Savunuculuk programı & ORAM – İltica, Sığınma ve Göç Örgütü Ortak Yayını. Emniyetsiz Sığınak: Türkiye'deki Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Travesti ve Transseksüel Sığınmacıların ve Mültecilerin Karşılaştıkları Güvenlik Sorunları. 2009. http://oramrefugee.org/wp-content/uploads/2017/02/Unsafe_Haven_TURKISH-2009.pdf (31.1.2019).
- İnsan Hakları Araştırmaları Derneği. “İnsan Hakları Araştırmaları Derneği 2008 İltica ve Sığınma Hakkı Raporu”. Şubat 2009. <https://www.unhcr.org/tr/11049-insan-haklari-arastirmalari-dernegi-2008-iltica-ve-siginma-hakki-raporu.html> (25.3.2019).
- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*. (t.y.) <https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (8.11.2018)
- İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Numaralı Protokol. (t.y.) <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numaral-protokol/> (15.3.2019).
- Kaboğlu, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku**. 6. Bası. Ankara: İmge, 2002.
- Kahya Nizam, Özlem ve Songül Sallan Gül. “Türkiye’de Mültecilere Yönelik Yerleşim Politikaları Ve Uydu Kentler: Güvenlik Kıskaçında Yaşamlar”. **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**. Cilt. 22, Göç Özel Sayısı, 2017, ss. 1385-1410.
- Kılıç, Taner. “Bir İnsan Hakkı Olarak İltica”. **Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi Mülteci Çalıştayları 2004-2005**. Ankara: Burgaz, 2008, ss. 207-247.
- Leghtas, Izza ve Daniel Sullivan. ““Tanrı’dan Başka Kimsemiz Yok”: Türkiye’deki Suriyeli Olmayan Mülteciler İçin Kalıcı Çözümlerin Bulunmayışı”. **Refugees International Saha Araştırması Raporu**. 2017. <https://www.refugeesinternational.org/reports/2017/2/turkey> (6.1.2019) (Rapor)
- Mülteci – Der. “Türkiye’de Mülteci Olmak”. **Uydu Kentler İzleme ve Raporlama Projesi Kapanış Toplantısı Notları 20 Haziran 2014**. 2014. <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/10/Turkiye-de-Multeci-Olmak-Uydu-kentler-Izleme-ve-Raporlama-Projesi-Kapanis-Toplantisi-Notlari-Ankara.pdf> (4.11.2018).
- Mülteci – Der. “Türkiye’de Mültecilerin Kabul Koşulları, Hak Ve Hizmetlere Erişimleri”. **Uydu Kentler İzleme ve Raporlama Projesi Raporu**. 2015. <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/10/Turkiye-de-Multecilerin-Kabul-Kosullari-Hak-ve-Hizmetlere-Erisimleri-Uydu-Kentler-Izleme-ve-Raporla.pdf> (4.11.2018).
- Nasirova, Aysel. “Şartlı mültecilerin yerel halka yönelik görüşleri: Afyonkarahisar örneği”, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Odman, M. Tevfik. “Mülteci Hukuku ve Türk Mülteci Politikası ve Uygulaması”, **Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi Mülteci Çalıştayları 2004-2005**. Ankara: Burgaz, 2008, ss. 3-53.
- Odman, M. Tevfik. **Mülteci Hukuku**. Ankara: Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 15, 1995.
- Özcan, Hüseyin. **Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı**. İstanbul: Filiz, 2017.
- Özcan, Mehmet. **Avrupa Birliği Sığınma Hukuku (Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı)**. Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 2006.
- Özkan, Işıl. **Göç-İltica ve Sığınma Hukuku (Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ve Uluslararası İşgücü Kanunu ile Getirilen Değişikliklerle)**. 3. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Öztürk, Neva Övünç. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlihi”. **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt. 3, Sayı. 2, 2012, ss. 187-229.

- Öztürk, Neva Övünç. “Uluslararası Hukuktaki Mülteci Tanımının Mülteci Kavramı ve Tanımın Oluşum Süreci Açısından Değerlendirilmesi”. **Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan**. Ankara: Yetkin, 2012, ss. 919-950.
- Pazarıcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**. 15. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Rapor: Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg’in 28 Haziran – 3 Temmuz 2009 tarihleri arasında Türkiye’yi ziyaretini müteakiben hazırladığı*. CommDH(2009)31. <https://rm.coe.int/16806db8a0> (10.11.2018).
- Richard Perruchoud ve Jillyanne Redpath – Cross (Ed.). **Göç Terimleri Sözlüğü (Uluslararası Göç Örgütü)**. 2. bası. http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf (20.10.2018).
- Safi, Sibel. **Mülteci Hukuku Ders Kitabı**. İstanbul: Legal, 2018.
- Sert, Deniz ve Uğur Yıldız. ““To be or not to be”: The Case of Refugees in Satellite Cities of Turkey”. **Proceeding of Internaitonal Human Security Conference on Human Security: New Challenges, New Perspectives**. İstanbul: International Human Security Conference Series, 2011, ss. 177-192.
- States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol*. (t.y.) <http://www.unhcr.org/protection/basic/3b73b0d63/states-parties-1951-convention-its-1967-protocol.html> (20.3.2019).
- Subsidiary Bodies of ECOSOC*. (t.y.) <https://www.un.org/ecosoc/en/content/subsidiary-bodies-ecosoc> (4.11.2018).
- T.C. Dışişleri Bakanlığı. Avrupa Konseyi. (t.y.) http://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa (25.3.2019).
- Uluslararası Koruma*. (t.y.) http://www.goc.gov.tr/icerik3/uluslararasi-koruma_363_378_4712 (5.11.2018)
- UNHCR. Handbook for Self-reliance. 2005. <https://www.unhcr.org/44bf7b012.pdf> (8.12.2018).
- UNHCR. Türkiye’nin Ulusal İltica Sisteminin Kuvvetlendirilmesi projesinin lansmanına ilişkin basın bildirisi. 2017. <https://www.unhcr.org/tr/17625-turkiyenin-ulusal-iltica-sisteminin-kuvvetlendirilmesi-projesinin-lansmanina-iliskin-basin-bildirisi.html> (23.10.2018).
- UNHCR. Üçüncü ülkeye yerleştirme ihtiyaçları ve sağlanan fırsatlar arasındaki açık büyüyor. 2018. <https://www.unhcr.org/tr/19949-gap-between-refugee-resettlement-needs-and-opportunities-widens.html> (23.10.2018).
- UNHCR. An Introduction to International Protection: Protecting persons of concern to UNHCR, Self – study modüle 1. 2005. <https://www.unhcr.org/publications/legal/3ae6bd5a0/self-study-module-1-introduction-international-protection-protecting-persons.html> (4.11.2018).
- UNHCR. Conclusions Adopted By The Executive Committee On The International Protection Of Refugees: 1975 – 2009(Conclusion No. 1 – 109). 2009. <https://www.refworld.org/pdfid/4b28bf1f2.pdf> (6.1.2018).
- UNHCR. Genel Bakış. (t.y.) <https://www.unhcr.org/tr/genel-bakis> (28.3.2019).
- UNHCR. Resettlement in Turkey. (t.y.) <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/10/UNHCR-Turkey-Resettlement-Fact-Sheet-September-2018.pdf> (23.10.2018).
- UNHCR. Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. 2010. <http://www.unhcr.org/3b66c39e1.pdf> (4.11.2018).
- UNHCR. Turkey Fact Sheet. 2018. <https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2018/09/01.-UNHCR-Turkey-Fact-Sheet-August-2018.pdf> (23.10.2018).
- UNHCR. UNHCR Master Glossary of Terms. 2006. <https://www.refworld.org/docid/42ce7d444.html> (13.11.2018).
- UNHCR. UNHCR Projected 2019 Global Resettlement Needs. 2018. <https://www.unhcr.org/protection/resettlement/5b28a7df4/projected-global-resettlement-needs-2019.html> (25.10.2018).

UNHCR. UNHCR Türkiye: Kilit Veriler ve Sayılar – Nisan 2018. (t.y.) <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/63544> (8.11.2018).

UNHCR. Üçüncü Ülkeye Yerleştirme. (t.y.) <https://www.unhcr.org/tr/ucuncu-ulkeye-yerlestirme> (16.10.2018).

İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması

Regulations of Unfair Advantage and Failure of Intent Provisions under the 2020 Draft of the Swiss Code of Obligations and The Comparison of such Regulations with Turkish Code of Obligations

Pelin ÇAVDAR*

Özet

Önemle belirtmek gerekir ki, gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanunundan esinlenerek yürürlüğe girmiştir. Özellikle, 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümleri ile İsviçre'de yürürlükte olan Borçlar Kanunu hükümleri neredeyse aynıdır. Bu yüzden İsviçre Borçlar Kanunu mehz kanunumuz olarak da nitelendirilmektedir. İsviçre'de kanun koyucu değişen sosyal ve ekonomik ihtiyaçları ve mevcut Borçlar Kanunu'nun uygulamada yarattığı sorunları dikkate alarak İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısını tartışmaya açmıştır.

Çalışmamızda, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısında “Aşırı yararlanma” ve “İrade sakatlığı” hükümlerinin düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile karşılaştırılması konuları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: İrade sakatlığı, Yanılma, Aldatma, Korkutma, Aşırı yararlanma, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı, Türk Borçlar Kanunu

Abstract

It is crucial to state that, either 818 numbered Turkish Code of Obligations or 6098 numbered Turkish Code of Obligations became effective with the considerable effect of Swiss Code of Obligations. The provisions of 818 numbered Turkish Code of Obligations and the provisions of Swiss Code of Obligations are almost same. Accordingly, Swiss Code of Obligations is known as a referred code. Legislator of Swiss considered the changing social and economic demands and problems in practice and decided to bring up the issue of 2020 Draft of the Swiss Code of Obligations for discussion.

In our paper, unfair advantage and failure of intent provisions under 2020 Draft of the Swiss Code of Obligations and comparison of such provisions with Turkish Code of Obligations will be examined.

Keywords: Failure of intent, Error, Fraud, Duress, Unfair advantage, 2020 Draft Of The Civil Code of Obligations, Turkish Code of Obligations

* Öğr. Gör., Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Y.O. pelin.cavdar@marmara.edu.tr, (ORCID ID: 0000-0002-5595-216X).

Giriş

Teori ve uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek, gelişen sosyal, ekonomik ve teknolojik koşullara adapte olmak amacıyla İsviçre Borçlar Kanunu (OR) 2020 Tasarısında Borçlar Hukukuna ilişkin çeşitli hükümlerde değişiklik yapılması planlanmaktadır. Bu değişikliklerle ihtiyaçlara daha uygun ve tatmin edici çözüm getirilmesi amaçlanmaktadır.

Bu bağlamda, İsviçre Borçlar Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) mehz kanunu niteliğinde olduğu ve TBK'da birçok hüküm OR'dan esinlenerek yürürlüğe girdiği için OR 2020 Tasarısının bilinmesi hukukumuz açısından da oldukça önem arz eder. Bir başka ifadeyle, TBK'da gelecekte yapılacak olası bir revizyon, OR 2020 Tasarısından esinlenerek ve OR 2020 Tasarısı kaynak kanun kabul edilerek yapılacaktır.

Çalışmamızda, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısındaki hükümlerden Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı hükümleri incelenecek ve Türk Borçlar Kanunumuzdaki hükümlerle karşılaştırılacaktır. Kısaca bahsetmek gerekirse, OR 2020 Tasarısında TBK'ya paralel olarak yanılma, aldatma ve korkutma birer irade sakatlığı hali olarak düzenlenmektedir. Ancak bu konuda gözümüze çarpan en önemli farklılık, OR 2020 Tasarısında, aşırı yararlanma TBK'dan farklı bir biçimde irade sakatlığı hali olarak kaleme alınmaktadır. Buna paralel olarak, irade sakatlığının hukuki sonuçlarına ilişkin hükümler artık aşırı yararlanmanın sonucunda da uygulanacaktır. Ayrıca, irade sakatlığının sonuçlarına ilişkin TBK'dan farklı olarak, "ortak hükümler" başlığıyla tüm irade sakatlıklarına uygulanacak hükümler düzenlenmektedir. Çalışmamızda bu konular daha ayrıntılı bir biçimde, TBK ile karşılaştırma yapılarak ele alınacaktır.

I.OR 2020 Tasarısında İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi

I.OR 2020 Tasarısında İrade Sakatlıklarından Yanılma ve TBK ile Karşılaştırılması

OR 2020 Tasarısında yanılma¹ kurumunun md.38 hükmünde kaleme alındığı görülmektedir. Bu hüküm "esaslı yanılma" başlığıyla dört fıkra halinde düzenlenmektedir. Birinci fıkrada, TBK

1 Yanılma dar anlamda ve geniş anlamda yanılma olmak üzere iki şekilde tanımlanmaktadır. Dar anlamda yanılma, gerçek bir durum veya olay hakkında yanlış veya eksik tasavvurun mevcut olmasıdır. Geniş anlamda yanılma ise, bir olay veya durum hakkında bilgisizliği de kapsamına almaktadır. ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2015, s.305, KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016, s.201. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s.393. VON TUHR, Andreas, Çeviren, EDEGE, Cevat, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt: 1-2, Ankara, 1983, s.280. Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014, s.393. TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s.428. TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s.242. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s.31, SCHMIDLIN, Bruno, Mangel des Vertragsabschlusses, Art.23-31 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Bern, 2013, Art.23, N.4, FURRER, Andreas, SCHNYDER, Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Basel, 2016, Art.23, N.11, GUHL, Theo, KOLLER, Alfred, SCHNYDER, Anton K., DRUEY, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 2000, §16, N.1, HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter,

md.30 hükmüne paralel olarak, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen tarafın sözleşmeyle bağlı olmayacağı ve sözleşmeyi geçersiz kılabileceği kaleme alınmaktadır. İkinci fıkrada ise, hangi hallerin esaslı yanılma sayılacağı belirtilmektedir. Buna göre, iyiniyet ve dürüstlük kuralına göre yanılan taraf yanıldığı hususu sözleşmenin temeli olarak algılsa ve eğer yanıldığı hususu bilseydi ya sözleşmeyi hiç yapmayacak ya da farklı koşullarda yapacak ise yanılma esaslı sayılacaktır. OR 2020 Tasarısı md.38'de düzenlenen bu iki fıkra aslında TBK md.32 hükmünde düzenlenen temel yanılmasını karşılamaktadır. TBK md.32'de temel yanılmasının mevcut olması için gerekli olan unsurlar düzenlenmektedir. Bu unsurlar, OR Tasarısı ile paralel olarak yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması (sübjektif unsur) ve bunun iş ilişkilerinde geçerli olan dürüstlük kuralına uygun olması yani dürüst ve makul her üçüncü kişi yanıldığı hususu bilseydi ya hiç sözleşmeyi yapmayacak ya da farklı koşullarda yapacak olmalıdır (objektif unsur)². Ancak TBK md.32 hükmünde, OR Tasarı md.38'de yer almayan bir de bilinebilirlik (öngörülebilirlik) unsuru yer almaktadır. Daha açık bir ifadeyle, karşı taraf yanılanın yanıldığı saiki sözleşmenin temeli saydığını biliyor veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek durumda olması gerekmektedir³.

Esaslı yanılma hallerinin düzenlendiği TBK md.31 hükmünde, özellikle aşağıda sayılan yanılma hallerinin esaslı yanılma olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Hükümde yer alan "özellikle" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, numerus clauses ilkesine tabi olmaksızın yeni esaslı yanılma hallerinin yaratılabilmesi mümkündür⁴. TBK'da düzenlenen esaslı yanılma hallerini incelediğimizde, ilki sözleşmenin niteliğinde yanılmadır. Bu esaslı yanılma türünde, yanılan taraf bir sözleşme yapmak istemekte ancak iradesini yanlışlıkla kurmak istediği sözleşmeden bir başka sözleşme için açıklamaktadır. Bir başka ifadeyle, yapılması istenen sözleşme ile yapılan sözleşme arasında farklılık bulunmaktadır. Örneğin, bilgisayarını bağışlamak isteyen kişi, yanlışlıkla satmak istediğine ilişkin bir irade açıklamasında bulunursa sözleşmenin niteliğinde yanılma söz konusu olur. Bunun dışında, sözleşme yapma iradesine sahip olmayan bir kimsenin yanlışlıkla, istemsiz bir şekilde beyanında bulunması da yine bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵. İkincisi, sözleşmenin konusunda yanılmadır. Yanılanın hakikatte istediğinden başka bir konu için iradesini açıklamaktadır⁶. Örneğin, el dokuması halı satın almak istenirken, yanlışlıkla makine halısı gösterilip satın almışsa, sözleşmenin konusunda yanılma mevcuttur. Üçüncüsü, karşı

WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR., Basel, 2007, Art.23, N.2.

- 2 EREN, s.404 vd., VON TUHR, Borçlar, s.288 vd, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Antalya, KILIÇOĞLU, DEVELİOĞLU, Borçlar, OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2014, s.105., TEKİNAY, Borçlar, s.430., FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art.24, N.30., GUHL, Obligationenrecht, § 16, N.10, HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, Art.24, N.21-22.
- 3 EREN, s.405, VON TUHR, Borçlar, s.288 vd, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 404 vd. ANTALYA, s.317, KILIÇOĞLU, s.209, DEVELİOĞLU, Borçlar, s. 249, OĞUZMAN/ÖZ, s.102, TEKİNAY, Borçlar, s.431, HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, Art.24, N.23.
- 4 TEKİNAY, Borçlar, s.433. EREN, s.394, VON TUHR, Borçlar, s.287 vd, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 395 vd. Antalya, s.307, KILIÇOĞLU, s.203, OĞUZMAN/ÖZ, s.94.
- 5 EREN, s.400.
- 6 EREN, s.400, VON TUHR, Borçlar, s.287 vd, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 396. Antalya, s.310, KILIÇOĞLU, s.203, DEVELİOĞLU, Borçlar, s. 245, OĞUZMAN/ÖZ, s.96, HATEMİ, Hüseyin, GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s.90., TEKİNAY, Borçlar, s.433.

tarafın kimliğinde yanılmadır. Burada, yanılan sözleşme yapma iradesini hakikatte istediğinden başka bir kişiye açıklaması söz konusudur⁷. Örneğin, A ile sözleşme yapmak isterken yanlışlıkla B ile sözleşme yapılması. Dördüncüsü, karşı tarafın özelliklerinde yanılmadır. Bu esaslı yanılma hali 818 sayılı BK'da düzenlenmemekteydi. Yanılan, kendisiyle sözleşme yapmak istediği kişinin belirli niteliklerini göz önünde bulundurmuş ancak iradesini bir başka kişi için açıklamışsa, karşı tarafın niteliklerinde yanılmadan bahsedilir⁸. Örneğin, çok iyi İngilizce bilmesi sebebiyle A ile sözleşme yapmak isterken, iradenin yanlışlıkla hiç İngilizce bilmeyen B'ye açıklanarak B ile sözleşme yapılması. Beşinci ve son olarak sözleşmenin miktarında yanılma söz konusu olabilir. Yanılan iradesini hakikatte istediğinden önemli ölçüde az veya önemli ölçüde fazla bir miktar açıklamaktadır⁹. Örneğin, 1000 TL'ye satılmak istenen eşya için iradenin yanlışlıkla 100 TL olarak açıklanması.

Bunların dışında, OR 2020 Tasarısının 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, TBK md.32'nin ilk cümlesine paralel olarak saikte yanılmanın esaslı yanılma olarak kabul edilmeyeceği düzenlemesini görmekteyiz. Son fıkrada ise, yine TBK md.31 hükmüyle uyumlu olarak basit hesap yanlışlıklarının düzeltilmesi ile yetineceği yani basit hesap yanlışlıklarının esaslı yanılma olarak kabul edilmediği göze çarpmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, TBK md.33'de "iletmede yanılma"¹⁰ başlığıyla düzenlenen hükmün karşılığı mevcut İsviçre Borçlar Kanununun 33. maddesinde yer almasına rağmen, benzer nitelikte bir hüküm OR 2020 Tasarısında bulunmamaktadır. Bu hükme göre, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin haberci veya çevirmen gibi bir aracı ya da bir araç tarafından yanlış iletilmiş olması halinde de yanılma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce bu husus, OR 2020 Tasarısında yanılmaya ilişkin 38. maddenin son fıkrasına eklenerek, iletmede yanılma konusunda bir ihtilaf yaşandığı takdirde tereddüte mahal bırakmadan uygulanabilirdi. Ayrıca yine TBK md.34/I'de, mevcut İsviçre Borçlar Kanununun 25/I maddesinde düzenlenen yanılmanın yanlışlığına dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyeceği hükmü OR 2020 Tasarısında yer almamaktadır. Kanaatimizce, bu hüküm Tasarıda yer almasa bile zaten İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) md.2'de herkesin hakların kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlü olduğu genel bir ilke olarak kabul edildiği için, yanılan kimsenin ZGB md.2'ye dayanarak da bunu dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ileri sürmesi söz konusu olamaz.

7 EREN, s.401, VON TUHR, Borçlar, s.287 vd, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 397. Antalya, s.310, KILIÇOĞLU, s.204, DEVELİOĞLU, Borçlar, s. 245, OĞUZMAN/ÖZ, s.97, HATEMİ/GÖKYAYLA, s.90, TEKİNAY, Borçlar, s.433.

8 EREN, s.401, VON TUHR, Borçlar, s.287 vd, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 397. Antalya, s.311, KILIÇOĞLU, s.204, DEVELİOĞLU, Borçlar, s. 245, OĞUZMAN/ÖZ, s.97, HATEMİ/GÖKYAYLA, s.90.

9 EREN, s.401, VON TUHR, Borçlar, s.287 vd, Antalya, s.311, KILIÇOĞLU, s.205, DEVELİOĞLU, Borçlar, s. 245, OĞUZMAN/ÖZ, s.97, HATEMİ/GÖKYAYLA, s.91, TEKİNAY, Borçlar, s.434.

10 Belirtmek gerekir ki, TBK md.33 hükmüne göre, aracının yanılması tarafların yanılmasına eş değer nitelikte kabul edilmektedir. Buna göre, sözleşmeyi kurma amacıyla yapılan öneri veya kabulün, bir haberci, çevirmen, faks gibi bir araç veya ara. Tarafından yanlış iletilmiş olması durumlarında da yanılma hükümleri uygulama alanı bulur. Ayrıntılı bilgi için bkz; ANTALYA, s.319, EREN, s.409, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.417 vd, OĞUZMAN/ÖZ, s.98 vd, TEKİNAY, Borçlar, s.436.

Bu bilgiler ışığında, OR 2020 Tasarısında yanılmaya özgü temel hususlar daha genel bir şekilde, tek maddede düzenlenmektedir. TBK'da ise, yanılmaya özgü hususlar TBK md. 30-35 arasında altı farklı maddede daha detaylı bir biçimde kaleme alınmaktadır. Ancak, bu başlıkta kısaca belirtmek gerekir ki, OR 2020 Tasarısında OR 42-45 hükümleri arasında “ortak hükümler” başlığı altında irade sakatlığına ilişkin genel hükümler ve yaptırımlar düzenlenmektedir. Dolayısıyla, OR 2020 Tasarısında yanılma sanki tek bir madde de düzenlenmiş gibi görünse de, ortak hükümlerde yanılmayı kapsamına alan birçok düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeleri son başlıkta ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz için bu kısımda bu kadar bilgi vermekle yetiniyoruz.

II.OR 2020 Tasarısında İrade Sakatlıklarından Aldatma ve TBK ile Karşılaştırılması

Gerek OR 2020 Tasarısında gerekse TBK'da aldatmaya¹¹ özgü tek hüküm mevcuttur. Söz konusu hüküm OR Tasarı md.39'da, TBK'da ise md.36'da tamamen aynı şekilde kaleme alınmaktadır. Hükümlerin ilk fıkrasında, taraflardan birinin diğer tarafın aldatması sonucu sözleşme yapması halinde, yanılması esaslı bir yanılma niteliğinde olmasa bile sözleşmeyle bağlı olmayacağı düzenlenmektedir. İkinci fıkrada ise, üçüncü kişinin aldatmasının sözleşmeye nasıl bir etkisi olduğu incelenmektedir. Üçüncü kişinin aldatması her iki hukuk sisteminde de kural olarak sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bir başka ifadeyle, aldatılan kural olarak sözleşme ile bağlıdır¹². Aldatılan tarafın üçüncü kişinin aldatması sonucu sözleşmeyle bağlı olmama durumu ancak sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilebilecek bir konumda olması halinde mümkündür.

III.OR 2020 Tasarısında İrade Sakatlıklarından Korkutma ve TBK ile Karşılaştırılması

İrade sakatlıklarından korkutmanın¹³ OR 2020 Tasarısı md.40 hükmünde üç fıkra halinde, hukukumuzda ise TBK md.37 ve 38 hükümlerinde iki madde olarak düzenlendiği görülmektedir. OR 2020 Tasarısında, birinci fıkrada TBK'daki düzenlemeyle uyumlu olarak taraflardan birinin diğer tarafın veya üçüncü kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapması durumunda sözleşme ile bağlı olmadığı ifade edilmektedir. İkinci fıkrada, korkutmanın hangi hallerde mevcut olacağı sorusuna cevap verilmektedir. Buna göre, korkutulan kişinin içinde bulunduğu koşullardan,

11 Aldatma, bir kimsenin irade beyanında bulunmasını sağlamak için, o kişide kasten yanlış bir kanaat uyandırmak veya mevcut olan yanlış kanaati sürdürmektir. Aldatma aktif ve pasif aldatma olmak üzere iki şekilde görülmektedir. Aktif aldatmada, borçlu alacaklıya gerçeğe ilişkin yanlış bilgiler yansıtmaktadır. Pasif aldatma ise, borçlunun alacaklıya kendisince bilinen olguları göstermeyerek yapılan bir hatayı gidermemesi durumudur. OĞUZMAN/ÖZ, s.111,112, HATEMİ/GÖKYAYLA, s.94, EREN, s.413, ANTALYA, s.327,328, KOCAYUSUFPAŞOĞLU, s.452 vd, KILIÇOĞLU, s.218 vd, TEKİNAY, Borçlar, s.446, FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art.28, N.1, GUHL, Obligationenrecht, § 17, N.1, HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, Art.28, N.4.

12 EREN, s.416, ANTALYA, s.330, OĞUZMAN/ÖZ, s.114, KILIÇOĞLU, s.220, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.462, TEKİNAY, Borçlar, s.448.

13 Korkutma, bir kimsenin diğer tarafın sözleşme yapmasını sağlamak amacıyla korku yaratması veya mevcut bir korkutmadan yararlanması olarak tanımlanmaktadır. ANTALYA, s.335, KILIÇOĞLU, s.224, EREN, s.418, OĞUZMAN/ÖZ, s.116, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.471, TEKİNAY, Borçlar, s.449, FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art.30, N.4, GUHL, Obligationenrecht, § 17, N.14.

kendisinin veya yakınlarından birinin yaşam, vücut, itibar ve malvarlığına ilişkin yakın ve önemli bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır¹⁴. İkinci fıkrayı karşılayan TBK md.38/I hükmü benzer bir şekilde kaleme alınmakla beraber OR 2020 Tasarısında olduğu gibi yaşam, vücut ve itibar şeklinde kişisel değerler ayrı ayrı sayılmak yerine kişilik hakları ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Kanaatimizce, kanun koyucunun OR 2020 Tasarısında olduğu gibi, kişisel değerlerden bazılarını saymak yerine kişilik hakları ifadesi kullanması daha yerindedir. Nitekim vücut, sağlık, itibar dışında, resim, isim, vb. başka kişisel değerlerde bulunmaktadır. Bu sebeple tüm kişisel değerleri kapsamına alan genel bir ifade kullanılması daha uygun bir çözümdür. Bu hususta, TBK'daki düzenlemeye tek eleştirimiz hükümde "kişilik hakları" ifadesinin kullanılmış olmasınadır. Dolayısıyla, bu ifade yerine "kişilik hakkı" veya "kişisel değerler" ifadelerinin kullanılması amaca daha uygun bir çözüm olurdu. Zira kişisel değerler sınırsızdır, her geçen gün yeni kişisel değerler ortaya çıkabilmektedir ve kişilik hakkı üst kavram olarak tüm kişisel değerleri kapsamına almaktadır¹⁵. Üçüncü fıkrada ise, yine TBK md.38/II ile benzer şekilde, hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında, bu hakkı kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından kanuna aykırı veya aşırı bir menfaat sağlamış olması durumunda korkutmanın varlığı kabul edilmektedir.

IV.OR 2020 Tasarısında İrade Sakatlıklarından Aşırı Yararlanma ve TBK ile Karşılaştırılması

Türk hukuku ve İsviçre 2020 Tasarısında aşırı yararlanma hükmünü incelediğimizde, ilk göze çarpan husus OR 2020 Tasarısı md.41'de aşırı yararlanma yanılma, aldatma ve korkutmaya ilişkin hükümlerden hemen sonra, yeni bir irade sakatlığı hali olarak kaleme alınmaktadır. Dolayısıyla İsviçre kanun koyucusu artık aşırı yararlanmayı da tıpkı yanılma, aldatma ve korkutmada olduğu gibi bir irade sakatlığı hali olarak kabul etmektedir.

Türk hukukunda TBK md.28'de düzenlenen aşırı yararlanma mevcut kanunumuzda irade sakatlığı hali olarak kabul edilmemekte, sözleşmenin içeriği ile ilgili hükümler arasında düzenlenmektedir. Belirtmek gerekir ki, aşırı yararlanmayı irade sakatlığı hali olarak benimseyen görüş bulunmakla beraber¹⁶, Türk hukukunda hakim görüş aşırı yararlanmayı sözleşme

14 EREN, s.418 vd, ANTALYA, s.335, KILIÇOĞLU, s.224, OĞUZMAN/ÖZ, s.116, KOCAYUSUFPASAOĞLU, s.471, TEKİNAY, Borçlar, s.449 vd, HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, Art.29, N.3.

15 HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2016, s.102, 103. ANTALYA, Gökhan, TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul, 2015, s.134. DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2018, s.100, HELVACI, Serap, ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul, 2016, s.85, KAYIHAN, Şaban, ÜNLÜTEPE, Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2017, s.246. Kişilik hakkı kişisel değerlerin tümü üzerindeki hak olarak tanımlanmaktadır. Doktrinde, genel bir kişilik hakkı mı yoksa birden fazla kişilik hakkının mı söz konusu olduğuna ilişkin fikir ayrılıkları olmuştur. Ancak TMK md.24 ve TBK md.58 hükümlerinde kişilik hakları yerine kişilik hakkı teriminin kullanılması tercih edilerek genel bir kişilik hakkının mevcut olduğu kabul edilmiştir. Kişilik hakkına ilişkin hükmün çerçeve niteliğinde olduğu, gelişen teknoloji ve ihtiyaçlar doğrultusunda yeni kişisel değerlerin oluşabileceği ve kişilik hakkı kapsamında korunacağı ifade edilmektedir.

16 İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 84 II 113 kararında, aşırı yararlanma bir irade sakatlığı hali olarak nitelendirilmektedir. Nitekim Yargıtay'da 1973 tarihli eski bir kararında, aşırı yararlanma halinde sömürülen tarafın

özgürlüğünü sınırlayan bir hal olarak kabul etmektedir¹⁷. Aşırı yararlanmayı irade sakatlığı hali olarak kabul eden yazarlara göre, aşırı yararlanmada edimler arasındaki oransızlığın tarafın zor durumda kalması, düşüncesizliği ve deneyimsizliğinden kaynaklanması gerektiği için çoğu zaman aşırı yararlanmayla beraber irade bozukluğunun da şartları oluşmaktadır. Bir başka ifadeyle, aşırı yararlanmada sömürülen tarafın iradesi oluşum aşamasında sakatlanmakta ve saik yanılması ortaya çıkmaktadır¹⁸. Dolayısıyla, böyle bir durumda sömürülen taraf aşırı yararlanma veya yanılma hükümlerine de başvurabilmektedir¹⁹. Bu görüşte olan yazarlar ayrıca, TBK md.27'de sözleşme serbestisinin sınırlarının aşılması durumunda uygulanan yaptırım ile aşırı yararlanma sonucunda uygulanan yaptırımın farklı olmasını da göz önünde bulundurmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, sözleşme serbestisinin sınırları aşıldığında kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu iken, aşırı yararlanmada tıpkı irade sakatlığında olduğu gibi iptal edilebilirlik yaptırımı karşımıza çıkmaktadır²⁰. Belirtmek gerekir ki, aşırı yararlanmanın sadece zayıf durumda olan tarafı koruma düşüncesiyle değil, sözleşme serbestisi kurumunu kötüye kullananlara karşı getirilmiş bir koruma olduğu ve kamu düzenine aykırılık halinin mevcut olduğu da ileri sürülmektedir²¹.

iradesinin oluşum anında sakatlandığını ve bu sebeple saik yanılmasının mevcut olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay HGK., 24.1.1973 Tarih, 1971/1-376 ve 24. sayılı Karar.

17 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.479. ANTALYA, s.345., KILIÇOĞLU, s.234., KALKAN, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004, s.51.

Nitekim Yargıtay'da vermiş olduğu kararlarda bu görüşü benimsediğini ortaya koymaktadır. Örnek kararlar için bkz; Yargıtay 14. HD. 2010/5426 E., 2010/8203 K., 13.07.2010 Tarihli Karar. Yargıtay 19. HD. 2004/2025 E., 2004/11261 K., 11.11.2004 Tarihli Karar.

18 ASLAN, Çiğdem, Mine, Gabinin Unsuları ve Hukuki Sonuçları (BK. Md.21), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2003, s.33.

19 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.479. KÜRŞAT, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003, s.150.

Aksi görüş için bkz; Yargıtay 1. HD., 1978/3138 E., 1978/6251 K., 2.5.1978 Tarihli Karar, “.. *Gabinde, davacı durumunda olan kişinin hukuksal işlemi oluşturan iradesinde, esas itibarıyla bir bozukluk “fesat” yoktur. Davacı iradesini, isteğine ve amacına uygun düşecek şekilde kendiliğinden açıklamıştır. Kaynak ve kökündeki irade ile onun açıklanan şekli arasında bir aykırılık ve kopukluk mevcut değildir. BK.nun 21. maddesinde düzenlenen gabinde, davacı olan kişi yasadaki sayılan ve belirlenen – müzayaka, hiffet ve tecrübesizlik – gibi varlığına – davalının neden olmadığı – bazı hallerden ötürü sıkı bir pazarlık yaparak kendi çıkarını yeteri kadar koruyabilmek güç ve olanağından yoksundur. Bu gibi durumlarda sözleşme tarafların arzularına uygun şekilde yapılmış, ancak davacının yukarıda sözü edilen nedenlerin doğurduğu güçsüzlüğünden ötürü davalı aşırı yarar sağlamış, çıkarlar arasında denge olmayan bir sözleşme düzenlenmiştir. Kısaca, gabinde sözleşmenin varlığını sağlayan irade de sakatlık, açıklamada iradeye aykırılık yoktur. Sözleşme karşılıklı iradelere uygun olan açıklamalarla vücut bulmuş, yalnız bu sözleşmenin taraflarından biri zarar görmüş ve öteki aşırı yarar sağlamıştır. İşte gabinde önemli olan bu sonuçtur. Gabin, rızayı fesata uğratan nedenlerin dışında kalan özel bir durumdur. Olayda davacı taşınmazdaki payını isteyerek satmadığına, davalı davacının müzayakasından veya tecrübesizliğinden yararlanmadığına göre gabinde söz etmek olanağı yoktur..”*

Yargıtay 1. HD. 1979/2670 E., 1979/5555 K., 26.04.1979 Tarihli Karar. “..*Gabin, rızayı bozan sebeplere dayanan davalarda olduğu gibi sözleşmenin bozulması sonucunu doğurur. Gabinde, sözleşmeyi oluşturan iradede yani “kaynak” da bozukluk ve sakatlık yoktur. İrade arzu edilen, istenilen hukuksal sonuç doğrultusunda açıklanmıştır. İrade de bir sakatlık mevcut olmamasına rağmen sözleşme maddi – ekonomik hasıla – açısından normal sayılmayan bir sonuç husule getirmiştir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural ve doğal olarak taraftarları arasında ekonomik bir denge bulunması gereklidir. Ekonomik dengenin bozuk olduğu, taraflardan birinin aşırı yarar sağlayarak ötekini sömürdüğü hallerde gabinde söz edilir. Rızanın fesada uğradığı hallerde ise irade ile hukuksal sonuç arasında uygunluk ve uyum yoktur. Kopukluk vardır..”*

20 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.480.

21 KRAMER, Ernst, A., Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Unterteilband, Inhalt des Vertrages Unterteilband, Berner Kommentar, Bern, 1991, Art.19-20, N.161.

Son olarak, aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılık kurumu ile yakın ilişki içerisinde olduğu, zira ahlaka aykırılık için de oransızlığın aşırı ölçüde olması gerektiği ifade edilmektedir²². Ancak İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu kararda, edim ve karşı edim arasında sadece açık bir oransızlığın mevcut olmasının ahlaka aykırılık olarak nitelendirilemeyeceğini, sözleşmenin kapsamı, amacı, sözleşme yapılmasına etki eden saikler dikkate alınarak ve ahlaka aykırılığı gösteren ek bazı olguların da bulunması halinde ahlaka aykırılığın mevcut olabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir²³.

Kanaatimizce, aşırı yararlanma irade sakatlığından ziyade sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir durum olarak kabul edilmelidir. Borçlar hukukunda temel kural sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğünün, sözleşme yapma özgürlüğü, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve değiştirme, şekil özgürlüğü ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü olmak üzere çeşitli görünümüleri mevcuttur²⁴. Ancak kanun taraflara bu özgürlüğü tanıırken, bir yandan da bu özgürlüğe birtakım sınırlamalar getirmektedir. Bir başka ifadeyle, bir tarafın içinde bulunduğu olumsuz koşullardan yararlanarak, onun bu olumsuz koşullarından kendisi lehine önemli ölçüde menfaat sağlamasına izin vermemektedir. Nitekim aşırı yararlanma kurumu da bu amaca hizmet etmek amacıyla getirilmiş bir kurumdur. Aşırı yararlanmada, taraflardan birinin diğer tarafın zor durumundan, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden kendisi lehine bir menfaat sağlaması ve sömürülmesi engellenmek istenmektedir. Daha açık bir ifadeyle, aşırı yararlanma, oluşabilecek bu tür adaletsizlikleri gidermek amacıyla, tarafların sözleşme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlamadır. Zira aşırı yararlanmanın sözleşme serbestisi ve sözleşme serbestisinin sınırlarına ilişkin hükümlerden hemen sonra düzenlenmiş olması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

22 Yargıtay HGK eski tarihli bir kararında, aşırı yararlanmanın ahlaka aykırılık hallerinden bir tanesi olduğunu hükme bağlamıştır. 24.1.1973 Tarihli, 971/1-376 Karar .

Nitekim Alman hukukunda aşırı yararlanma, ahlaka aykırılığın özel bir görünümü olarak BGB § 138/2 hükmünde düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; KOCABAŞ, Gediz, Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlı Hukuki Sonuçlar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.2, 2014, s.108.

Ahlaka aykırılık için aşırı yararlanma dışında birtakım ek unsurların da mevcut olması gerektiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz; ANTALYA, s.346.

23 İsviçre Federal Mahkemesi BGE 47 II 174 kararı.

24 EREN, s.317 vd. Nitekim Yargıtay konuyu ele aldığı bir kararında, *“..Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenlerler, diledikleri konuda diledikleri kişiler ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, BK'nu ve TBK'nunda öngörülen sözleşme özgürlüğü (akıt serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) prensibi ile Anayasa (m.48) tarafından teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır (kendine özgü) sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlâk ve âdaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tipini değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler. Dolayısıyla bu özgürlük, sözleşmeyi yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini düzenleme ya da değiştirme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve nihayet sözleşmenin tabi olacağı şekli belirlemeyi de kapsar...”*. Yargıtay 3. HD., 2014/13539 E., 2014/16751 K., 18.12.2014 Tarihli Karar.

Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde, hukuka uygun olarak kurulmuş sözleşmelerin onu yapanların kanunu sayılacağı ifade edilmektedir.

Aşırı yararlanmanın hukuki niteliğine ilişkin TBK ve OR 2020 Tasarısında farklı görüşlerin kabul edildiğini ifade ettikten sonra, aşırı yararlanma kurumunun içeriğine ilişkin karşılaştırma yapabiliriz. Gerek TBK md.28 hükmünde gerekse OR 2020 Tasarısı md.41 hükmünde, aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi için, edimler arasındaki açık oransızlığın, zarar görenin zor durumda kalması, düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden kaynaklanması gerekmektedir. Her iki düzenlemede de, aşırı yararlanmanın varlığından bahsedebilmek için üç unsurun mevcut olması gerekmektedir. Objektif unsur olarak adlandırılan ilk unsura göre, edimler arasında açık oransızlık bulunmalıdır²⁵. Sübjektif unsur olan ikinci unsura göre, zarar görenin diğer tarafın zor durumda kalması, düşüncesizliği veya deneyimsizliğinden yararlanması gerekmektedir²⁶. Son unsura göre ise, taraflardan biri diğerinin özel durumunu bilmeli ve bundan yararlanma, bunu sömürme kastı içerisinde bulunmalıdır²⁷. Aşağıda daha ayrıntılı açıklayacağımız OR 2020 Tasarısında irade sakatlığına ilişkin ortak hükümlerden biri olan 43. maddede, sözleşmeyi tamamen iptal etme imkanının yanı sıra kısmi olarak iptal etme yani aşırı yararlanma bakımından oransızlığı giderme hakkı da tanınmaktadır. Nitekim aşırı yararlanma sonucunda zarar görene tamamen iptal ve kısmi iptal haklarının²⁸ tanınmasıyla Tasarı, TBK md.28 ile uyumlu bir hale gelmektedir.

25 EREN, s.435, ANTALYA, s.348, KILIÇOĞLU, s.237. DEVELİOĞLU, Borçlar, s.258. FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art.21, N.9. GUHL, Obligationenrecht, §7, N.49. HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, Art.21, N.6. KOCABAŞ, s.112., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.483, OĞUZMAN/ÖZ, s.137, TEKİNAY, Borçlar, s.459. Edim ile karşı edim arasında mevcut olan açık oransızlık, sözleşmenin yapıldığı tarihteki ve yerdeki piyasa, pazar, arz ve talep koşullarına göre belirlenmelidir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 61 II 35 kararında, taşınmazın satış fiyatı, objektif piyasa değerinden %100 fazla ise, açık oransızlık şartının gerçekleştiği varsayılmaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasını incelediğimizde, edimler arasında %50 ve üzerindeki oran farkının oransızlığı sağladığını, buna karşılık edimler arasında %25'i aşan farkın oransızlık olup olmadığını somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiğine hükmedilmektedir. Yargıtay 1. HD. 27.12.1976 T., 10792/12751 sayılı karar.

26 EREN, s.436, ANTALYA, s.348, KILIÇOĞLU, s.234, DEVELİOĞLU, s.259, FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art.21, N.14. GUHL, Obligationenrecht, §7, N.49. HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, Art.21, N.10. KOCABAŞ, s.117., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.486, OĞUZMAN/ÖZ, s.138, TEKİNAY, Borçlar, s.461. Zor durumda kalmanın kişisel veya ekonomik nitelikte olabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bir eşin ekonomik zorluk içinde olmasının diğer eş bakımından zor durum oluşturabileceği, yaşlılık ve yalnızlık halinde de manevi zorda kalmanın söz konusu olabileceği yönünde kararları mevcuttur. Yargıtay 1. HD. 21.11.1974 Tarih, 10284/8745 Karar; Yargıtay 1. HD. 3.5.1979 Tarih, 3824/5938 Karar.

Düşüncesizlikte (hafiflik) zarar görenin yaptığı sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını gereği gibi düşünmemesi, öngörememesi söz konusudur. Sözleşme için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi, zarar görenin eksik yetenekli olması, uzağı görememesi gibi haller düşüncesizlik kapsamında değerlendirilir.

Deneyimsizlikte ise, zarar görenin yapılan sözleşmeye ilişkin yeterli bilgi birikiminin ve deneyiminin olmaması söz konusudur. Yargıtay 15. HD., 2006/4666 E., 2007/5275 K., 12.09.2007 Tarihli Karar. “.. *Dava konusu olayda, hataya düşürüldüğünü ileri süren ve gabine dayanan davacı, dosyada mevcut nüfus kayıtlarına göre 01.01.1931 doğumlu bir kadın olup, okuryazar olmadığı da noterde yapılan tespitlerden anlaşılmaktadır. Bu haliyle inşaat yapımı işlerinde tecrübesiz bulunduğu tartışmasızdır. Tecrübesizlik BK'nın 21. maddesinde de belirtildiği üzere, gabinin sübjektif unsurlarındandır..”*

Yargıtay'ın kararlarına göre tacirler sadece zorda kalma sebebiyle aşırı yararlanma hükümlerine başvuruabilir. Yargıtay 19. HD. 2003/9640 E., 2004/6469 K., 31.05.2004 Tarihli Karar, Yargıtay HGK, 2004/19-346 E. 2004/374 K., 23.06.2004 Tarihli Karar.

27 EREN, s.438, ANTALYA, s.350, KILIÇOĞLU, s.237, KOCABAŞ, s.122., KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.490, OĞUZMAN/ÖZ, s.138.

28 İrade sakatlığı ile karşılaşıldığında zarar görene sözleşmeyi bütünsel olarak iptal etme hakkının yanı sıra kısmi iptal hakkı da tanınmaktadır. Dolayısıyla, kanun zarar gören tarafa bu noktada seçimlik hak sunmaktadır. Aşırı yararlanmada kısmi iptal hakkının oransızlığın giderilmesini talep etme hakkıdır. Böylece edim ve karşı edim

Kanaatimizce, aşırı yararlanmaya ilişkin gerek TBK'da mevcut olan düzenleme gerekse OR 2020 Tasarısındaki düzenleme zarar göreni koruma amacına uygun düzenlemelerdir. Bir başka ifadeyle, zarar görene sadece sözleşmeyi tamamen iptal etme imkanı tanınması onu “ya hep ya hiç” şeklinde bir çözüme zorlamaktadır. Oysa zarar gören sözleşmenin ayakta kalmasında menfaatinin olduğu durumlarda sözleşmeyi tamamen iptal etmeyi tercih etmek istemeyebilir. Ancak mevcut oransız koşullar içerisinde sözleşmeye devam etmesini beklemek de hakkaniyete uygun bir çözüm olmaz. Nitekim İsviçre’de her ne kadar mevcut kanunda ifadesini bulmasa da, doktrinde buna ilişkin eleştirilerin artması sebebiyle İsviçre Federal Mahkemesi 1997 tarihinde ilke kararı vererek zarar görenin edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi yani kısmi iptal hakkını kullanabileceği şeklinde hüküm tesis etmiştir²⁹. Kanaatimizce, İsviçre’de yargı kararına dayanarak kullanılabilen kısmi iptal hakkı yani edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi imkanı OR 2020 Tasarısına eklenmesi ve bu imkanın artık kanuni düzenlemeyle kavuşması oldukça yerinde bir adımdır.

V.OR 2020 Tasarısında İrade Sakatlıklarına İlişkin Ortak Hükümler ve TBK ile Karşılaştırılması

İsviçre OR 2020 Tasarısında ilk defa ortak hükümler başlığıyla yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma kurumlarına uygulanacak ortak hükümler md.42-45 arasında düzenlenmektedir. Sırasıyla hükümleri inceleyecek olursak, Tasarının 42/1 hükmünde, TBK’dan farklı olarak, aşırı yararlanmada da dahil tüm irade sakatlığı halleri için ortak yaptırımların hükme bağlandığı görülmektedir. Oysa, Türk hukukunda, irade sakatlığı halleri olarak düzenlenen yanılma, aldatma ve korkutma için düzelebilir hükümsüzlük yaptırımı, aşırı yararlanma halinde ise bozulabilir geçerlilik yaptırımı uygulanmaktadır³⁰.

Kanaatimizce, aşırı yararlanma bir irade sakatlığı hali olarak Tasarının 41. maddesinde düzenlendiği için, artık aşırı yararlanma ile diğer irade sakatlığı hallerini birbirinden farklı hukuki yaptırıma bağlamak yerinde değildir. Bir başka ifadeyle, gerek aşırı yararlanma gerekse diğer irade sakatlığı hallerinde yeknesaklığı sağlama adına düzelebilir hükümsüzlük yaptırımını uygulamak daha isabetli bir çözümdür. Düzelebilir hükümsüzlük yaptırımına göre, irade sakatlığı hallerinde sözleşme baştan itibaren hüküm doğurmaz. Kanunda belirtilen süre içinde iptal hakkının kullanılması ile bu durum kesinleşir. Eğer iptal hakkı süresi içinde kullanılmaz veya iptal hakkından feragat edilirse, sözleşme geriye etkili olarak yapıldığı andan itibaren geçerli olarak

arasında önemli ölçüde bozulan denge tekrar sağlanarak sözleşme ayakta tutulmaktadır. Oransızlığın giderilmesini talep etme ise değiştirici yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğindedir. ANTALYA, s.355, KOCABAŞ, s.129.

29 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, Art.21, N.16, BUZ, Vedat, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, Batıder, Cilt:19, Say:4, 1998, s.53 vd. İsviçre Federal Mahkemesi 123 III 292, 26.06.1997 Tarihli Karar.

30 ANTALYA, s.320, s.353, EREN, s.425, s.438, OĞUZMAN/ÖZ, s.107, s.139, ANTALYA/TOPUZ, s.232, KILIÇOĞLU, s.212, s.238, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.427, s.463, s.477, s.492, TEKİNAY, Borçlar, s.452, s.464, DURAL, Mustafa, SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2016, s.226.

hükümlerini doğurur. Dolayısıyla, düzelebilir hükümsüzlük yaptırımının, aşırı yararlanma da dahil olmak üzere tüm irade sakatlığı hallerinde uygulanması hükmün amacına daha uygundur.

OR 2020 Tasarısı md.42/2 hükmünde ise, yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma sebebiyle sözleşmenin hangi süre içerisinde iptal edilmesi gerektiğini ve bu sürenin ne zamandan itibaren başlayacağı düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, irade sakatlığına uğrayarak sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren, korkutma ve aşırı yararlanmanın ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmese, sözleşme onanmış yani geçerli sayılacaktır. Esasen bu hüküm TBK md.39 hükmüyle oldukça uyumlu bir hükümdür. Söz konusu hükümler arasındaki fark, Türk hukukunda aşırı yararlanma irade sakatlığı hali olarak kanunda kabul edilmediği için TBK md.39 aşırı yararlanmayı kapsamamaktadır. Aşırı yararlanmanın ileri sürüleceği zaman ve bu sürenin başlangıcı TBK md.28'de yer almaktadır. Bu hüküm OR 2020 Tasarısı md.42'ye göre birtakım farklılıklar ihtiva etmektedir. TBK md.28 hükmünde aşırı yararlanmanın subjektif unsurları bakımından sürenin başlangıcı açısından bir ayırım yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle, OR Tasarısında olduğu gibi aşırı yararlanmanın tüm görünümleri için sürenin başlangıcı aynı değildir. TBK md.28'e göre, zarar gören düşüncesizlik veya deneyimsizliği öğrendiği, zorda durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde kendisine tanınan hukuki imkanları kullanmalıdır. Bunun dışında göze çarpan bir diğer farklılık ise, OR Tasarısı md.42'de irade sakatlığı sebebiyle kendisine tanınan hukuki imkanı kullanmak için bir üst süre öngörülmemektedir. Oysa aşırı yararlanmaya ilişkin TBK md.28'de zarar görenin her halde sözleşmenin kurulmasından itibaren beş yıl içinde kendisine tanınan hukuki imkanları kullanması gerektiği hükme bağlanarak, aşırı yararlanmadan doğan hakların kullanımı için üst süre getirilmektedir. Bunun dışında TBK md.39/II ve mevcut İsviçre Borçlar Kanunu md.31/III hükümlerinde, aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılmasının tazminat hakkını ortadan kaldırmayacağı hükme bağlanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, OR 2020 Tasarısında bu hükümleri karşılayan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tasarıda ortak hükümler başlığı altında düzenlenen bir başka hüküm, "sürdürme ve geçersizlik" başlığıyla md.43 hükmüdür. Bu hükümde birinci fıkrada, TBK'da yanılmayı düzenleyen md.34 hükmüne paralel olarak, diğer tarafın sözleşmenin yanılanın kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşmenin bu anlamda kurulmuş sayılacağı ifade edilmektedir. İkinci fıkrada, kısmi geçersizlik imkanı düzenlenmekte ve kanun ve içerik sakatlığına ilişkin hükümlerin kısmi geçersizlikte uygulanacağı belirtilmektedir. Üçüncü fıkraya göre, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmada zarar gören tarafa, sakatlık sözleşmedeki belli maddeleri etkilese dahi, sözleşmeyi tamamen iptal edebilme hakkı tanınmaktadır.

Tasarının ortak hükümler kapsamında 44. maddesi ise, geçersizliğin etkileri başlığıyla kaleme alınmaktadır. Söz konusu madde esasen zararın tazminini konu almaktadır. Belirtmek gerekir ki, TBK'da irade sakatlığında zararın tazminini konu alan bu şekilde bir genel hüküm bulunmamaktadır. Her bir irade sakatlığının içerisinde zararın tazminine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Birinci fıkrada, kusuruyla diğer tarafın irade sakatlığına dayanarak sözleşmeyi

iptal etmesine sebep olan tarafın, sözleşmenin iptali sebebiyle doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Tasarıda bu şekilde zararın tazminini konu alan genel bir hükmün mevcut olması yerinde bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Gerçi bu şekilde bir hüküm olmasaydı dahi, borçlar hukukunun genel ilkelerine göre kusurlu olan taraftan yine zararın tazmini talep edilebilecekti. İkinci fıkrada, kendi kusuruyla irade sakatlığına uğrayan tarafın, diğer tarafın sakatlığı bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması halinde vermiş olduğu zararı tazminle yükümlü olduğu kaleme alınmaktadır. Aslında bu hüküm yanılmaya özgü düzenlenen “yanılmada kusur” başlıklı TBK md.35’e benzer bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, yanılan yanılmasında kusurlu ise sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak diğer, taraf yanılmayı biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa tazminat talep edilemez. Ayrıca hakkaniyet gerektirdiği durumlarda hakim in ifadan beklenen yararı aşmamak şartıyla daha fazla tazminata hükmedebileceği belirtilmektedir. Görüldüğü gibi, TBK ve OR Tasarısında düzenlenen hükümler arasındaki temel fark, OR Tasarısında bu hükmün tüm irade sakatlığı hallerinde uygulanmak üzere getirilmesine rağmen, TBK’da bu hüküm sadece yanılmaya ilişkin olarak getirilmekte ve TBK’da hakkaniyet gerektiren durumlarda hakim in daha fazla tazminata hükmedebileceğidir. Bir başka ifadeyle, her iki düzenlemede de iradesi kendi kusurlu davranışı sonucu sakatlanan tarafın ödeyeceği tazminatın koşulları aynıdır. Burada tazmin edilecek zarar, kural olarak menfi (olumsuz) zarardır³¹. Buradaki sorumluluğun hukuki niteliği de katıldığımız görüşe göre, sözleşme öncesi kusurlu davranıştan (culpa in contrahendo’dan) doğan sorumluluktur ve sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanmalıdır³². Üçüncü ve son fıkrada ise, üçüncü kişinin aldatması veya korkutması söz konusu olursa, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen iradesi sakatlanan tarafın, diğer tarafın aldatma veya korkutmayı bilmemesi veya bilecek durumda olmaması halinde hakkaniyet gerektiriyorsa ona tazminat ödemekle yükümlü

31 Menfi zarar, sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenin boşa çıkması sonucunda oluşan zarardır. Ayrıntılı bilgi için bkz; ERGÜNE, Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s.38, s.155 vd. ANTALYA, s.323, OĞUZMAN/ÖZ, s.109, DEVELİOĞLU, Borçlar, s.253, EREN, s.412, KILIÇOĞLU, s.215, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.444. FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art.26, N.5.

32 EREN, s.412, ANTALYA, s.326, OĞUZMAN/ÖZ, s.109, KILIÇOĞLU, s.213, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.452. “Culpa in contrahendoyu daha kısa ve genel ifadeyle belirtmek istersek, gereğinde genel ve objektif, gereğinde özel ve subjektif bir biçimde beliren ve taraflar arasında oluşan toplumsal bağlantı sonucu doğan, kökenini dürüstlük kurallarında bulan genel özen yükümünün yarattığı karşılıklı güven ilişkisinin ihlali olarak nitelemek” uygun olur. ULUSAN, İlhan, Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay’ın Anısına Armağan 1, İstanbul, 1982, s.287. DURAK, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:25, S:1, 2017, s.242. ARIKAN, Mustafa, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı:1, 2009, s.72., FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art.26, N.6. Culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği ve uygulanacak hükümlere ilişkin üç farklı görüş bulunmaktadır. Sözleşme ilişkisi görüşü, haksız fiil görüşü ve kanuni veya edim yükümlerinden bağımsız TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralına dayanan kendine özgü borç ilişkisi görüşleridir. Görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz; ANTALYA, s.194, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Cilt III, İstanbul 2014, s.252 vd, ARIKAN, Culpa in Contrahendo, s.79 vd., DURAK, s.263 vd., GEZDER, Ümit, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul, 2009, s.64 vd., KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2009, s.101 vd, DEVELİOĞLU, Borçlar, s.200, KILIÇOĞLU, s.93, TEKİNAY, Borçlar, s.978, OĞUZMAN/ÖZ, s.109., EREN, s.1154, YILMAZ, Asuman, Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010, s.99 vd. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 36 II 203, BGE 40 II 370, BGE 45 II 533 kararlarında, sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğuna sözleşmeden doğan borca aykırılık kurallarını uygulamıştır.

olduğu düzenlenmektedir. Türk hukukunda bu hükmü karşılayan korkutmaya ilişkin kaleme alınan TBK md.37 hükmüdür. Bu hükümde, korkutanın üçüncü kişi olması halinde, diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulanın hakkaniyet gerektiriyorsa diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmaktadır. Biraz önce yaptığımız açıklamalar aslında burada da geçerlidir. Bir başka ifadeyle, TBK'da kaleme alınan hüküm sadece korkutma hükmü başlığı altında yer almaktadır. Oysa OR Tasarısında düzenlenen hüküm, sadece üçüncü kişinin korkutması durumunda değil, üçüncü kişinin aldatması durumunda da uygulanabilecek bir hüküm olduğu için amaca daha uygun bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Kanaatimizce, burada iradesi sakatlanan tarafın tazminat borcunun doğması için, fiilin hukuka aykırı olması ve iradesi sakatlananın kusurunun bulunması gerekmemelidir. Bir başka ifadeyle, fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan bir kusursuz sorumluluğun mevcut olduğu kabul edilmelidir³³. Burada öngörülen tazminat, her ne kadar kanunda ve Tasarıda açıkça belirtilmese de, iyiniyetli karşı sözleşenin menfi (olumsuz) zararının tazminine yöneliktir³⁴. Sorumluluğun hukuki niteliği ise, culpa in contrahendo'dur³⁵.

Tasarıda irade sakatlığına ilişkin ortak hükümler başlığı altında mevcut olan son hüküm ise md.45'tir. Bu hüküm ek sonuçlar başlığıyla, irade sakatlığı halinde karşılaşılabilecek ek sonuçlara ilişkin genel bir ifade içermektedir. Hükümde, irade sakatlığında geçersizliğe ilişkin diğer sonuçların tasfiye hükümlerine göre yapılacağı ifade edilmektedir. Kanaatimizce, bu şekilde bir hüküm mevcut olmasaydı da, yine geçersizliğe ilişkin tasfiye hükümlerine başvurularak sorun çözüldü. Dolayısıyla bu hüküm irade sakatlığında geçersizliğe ilişkin diğer sonuçlar bakımından uygulanacak hükümleri daha belirgin hale getirmekte, kanuni düzenlemeye kavuşmasını sağlamaktadır.

VI.İradesi Sakatlanan Tarafa Bütünsel İptal ve Kısmi İptal Hakkı Tanınması

İsviçre OR Tasarısında, irade sakatlığı söz konusu olduğunda, sözleşmeyi bütünsel olarak iptal etme hakkının yanı sıra, kısmi iptal hakkının da tanındığı md.43/2'den anlaşılmaktadır. Aşırı yararlanmada, kısmi iptal hakkının görünümü oransızlığın giderilmesidir. Bu bağlamda, irade sakatlığına uğrayan tarafa, sözleşmeyi tamamen mi yoksa kısmen mi iptal edebileceği noktasında seçimlik bir hak tanınmaktadır. Tasarıda açıkça kısmi iptal hakkının mevcut olduğu hususuna yer verilmese de, söz konusu madde de, kısmi geçersizlik durumunda şekil ve içeriğe ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. OR tasarısında şekil ve içeriğe ilişkin hükümlerin ise md.21 ile md.37 arasında düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümler arasında, md.43/2 ile yakın ilişkisi sebebiyle kısmi geçersizliği düzenleyen md.34 hükmü de önem teşkil etmektedir. OR Tasarısının 34. maddesine göre, eğer sakatlık sadece sözleşmenin belli bir kısmını etkiliyorsa ve tarafların bu hükümler olmadan sözleşmeyi yapacağı varsayılıyorsa, sadece bu hükümler geçersiz olur. Tasarınının 43/3 maddesinde ise bir adım daha ileriye giderek, aldatma, korkutma ve aşırı

33 ANTALYA, s.343, EREN, s.423, KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s.477.

34 ERGÜNE, s.167, KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s.477, ANTALYA, s.343. EREN, s.423, KILIÇOĞLU, s.232

35 ANTALYA, s.343, EREN, s.423, OĞUZMAN/ÖZ, s.119, KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s.478.

yararlanma, sözleşmenin bir kısmını etkilese de, sözleşmenin tamamının geçersiz kılınabileceği hükme bağlanmaktadır. Kanaatimizce, hükümde bu imkanın aldatma, korkutma ve aşırı yararlanmada tanınmasına karşılık, yanılma durumunda tanınmaması yani irade sakatlığı halleri arasında bu şekilde bir farklılık yaratılması isabetli olmamıştır.

Sonuç

İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı irade sakatlığı konusunda mevcut İsviçre Borçlar Kanunu ve TBK'dan farklı bir takım düzenlemeler getirmektedir. Dolayısıyla, Tasarı bu şekliyle kanunlaşırca TBK ile arasında oldukça önemli sayılabilecek farklılıklar doğacaktır.

Tasarıda göze çarpan en önemli farklılık aşırı yararlanmanın bir irade sakatlığı hali olarak düzenlenerek, irade sakatlığı hallerinden yanılma, aldatma ve korkutmayla eş değer tutulmasıdır. Katıldığımız görüşe göre, aşırı yararlanma bir irade sakatlığı hali olmayıp, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir hal olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, Tasarıda olduğu gibi aşırı yararlanmayı irade sakatlığı hallerinden biri olarak kabul edip, irade sakatlığına ilişkin hükümlerin arasına almak isabetli değildir. Kanaatimizce, aşırı yararlanmanın bir irade sakatlığı hali kabul edilmediği mevcut İsviçre Borçlar Kanunu ve TBK hükümleri bu konuda daha yerindedir. İçerik ve hukuki sonuçlar açısından incelediğimizde, aşırı yararlanmanın koşullarında bir değişiklik olmamakla beraber, beş yıllık üst süre Tasarıda yer almamaktadır. Ayrıca, Tasarıda mevcut İsviçre Borçlar Kanununda yer almayan kısmi iptal hakkına yer verilmesi de olumlu bir revizyon olarak nitelendirilebilir.

İrade sakatlıklarından yanılmada, TBK ile Tasarı birçok hüküm bakımından uyumlu bir görüntü çizmektedir. TBK'da mevcut İsviçre Borçlar Kanunu ve Tasarıdan farklı olarak esaslı yanılma halleri örnekleyci bir şekilde sayılmaktadır. Bunun dışında, Tasarıda mevcut olmayan iletmede yanılma başlıklı bir hüküm TBK'da yer almaktadır.

İrade sakatlıklarından aldatma ve korkutmanın koşulları, hukuki sonuçları ve üçüncü kişinin korkutması gibi konularda gerek TBK gerekse Tasarı benzer hükümler ihtiva etmektedir.

Tasarıda yapılan bir başka önemli değişiklik ise, yanılma, aldatma, korkutma ve aşırı yararlanma hallerinde uygulanacak ortak hükümlere yer verilmesidir. Bir başka ifadeyle, her bir irade sakatlığını düzenleyen maddede ayrı ayrı kaleme almak yerine, "ortak hükümler" başlığıyla tüm irade sakatlığı hallerine uygulanacak ortak hükümler ve yaptırımlar bulunmaktadır. Bu ortak hükümler arasında zararın tazmini ve iptalin etkisine ilişkin uygulanacak hükümlerin bulunması da isabetlidir. Kanaatimizce, sistematikliği ve bütüncüllüğü sağlama adına "ortak hükümler" başlığıyla bu bakımdan bir revizyona gidilmesi yerinde bir adım olarak nitelendirilebilir.

Kaynakça

ANTALYA, Gökhan, TOPUZ, Murat, Medeni Hukuk, İstanbul, 2015.

- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2015.
- ARIKAN, Mustafa, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Sayı:1, 2009, s.69-89.
- ASLAN, Çiğdem, Mine, Gabinin Unsuları ve Hukuki Sonuçları (BK. Md.21), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2003.
- BUZ, Vedat, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, Batıder, Cilt:19, Sayı:4, 1998, s.53-82.
- DURAK, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:25, S:1, 2017, s.239-288.
- DURAL, Mustafa, SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2016.
- DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2018.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.
- ERGÜNE, Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.
- FURRER, Andreas, SCHNYDER, Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Basel, 2016. (FURRER/SCHNYDER, HK)
- GEZDER, Ümit, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul, 2009.
- GUHL, Theo, KOLLER, Alfred, SCHNYDER, Anton K., DRUEY, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich, 2000. (GUHL, Obligationenrecht)
- HATEMİ, Hüseyin, GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011.
- HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2016.
- HELVACI, Serap, ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul, 2016.
- HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR., Basel, 2007. (HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK)
- KALKAN, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2009. (KALKAN, Güven Sorumluluğu)
- KAYIHAN, Şaban, ÜNLÜTEPE, Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016.
- KOCABAŞ, Gediz, Aşırı Yararlanmanın Şartları ve Aşırı Yararlanmaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.2, 2014, s.105-142.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Cilt III, İstanbul 2014. (SEROZAN, İfa)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968. (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata)
- KRAMER, Ernst, A., Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 1. Teilband: Unterteilband, Inhalt des Vertrages Unterteilband, Berner Kommentar, Bern, 1991.
- KÜRŞAT, Zekeriya, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, İstanbul, 2003.
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 2014.

- SCHMIDLIN, Bruno, Mangel des Vertragsabschlusses, Art.23-31 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Bern, 2013.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993. (TEKİNAY, Borçlar)
- TERCIER, Pierre, PICHONNAZ, Pascal, DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016. (DEVELİOĞLU, Borçlar)
- ULUSAN, İlhan, Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan Cilt 1, İstanbul, 1982, s.275-319.
- VON TUHR, Andreas, Çeviren, EDEGE, Cevat, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Ankara, 1983, (VON TUHR, Borçlar)
- YILMAZ, Asuman, Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010.

Mektup, Hatıra ve Benzeri Yazıların Kişilik Hakkı Kapsamında Korunması

(Protection of Letter, Memoir and Similar Writings Within the Scope
of the Personality Right)

Ozan Ali YILDIZ*

Mektubunuz zarfa girdiği andan itibaren benim sayılır
ve başkasının malına daha fazla özen göstermeli;
daha fazla sorumluluk duymalısınız.
(Franz Kafka, Milena'ya Mektuplar)

Öz

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 85. maddesi mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanmasına ilişkin birtakım kurallar getirmektedir. Böylece yazarın veya muhatabın gizli ve özel hayatlarına ilişkin bilgilerin korunması amaçlanmaktadır. Bu tür bilgileri içeren yazıların bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın yayımlanması kişilik hakkının ihlaline neden olur. Dolayısıyla hükmün ihlali halinde gizli veya özel hayat alanlarına saldırıda bulunulan kişiler kişilik hakkının ihlalden doğan talepleri ileri sürebilir.

Anahtar Kelimeler:Mektup, Hatıra, Gizli Hayat, Özel Hayat, Kişilik Hakkı, Rıza

Abstract

Article 85 of the Law on Intellectual and Artistic Works numbered 5846 introduces certain rules for the publication of letters, memoirs and similar writings. The aim of this law article is to protect the information about the intimate and private lives of the author or the addressee. The publication of writings containing such information without a justifying reason causes violation of the personality right. Therefore, in case of violation of the article, the persons whose right of intimate or private life is breached, may claim the remedies arising from the violation of the personality right.

Keywords: Letter, Memoir, Intimate Life, Private Life, Personality Right, Consent

* Avukat (İstanbul Barosu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, (ozanali.yildiz@hotmail.com), (ORCID ID: 0000-0001-8010-6873).

GİRİŞ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'nin *Mektuplar* kenar başlığını taşıyan 85inci maddesinde mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanmasına ilişkin kurallar belirlenmiştir. Hüküm FSEK'in "Çeşitli Hükümler" başlıklı altıncı bölümünde yer almaktadır. Kanunun bu bölümünde telif hakları dışında kalan ancak telif hakları ile alakalı olabilecek birtakım başka haklar düzenlenmektedir. FSEK m.85 hükmü de bu bölümde yer alan ve kişilik hakkının korunmasına hizmet eden hükümlerden biridir. Çalışmamızda FSEK m.85 hükmü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nin kişilik hakkını koruyan hükümleri ile bağlantılı şekilde değerlendirilecektir.

Çalışmamızda öncelikle FSEK m.85 hükmü ile korunan kişisel değer üzerinde durulacaktır. Daha sonra mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanması açısından hukuka uygunluk nedenlerine değinilecek ve son olarak da bu yazıların hukuka aykırı olarak yayımlanması halinde ileri sürülebilecek talepler ele alınacaktır.

I. KORUNAN KİŞİSEL DEĞER

A. GENEL OLARAK

Türk-İsviçre hukukunda kişilik hakkına dahil olan kişisel değerlerin tek tek sayılması yerine kişilik hakkının çerçeve niteliğindeki bir hükümlerle (TMK m.24 / Art.28 CCS) düzenlenmesi tercih edilmiştir¹. Bununla beraber bazı kişisel değerlere ilişkin korumanın somutlaştırılması adına muhtelif kanunlarda özel düzenlemelere yer verilmektedir. Örneğin kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerden olan kişinin adı (TMK m.26-27) ve kişinin resmi (FSEK m.86-87) ile ilgili bu şekilde özel hükümler mevcuttur. FSEK m.85 de bu hükümlere benzer şekilde kişinin gizli ve özel hayat alanlarına ilişkin korumanın somutlaştığı bir hükümdür ve kişiliğin hukuka aykırı saldırılara karşı korunmasını düzenleyen TMK m.24'ü tamamlayıcı bir işleve sahiptir².

B. ÜÇ ALAN TEORİSİ

Öğretide genel kabul gören ve "üç alan teorisi" (*la théorie des trois sphères*) adı verilen teoriye göre kişinin hayat alanı üçe ayrılmaktadır: Gizli hayat, özel hayat ve kamuya açık hayat³. Gizli hayat,

- 1 CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 23; **Tercier, Pierre**, La Protection de la Personnalité, Zurich, 1984, n. 340; **Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 8. Baskı, İstanbul, 2018, s. 103; **Steinauer, Paul-Henri / Fountoulakis, Christiana**, Droit des Personnes Physiques et de la Protection de l'Adulte, Berne, 2014, n. 513; **Montavon, Pascal**, Abrégé de Droit Civil. Art. 1er à 640 CC / LPart, 3e édition, Zurich, 2013, s. 77; **Arpacı, Abdülkadir**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Baskı, İstanbul, 2000, s. 107.
- 2 **Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Baskı, Ankara, 1981, s. 86; **Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009, s. 231; **Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 420-421; **Öztaş, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 763; **Yavuz, Levent / Alica, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013, s. 2847-2848.
- 3 **Grossen, Jacques-Michel**, Les Personnes Physiques, Traité de Droit Civil Suisse Tome II/2, Fribourg, 1974, s. 91; **Tercier**, n. 466; **Deschenaux, Henri / Steinauer, Paul-Henri**, Personnes Physiques et Tutelle, 4e édition, Berne,

kişinin kimseyle paylaşmak istemeyeceği veya yalnızca dar bir çevreyle paylaşmış bu kişiler dışında kimsenin bilmesini istemeyeceği (cinsel yaşam, sağlık durumu gibi⁴) olayları veya durumları içeren hayat alanıdır⁵. Kişinin gizli hayat alanına dahil olmayan ancak ailesi, yakınları gibi sıkı ilişki içerisinde olduğu sınırlı sayıda kişilerle paylaştığı (dini inanç, siyasi görüş, duygusal ilişkiler, ekonomik durum gibi⁶) olaylar veya durumlar, özel hayat alanını oluşturur⁷. Kamuya açık hayat alanı ise, kişinin başkalarının öğrenmesinden bir rahatsızlık duymayacağı ya da zaten başkaları tarafından bilinen olayları veya durumları içeren hayat alanıdır⁸.

Kişinin gizli ve özel hayat alanları kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel değerlerdendir⁹. Bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın bu alanlarına müdahalede bulunulması kişilik hakkının ihlaline neden olur. Kişinin rızası bulunmadığı halde mektup veya benzeri yazışmalarının okunması¹⁰ veya yayımlanması bu bağlamda kişilik ihlaline neden olacak eylemlere örnek olarak gösterilebilir¹¹.

Bir eylemin gizli veya özel hayat alanını ihlal edip etmediği değerlendirilirken somut olayın şartları dikkate alınmalıdır. Zira özel hayat ile kamuya açık hayat arasındaki sınırların çizilmesi kişiye veya duruma göre değişiklik gösterebilir¹². Bu noktada genel geçer kriterler belirlemek güçtür. Üstelik hayat alanına müdahalede bulunulan kişinin kamuya mal olmuş bir kişi¹³ olup

2001, n. 560; **Engel, Pierre**, “*La Sphère Privée de l’Homme Public*”, Mélanges Fritz Sturm, Vol. 2, Liège, 1999, s. 985; **Auberson, Géraldine**, Personnalités Publiques et Vie Privée, Zurich, 2013, s. 173; CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 39; **Guillod, Olivier**, Droit des Personnes, 3e édition, Bale, 2012, n. 152; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 537-538; **Meier, Philippe / de Luze, Estelle**, Droit des Personnes, Zurich, 2014, n. 639; **Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan**, Kişiler Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2017, s. 135; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 121-122.

4 **Deschenaux / Steinauer**, n. 562a; **Werly, Stéphane**, “*Le Tort Moral en cas d’Atteinte à la Personnalité par la Voie des Médias*”, Le Tort Moral en Question (Ed. Christine Chappuis / Bénédicte Winiger), Genève, 2013, s. 87; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 538b.

5 **Engel**, s. 985; **Auberson**, s. 175-176; **Zevkliler, Aydın**, Kişiler Hukuku, Ankara, 1981, s. 290-291; **Köprülü, Bülent**, Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişiler Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1984, s. 284; **Dural / Ögüz**, s. 136.

6 **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 122; **Turan Başara, Gamze**, Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi, Ankara, 2018, s. 29.

7 **Engel**, s. 985; **Oğuzman, M. Kemal / Selici, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku, 17. Bası, İstanbul, 2018, s. 198; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 122.

8 **Köprülü**, s. 283; **Dural / Ögüz**, s. 135; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 122.

9 CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 43; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 538; **Meier / de Luze**, n. 641; **Guillod**, n. 152; **Dural / Ögüz**, s. 136; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 123; **Arpacı**, s. 141.

10 İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (ATF 130 III 28, consid. 4.2) kişinin rızasız olarak elektronik mesajlarının okunmasının özel hayat alanına saldırı olarak değerlendirmişti.

11 **Grossen**, s. 92; **Köprülü**, s. 285; **Ataay, AYTEKİN**, Şahıslar Hukuku: Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul, 1978, s. 134; **Özsunay, Ergun**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul, 1979, s. 142; **Zevkliler**, s. 295; **Dural / Ögüz**, s. 137; **Arpacı**, s. 142; **Öngören, Gürsel**, “*Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye*”, KOÜHFD, S. 1, 1997, s. 479.

12 **Engel**, s. 985; **Tercier**, n. 467; **Deschenaux / Steinauer**, n. 561; **Ataay**, s. 132; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 126; **Guillod**, n. 152; **Meier / de Luze**, n. 642.

13 Kamuya mal olmuş kişi kavramı, toplum hayatının herhangi bir alanında öne çıkarak toplumun ilgisini kendisine çeken ve hakkında bilgi edinmek açısından toplumun meşru bir menfaati bulunan kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır. Konuya ilişkin detaylı açıklama için bkz. **Engel**, s. 988 vd.; **Kurt, L. Müjde**, “*Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı*”, AÜHFD, C. 66, Sa. 3, 2017, s. 583 vd.; **Kara Kılıçarslan, Seda**, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, İstanbul, 2015, s. 109-113; **Meier / de Luze**, n. 643-645.

olmamasına göre yapılan değerlendirmenin sonucu farklılaşabilir. Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayat alanına ilişkin korumanın kapsamı diğer kişilere kıyasla daha dardır¹⁴. Bu kişilerin özel hayat alanına ilişkin koruma, kamusal görevleri gereği gerçekleştirdikleri faaliyetleri veya tanınmışlıklarının kaynağını oluşturan olayları veya durumları kapsamaz¹⁵. *Serozan*, bu durumu “tanınmışlığın diyeti” ifadesiyle açıklamaktadır¹⁶. Kişinin cinsel yaşamı gibi gizli hayat alanına dahil olan olaylar veya durumlar açısından ise kamuya mal olmuş kişiler de diğer kişiler gibi korunmaktadır¹⁷.

C. KORUMANIN KAPSAMI

I. Genel Olarak

Gizli ve özel hayat alanlarına tecavüz farklı şekillerde gerçekleşebilir. FSEK m.85'te bu tecavüz eylemlerinden bir tanesi somutlaştırılmıştır. Buna göre mektup, hatıra ve benzeri yazıların hükümde belirtilen koşullara uyulmaksızın yayımlanması kişilik hakkına tecavüz teşkil eder. Hükümde bu yazıların yayımlanmasından söz edilmiş olmakla beraber bu ifade öğretide geniş yorumlanmakta ve mektup, hatıra ve benzeri yazıların içeriğinin herhangi bir yöntemle alenileştirilmesi bu hüküm kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸. Bizim de kabul ettiğimiz bu görüşe göre, bu yazıların bir romana veya sinema eserine dönüştürülmesi ya da televizyon, radyo gibi mecralarda okunması da hükmün ihlaline neden olur.

Yargıtay bir kararında, kişinin günlüklerinden yararlanılarak yazılan bir romanı bu hüküm kapsamında değerlendirmiştir. Olayda davacının hatıraları romanlaştırılmış ve davacının kullandığı takma ad romanda başkahramanın adı olarak kullanılmıştır. Yargıtay, davacının takma adının kullanılması sebebiyle romanın davacıyı konu aldığı için davacıyı tanıyan kişiler tarafından anlaşılabilceğini ifade etmiş ve davacının gizli ve özel hayat alanına ilişkin bilgiler bu şekilde alenileştirildiği için FSEK m.85 ve TMK m.24 hükümleri kapsamında manevi tazminata hükmetmiştir¹⁹.

14 **Meier / de Luze**, n. 644; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s.199-200; **Kurt**, s. 582-583; **Reisoğlu, Safa**, “*Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması*”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 90.

15 **Grossen**, s. 93; **Deschenaux / Steinauer**, n. 561; CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 44; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 538; **Guillod**, n. 152. Ayrıca bkz. **Helvacı, İlhan**, “*Alman Federal Mahkemesinin Mutlak Anlamda Kamuya Mal Olmuş Kişilerin de Özel Alanlarına Saygı Gösterilmesi Gerekliği Yönündeki 19.12.1995 Tarihli Kararı Üzerine*”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 337 vd.

16 **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2017, s. 466.

17 **Engel**, s. 988; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 197-198; **Ataay**, s. 132; **Zevkililer**, s. 291; **Öngören**, s. 475.

18 **Ayiter**, s. 86; **Erel**, s. 231-232; **Çöl, Hüseyin Cem**, “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Dışında Koruma Konuları*”, AÜHF, C. 52, Sa. 4, 2003, s. 376; **Ateş**, s. 424; **Öztan**, s. 764; **Yavuz / Alıca / Merdivan**, s. 2853. Çalışmanın devamında “yayımlama” ifadesi öğretide kabul edildiği şekilde geniş anlamıyla kullanılacaktır.

19 “...Davacı vekili, müvekkilinin tanınmış bir müzisyen ve ressam olduğunu, davalı F... Ş...’ın yazdığı ve diğer davalının yayımladığı ZAMAN GERİYE DÖNMEZ isimli romanda davacının hayatının anlatıldığını, davacının yayımlamak üzere kaleme aldığı anılarına ilişkin notların davalı F... Ş... tarafından bir şekilde ele geçirilerek roman yazıldığını, ancak bu romanda müvekkili hakkında küçük düşürücü, gerçekte olmayan olayların anlatıldığını, bu nedenle müvekkilinin kişilik hakkına saldırı olduğunu ileri sürerek, davalının tecavüzünün refini, romanın toplatılmasını,

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hükmün amacı yazarın veya muhatabın gizli ve özel hayat alanlarının (mahremiyet alanının) korunmasıdır²⁰. Dolayısıyla mektup, hatıra ve benzeri yazıların bu hüküm kapsamında değerlendirilebilmesi için yazarın veya muhatabın (cinsel yaşamı, sağlık bilgileri, kötü alışkanlıkları, duygusal ilişkileri gibi) gizli veya özel hayat alanına ilişkin bilgiler içermesi gerekir²¹. Yazarın veya muhatabın mahremiyet alanını ilgilendirmeyen (resmi yazışmalar, iş talimatları, çalışma raporları gibi) yazılar ise hükmün uygulama alanına girmez²².

Öte yandan mektup, hatıra ve benzeri yazıların FSEK m.85 kapsamında ele alınabilmesi için eser niteliğini haiz olması gerekmez. Bu husus FSEK m.85/1’te açıkça belirtilmiştir. Bu yazıların eser niteliğini haiz olması halindeyse, FSEK m.85 ile FSEK’in eser üzerindeki hakları düzenleyen hükümleri kümülatif olarak uygulanacaktır²³. Örneğin edebi eser niteliğindeki bir mektubu yayma ve çoğaltma hakkı eser sahibine aittir ancak yazar bu mektubu yayımlayabilmek için FSEK m.85’te öngörülen şekilde muhatabın da rızasını almalıdır.

2. Mektup, Hatıra ve Buna Benzer Yazılar

Mektup; kişinin duygu ve düşüncelerini, değer yargılarını veya günlük bir hadiseyi bir başka kişiye veya daha geniş bir kitleye iletmek için kullandığı bir yazı türüdür. Bazı mektuplar edebi eser olarak değerlendirilebilecek nitelikte olsa da mektupların büyük bir kısmı eser niteliğini haiz olmayan yazılardır.

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte klasik anlamda (kağıda yazılan) mektupların kullanım alanları önemli ölçüde azalmıştır. Buna karşılık elektronik posta, kısa mesaj, uçtan uca mesaj gibi elektronik iletilerin günümüzde klasik mektupların yerini aldığı söylenebilir. Şüphesiz ki bu tür dijital haberleşme araçlarıyla gönderilen mektup benzeri elektronik iletilerin yayımlanması

şimdilik 1.000 TL maddi ve 20.000 TL manevi tazminatın temerrüt faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri, ayrı ayrı davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine dair verilen karar Dairemizce davacı yararına bozulmuş, bozmaya uyulmuş, dava konusu eserde, davacının (roman kahramanı Mişon’un) kişilik haklarına saldırı niteliğinde, özel ve gizli yaşam alanına ait bilgilerin ifşa edilmesi niteliğinde açıklamalar bulunduğu, davacının sunduğu günlüklerin (müsveddelerin) FSEK’nin 2. maddesinde ifadesini bulan “edebiyat eseri” niteliğinde olmadığı, FSEK’nin 85. maddesinde ifadesini bulan “hatıra” niteliğinde yazılar olduğu, günlüklerden esinlenme şeklinde faydalanma olduğu, davaya konu romanı okuyan ve davacıyı tanıyan kişilerin romanda Mişon olarak adı geçen kişinin (başkahramanın) davacı olduğu kanaatine varacağı, davacı tarafın FSEK’nin 85. maddesi ve TMK 24. maddesi kapsamında manevi tazminat hakkının doğduğu, ancak maddi tazminat koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 18.11.2014, E. 2013/17510, K. 2014/17840.

20 **Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul, 1954, s. 56-57; **Ayiter**, s. 86; **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 289; **Köprülü**, s. 284; **Zevkililer**, s. 296; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 124, dn. 351; **Ateş**, s. 420-421; **Çöl**, s. 375.

21 **Köprülü**, s. 285.

22 **Belgesay, Mustafa Reşit**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1955, s. 147; **Köprülü**, s. 285; **Yavuz / Alica / Merdivan**, s. 2849.

23 **Ayiter**, s. 86; **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, Prof. Dr. Aydın Zevkililer’le Armağan, İzmir, 2013, s. 1599-1600; **Yavuz / Alica / Merdivan**, s. 2850.

da FSEK m.85'te öngörülen kurallara tabidir²⁴. Üstelik bu yeni haberleşme araçları kişiler arasındaki iletişimi çok daha hızlı ve ucuz bir hale getirdiği için gönderilen iletilerin sayısı eskiye kıyasla çok daha fazladır ve gelişen teknolojik imkanlar bu iletilerin yayımlanmasını daha da kolaylaştırmıştır. Bu durum FSEK m.85 hükmünün önemini artırmaktadır.

Her mektubun bir muhatabı bulunur. Bu sebeple FSEK m.85/2'de mektupların yayımlanması yönünden muhatabın da rızasının aranacağı belirtilmiştir. Ancak bazen yazarlar, duygu ve düşüncelerini kamuoyunun bilgisine sunmak amacıyla, yazdıkları mektubu kitle iletişim araçları yoluyla duyurmaktadır. Bu şekilde yayımlanan mektuplara “açık mektup” denir. Açık mektup türünün en bilinen örneklerinden biri Emile Zola'nın 13 Ocak 1898 tarihinde *LAurore* gazetesinde yayımlanan “*Suçluyorum...! Cumhurbaşkanına Mektup*”²⁵ adlı eseridir. Açık mektuplar zaten kamuoyunun bilgisine sunulmuş olduğu için bunların gizli ve özel hayat alanlarına ilişkin bilgiler içerdiği söylenemez. Dolayısıyla bu tür mektuplar açısından FSEK m.85 hükmü uygulama alanı bulmaz²⁶. Ancak FSEK m.1/B-a'da belirtilen unsurları barındırması halinde bunların edebi eser (FSEK m.2) olarak korunması mümkündür.

Hatıra ise kişinin geçmişte yaşadığı olayların hafızasında yer eden kısımlarını anlattığı yazılardır. Bunların korunmaya değer görülebilmesi için bir bütünlük arz etmesi gerekmez. Kişinin kısımlar halinde not aldığı hatıralarının bir araya getirilerek yayımlanması da FSEK m.85 kapsamında değerlendirilebilir.

Hükümde mektup ve hatıra yazılarının yanında “*ve buna benzer yazılar*” ifadesine yer verilerek mektup veya hatıra yazılarına benzer başka metinlerin de bu hüküm kapsamında ele alınmasına imkan tanınmıştır. Tebrik kartları veya bir iş adamının ya da politikacının randevularını kaydettiği defterler “*benzer yazılar*”a örnek olarak sayılabilir²⁷.

D. TMK m.24'ÜN UYGULAMA ALANI BULACAĞI HALLER

Mektup, hatıra ve benzeri yazıların FSEK m.85'te öngörülen şekilde – yazarın ve muhatabın rızası alınarak – yayımlanması halinde bu kişilerin gizli ve özel hayat alanlarına yönelik bir tecavüz oluşmaz. Zira kişilik hakkı saldırıya uğrayacak olan bu kişilerin saldırıya rıza göstermesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak bu tür yazıların yayımlanmasından kaynaklanabilecek kişilik hakkı ihlalleri FSEK m.85'te öngörülenlerle sınırlı değildir. FSEK m.85'te öngörülmemiş olan saldırılar yönünden çerçeve hüküm niteliğindeki TMK m.24 uygulama alanı bulacaktır. FSEK m.85/4'te, “*Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesi hükmü saklıdır.*” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

24 Çöl, s. 375; Ateş, s. 422; Öztan, s. 767; Kılıçoğlu, s. 1597; Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2848; Tosun, Yalçın, Manevi Haklar, İstanbul, 2016, s. 315.

25 Fr. *J'Accuse...! Lettre au Président de la République.*

26 Belgesay, s. 149-150.

27 Ateş, s. 423; Öztan, s. 767.

İlk olarak belirtmek gerekir ki, kişinin gizli ve özel hayat alanlarına sızılmasına rıza göstermiş olması kişilik hakkı kapsamında korunan diğer kişisel değerlere yönelik saldırıları hukuka uygun hale getiremeyebilir. Örneğin yazar ve muhatap rıza göstermiş olsa dahi bu kişilerin şeref ve haysiyetine zarar verecek yayınlar yapılamaz. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında, kişinin rızası bulunsa dahi şeref ve haysiyetine yönelik bir saldırının hukuka uygun kabul edilemeyeceğini; bu değerlerin kişinin kendisine karşı bile mutlak korunması gerektiğini ifade etmiştir²⁸.

TMK m.24 hükmünün uygulanabileceği bir diğer ihtimal üçüncü kişilerin kişilik hakkının ihlal edilmesidir. FSEK m.85'te mektup, hatıra ve benzeri yazılar yayımlanırken yazarın ve varsa muhatapın rızasının alınması gerektiği ifade edilmiş; üçüncü kişilerin kişilik hakkına ilişkinse bir ifade kullanılmamıştır. Ancak yayımlanan yazının içeriğinin üçüncü kişilerin de kişilik hakkına bir saldırı oluşturması mümkündür ve bu durumda kişilik hakkı saldırıya uğrayan üçüncü kişi TMK m.24-25 hükümlerine göre talepte bulunabilecektir²⁹. Yazıyı yayımlayan kişinin FSEK m.85'te belirtilen kişilerin rızasını almış olması üçüncü kişilerin kişilik hakkına yönelik saldırılarda hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda, yayımlayan; yazıların üçüncü kişilere ilişkin kısımlarını bu kişilerin kimliklerinin anlaşılmasını önleyecek şekilde anonimleştirerek³⁰, üçüncü kişilere ilişkin kısımları metinden çıkararak veya bu kişilerin rızasını alarak³¹ olası hukuki uyumsuzlukların önüne geçebilir.

28 “...Kişilik haklarına saldırı niteliği taşımasına rağmen, bir basın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabilmesi için verilen rızanın MK.md.23. sınırları içerisinde kalması gerekir. Bu anlamda olmak üzere rıza hukuka ya da ahlaka aykırı olmamalıdır. Hukuka ya da ahlaka aykırı olarak verilen rıza MK.md.23'e aykırı olup, basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uygun hale getiremez. Buna örnek olarak bir kimsenin bütün sırlarının ifşa edilmesine, aile yaşantısıyla ilgili en mahrem olan konuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin rızalar gösterilebilir. Bu gibi hallerde yapılan açıklama, rızaya rağmen hukuka aykırıdır. O halde şeref ve haysiyet gibi kendisinden vazgeçilemeyen varlıklara yönelik saldırılara ilişkin rıza hukuka aykırıdır.

...

A... isimli kişinin yaşam öyküsünün anlatıldığı biyografik romanda yer alan sözler, davacının kimliği açıklanarak, doğrudan hedef alınarak, aşağılayıcı bir üslupla kullanılmıştır. Her ne kadar bir tanık davacının konuşmasının yer aldığı ses bandını dinlediğini, söylediklerinin yayınlanmasına rıza (muvafakat) gösterdiğini ifade etmişse de davacılar tarafından ses bantları ibraz edilmemiştir. Tanığın açıklamaları rızasının kapsamını ve amacını açıklayacak nitelikte olmayıp, davacının hormonal tedavi gördüğünü bildiklerinden ibarettir. Anılan değerlendirmelerdeki sözcüklerin davacının özel yaşamı onun sır alanı ile yakından ilgili olduğu kuşkusuzdur. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davacının bu alanla ilgili olarak yazılanlara geçerli bir rızasının (muvafakatının) bulunduğunu söyleyebilme olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca yukarıda ayrıntılı şekilde anlatıldığı gibi kendisine karşı bile mutlak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ve tecavüze haklılık kazandırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu aşikardır. Davacının özel yaşamı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu kabul edilmiştir...” Bkz. Yargıtay HGK, T. 26.3.2003, E. 2003/4-161, K. 2003/201 (Kazanıcı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

29 Ayiter, s. 87; Özsunay, s. 143; Arpacı, s. 142; Dural / Ögüz, s. 138; Öztan, s. 766.

30 Özsunay, s. 143.

31 Belgesay, s. 145; Ataay, s. 135.

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

A. RIZA

1. Genel Olarak

TMK m.24/2'de kişilik hakkına saldırılarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler sayılmıştır. Bunlardan ilki kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin rızasıdır. FSEK m.85'te de rızanın mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanmasına ilişkin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme olmasaydı dahi rızanın TMK m.24/2 gereği bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edileceğini ifade etmek gerekir.

Kişinin adının marka olarak tescili, görüntüsünün reklam amaçlı kullanılması, mektuplarının kitap olarak basılması gibi hallerde kişilik hakkına saldırı oluşturan eylem bir "iş görme"³² niteliğindedir. Kişinin bu tür saldırılara rıza göstermesi halinde üçüncü kişilerin kişisel değerler üzerinden bir menfaat temin etmesine imkan tanınmaktadır. Bu bağlamda, saldırıya gösterilecek rıza karşılığında bir ivaz elde edilmesi de mümkündür. Türk-İsviçre hukukunda kişisel değerlerin bu şekilde ticarileştirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır³³. Belirtmek gerekir ki, kişinin böyle bir eyleme rıza göstermiş olması kişilik hakkının devredildiği anlamına gelmez. Burada devredilen, söz konusu kişisel değerlerin kullanım hakkıdır³⁴.

2. Rızası Aranacak Kişiler

a. Yazar ve Muhatap

FSEK m.85/1'e göre mektup, hatıra veya benzeri yazıların yayımlanabilmesi için yazarın rızası gerekmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise mektuplar açısından ayrıca mektubun muhatabının da rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir³⁵. Hükümde yalnızca mektuplardan

32 Bizim de benimsediğimiz "tahsis teorisi"ne göre, iş görme, kişilik hakkı sahibinin bir başkasının yararlanmasına sunabileceği nitelikteki kişisel değerlerin kullanılması halinde ortaya çıkar. İş görme kavramına ilişkin "müdahale teorisi" ve "tahsis teorisi" ile ilgili detaylı açıklama için bkz. **Turan Başara**, s. 238-239; **Aydın, Gülşah Sinem**, Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2017, s. 68-69.

33 Ayrıca bkz. **Bellican, Cüneyt**, "Kişilik Hakkını Oluşturan Kimi Unsurların Ticari Amaçlı İzinsiz Kullanımı", İKÜHFD, C. 18, S. 1, Ocak 2019, s. 93 vd.; **Serozan, Rona**, "Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği", Prof. Dr. Özel Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, s. 562-563.

34 Kişilik hakkına dahil bazı kişisel değerlerin kullanım hakkının devredilebileceği yönünde bkz. **Rouvinez, Julien**, La Licence des Droits de la Personnalité, Zurich, 2011, n. 170; **Deschenaux / Steinauer**, n. 535; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 505; CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 17; **Meier / de Luze**, n. 575; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 106; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 170.

35 "...davacıdan izin alınmadan davacıya hitaben yazılan bir mektubun ve davacıya ait resimlerin yayımlanmasının FSEK'nun 85. ve 86. maddelerine aykırı olduğu..." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 12.10.2005, E. 2004/12061, K. 2005/9628 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

söz edilmiş olmakla birlikte bu ifadenin FSEK m.85 kapsamında korunan ve bir muhatabı olan diğer yazıları da kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir³⁶.

b. FSEK m.19'da Sayılan Kişiler

FSEK m.85'te – ve benzer şekilde kişinin görüntüsü üzerindeki hakkını düzenleyen FSEK m.86'da – mektup, hatıra ve benzeri yazıların kişinin ölümünden sonra da yayımlanabileceği öngörülmüş ve bu ihtimalde kimlerin rızasının alınması gerektiği belirlenmiştir. Buna göre, yazar veya muhatap ölmüş ise bu yazıların yayımlanabilmesi için FSEK m.19'da belirtilen kişilerin rızasının alınması gerekmektedir.

FSEK m.19 hükmü, esasen fikir ve sanat eserleri üzerindeki manevi hakların eser sahibinin ölümünden sonra kimler tarafından kullanılabilceğini düzenlemektedir. FSEK m.85'te yapılan atıf gereği bu sıra mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanması açısından da uygulanacaktır. Buna göre, yazarın veya muhatabın ölümünden sonra mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanmasına rıza gösterme hakkı vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup (atanmış) mirasçılarına, ana-babasına, kardeşlerine aittir (FSEK m.19/1).

Böylece FSEK m.85-86'da konu alınan kişisel değerlerin kişinin ölümünden sonra da kullanılmasına ve izinsiz kullanımlara karşı korunmasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bu korumanın hangi esasa dayandığı noktasında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. *Serozan*, bu düzenlemeleri daha çok Alman hukukunda kabul gören “ölüm sonrası (*post mortem*) kişiliğin korunması görüşü”³⁷ çerçevesinde ele almaktadır³⁸. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira ölüm sonrası kişiliğin korunması görüşüne göre, ölenin kişisel değerlerine saldırıda bulunulması halinde koruyucu davalar açılabilir ancak tazminat ve kazancın iadesi davaları açılmaz³⁹. Oysa ki FSEK m.85'e aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceği hükümde açıkça ifade edilmiştir.

Ayiter ise, eser niteliği olmayan mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanmasına rıza gösterme yönünden FSEK m.19'da sayılan kişilerin yetkili olamayacağını, bu kişisel değerlere bir saldırıda bulunulması halinde ölenin yakınlarının “hatırayı koruma görüşü”⁴⁰ çerçevesinde

36 Çöl, s. 377.

37 Alman hukukunda kabul gören “ölüm sonrası (*post mortem*) kişiliğin korunması görüşü”ne göre, kişilik hakkı ölümle beraber sona ermemekte; – somut olayın şartlarına göre süresi değişmekle birlikte – ölene saygı ortadan kalkana kadar bir süre daha devam etmektedir. Konuya ilişkin detaylı açıklama için bkz. **Petek, Hasan**, *Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması*, Ankara, 2015, s. 91 vd.; **Gezder, Ümit**, “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, İÜHFİM, C. LXV, S. 1, 2007, s. 215-216.

38 **Serozan, Rona**, “Doğum Öncesi (*Prenatal*) ve Ölüm Sonrası (*Postmortal*) Kişiliğin Korunması”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, 2006, s. 322. FSEK m.86'da düzenlenen kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı açısından bu yönde bkz. **İşleten, Mehtap İpek**, “Kişinin Görüntüsü Üzerindeki Hakkı”, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 646.

39 **Petek**, s. 318-319; **Serozan**, *Postmortal Koruma*, s. 322.

40 Türk-İsviçre öğretisinde genel kabul gören “hatırayı koruma görüşü”ne göre, ölenin kişisel değerlerine yönelik

dava açabileceğini belirtmiştir⁴¹. *De lege ferenda* olarak bu görüşü savunmak mümkünse de FSEK m.85'te rızası aranacak kişiler yönünden açıkça FSEK m.19/1'e atıfta bulunulduğu için bu görüşün uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce kanun koyucu burada bir özel intikal kuralına yer vermiştir. Bu kural gereği FSEK m.85 kapsamında korunan yazıları yayımlama ve bu yazıların üçüncü kişiler tarafından yayımlanmasına rıza gösterme hakkı FSEK m.19/1'de sayılan kişilere geçmektedir. Her iki durumda da yazıların yayımlanması suretiyle elde edilecek menfaatler bu kişilere ait olacaktır.

Kanun koyucu bu hususu özel bir hükümle düzenlediği için bu yazıların FSEK m.19/1'de sayılan kişiler tarafından veya bu kişilerin rızasıyla yayımlanması halinde ölenin diğer yakınları hatırayı koruma görüşüne dayanarak yayımın durdurulmasını talep edemezler. Meğer ki bu yazıların yayımlanması ölenin şeref ve haysiyetine bir saldırı oluştursun. Kişinin kendisine karşı bile mutlak şekilde korunması gereken şeref ve haysiyetine saldırı oluşturan bir eyleme FSEK m.19/1'de sayılan kişiler rıza gösteremez.

c. On Yıllık Sürenin Geçmesi

Yazarın veya muhatabın ölümünün üzerinden on yıl geçmiş olması halinde ise FSEK m.19'da sayılan kişilerin rızasının alınması gerekmez. *Ateş*, on yıllık sürenin yazar veya muhatap hayatta olduğu sürece işlemeye başlamayacağını, sürenin bunlardan en son hayatta kalanın ölümüyle birlikte işlemeye başlayacağını ileri sürmektedir⁴². Ancak bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Yazar ve muhatabın kişisel değerlerine ilişkin korumanın birlikte değerlendirilmesini gerektirecek bir durum veya düzenleme söz konusu değildir. On yıllık süre yazar ve muhatap açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin bir mektubun yazarı hayatta fakat muhatabın ölümünün üzerinden on yıl geçmişse, bu durumda yazarın rızasının alınması yeterli görülmelidir.

3. Rızanın Geçerliliği

Rıza tek taraflı bir hukuki işlemdir⁴³. Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığını söyleyebilmek için verilen rıza; bir hukuki işlemin kurucu unsuru olan irade beyanını içermeli⁴⁴ ve geçerlilik şartlarını taşımalıdır.

saldırıları onun hayatta olan yakınlarının kişilik hakkına tecavüz oluşturabilir. Zira bu tür eylemler yakınlarının ölene duyduğu saygı ve sevgiyi tahrip etmekte ve böylece onların duygusal kişiliğine saldırı oluşturmaktadır. Hatırayı koruma görüşü ile ilgili ayrıca bkz. **Tercier**, n. 423 vd.; **Deschenaux / Steinauer**, n. 536c; **Rouvinez**, n. 78-81; **Petek**, s. 263 vd.; **Gezder**, s. 212 vd.

41 **Ayiter**, s. 87.

42 **Ateş**, s. 427.

43 **Tercier**, n. 622; **Deschenaux / Steinauer**, n. 587; CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 73; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 560; **Meier / de Luze**, n. 666; **Auberson**, s. 137; **Montavon**, s. 78.

44 **Tercier**, n. 626 vd.; **Deschenaux / Steinauer**, n. 588; **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul, 2017, s. 68; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 148.

Rıza beyanı açık veya örtülü (zımni) şekilde gösterilebilir⁴⁵. Rıza beyanının yorumlanmasında veya bir davranışın rıza anlamına gelip gelmediğinin belirlenmesinde güven ilkesinden istifade edilir⁴⁶. Örneğin yazarın eser niteliğindeki bir mektubun çoğaltma ve yayma haklarını bir yayınevine devretmesi halinde, sözleşmede açık bir hüküm bulunmasa dahi, özel hayat alanına sızılmasına örtülü şekilde rıza gösterildiği kabul edilmelidir.

Rızanın geçerli kabul edilebilmesi için beyan sahibinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetlilerin rıza göstermeye ehil olduklarına şüphe yoktur⁴⁷. Kişilik hakkına yönelik saldırılara rıza göstermek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması anlamına geldiği⁴⁸ ve sınırlı ehliyetliler de kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanma yönünden ehliyetli kabul edildikleri⁴⁹ için onların göstereceği rıza da hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır⁵⁰. Tam ehliyetliler yönünden ise aynı sonuca varmak mümkün değildir. Tam ehliyetlilerin eylemleri hukuki sonuç doğurmayacağı için (TMK m.15) rızaları geçerli sayılmaz⁵¹. Ayrıca kanuni temsilcinin rıza göstermesi de tam ehliyetlilerin gizli ve özel hayat alanlarına sızılmasını hukuka uygun hale getirmez⁵².

Bir diğer önemli husus rızanın hukuka veya ahlaka aykırı olmaması gerekliliğidir⁵³. Bu noktada kişiyi kendi hukuki işlemlerine karşı koruyan TMK m.23 hükmüne özellikle değinmek gerekir. Verilen rıza TMK m.23 ile kişiye tanınan sınırlar içerisinde kalmalıdır⁵⁴. Bu sebeple rıza

45 **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 221; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 148; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 561; **Montavon**, s. 78; **Polat, Alperen**, Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul, 2019, s. 125 vd.

46 **Tercier**, n. 628; **Deschenaux / Steinauer**, n. 588b; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 221; **Auberson**, s. 139.

47 **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 148; **Durgun, Çisil**, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinden Rıza", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 493.

48 **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 148.

49 TMK m.16/2'ye göre, sınırlı ehliyetliler kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanabilirler. Yalnızca Kanunda açıkça düzenlenen istisnai hallerde işlemin geçerliliği için kanuni temsilcinin de rızası aranır. Konumuz açısından Kanunda aksi bir düzenleme öngörülmediği için TMK m.16/2'deki genel kural geçerli olacaktır.

50 **Meier / de Luze**, n. 669; **Guillod**, n. 168; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 184; **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 469-470; **Durgun**, s. 498-500; **Montavon**, s. 79. Aksî görüşü savunan *Zevkliler* göre ise, sınırlı ehliyetliler özel hayat alanına sızılmasına rıza gösteremezler. Bkz. **Zevkliler**, s. 297.

51 **Oğuzman, M. Kemal**, "İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 12; **Durgun**, s. 493.

52 **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 220-221. Öğretide, hak sahibinin hukuka aykırı saldırılardan korunmasının amaçlandığı ve kişiye bağlılığın çok sıkı olmadığı hallerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kanuni temsilci tarafından kullanılabilmesi kabul edilmektedir (**Dural / Ögüz**, s. 82-83). Ancak mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanması yönünden böyle bir korumadan söz edilemeyeceği için bu yazıların tam ehliyetlilerin kanuni temsilcinin rızasıyla yayımlanamayacağı kanaatindeyiz.

53 **Dural / Ögüz**, s. 150; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 220; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 148.

54 CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 74; **Steinauer / Fountoulakis**, n. 562; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 220; **Zevkliler**, s. 297; **Helvacı, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumayı Davalar, İstanbul, 2001, s. 103; **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 469; **Meier / de Luze**, n. 670; **Vaerini, Micaela**, "Protection de la Personnalité: Les Actions Défensives (28a CC) à la Lumière des Nouvelles Dispositions de Protection de l'Adulte et de l'Enfant", RMA, 2014, s. 445; **Durgun**, s. 486. "...Kişilik haklarına saldırı niteliği taşımasına rağmen, bir basın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabilmesi için verilen rızanın MK.md.23. sınırları içerisinde kalması gerekir. Bu anlamda olmak üzere rıza hukuka ya da ahlaka aykırı olmamalıdır. Hukuka ya da ahlaka aykırı olarak verilen rıza MK.md.23'e aykırı olup, basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uygun hale getiremez. Buna örnek olarak bir

gösterilen saldırının sınırlarının belirli⁵⁵ veya en azından belirlenebilir olması gerekmektedir⁵⁶. Kişilik hakkına yönelebilecek saldırılara ilişkin genel bir rıza beyanı geçerli kabul edilemez⁵⁷.

Kanunda aksi öngörülmediği sürece hukuki işlemlerin geçerliliği şekle tabi değildir (TBK m.12/1). Genel hüküm niteliğindeki TMK m.24/2'de veya FSEK m.85'te rızanın geçerliliği açısından bir şekil şartı öngörülmediği için mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanmasına gösterilecek rıza açısından şekil şartı aranmaz. Ancak yayımlanacak mektup, hatıra veya benzeri yazının edebi eser niteliğini haiz olması halinde eserin yayımlanması aynı zamanda mali hakların kullanılması anlamına gelecektir. Bu durumda mali hakların devri yönünden FSEK m.52'de düzenlenen şekil şartına uyulması gerekir. Anılan hükme göre, mali hakları konu alan sözleşme ve tasarrufların yazılı şekilde yapılması ve hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir.

Rıza, saldırının gerçekleşmesinden önce veya en geç saldırı anında gösterilmiş olmalıdır ki saldırıyı hukuka uygun hale getirsin. Saldırı gerçekleştikten sonra rıza gösterilmesi saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz fakat bu beyan mağdurun saldırıdan doğan taleplerinden feragat etmesi anlamına gelir⁵⁸.

Rıza beyanı her zaman geri alınabilir⁵⁹. Ancak saldırı gerçekleştikten sonra rızanın geri alınması o ana kadar gerçekleşen eylemleri hukuka aykırı hale getirmez⁶⁰. Dolayısıyla saldırı gerçekleşmiş ve sona ermişse rızanın geri alınması hukuken bir sonuç doğurmayacaktır. Rızanın geri alınması, saldırının henüz gerçekleşmediği veya saldırının devam ettiği hallerde bir etki doğurur. Ancak saldırının devam ettiği ihtimalde rıza geri alınsa dahi o ana kadar gerçekleştirilen saldırı mağdurun rızası dahilinde gerçekleştiği için hukuka uygun kabul edilecektir. Öte yandan, rızanın geri alınması birtakım zararların doğmasına neden olmuşsa rızayı geri alan kişi bu sebeple meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür⁶¹.

B. DAHA ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL VEYA KAMUSAL YARAR

FSEK m.85'te rıza dışında bir hukuka uygunluk nedeni öngörülmemiş olmakla beraber TMK m.24/2'de sayılan nedenler mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanması açısından da hukuka

kimsenin bütün sırlarının ifşa edilmesine, aile yaşantısıyla ilgili en mahrem olan konuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin rızalar gösterilebilir..." Bkz. Yargıtay HGK, T. 26.3.2003, E. 2003/4-161, K. 2003/201 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

55 **Oğuzman / Selici / Oktay-Özdemir**, s. 220; **Helvacı**, Davalar, s. 104; **Vaerini**, s. 445.

56 CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 74; **Meier / de Luze**, n. 670.

57 **Oğuzman / Selici / Oktay-Özdemir**, s. 220; **Auberson**, s. 138-139.

58 **Tandoğan, Haluk**, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, 32; **Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007, s. 244; **Helvacı**, Davalar, s. 104; CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 75; **Meier / de Luze**, n. 666; **Antalya**, s. 69; **Polat**, s. 124-125.

59 **Meier / de Luze**, n. 667; **Guillod**, n. 168; **Helvacı**, Davalar, s. 109; **Auberson**, s. 137; **Vaerini**, s. 445.

60 **Tercier**, n. 639; **Deschenaux / Steinauer**, n. 588a; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 151.

61 **Tercier**, n. 641; CR CC I, **Jeandin**, art. 28, n. 75; **Zevkliler**, s. 296; **Helvacı**, Davalar, s. 110; **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 470.

uygunluk nedeni oluşturabilir⁶². Daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın bulunması bu yazılara erişilmesini ve bunların üçüncü kişilerle paylaşılmasını hukuka uygun hale getirebilir.

Daha üstün nitelikte özel yarar kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin, failin veya bir üçüncü kişinin yararı olabilir⁶³. Özel hayat alanına sızılması şeklinde gerçekleşen saldırılarda mağdurun yararından ziyade failin veya üçüncü kişilerin yararı gündeme gelecektir. Örneğin bir yargılama sırasında mektup, günlük, anı defteri gibi yazıların mahkemeye delil olarak sunulması bunların alenileştirilmesi; yazarın, muhatabın veya üçüncü kişilerin özel hayat alanına saldırı oluşturabilir. Ne var ki, bu yazıların delil olarak kullanılmasının kişinin özel hayat alanına sızılmasına kıyasla daha üstün nitelikte bir özel yarar olduğundan bahisle bu eylemin hukuka aykırılık oluşturmayacağı söylenebilir⁶⁴. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir kararında, özel hayatın gizli alanlarının özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebileceğini ifade etmiş ve bir boşanma davasında eşlerden birinin diğer eşe ait günlüğü mahkemeye delil olarak sunmasının hukuka aykırılık oluşturmadığına hükmetmiştir⁶⁵.

Bununla beraber, kişinin özel hayat alanına ilişkin bilgileri içeren yazıların iddia veya savunmanın ispatı için gerekli olduğu ölçüde mahkemeye sunulması gerekir. Yargılama açısından önem taşımayan kısımların mahkemeye sunulması halinde daha üstün nitelikte özel yarardan söz edilemeyeceği için kişilik hakkı ihlal edilmiş olur.

Kamunun çıkarlarının bireysel çıkarlara üstün tutulması gereken hallerde ise üstün kamusal yarardan söz edilir⁶⁶. Üstün nitelikte kamusal yarar daha çok kamuya mal olmuş kişilere yönelik saldırılar karşısında ileri sürülen bir hukuka uygunluk nedenidir. Bazı hallerde politikacılar, sanatçılar, elit sporcular gibi kişilerin bireysel menfaatleri kamusal yarar karşısında geri planda

62 Yavuz / Alica / Merdivan, s. 2851; Tosun, s. 317.

63 Steinauer / Fountoulakis, n. 565; Meier / de Luze, n. 683; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 225.

64 Belgesay, s. 147.

65 "...Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasadık bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.

Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez.

Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir..." Bkz. Yargıtay HGK, T. 25.9.2002, E. 2002/2-617, K. 2002/648 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası). Öğretide bu yönde görüş için bkz. Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1598 vd.

66 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 234; Kara Kılıçarslan, s. 95; Reisoglu, s. 100.

tutulabilir⁶⁷. Örneğin ülke yönetiminde görev alan bir devlet adamının sağlık durumu ile ilgili önemli bir bilginin⁶⁸ veya yasa dışı bir örgüte üye olduğunun⁶⁹ kamuoyu ile paylaşılmasında kamusal bir yararın bulunduğu kabul edilmelidir. Elit sporcuların yaptıkları spor açısından önem taşıyan sağlık bilgilerinin kamuoyu ile paylaşılıyor olması da yine üstün kamusal yarara örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla bu tür bilgileri içeren yazışmaların yayımlanmasının kişilik hakkına tecavüz teşkil etmeyeceği kabul edilmelidir.

C. KANUNUN VERDİĞİ YETKİNİN KULLANILMASI

TMK m.24/2'de düzenlenen bir diğer hukuka uygunluk nedeni ise kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Buna göre, kişilik hakkına yönelen bir saldırı, kamu görevlileri veya kamu kurumlarının Kanundan doğan yetkilerini kullanmasından kaynaklanıyorsa bu eylem kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmaz.

III. KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLER

A. GENEL OLARAK

FSEK m.85/3'e göre mektup, hatıra ve benzeri yazıların FSEK m.85/1 ve 2'de belirtilen koşullara uyulmaksızın yayımlanması halinde hukuki yaptırım olarak (mülga) 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49uncu maddesinin uygulanacaktır. Hükümde atıf yapılan 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK), 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmış fakat FSEK m.85'te yapılan atfın yeni Kanuna uygun hale getirilmesi ihmal edilmiştir. *Şahsi menfaatlerin haleldar olması* kenar başlığını taşıyan (mülga) BK m.49 hükmünün yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki karşılığı *Kişilik hakkının zedelenmesi* kenar başlığını taşıyan TBK m.58 hükmüdür. Dolayısıyla FSEK m.85'te yapılan atfın TBK m.58 şeklinde anlaşılması gerekir⁷⁰.

Bununla beraber FSEK m.85'e aykırılık halinde ileri sürülebilecek talepler TBK m.58 ile sınırlı değildir. Mektup, hatıra ve benzeri yazıların bu hükme aykırı şekilde yayımlanması kişilik hakkının ihlali anlamına geleceği için mağdurun TMK m.25'ten doğan talepleri ileri sürmesi de mümkündür⁷¹.

Teknolojik gelişmeler internet yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinin artmasına neden olmaktadır. Çalışma kapsamında ele aldığımız kişilik hakkı ihlalleri de bu yolla kolayca gerçekleştirilebilir. Sözelimi otuz yıl önce mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanarak üçüncü kişilerin erişimine açılması bir matbaa faaliyeti ve dolayısıyla önemli sayılabilecek bir masraf gerektirmekteyken; günümüzde sahip olunan teknolojik imkanlar sayesinde yazıların

67 Kara Kılıçarslan, s. 107.

68 Werly, s. 87.

69 Kara Kılıçarslan, s. 111-112.

70 Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2854.

71 Yavuz / Alıca / Merdivan, s. 2854.

internet ortamında yayımlanması veya sosyal medya platformlarında paylaşılması basit ve masrafsız yöntemlerdir. Bu durum, kişilik hakkına yayın yoluyla yapılan saldırıların artmasına neden olmaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, internet ortamında gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine ilişkin özel hükümler içermektedir. İnternet ortamında FSEK m.85'te belirtilen koşullara aykırı yayın yapılması halinde bu 5651 sayılı Kanundan doğan talepler de ileri sürülebilir.

B. KORUYUCU DAVALAR

TMK m.25/1'de, kişilik hakkına yönelik muhtemel veya mevcut saldırıların önlenmesine ve saldırının hukuken tespitine hizmet eden davalara yer verilmiştir. Bu davalar; saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırıya son verilmesi davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır. Bunlar öğretilerde koruyucu davalar (*actions défensives*) şeklinde adlandırılmaktadır⁷².

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası; saldırının henüz başlamadığı fakat bir saldırı tehlikesinin bulunduğu hallerde açılabilir⁷³. İsviçre Medeni Kanunu'nda (Art.28a CCS), bu davanın açılabilmesi için saldırı tehlikesinin yakın (*imminente*) olması gerektiği belirtilmiştir. TMK m.25'te bu tür bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte saldırı tehlikesinin ciddi ve yakın olması gerektiği Türk öğretisinde de kabul edilmektedir⁷⁴. Yakın bir tehlikenin varlığından söz edebilmek için; gerçekleşme tehlikesi bulunan saldırının belirli olması ve bu tehlikenin ciddi ve somut olması gerekmektedir⁷⁵. Örneğin mektup, hatıra ve benzeri yazıların kitap haline getirilip dağıtılacağı öğrenilmesi halinde saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açılarak kitabın yayımlanmasına engel olunabilir. Saldırı tehlikesi ortadan kalkmış veya saldırı gerçekleşmiş ise artık bu dava açılmaz⁷⁶. Ancak saldırı sona ermiş olmakla birlikte saldırının tekrar etme tehlikesi varsa önleme davası açılabilir⁷⁷.

Saldırıya son verilmesi davası ise, kişilik hakkına tecavüz oluşturan eylemin başlayıp devam ettiği hallerde açılabilir⁷⁸. Dolayısıyla bu davanın açılabilmesi için eylemin zamana yayılması gerekmektedir⁷⁹. Yukarıdaki örnek üzerinden devam edecek olursak, kişilik hakkına tecavüz oluşturan bir kitabın dağıtımını devam ettiği sürece saldırı da sürecektir. Bu durumda saldırıya son verilmesi davası açılarak bu kitabın dağıtımına son verilmesi talep edilebilir. Böylece kişilik hakkına tecavüz oluşturan eylemin devamına ve varsa zararın artmasına engel olunabilir.

72 Deschenaux / Steinauer, n. 570; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 159; Guillod, n. 171.

73 Deschenaux / Steinauer, n. 598; Bucher, Andreas, Personnes Physiques et Protection de la Personnalité, 5e édition, Basel, 2009, n. 555; CR CC I, Jeandin, art. 28a, n. 4.

74 Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 160; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 256-257.

75 Vaerini, s. 459.

76 Vaerini, s. 459.

77 Oğuzman, s. 21.

78 Deschenaux / Steinauer, n. 602; Bucher, n. 558; Ataay, s. 151; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 257.

79 Guillod, n. 174.

Son olarak saldırı sona ermiş olsa dahi saldırının etkileri sürüyorsa hakimden saldırının hukuka aykırılığının tespiti talep edilebilir.

Saldırının önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarının açılabilmesi için maddi veya manevi bir zararın varlığı aranmaz⁸⁰. Zarar oluşmasa dahi bu davalar açılabilir. Ayrıca bu davaların yöneltileceği failin kusurlu olması da gerekmez⁸¹.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi koruyucu davalar ile birlikte bu davalar sonucunda verilecek kararın üçüncü kişilere bildirilmesini veya ilan edilmesini de talep edebilir (TMK m.25/2). Ancak davacı talepte bulunmadığı sürece kararın üçüncü kişilere bildirilmesine veya ilanına hakim re'sen karar veremez⁸².

C. TAZMİNAT DAVALARI VE KAZANCIN İADESİ DAVASI

Tazminat davaları gerçekleşen saldırının meydana getirdiği zararı gidermeye hizmet eder. Maddi tazminat talebinde bulunabilmek için; kişilik hakkına yönelik bir saldırının gerçekleşmesi, saldırının hukuka aykırı olması, saldırının kusurlu olması veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin bulunması, maddi zararın bulunması ve saldırı ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekir⁸³. Maddi tazminata ilişkin diğer unsurlar mevcut olmakla birlikte zararın maddi değil manevi bir zarar olması halinde manevi tazminat talebinde bulunulabilir⁸⁴.

Maddi zarar her durumda bir miktar para şeklinde tazmin edilmekle birlikte manevi zararın başka şekillerde de tazmini mümkündür. Kişilik hakkına yönelik saldırı sebebiyle manevi zarara uğrayan kişi bu zararına karşılık kendisine bir miktar para ödenmesini talep edecektir (TBK m.58/1) ancak hakim, tazminat olarak bir miktar paraya hükmedebileceği gibi diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu giderim biçimini tazminata ekleyebilir (TBK m.58/2). TBK m.58/2'de, saldırıyı kınayan bir karar verilmesi ve bu kararın yayımlanması diğer giderim biçimlerine örnek olarak gösterilmiştir.

Mektup, hatıra ve benzeri yazıların yazarın veya muhatabın rızası olmaksızın yayımlanması ve bundan bir kazanç elde edilmesi halinde, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi, TMK m.25/3 gereği⁸⁵,

80 **Meier / de Luze**, n. 743; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 159; **Dural / Ögüz**, s. 153-155.

81 **Deschenaux / Steinauer**, n. 577; **Meier / de Luze**, n. 743; **Ataay**, s. 151-152; **Dural / Ögüz**, s. 153-155.

82 **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 259; **Dural / Ögüz**, s. 156.

83 **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 262; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 164; **Guillod**, n. 180.

84 **Helvacı**, Gerçek Kişiler, s. 165.

85 *Aydın*'a göre, eser niteliğinde olmasalar bile mektup hatıra ve benzeri yazıların FSEK m.85/1 ve 2'e aykırı şekilde yayımlanması halinde TMK m.25/3 hükmüne değil FSEK m.70/3 hükmüne dayalı olarak kazancın iadesi istenecektir. Bkz. **Aydın**, s. 324. Bu görüşe katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Yazarın kazancın iadesi talebinin dayanağı olarak gösterdiği FSEK m.70 hükmü eser üzerindeki manevi ve mali hakların ihlalinden doğan talepleri düzenlemektedir. Oysa ki eser niteliği taşımayan mektup, hatıra ve benzeri yazılar üzerinde manevi ve mali haklar bulunmadığı için bu hakların ihlal edildiğinden söz edilemez. Yukarıda da ifade edildiği üzere, FSEK m.85 hükmü ile korunması amaçlanan yazarın veya muhatabın kişilik hakkıdır ve kişilik hakkının ihlali suretiyle elde edilen kazancın iadesinin dayanağı TMK m.25/3 hükmüdür.

bu kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendine iadesini talep edebilir. Kazancın iadesi yaptırımının amacı, başkasının kişilik hakkını ihlal ederek bundan menfaat elde eden kişilerin bu menfaatleri sahiplenmesine engel olmaktır. Bu davada TBK m.530'da düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır⁸⁶. Buna göre, saldırıda bulunan kişinin iade yükümlülüğü elde ettiği kazancın tümünü kapsamaz. Saldıran, yaptığı masrafların ve iş görme dolayısıyla giriştiği borçların elde edilen kazançtan düşülmesini talep edebilir⁸⁷.

Kazancın iadesi talebi manevi tazminat talebi ile bir arada istenebilir⁸⁸. Maddi tazminat talebi yönünden ise öğretide bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre, yoksun kalınan kar ile kazancın iadesi taleplerinin bir arada istenemeyeceği, bu taleplerin birbirleriyle yarışacağı fakat fiili zararın tazmini ile kazancın iadesi taleplerinin bir arada istenebileceği, bu taleplerin yığılacağı kabul edilmektedir⁸⁹.

D. İNTERNETTEKİ İÇERİĞE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ TALEBİ

1. İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi

Günümüzde, internet ortamında ve bilhassa sosyal paylaşım sitelerinde kişilik hakkına saldırı teşkil eden içerikler paylaşılabilir. 5651 sayılı Kanun m.9'da, kişilik hakkının ihlaline neden olan içeriğin yayından çıkarılması ve bu içeriğe erişimin engellenmesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. 5651 sayılı Kanun m.9/1'e göre, kişilik hakkı ihlal edilen gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilirler.

İçerik sağlayıcı, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri; yer sağlayıcı ise, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir (5651 sayılı Kanun m.2). İçeriği kullanıcılar tarafından oluşturulan sosyal paylaşım siteleri bu anlamda yer sağlayıcı olarak faaliyet göstermektedir. Sosyal paylaşım sitesinde paylaşım yapan kullanıcılar ise içerik sağlayıcıdır⁹⁰.

Kişilik hakkını ihlal eden bir içeriğin internet ortamında paylaşılması halinde hem içerik sağlayıcıdan hem de o içeriğin yayımlandığı internet sitesini işleten yer sağlayıcıdan bu içeriğin kaldırılması istenebilir. İçerik sağlayıcı veya yer sağlayıcı kendilerinden bu içeriğin yayından kaldırılmasının talep edilmesi halinde bu talebe en geç yirmi dört saat içinde cevap vermelidir

86 **Bucher**, n. 592; CR CC I, **Jeandin**, art. 28a, n. 35; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 270; **Dural / Ögüz**, s. 156.

87 Detaylı açıklama için bkz. **Aydın**, s. 187 vd.

88 **Hatemi, Hüseyin**, "Türk Hukuku'nda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2010, s. 388-389; **Baş Süzel, Ece**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2015, s. 251-252; **Aydın**, s. 271.

89 **Hatemi**, s. 388; **Baş Süzel**, s. 251-252; **Aydın**, s. 274-278.

90 **Aka, Beyza**, "Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Hukuki Korunma Yolları", İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2017, s. 260.

(m.9/2). 5651 sayılı Kanun m.9/1'de, kişilik hakkı ihlal edilen kişiye tanınan diğer bir seçenek ise sulh ceza hakimliğine başvurarak içeriğe erişimi engellenmesini talep etmektedir.

Öte yandan, 5651 sayılı Kanun'un 5inci maddesine göre, yer sağlayıcının yer sağladığı içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanunun yer sağlayıcıya getirdiği yükümlülük, yer sağladığı bir içeriğin hukuka aykırılığı olduğu kendisine bildirilmişse bu içeriği yayından kaldırmaktır (m.5/2). Bu yükümlülüğün ihlali halinde TBK hükümleri çerçevesinde yer sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilir.

2. Özel Hayatın Gizliliği Nedeniyle İçeriğe Erişimin Engellenmesi

5651 sayılı Kanunda, kişilik hakkı ihlallerine ilişkin genel nitelikteki düzenlemenin (m.9) yanında özel hayatın gizliliğine ilişkin özel bir hükme de yer verilmiştir. Kanunun 9/A maddesine göre, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

9/A maddesi ile erişimin engellenmesi kararını verme yetkisinin adli makamlara değil de idari bir kurum olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na verilmiş olması, temel hak ve özgürlüklerden olan ifade özgürlüğünün bir idari karar ile kısıtlanması sonucunu doğuracağı için öğretide eleştirilmektedir⁹¹. Ancak bu yetkinin, özel hayatın gizliliğine yönelik ihlaller karşısında gerekli tedbirlerin en hızlı şekilde alınması amacıyla Kuruma tanındığını da belirtmek gerekir⁹². Üstelik Kurum tarafından verilen karar nihai değildir. 9/A maddesinin 5inci fıkrasına göre, erişimin engellenmesi talebinde bulunan kişi bu talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hakiminin kararına sunmalıdır. Hakim, en geç kırk sekiz saat içinde, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediği yönünde kararını açıklayarak bu kararı kuruma gönderecektir. Talep hakim kararına sunulmaz veya sunulmakla birlikte hakim tarafından kabul edilmezse erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

SONUÇ

Çalışmanın genelinde vurgulandığı üzere, *Mektuplar* kenar başlığını taşıyan FSEK m.85 hükmü ile kişinin gizli veya özel hayat alanlarının korunması amaçlanmaktadır. Bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın kişinin gizli veya özel hayat alanlarına ilişkin bilgiler içeren yazışmalarının alenileştirilmesi kişilik hakkının ihlali anlamına gelir.

91 **Kılınç, Doğan**, "5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması", GÜHFD, C. XX, S. 2, 2016, s. 603.

92 **Aka**, s. 263; **Kılınç**, s. 603.

Bu saldırının hukuka uygun kabul edilebilmesi için Kanunda belirtilen kişilerin rızasının alınması veya TMK m.24/2'de düzenlenen diğer hukuka uygunluk nedenlerinden birinin varlığı aranır. Mektup, hatıra ve benzeri yazıların yayımlanabilmesi için rızası aranacak kişiler FSEK m.85'te ve burada yapılan atıfla FSEK m.19'da sayılmıştır. Yazarın veya muhatabın ölümünün üzerinden on yıl geçmesi halindeyse bu yazılar rıza alınmaksızın yayımlanabilir.

Mektup, hatıra ve benzeri yazıların FSEK m.85'te belirtilen kurallara aykırı şekilde yayımlanması, yazarın ve varsa muhatabın kişilik hakkını ihlal eder. Bu durumda hak sahipleri, TMK m.25, TBK m.58 ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9 ve 9/A maddelerine dayanarak; kişilik hakkını koruyucu davaları açabilir, maddi ve manevi tazminat ile kazancın iadesini isteyebilir ve internet ortamında yayımlanan içeriğin yayından çıkarılması ve içeriğe erişimin engellenmesi taleplerinde bulunabilir.

KISALTMALAR CETVELİ

art.	:Article
ATF	:Arrêts du Tribunal Fédéral
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	:818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
CCS	:Code Civil Suisse
E.	:Esas No
FSEK	:5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	:Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İKÜHFD	:İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:Karar No
KOÜHFD	:Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	:Madde
n.	:Paragraf Numarası
RMA	: Revue de la Protection des Mineurs et des Adultes
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
T.	:Tarih
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	:Ve devamı
Vol.	:Volume

KAYNAKÇA

- Aka, Beyza**, “*Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Hukuki Korunma Yolları*”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2017, s. 231-287.
- Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul, 2017.
- Arpacı, Abdülkadir**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Baskı, İstanbul, 2000.
- Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri, İstanbul, 1954.
- Ataay, Aytekin**, Şahıslar Hukuku: Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul, 1978.
- Atalay, Oğuz**, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007.
- Auberson, Géraldine**, Personnalités Publiques et Vie Privée, Zurich, 2013.
- Aydın, Gülşah Sinem**, Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2017.
- Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981.
- Baş Süzel, Ece**, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, 2015.
- Belgesay, Mustafa Reşit**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1955.
- Bellican, Cüneyt**, “*Kişilik Hakkını Oluşturan Kimi Unsurların Ticari Amaçlı İzinsiz Kullanımı*”, İKÜHFD, C. 18, S. 1, Ocak 2019, s. 79-109.
- Bucher, Andreas**, Personnes Physiques et Protection de la Personnalité, 5e édition, Basel, 2009.
- Commentaire Romand**, Code Civil I: art. 1-359 CC (Ed. Pichonnaz / Foëx), Bâle, 2010 (Atıf Şekli: CR CC I-Bölüm Yazarı).
- Çöl, Hüseyin Cem**, “*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları*”, AÜHFD, C. 52, Sa. 4, 2003, s. 365-385.
- Deschenaux, Henri / Steinauer, Paul-Henri**, Personnes Physiques et Tutelle, 4e édition, Berne, 2001.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan**, Kişiler Hukuku, 18. Bası, İstanbul, 2017.
- Durgun, Çisil**, “*Hukuka Uygunluk Sebeplerinden Rıza*”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 481-514.
- Engel, Pierre**, “*La Sphère Privée de l’Homme Public*”, Mélanges Frits Sturm, Vol. 2, Liège, 1999, s. 985-995.
- Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2009.
- Gezder, Ümit**, “*Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi*”, İÜHFEM, C. LXV, S. 1, 2007, s. 207-222.
- Grossen, Jacques-Michel**, Les Personnes Physiques, Traité de Droit Civil Suisse Tome II/2, Fribourg, 1974.
- Guillod, Olivier**, Droit des Personnes, 3e édition, Bale, 2012.
- Hatemi, Hüseyin**, “*Türk Hukuku’nda Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Kurumuna İlişkin Düşünceler*”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2010, s. 383-389.
- Helvacı, İlhan**, “*Alman Federal Mahkemesinin Mutlak Anlamda Kamuya Mal Olmuş Kişilerin de Özel Alanlarına Saygı Gösterilmesi Gerektiği Yönündeki 19.12.1995 Tarihli Kararı Üzerine*”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 329-341
- Helvacı, Serap**, Gerçek Kişiler, 8. Bası, İstanbul, 2017 (Atıf Şekli: Gerçek Kişiler).
- Helvacı, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001 (Atıf Şekli: Davalar).
- İşleten, Mehtap İpek**, “*Kişinin Görüntüsü Üzerindeki Hakkı*”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 629-654.
- Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007.

- Kara Kılıçarslan, Seda**, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, İstanbul, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, İzmir, 2013, s. 1585-1636.
- Kılınç, Doğan**, “5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması”, GÜHFD, C. XX, S. 2, 2016, s. 577-623.
- Köprülü, Bülent**, Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişiler Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1984.
- Kurt, L. Müjde**, “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, AÜHFD, C. 66, Sa. 3, 2017, s. 581-604.
- Meier, Philippe / de Luze, Estelle**, Droit des Personnes, Zurich, 2014.
- Montavon, Pascal**, Abrégé de Droit Civil. Art. 1er à 640 CC / LPart, 3e édition, Zurich, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal / Selici, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe**, Kişiler Hukuku, 17. Bası, İstanbul, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal**, “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s. 7-54.
- Öngören, Gürsel**, “Kitle İletişim Araçları Yayınlarında Özel Yaşamın Gizliliği ve Türkiye”, KOÜHFD, S. 1, 1997, s. 473-482.
- Özsunay, Ergun**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, İstanbul, 1979.
- Öztan, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Petek, Hasan**, Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara, 2015.
- Polat, Alperen**, Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul, 2019.
- Reisoğlu, Safa**, “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 83-114.
- Rouvinez, Julien**, La Licence des Droits de la Personnalité, Zurich, 2011.
- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, 7. Bası, İstanbul, 2017 (Atıf Şekli: Medeni Hukuk).
- Serozan, Rona**, “Doğum Öncesi (Prenatal) ve Ölüm Sonrası (Postmortal) Kişiliğin Korunması”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara, 2006, s. 313-324 (Atıf Şekli: Postmortal Koruma).
- Serozan, Rona**, “Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği”, Prof. Dr. Özel Selici’ye Armağan, Ankara, 2006, s. 559-563 (Atıf Şekli: Manevi Haklar).
- Steinauer, Paul-Henri / Fountoulakis, Christiana**, Droit des Personnes Physiques et de la Protection de l’Adulte, Berne, 2014.
- Tandoğan, Haluk**, Türk Mes’uliyet Hukuku, Ankara, 1961.
- Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Tercier, Pierre**, La Protection de la Personnalité, Zurich, 1984.
- Tosun, Yalçın**, Manevi Haklar, İstanbul, 2016.
- Turan Başara, Gamze**, Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi, Ankara, 2018.
- Vaerini, Micaela**, “Protection de la Personnalité: Les Actions Défensives (28a CC) à la Lumière des Nouvelles Dispositions de Protection de l’Adulte et de l’Enfant”, RMA, 2014, s. 442-463.
- Werly, Stéphane**, “Le Tort Moral en cas d’Atteinte à la Personnalité par la Voie des Médias”, Le Tort Moral en Question (Ed. Christine Chappuis / Bénédicte Winiger), Genève, 2013, s. 79-109.
- Yavuz, Levent / Alica, Türkay / Merdivan, Fethi**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013.
- Zevkliler, Aydın**, Kişiler Hukuku, Ankara, 1981.

Karar İncelemesi – Telefonla İşlenen Suçlarda Şahısta Hata *

Verdict Analysis – Mistake for Person in the Offences Committed via Phone Calls

Kübra TUNÇ**

Öz

Çalışmamıza konu olan Yargıtay kararında merciiler arasında görüş ayrılığı bulunan iki hukuki mesele tartışılacaktır. Bunlardan birincisi zincirleme eylemlerin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun unsuru olması meselesidir. İkinci mesele ise telefonla işlenen suçlarda şahısta hata meselesi olup, çalışmanın merkezini oluşturmaktadır. Maddi konuda hatanın özel bir şekli oluşturulan şahısta/ mağdurun kimliğinde hata kural olarak kastı engelleyici bir etki doğurmamaktadır. Bunun istisnasını ise suç tipinde mağdurun şahsının kişiselleştirilmesi oluşturmaktadır. Mağdurun şahsı suç tipinde kişiselleştirilmiş ise mağdurun şahsında düşülen hata önem arz edecektir. Aksi halde kanunun eşit şekilde koruduğu şahıslar bakımından düşülen hata kast bakımından önemli değildir. Telefonla işlenen suçlarda fail ve mağdur yüz yüze olmadığı için, bu suçlarda şahısta hatanın önemi konusunda tartışmalar mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Şahısta Hata, Kastı Engelleyen hata, Telefonla İşlenen Suçlar

Abstract

This study examines two issues which are handled differently by the trial court and 14th Criminal Chamber of the Court of Cassation. The first issue is the “insistence” element of deterioration of peace and tranquility offence. The second and mainly discussed issue is the mistake for person in the offences committed via phone calls. In principle, mistake for person (*mistake in persona*) which is a sort of mistake for object (*error in objecto*) does not negate mens rea. When feature of victim is specified in offence, the mistake for person negates mens rea as an exception. Otherwise, to mistake someone for someone else does not negate mens rea, because they are protected by law equally. Mistake for person in the offences committed via phone calls is worth discussing, because there are different opinions in doctrine in regard to its effect on mens rea.

Keywords: Mistake For Person, Mens rea-negating Mistake, Offences Committed Via Phone Call

* Bu çalışmanın “B. Başkası olduğu zanıyla bir şahsa karşı telefonla işlenen suçların maddi unsur hatası kapsamında olup olmadığına ilişkin değerlendirme” başlığı, yazarın Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora programı kapsamında yazdığı doktora tezinden üretilmiştir.

** Ar. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, kubra.tunc@medeniyet.edu.tr, (ORCID ID: 0000-0002-2198-2838).

I.İnceleme Konusu Karar

T.C. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin E. 2011/6444, K.2012/8973 sayılı, 25.9.2012 tarihli kararı

“Sanık Mehmet’in, mağdure Emine’nin ev telefonunu birçok kez arayıp konuşmadan kapatması, devamında mağdure Emine’ye yönelik söylediğini zannederek mağdure Rukiye’ye yönelik telefonda birçok kez “seni seviyorum, güzelliğin bozulmasın, banyoya gidelim vb.” sözleri söyleyip mağdure Emine’nin kocası öbür mağdur Adem’i dövmekle birçok kez tehdit etmesi karşısında, mağdure Emine’ye ilişkin eylemleri nedeniyle TCK.nın 123/1,105/1, 43 ve 106/1, mağdur Adem’e ilişkin yokluğunda tehdit eylemi nedeniyle 106/1, 43 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi,

Sanığın mağdure Emine’yi telefonla ısrarla arayarak işlediği kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun, içinde zincirleme gerçekleştirilen eylemleri de kapsadığı, birçok kez arayarak rahatsız etmenin suçun unsuru olduğu gözetilmeden, belirlenen cezanın TCK.nın 43. maddesi uyarınca arttırılması,

Mağdure Rukiye’ye yönelik eylemlerinin Emine’yi kastederek ve o olduğunu sanarak gerçekleştirmesi karşısında; TCK.nın 30/1. maddesinde öngörülen fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan olan mağdurdaki hata nedeniyle sanığın, Rukiye’ye yönelik işlediği iddia olunan suçlardan beraati yerine her mağdur için ayrı ayrı TCK.nın 105/1, 43, 106/1-2. cümle 43, 123/1, 43 maddeleri gereğince mahkumiyet hükümleri kurulması,

SONUÇ: Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 25.09.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”¹

II.Maddi Olay

Sanık Mehmet mağdure Emine’yi birçok kez ev telefonundan arayarak konuşmadan kapatmıştır. Sanık, telefonu mağdur Emine yerine mağdur Rukiye’nin açtığı, birçok kez de karşısındakinin mağdure Emine olduğu zannıyla mağdure Rukiye’ye cinsel içerikli sözler sarf etmiştir. Sanık ayrıca mağdure Emine’ye karşı eşi mağdur Adem’i dövme tehdidinde de bulunmuştur.

III.Merci Görüşleri

A.Akkuş Sulh Ceza Mahkemesinin E. 2007/37, K. 2008/14 sayılı, 06.03.2008 tarihli kararı²

Mahkeme sanık Mehmet’in cinsel taciz, kişilerin huzur ve sükununu bozma ve tehdit suçlarını işlediğini kabul ederek, sanık hakkında,

¹ Karar özeti için bkz. kazanci.com (Erişim Tarihi: 20.04.2019).

² uyp.gov.tr (Erişim Tarihi: 25.04.2019).

- 1) mağdure Rukiye'ye karşı işlediği fiillerinden ötürü TCK m.105/1, m.43, m.123, m.43 ve m.106/1 ve m.43 uyarınca,
- 2) mağdure Emine'ye karşı işlediği fiillerinden ötürü TCK m.105/1, m.43, m.123, m.43 ve m.106/1 ve m.43 uyarınca,
- 3) mağdur Adem'e karşı işlediği fiillerinden ötürü TCK m.106/1, m.43 ve m.123, m.43 uyarınca mahkumiyetine kararı vermiştir³.

B.Yargıtay 14. Ceza Dairesinin E. 2011/6444, K. 2012/8973 sayılı, 25.9.2012 tarihli kararı

Yargıtay 14. Ceza Dairesi;

- 1) olayda kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun fiili olan ısrarla telefonla aramanın zincirleme eylemleri kapsadığından bahisle bu suçtan verilen mahkumiyet kararının zincirleme suç hükümleri kapsamına alınıp m.43 uyarınca artırılmasını,
- 2) sanık Mehmet'in mağdur Adem'i yokluğunda tehdit ettiğinden bahisle, yerel mahkemenin bu yönde, yani TCK m.106/1, m.43 uyarınca mahkumiyet kararı vermemesini⁴,
- 3) mağdure Rukiye'ye yönelik eylemlerin mağdure Emine olduğu kastıyla gerçekleştirilmesinin suçun maddi unsurlarından olan mağdurda hata teşkil ettiğini ve TCK m.30/1 uygulanmak suretiyle mağdure Rukiye'ye karşı işlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma, cinsel taciz ve tehdit suçlarından beraat kararı verilmesi yerine mağdure Emine yanında ayrıca mahkumiyet kararı verilmesini kanuna aykırı bularak yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

3 “5) Sanık Mehmet ...'nun katılan Adem ...'na karşı işlemiş olduğu sabit olan ve eylemine uyan “KİŞİLERİN HUZUR VE SÜKUNUNU BOZMAK “ suçundan 5237 sayılı TCK.nun 123. Maddesi gereğince suçun işlenişindeki özellikler, sanığın şahsi ve içtimai durumu, suçun niteliği, işleniş şekli, zararın ağırlığı, kastın yoğunluğu da nazara alınarak takdiren ve teşdiden alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle tayini ile 8 AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, Sanık Mehmet ...'nun katılan Adem ...'na karşı aynı eylemi değişik zamanlarda birden çok kez işlediği anlaşıldığından 5237 sayılı TCK.nın 43/2 maddesi yollaması ile 5237 sayılı TCK.mn 43/1 maddesi gereğince cezasından takdiren 2/4 oranında artırım yapılarak 1 YIL HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA, 8) Sanık Mehmet ...'nun katılan Adem ...'na karşı işlemiş olduğu sabit olan ve eylemine uyan “TEHDİT” suçundan 5237 sayılı TCK.nun 106/1. Fıkra 2. Cümlesi gereğince suçun işlenişindeki özellikler, sanığın şahsi ve içtimai durumu, suçun niteliği işleniş şekli, zararın ağırlığı, kastın yoğunluğu da nazara alınarak takdiren ve teşdiden alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle tayini ile 4 AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA...8) Sanık Mehmet ...'nun katılan Adem ...'na karşı aynı eylemi değişik zamanlarda birden çok kez işlediği anlaşıldığından 5237 sayılı TCK.nin 43/2 maddesi yollaması ile 5237 sayılı TCK.nın 43/1 maddesi gereğince cezasından takdiren 2/4 oranında artırım yapılarak 6 AY HAPİS CEZASI İLE CEZALANDIRILMASINA”.

4 Yargıtay 14. Ceza Dairesi, bozma kararında Mehmet'in Adem'e karşı işlediği tehdit fiili nedeniyle hakkında tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesini bir bozma unsuru olarak zikretse de yukarıda dipnotta belirtildiği üzere yerel mahkeme Mehmet'in Adem'e karşı işlediği fiil nedeniyle Mehmet hakkında TCK m.106/1, m.43 uyarınca mahkumiyet kararı vermiştir. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin bu bozma gerekçesini anlamlandırmak adına yerel mahkemenin gerekçeli kararına bakıldığında, tehdit fiiline sadece hüküm kısmında rastlanmıştır. Somut olayda tehdidin nasıl gerçekleştiğine ilişkin tanık beyanları vb. bir bilgi bulunmamaktadır. Mehmet'in Emine'ye Adem'i döveceğinden bahsetmesi sadece Yargıtay 14. Ceza Dairesi bozma kararında yer almıştır. Somut olaya ilişkin bilgileri ortaya koyan deliller gerekçeli hükümde bulunmadığından ve bu bilgilere başka türlü ulaşma imkanı olmadığından bu hususla ilgili bir değerlendirmede bulunulamayacaktır.

IV.Karardaki Hukuki Sorun

Kararda incelenmesi gereken iki tane sorun bulunmaktadır. Bunlar, 1) zincirleme fiillerin kişilerin huzur ve sükunu suçunun bir unsuru olup olmadığı ve 2) başkası olduğu zannıyla bir şahsa karşı telefonla işlenen suçların şahısta hata kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir.

V.Değerlendirme

A. Zincirleme fiillerin kişilerin huzur ve sükunu bozma suçunun unsuru olup olmadığına ilişkin değerlendirme

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.123'te “*Sırf huzur ve sükununu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Hem kanun metninde hem de madde gerekçesinde⁵ açıkça belirtildiği üzere suçun oluşabilmesi için failin suç tipinde yer alan fiilleri ısrarla işlemesi gerekmektedir⁶. Israr kelimesi “*direnme, ayak direme, üstlenme, üstünde durma*” anlamlarına gelmektedir⁷. Israr kavramı sürekliliği içinde barındırmaktadır⁸. Buradan çıkarılacak sonuca göre fiillerin ısrarla işlenmemesi halinde suçun maddi unsuru oluşmayacaktır; yani fiilin birkaç kez ısrar olmaksızın tekrarlanması mağdurun bundan rahatsız olup olmadığından bağımsız olarak suça vücut vermeyecektir⁹. Bu bakımdan fiillerin birden fazla kez işlenmesi suç tipinin doğasının gereğidir.

Suç tipindeki “ısrarla” ifadesinden yola çıkarak suçun niteliği bakımından farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre kişilerin huzur ve sükunu bozma suçu, suç tipindeki “ısrarla” ifadesi dolayısıyla mütemadi suç özelliği taşımaktadır¹⁰. Bir suç işleme kararı kapsamında farklı zamanlarda kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu işlenirse zincirleme hükümleri uygulanabilir. Ancak bir kişiye, kişinin huzur ve sükununu bozma amacıyla ısrarla telefon etme fiili suçun unsuru olduğu için, bu durumda bu suç açısından zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır¹¹.

5 “*Suçun maddi unsuru bir kimseye ısrarla, gece gündüz demeden telefon edilmesi veya ona karşı ısrarla gürültü yapılmasıdır.*” Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*, Güncellenmiş 22. Bası, Ankara: Seçkin, Eylül 2018, s.321.

6 Ekici Şahin, Meral, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123)*, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 23, Aralık 2013, Sayfa: 21-52, s.35-36). Yazara göre bu suç mütemadi suçtan ziyade itiyadi suç özelliği arz etmektedir ve suçun oluşması için fiilin en az iki kez işlenmesi gerekmektedir (Ekici Şahin, a.g.e., s.36-37).

7 Türk Dil Kurumu Sözlükleri, sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.06.2019)

8 Yenerer Çakmut, Özlem, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, İstanbul: Beta, Şubat 2014, s.63.

9 Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2017, s.475; Yenerer Çakmut, a.g.e., s.63.

10 Gülşen, Recep, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123)*, *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Eylül 2012, Sayfa: 5-20, s.14; Yenerer Çakmut, a.g.e., s.72.

11 Gülşen, a.g.e., s.14.

Aksi görüşe göre ise mütemadi suçlarda fiil veya netice süreklilik arz etmektedir. Bu bakımdan TCK m.123 mütemadi suç değildir¹². Burada söz konusu olan fiilin sürekliliği değil, ısrarla yeniden işlenmesidir. Mütemadi suçta işlenen her eylem ceza normunun yeniden ihlal edilmesi anlamına gelir ve fiiller arasında zaman kesintisi olduğu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanır. TCK m.123'teki suç tipi itiyadi özellik göstermektedir. Yani suçun işlenmesi için suç tipinde belirtilen fiilin en az iki kez işlenmesi gerekir. Fiilin her işlenişinde ceza normu ayrı ayrı ihlal edilmiş sayılmaz; tüm fiiller tek bir norm ihlaline vücut verir. Bu halde zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulmaz¹³.

Her ne kadar bu suçun oluşması için suç fiilinin birden fazla kez ısrarla gerçekleştirilmesi zorunlu olsa ve bu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanmasa da; bazı hallerde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁴. Örneğin failin mağduru huzur ve sükununu bozma amacıyla bir hafta boyunca sürekli olarak telefonla araması sonucu mağdur savcılığa başvurur ve fail aramalarına son verir. Ancak soruşturma süresince fail aynı suçu işleme kastıyla ısrarla aramalarına yeniden başlarsa bu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanır¹⁵.

Olayımızda sanık, mağdurenin ev telefonunu huzur ve sükun bozma amacıyla birden fazla kez aramıştır. Bu aramaların bir kısmında telefonu konuşmadan kapatmış¹⁶, bir kısmında ise cinsel ve tehdit¹⁷ içerikli sözler söylemiştir. Tehdit ve cinsel içerikli sözleri içeren telefon konuşmaları hem ilgili suçları hem de (aramalar ısrar boyutuna ulaştığı takdirde) kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturacaktır¹⁸. Bu durumda TCK m.44 uyarınca sanık daha ağır cezayı gerektiren tehdit ve cinsel taciz maddelerinden sorumlu tutulmalıdır¹⁹. Kural

12 Ekici Şahin, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu* (TCK m.123), s.36-37.

13 Ekici Şahin, a.g.e., s.37-38.

14 Ekici Şahin, a.g.e., s.45; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, a.g.e., s.478.

15 Ekici Şahin, a.g.e., s.45.

16 Konuşmadan kapamanın da arama kapsamında değerlendirileceğine ilişkin olarak bkz. Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* 3. Cilt md.86-140, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.4066; Yenerer Çakmut, a.g.e., s.54-55. Yargıtay'ın bu yönde kararları bulunmaktadır. Y2.CD., 15.06.2010, 16617/19431, Y2.CD.,8.11.2010, 23127/30760 künyeli kararlar için bkz. Artuk, Mehmet Emin/ Gökcan, Ahmet/ Yenidünya, Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* 3. Cilt Md. 88-153, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s.4334, 4336.

17 Gerekçeli kararda tehdidin nasıl gerçekleştiği yer almamaktadır. Telefonda tehdit içerikli sözler söylendiği çıkarımını Yargıtay 14. Ceza Dairesinin bozma unsuru olarak "gıyapta hakaretin değerlendirilmemesi"nden bahsetmesinden yapmaktayız.

18 Aksi yönde bir görüşe göre sanığın konuşmasız aramaları kişilerin huzur ve sükununu bozma suçuna vücut verecektir. Sanığın konuşmalı aramaları ise başka bir suç işlenmediği takdirde bu suçu oluşturacaktır (Kocasakal, Ümit, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu* (TCK m.123), Ankara Barosu Dergisi, 2015/2, s.109-146, s.120-121). Bu görüş somut olaya uygulandığında, sanığın cinsel ve tehdit içeren sözler söylediği aramaları sadece ilgili suçlara vücut verecektir; diğer tüm aramaları ise kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

19 "Oluş ve kabule göre, sanığın, katılanlara ait telefonu sürekli ve ısrarla arayarak telefonu açan müştekilerden Nimet ...' ya hitaben "seni çok seviyorum, seninle arkadaşlık yapmak istiyorum, gününün bir saatini bana ayır, yalvarırım ne olur" şeklinde sözler söyleyerek, bir fiil ile hem cinsel taciz hem de kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarını işlediği dosya kapsamında anlaşılan sanığın TCK'nın 44. maddesi karşısında bunlardan sadece en ağır cezayı gerektiren 5237 sayılı TCK'nın 105/1. maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçundan sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, ayrıca kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi"

olarak buradaki her bir arama TCK m.123'ü ayrıca ihlal etmeyecektir; çünkü birden fazla kez arama suç tipindeki "ısrar" ifadesinin gereğidir. Sanık, aramalarına 4 yıl gibi uzun bir süre devam etmekte²⁰ ise de bu aramalar arasında, aramaları ayrı suç kapsamında değerlendirmeye götüren bir zaman aralığı bulunmamaktadır. Yahut somut olayda ısrarla aramanın mağdurun savcılığa başvurması veya benzeri bir sebeple sekteye uğradığına ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Bu aramalardan tehdit ve cinsel içerikli olanların ilgili suçlar bakımından değerlendirilmesi de failin ısrarla huzur ve sükun bozma aramalarının arasına önemli bir zaman aralığı girdiğinin kabul edilmesini gerektirmez. Aramalar arasındaki zaman aralığı ölçütü, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından önemli bir ölçüttür. Tekrarlanan fiillerin uzun bir zaman dilimine yayılması zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından tek başına bir ölçüt olamaz. Eğer bu bir ölçüt olarak kabul edilirse, bu durumda fiillerin ne kadar bir zamana yayılırsa zincirleme suç kapsamında değerlendirileceği hususu keyfi değerlendirmelere yol açabilir. Tekrarlanan fiiller 6 ay gibi 4 yıla nazaran kısa bir zaman dilimine de yayılabilirdi. Bu durumda 6 ayın zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından uzun mu yoksa kısa bir zaman dilimi mi olduğu değerlendirmesi sübjektif bir değerlendirme olup, kanuni dayanaktan yoksun olacaktır. Nitekim TCK m.61/10 uyarınca "*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir*". Ancak, aramaların 4 yıl gibi uzun bir süre devam etmesi TCK m.61 uyarınca cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşma sebebi olarak göz önünde bulundurulabilir. Bu sebeple sanık hakkında belirlenen cezanın zincirleme suç hükümleri uygulanarak arttırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararı isabetli değildir. Bu kararı kanuna aykırı bulan Yargıtay özel daire görüşü ise haklıdır.

B.Başkası olduğu zannıyla bir şahsa karşı telefonla işlenen suçların maddi unsur hatası kapsamında olup olmadığına ilişkin değerlendirme

Mağdurun kimliğinde hata maddi konuda hatanın özel bir görünüm şeklidir²¹. Bu konu Alman hukukunda maddi konuda hatanın altında ele alınmaktadır. Burada fail dış dünyadaki değişikliği hedeflediği kişinin/nesnenin üzerinde gerçekleştirir. Ancak ilgili kişinin/nesnenin kimliğinde hataya düşer. Örneğin A, B'yi aslında C olduğu zannıyla silahla ateş ederek vurur. Buradaki şahısta hata önemsizdir. Sapmadan farklı olarak fail bir kişiyi vurmak ister ve vurur. Bu sebeple A, B'yi kasten öldürmenin tamamlanmış halinden sorumlu olur. Çünkü B ve C şahısları kasten öldürme suç tipi bakımından denktir ve ceza kanunu ilgili suç tipinde soyut olarak insanı korur. Kişinin kim olduğu veya kim olduğunun zannedilmesinin bir önemi yoktur²².

Belirtmek gerekir ki buradaki hatanın önemli olmasından kasıt, hatanın kastı engellemesidir. TCK m.30/1 uyarınca, suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurda hataya düşen şahıs

(Yarg. 14.CD, 08.02.2012, 10192/1010), (Karar için bkz. Artuk/ Gökçen / Yenidünya, a.g.e., s.4327).

20 Bu bilgiye yerel mahkemenin gerekçeli kararında yer verilen mağdure Emine'nin beyanlarından ulaşılmıştır.

21 Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2015, §27, s.232, Kn.60.

22 Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin Heidelberg: Springer, 2015, §13, s.588, Kn.159; Kindhäuser, a.g.e., §27, s.232, Kn.60.

kasten hareket etmiş olmaz. Bu bakımdan maddi unsurda düşülen hata, kural olarak kastı engellemesi bakımından bir önem arz etmektedir. Ancak şahısta hata bu kuralın istisnasını oluşturur. Şahısta hata istisnai durumlar haricinde kastın oluşumunu engellemez, bu bakımdan önemsiz addedilir²³.

Şahısta hatanın önemsiz olmasının istisnalarından biri mağdurun şahsının nitelikli hal olarak belirlendiği durumlardır²⁴. Örneğin ağır depresyon geçiren ve içine kapanık bir akıl hastasına karşı kasten yaralama suçunun işlenmesi TCK m.86/3-b²⁵ uyarınca kasten yaralama suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturur. Eğer fail yaraladığı kişinin kendini koruyamayacak biri olduğunu bilmiyorsa bu nitelikli hal ona uygulanmayacaktır.

Mağdurun kimliğinde hatanın önemli olması kişinin kimliğine hukuken bir önem atfedilip atfedilmemesine göre de değişmektedir. Eğer ilgili suç tipinde **mağdurun şahsı bakımından bir kişiselleştirmeye gidilmemiş ise** buradaki hata önemsizdir²⁶. Örneğin kasten öldürme suçunu düzenleyen TCK m.81 ve m.82'nin maddi konusu yaşayan insan bedenidir. Nasıl ki mağdurun milliyeti, ten rengi ya da cinsiyeti önem arz etmiyorsa, “maddi konunun bireyselleştirilmesi”nin aksine mağdurun şahsı kimliği bir önem arz etmemektedir²⁷.

23 Mağdurun şahsının suç tipinin nitelikli hali olarak düzenlenmesi durumunda şahısta hata sorunu TCK m.30/2 uyarınca çözümlenmelidir. Mağdurun şahsının, suç tipinin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlendiği durumda, mağdurun şahsında düşülen hatanın, failin nitelikli hale ilişkin kastını ortadan kaldırıp sadece ilgili suçun temel şekline yönelik sorumluluğunun devam ettiği sonucuna varılmalıdır (Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2017, s.570; Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017, s.379-380; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara: Seçkin, Ağustos 2018, s.466-467; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018, s.262). Aynı sonuca farklı şekilde ulaşan başka bir görüşe göre ise suç tipinin nitelikli hali olarak düzenlenen mağdurun şahsında hatayı bir kast sorunu olarak görmek isabetli değildir, bu hal kusurluluğu etkileyen bir haldir (Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul: Beta, 2016, s.526-527).

24 Koca/ Üzülmez, a.g.e., s.258, Özgenç, a.g.e., s.466.

25 TCK m.86/3: “**Kasten yaralama suçunun; a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, e) Silahla, İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.**”

26 Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, a.g.e., s.564; Özgenç, a.g.e., s.466; Akbulut, a.g.e., s.376. Yargıtay'ın bunun aksine görüşü için bkz. “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanık Ali'nin yeğeni olan tanık Fatma ile Azim arasında duygusal birliklilik olduğu, bu durumun öğrenilmesi ve birlikliğe karşı çıkılmasına rağmen Fatma ile Azim'in görüşmeye devam ettikleri, bunun üzerine Ali'nin Azim'i öldürmeye karar verdiği, kendisine ait av tüfeğini de yanına alıp olay günü Azim'in her gün işe gidip gelirken kullandığı köy yolunu taşlarla kapattığı ve Azim'i beklemeye başladığı, Azim'in kullandığı otomobil ile aynı renkte ve benzer tipte otomobille o sırada yoldan geçmekte olan maktul Ahmet'in yolun taşlarla kapalı olması nedeniyle aracı durdurduğu, Ali'nin ise duran kişiyi Azim sanarak üzerinde bulunan tüfekte birden fazla ateş ederek maktul Ahmet'i öldürdüğü olayda; **sanık Ali'nin öldürmeyi tasarladığı kişi yerine, o zannederek bir başka kişiyi öldürdüğü ve 5237 sayılı TCK.nın 30. maddesi gereğince hatasından yararlanacağı ve ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı şekilde tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurulması...bozmayı gerektirmiştir...**” Y.1.CD., E. 2013/2229, K. 2013/5446, T. 2.10.2013 (www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 10.11.2018).

27 Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2017, §13, s.449-450, Kn.24.

İlgili suç tipinde **mağdurun şahsı bakımından bir kişiselleştirilmeye gidilmiş ise** failin, şahsın kimliğinde düştüğü hata önem arz edecektir. Örneğin öldürdüğü kişinin cumhurbaşkanı olduğunu bilmeyen fail cumhurbaşkanına suikast suçundan (TCK m.310/1) sorumlu olmayacaktır. Çünkü bu suç tipinde mağdurun kimliği kişiselleştirilmiştir. Fail mağdurun kimliğini bilmediği için m.30/1 uyarınca ilgili suç tipinin maddi unsurunda hataya düşmüştür ve bu suç tipi bakımından kastı oluşmamıştır. Failin sorumluluğu genel norm olan kasten öldürme suçu (TCK m.81) kapsamında belirlenecektir²⁸.

Benzer bir örneğe göre de hakaret ettiği kişinin cumhurbaşkanı olduğunu bilmeyen fail “cumhurbaşkanına hakaret” suçundan (TCK m.299) değil, genel hakaret suçundan (TCK m.125) sorumlu tutulmalıdır. Çünkü cumhurbaşkanına hakaret suç tipi, TCK m.125'teki hakaret suç tipinin tüm unsurlarını içermektedir. Bu suçtan farklılaştığı nokta ise mağdurun şahsının cumhurbaşkanı sıfatını haiz olmasıdır²⁹.

Bir görüşe göre fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı durumlarda da şahısta hata özellik arz etmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere şahısta hata kural olarak kast bakımından önem arz etmez. Bu kuralın istisnalarından birini ise fail ile mağdurun yüz yüze olmadığı durumlar oluşturur. Bu duruma örnek olarak ise telefonda yanlış kişiye karşı hakaret etme gösterilebilir. Fail bir kişiyi hakaret etme amacıyla arar. Ancak telefona çıkan başka bir kişiye hakaret eder³⁰ ya da fail bir kişiyi hakaret etme amacıyla arar, ancak teknik bir yanlışlık sonucu hedeflediğinden başkası failin sözlerini duyar³¹. Buradaki maddi hata istisnai olarak önemli sayılmalıdır³². Yine telefonda hasmı olduğu zannıyla bir başkasına hakaret eden kişi de bu hatasından faydalanır. Hakaret suçuna ilişkin olarak failin kastı engellenmektedir³³.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi şahısta hatanın failin sorumluluğunu kaldırmayacağını, failin hedeflediği mağdur üzerinde fiil gerçekleşmiş gibi sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi sanığın hatasını önemli addedip Rukiye'ye karşı işlenen fiilleri Emine'ye karşı işlenmiş kabul etmiştir. Böylece sanık hakkında Rukiye'ye karşı tehdit, cinsel taciz ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarının işlenmediğini, bu suçların Emine'ye karşı işlendiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Yerel mahkeme de sanığın bu hatasını önemsiz addederek sanık Mehmet'in Emine olduğu zannıyla Rukiye'ye karşı işlenen fiillerden hem Rukiye'ye hem de Emine'ye karşı ayrı ayrı olmak üzere tehdit, cinsel taciz ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarından mahkum etmiştir.

28 Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, a.g.e, s.564-565.

29 Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara: Yetkin, 2007, s.80-81.

30 Kühl, a.g.e., §13, s.452, Kn.28.

31 Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2006, § 12 C, s.534, Kn.198.

32 Roxin, a.g.e., § 12 C, s.533, Kn.197.

33 BayObLG JR 1987, 431 için bkz. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin: Duncker&Humblot, 1996, §29, s.311-312.

Yerel mahkemenin kararı isabetli değildir; çünkü sanığın cinsel taciz suçu bakımından kastı tek kişiye (Emine'ye) yöneliktir, kişilerin huzur ve sükununu bozma ve tehdit suçları bakımından kastı ise Emine ve Adem'e yöneliktir. Sanığın Emine'ye yönelik suç kastının hem Emine'yi hem de Rukiye'yi kapsayacak şekilde genişletilmesi adil olmayacaktır. Burada üç yol izlenebilir. Birincisinde şahısta hata önemsiz addedilir ve Emine olduğu zannıyla Rukiye'ye karşı işlenen fiiller sadece Rukiye'ye karşı işlenmiş sayılır. İkincisinde şahısta hata önemli addedilir ve Emine olduğu zannıyla Rukiye'ye karşı işlenen fiiller sadece Emine'ye karşı işlenmiş kabul edilir. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin de görüşü bu yöndedir. Üçüncüsünde ise şahısta hata önemli addedilir ve Rukiye'ye karşı suç kastının olmadığından ilgili suçların işlenmediğine karar verilir. Emine bakımından ise, onun korunan hukuki değerleri üzerinde bir tehlike gerçekleşmediğinden ve fiillerin maddi konusu olarak Emine'nin olayda mevcut olmadığından bahisle Emine'ye karşı herhangi bir suç işlenmediği kabul edilir.

TCK'nın cinsel taciz, tehdit ve kişilerin huzur ve sükununu bozma suçlarına ilişkin düzenlemelerine bakıldığında mağdurun bireyselleştirilmesi gibi şahısta hatayı önemli kılacak bir istisna haline rastlanmamaktadır. Sanık Mehmet'in kastının yöneldiği şahsın kimliği TCK ilgili suç tiplerinde bir önem arz etmemektedir. Bu bakımdan her ne kadar birinci yolun ve Yargıtay 14. Ceza Dairesinin görüşü olan ikinci yolun sonuçları aynı ve somut olay adaleti bakımından farksız da olsa, suç genel teorisi bakımından birinci yolu tercih etmek ve Emine olduğu zannıyla Rukiye'ye karşı işlenen fiillerden ötürü sadece Rukiye'ye karşı ilgili suç tiplerinden mahkumiyet hükmü kurmak yerinde olacaktır.

Kaynakça

- Akbulut, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2017.
- Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Güncellenmiş 22. Bası, Ankara: Seçkin, Eylül 2018.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Adalet, Eylül 2017.
- Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 3. Cilt Md. 88-153, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Ekici Şahin, Meral, Kişilerin Huzur ve Sükânunu Bozma Suçu (TCK m.123), *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 23, Aralık 2013, Sayfa: 21-52.
- Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin Heidelberg: Springer, 2015.
- Gülşen, Recep, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m.123), *Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1, Eylül 2012, Sayfa: 5-20.
- Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara: Yetkin, 2007.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin: Duncker&Humblot, 1996.
- Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT, 7. Auflage, 2015), 7. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2015.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018.

- Kocasakal, Ümit, Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma Suçu (TCK m.123), Ankara Barosu Dergisi, 2015/2, s.109-146.
- Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen, 2017.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara: Seçkin, Eylül 2017.
- İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara: Seçkin, Ağustos 2018.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München: Verlag C.H. Beck, 2006.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.06.2019).
- Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt md.86-140, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Yenerer Çakmut, Özlem, Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları, İstanbul: Beta, Şubat 2014.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, 6. Bası, İstanbul: Beta, 2016.

Yazılı Anayasalar ve İdari Devlet: İdare Hukukunun Anayasal Karakteri Üzerine^{***}

Tom GINSBURG
Çev: Nuray SÜMER*
Gökhan SÜMER**

İdare Hukuku kamu hukukuyla eş anlamlı, ancak anayasa hukukunun gölgesinde, çok çalışkan, silik bir kuzeni gibi kamu hukukundan daha az önemli görülen bir alandır. Genel olarak, anayasa hukukunun devlet ve toplumun büyük meselelerini çözdüğüne, idare hukukunun ise en iyi ihtimalle yalnızca *idari devlete* (administrative state) ilişkin temel ilkeleri açıklığa kavuşturduğuna inanılmaktadır. Hukuk öğrencileri, çoğu hukuk fakültesinde ders programında üç veya dört saat olarak öngörülen anayasa derslerine yoğun bir katılım gösterirken, aynı öğrenciler idare hukuku dersine adeta yapılması gereken bir angaryaymış hissiyle kaydolmaktadır.

Hiç kuşku yok ki, bu iki alan birbiriyle derinlemesine ilişkilidir ve devlet ve vatandaş arasındaki ilişkiyi yönetmek gibi – demokratik ülkelerde daha çok ikinciye önem verilerek – üstün bir amacı paylaşmaktadır. Buna karşılık, bu alanlar farklı hukuk kaynaklarından beslenmekte ve farklı yaklaşımlar göstermektedir. Bazı ülkelerde anayasa hukuku ve idare hukuku meseleleri tamamıyla farklı mahkemeler eliyle görülmektedir. Anayasa hukuku, hakimlerin düzenli olarak diğer ülke kararlarına atıflarıyla birlikte gittikçe daha çok karşılaştırmalı bir hal alırken, idare hukuku ulus devlet sınırlarına tikanıp kalmış durumdadır.

Bu yazıda üç argüman ileri sürülecektir. Öncelikle, idare ve anayasa hukuku arasındaki kavramsal ayrımın oldukça geçişgen olduğu ve birçok özelliğinin yanı sıra, idare hukukunun anayasalardan daha anayasal olduğunun düşünülebileceği tartışılacaktır. İkinci olarak, yazılı anayasaların *idari devleti* daha az sınırladıkları gösterilecektir. Yazılı anayasaların rolü, daha ziyade bürokrasinin

* Araştırma Görevlisi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, nuraysumer@std.sehir.edu.tr, (ORCID ID: 0000-0001-7404-7811).

** Essex Üniversitesi Doktora Öğrencisi, gsumer@essex.ac.uk, (ORCID ID: 0000-0002-7158-8142).

*** Bu çalışma, Tom Ginsburg tarafından yazılan “Written Constitutions and the Administrative State on the Constitutional Character of Administrative law” makalenin çevirisidir (“Comparative Administrative Law”, Ed. Susan Rose-Ackerman, Henry R. Luce ve Peter L. Lindseth, Research Handbook of Comparative Law Series, 2010, s.117-127). Çeviri için izin veren Sayın Prof. Dr. Tom Ginsburg’e ve çeviri konusunda yardımlarını esirgemeyen Glasgow Üniversitesi Öğretim Üyesi Sayın Prof.Dr. Esin Örcü’ye sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz. (Ç.n.)

büyük ölçüde sessiz kaldığı idari devletin ve hesap verilebilirliğin daha kapsamlı gövdesini tesis etmektir. Bu durum, idare hukukuna esasında anayasalarda şekillendiği düşünülen önemli bir rol vermekte ve oldukça esnek ve dayanıklı olarak nitelendirilen görece bağımsız bir alan bırakmaktadır. Üçüncü olarak, bu çalışma, yapılan karşılaştırmanın yazılı anayasaların sınırlarını gün yüzüne çıkartmaya ve ulus devletlerin yazılı olmayan anayasalarının bir ögesi olan karşılaştırmalı idare hukukuna daha fazla dikkat çekmeye çalışarak sonlanacaktır.

I. İDARE HUKUKUNUN ANAYASAL KARAKTERİ ÜZERİNE

Geleneksel anlayış anayasa ve idare hukukunun, temel hakların korunması, bütçenin denetimi ve idarenin sınırlandırılması gibi benzer gayelere hizmet ettikleri şeklindedir. Bu görüşteki temel ayrım, bu alanların kamu hukuku hiyerarşisinde işgal ettikleri yerlere ilişkindir: anayasa hukuku devletin en üst normlarını düzenlemekte iken, idare hukuku normlar hiyerarşisinde önem itibarıyla daha alt seviyede yer alan ikincil düzenlemeler yapabilmektedir.

Buna karşın, idare hukukunun birçok açıdan anayasa hukukundan daha ‘anayasal’ olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekteyim. Anayasalara atfedilen büyük işlevleri düşünelim.¹ Çoğu kimse anayasaların fonksiyonlarını esas olarak *anayasalcılığın bizatihi* kendisi veya idarenin sınırlandırılması olarak belirtmektedir. Anayasanın sınırlandırma işlevine ilişkin olarak idare hukukunun anayasa hukukuyla büyük oranda kesiştiği ve bu anlamda idare hukuku çok daha fazla günlük hayata temas ettiği için daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu açıktır. Sıradan bir vatandaş, anayasada yer alan ceza yargılamasının güvenceleriyle yakından ilgilenen bir “şüpheli” olmadığı gibi, siyasi söylemlerinin sınırlandırılmasından kaygı duymakta olan bir “muhalif” de değildir. Sıradan vatandaş daha ziyade sürücü belgesi, ticari işletme ruhsatı, sosyal güvenlik ödemeleri ve vergiler gibi pek çok önemsiz işler için devletle yüz yüze gelmektedir. İşte anayasalcılığın gerçeklerle yüzleştiği yer tam da burasıdır: nadiren farkedilen ve fakat çok sayıda vatandaş etkilemesi olası olan idarenin keyfiliğinin sınırlandırıldığı ve öngörülebilirliğin gerçekleştiği yerdir. Bundan dolayıdır ki, idare hukukunun anayasalcı bir eğilim içinde olduğu ve tartışmaya açık bir biçimde daha çok insan açısından anayasa hukukunun büyük meselelerinden daha önemli olduğu açıktır.

Buna karşın anayasaların tek işlevinin anayasalcılık olduğunu söylemek güçtür. Gerçekten de, olgusal olarak sınırlı bir idare anlayışının benimsenmediği birçok ülkede de anayasalar mevcuttur. Ancak bu ‘kağıt parçası’ anayasalar dahi hiçbirşey başaramıyor değillerdir.² Diktatörlüklerde dahi, anayasalar kurumlara faaliyet alanlarıyla ilgili olarak yol haritası çizerler. Otokratik ve oligarşik sistemler, kamu düzenine ilişkin yapısal beklentilerde eşgüdümü sağlamaya ihtiyaç duyarlar ve anayasalar bu gibi beklentilerin karşılanmasında önemli rol oynayabilmektedir. Bazı durumlarda,

1 Breslin 2009.

2 Brown 2008.

anayasal normlar elitler arasındaki çatışmanın çözümünde faydalı bir yapı öngörmektedir.³ Anayasaların bu işlevi sınırlı değildir, ancak idareyi yetkilendiren ve faaliyetlerini yerine getirmek üzere idari teşkilatı kuran bir tanımdan ibarettir. İdari teşkilatın kurulması işlevinin idare hukukundaki karşılığını ise kanunlar gerçekleştirmektedir. Yasamanın devrine ilişkin olanlar hariç, bütün bu idare hukukuna ilişkin anayasal düzenlemeler uyumsuzluklara neredeyse hiç konu olmazlar.⁴

Anayasaya atfedilen özelliklerden bir diğeri ise sembolik veya ifade ediciliktir. Anayasalar bazı ülkelerde kolektif bilinci yansıtır ve bazen de kendisi bölgesel ve etnik ayrımcılıkların üstesinden gelecek kolektif bir bilinç dahi yaratabilir. Örneğin, 1996 tarihli Kuzey Afrika Anayasası katılımın ve uzlaşmanın sembolü haline gelmiş, iktidardan gelen itirazlara ve büyük toplumsal kargaşalara rağmen popüleritesini sürdürmüştür. Etkili bir şekilde uygulanması yıllar almış olsa da, 1917 tarihli Meksika Anayasası'nın sembolik değeri de oldukça yüksektir. Anayasaların bu sembolik veya ifade edicilik özelliği, anayasa yapımının özelliğine dikkat çekmektedir. İşte bu, bizi biraraya/toplum haline getirir (*We the People that come together*) ve böylelikle anayasa diğer devletlerden farklı ve yerel olan ulusu inşa eder.

Dolayısıyla anayasalar idareyi sınırlandırır, idari teşkilatı kurar ve devletler için önemli sembolik işlev görür. Bu işlevleri gerçekleştiren anayasaların yöntemleri de benzerdir. Anayasalar, yerel özellikleri yansıtarak partikülarist bir biçimde olağan siyaseti kolaylaştırarak, biçimlendirerek ve değiştirilemez temel kurallar manzumesini sağlayarak, değiştirilmez bir biçimde varlıklarını sürdürürler.

İdare hukuku, bütün bu işlevlerin tamamını olmasa da, birkaçını yerine getirebilmekte ve bunu daha az asli bir biçimde yapmaktadır. İdare hukukunda çok az çalışma, devlet-toplum ilişkisi söyleminin sembolik boyutlarını ele almaktadır. Örneğin kamu tüzel kişilerinin düzenlediği yönetmelikler hiçbir zaman değiştirilemez değildir ve idari usul ve karar alma süreçlerine ilişkin öngörülen asıl araçlar tipik olarak kanun hükmünde, ancak koşullar değiştiğinde de ilke olarak tadil edilebilmektedir.

İlk iddiam, idare hukukunun yerelliği çoğu kez daha iyi aksettirdiği ve birçok devletin sürekliliğini idare hukukunun sağladığıdır. Anayasalar sadece sembolik düzeyde ve idare hukukunun başaramadığı farklı fonksiyon icra ederler: sadece anayasaların insanları biraraya getiren veya ulusu inşa eden ortak anlayış etrafında yazıldığı söylenmektedir. Halbuki bu sembolizm, anayasaların kritik özellikleri olan dayanıklılığın ve yerelliğin yanlış anlaşılmasına dayanmaktadır ve bu anlayış aldatıcıdır. Anayasaların önemli bir sembol oluşu, esasında insanların anayasaların yapmadıkları şeyleri yaptıklarına inanmasından kaynaklanır. Halbuki idare hukuku rejimleri, buna karşın daha yerel ve daha sürekli ve bu sebeple idarenin etkili düzenleyici işlemlerini anlamaya çalışmak daha fazla dikkate değerdir.

3 Borris 2002.

4 İdare hukukuna ilişkin anayasal düzenlemelere yönelik daha geniş bilgi için bkz. Ahdieh (yayına hazır) (Ç.n: makalede atıf bu şekildedir.)

A. YERELLİK: ANAYASALAR, İDARE HUKUKU REJİMLERİNDEN DAHA FAZLA BENZERLİK GÖSTERİRLER

Anayasa yapımı denilince aklımıza, devleti yetkilendirmek üzere biraraya gelen vatandaşların oluşturduğu ayrıcalıklı bir grup sahnesi gelir. Bu sosyal sözleşme sahnesi, geçici ve coğrafi olarak sınırlıdır. *We the people*, yerel değerlerimizin karakteristik yansıması olan anayasayı üretir. Ancak bu düş, birkaç noktada artık doğru değildir. Öncelikle, uluslararası aktörler de anayasa yapım sürecinde giderek artan bir şekilde pay sahibi olmakta ve tasarı oluşturma sürecinde esaslı bir konum işgal etmektedir.⁵ İkinci ve bununla ilişkili olarak, anayasalar zaman geçtikçe özünde birbirlerine yaklaşmaktadır. Araştırmanın ciddi bir kısmı göstermektedir ki, ulusal anayasa hükümleri, yerelin evrensel normlar karşısında ikinci plana düştüğü bir çeşit ulus modernizminin yazılı halini yansıtır hale gelmiştir.⁶ İdari teşkilatın temel şekillerinin de oldukça tahmin edilebilir değişiklikler gösterdiği görülmektedir.

Bunun sebebi ne olabilir? Anayasalar en üst hukuk normu olduğundan yansıtıcı unsurlara sahiptir ve bu unsurlar uluslararası toplumda sıklıkla ulus devleti temsil etmektedir. Anayasalar, egemenliğin ve modernleşmenin göstergeleridir: yalnızca idareyi yetkilendirmemekte, uluslararası düzlemde bu durumun tanınırlığını güvence altına almaktadır. Bunun sonucu olarak da, ciddi anlamda anayasalar arası benzerlikler söz konusudur.

Örneğin, insan hakları belgelerini düşünelim. Anayasal haklar manzumesi zamanla, bilhassa uluslararası insan hakları belgelerinin takip edilmesiyle birlikte birbirlerine benzeme eğilimi göstermiştir.⁷ Uluslararası antlaşmalar ve bölgesel insan hakları belgeleri, anayasa yapıcılar için adeta bir menüdür ve bundan dolayıdır ki zamanla anayasaların birbirlerine daha fazla benzedikleri hususu şaşkıncı değildir. Bu olgusal gerçeklik için birçok olası açıklama getirilebilir. Bu benzerlik, bazı ülkelerin modernleşme ve modernleşmeyi yansıtan kurumları benimsemesi dolayısıyla bir dereceye kadar taklitinden de ileri gelebilir. İkinci bir şık olarak bu benzerlik, ülkelerin farklı kurumsal yapıların (*configurations*) niteliklerine ilişkin olarak birbirlerinden ve uluslararası kurumlardan edindikleri müşterek bilgilerden de kaynaklanabilir. Açıklama ne olursa olsun, sonuç şu ki anayasalar daha önce böyle nitelendirilmiş olsalar dahi, artık münhasıran yerel ürünler olarak değerlendirilemezler.

İdare hukukunda ise bunun aksi söz konusudur. Küresel gelişmeleri incelediğimizde, genel izlenim idare hukukunun ulusal kurumsal yapılara süregelen bağlılığıdır. Dört büyük hukuk sistemi olan Fransa, Almanya, Amerika ve İngiltere'yi ele aldığımızda, benzerlikler çıkartıldığında büyük kurumsal ve ideolojik ayrılıkların artakaldığı açıktır. Örneğin, Fransa'da idare hukuku geleneği ayrı ve otonom bir hukuk dalı olan *droit administratif* birlikte Conseil d'Etat'daki uzman idarecilerin nezaretinde varlığını sürdürmektedir.⁸ Almanya'da idari yargı mercileri vardır ancak Fransız geleneğinden farklı olarak, yargıçlar tarafından denetlenen ilkelerin yer aldığı idari usul

5 Lolini ve Palermo 2009.

6 Go 2003, Boli 1987, Boli Bennett and Meyer 1978,1980.

7 Elkins ve Ginsburg 2009.

8 Brown ve Bell 1998.

yasası etrafında uygulamasını şekillendirmektedir. Sorumluluk ve idari sözleşmeler rejimi Alman İdare Hukuku'nun alanı dışında bırakıldığından, kapsam olarak da gelenekler farklılaşmaktadır.⁹ Diğer taraftan, genel düzenleyici işlemler de idare hukuku sahasına dahil olabiliyorken; Alman İdare Hukuku, – Amerikan İdare Hukuku'nda daha fazla uygulaması olan – idari işlemlerin yapım sürecine halkın katılımından ziyade, temel haklara ilişkin meselelere daha fazla odaklanmaktadır.

İngiltere'de idare hukuku Dicey'in şüpheli fikirlerinin etkisi altında uzun süre güçlükle ilerleyebilmişti.¹⁰ Dicey, ayrı bir takım kurumların varlığındansa, *common law* mahkemelerinin denetimini faydalı görmekteydi. Ancak modern devletin genişlemesiyle birlikte ortaya çıktı ki, itiraz başvurularındaki yoğun artış geleneksel küçük İngiliz yargısını istila etmiştir. Bunun sonucu olarak idari kararlara karşı itirazları incelemek üzere *common law* mahkemelerinden ayrı, bağımsız özel mahkemeler (tribunals) kurulmuştur. 2007 tarihli Özel Mahkemeler, Mahkemeler ve Mahkemelerin Yürürlüğü Hakkında Kanun (*Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*) ile son yıllardaki reformlar bu kurumları güçlendirmeyi taahhüt etse de, bunlar Sağlık Hizmetleri, Göçmenlik ve Sosyal Yardım Kuruluşları gibi münferit bürokrasilere bağlı, özel ve ihtisaslaşmış yapılar olarak kalmıştır.¹¹ Mahkemelerin, bağımsız bir yargı düzeninin sağlanması hususunda kanuni yükümlülükleri söz konusudur ve bunlar idarenin takdir yetkisinin sınırlarını ve idari usulü geliştirirken 'doğal hukuk' nosyonuna bağlı kalırlar. Buna karşın Amerika'da İdari Usul Kanunu, enerjisinin ciddi bir kısmını idari işlemin yapılış usulüne harcamakta ve işte tam da bu noktada *idari devlette işlem yapım sürecindeki* en büyük çarpışmaları sevk ve idare etmektedir.

Şüphesiz ki, farklı hukuk sistemlerinde idare hukuku normlarında bazı benzerlikler bulunmaktadır. Çoğu sistem, eşitlik, orantılılık ve şeffaflık sorularıyla ilgilenmektedir. Herhangi bir kimse, dört büyük hukuk sisteminde idare hukukunu, pek çok sayıdaki olgusal durum karşısında sınırsız sayıda standardın uygulanabildiği mahkemelerde ortaya çıkan – Conseil d'Etat'nın bir yargı organı olduğunu dikkate alarak – geniş anlamda içtihat hukuku olarak genelleyebilir. Yine de, her hukuk sistemi kendine has özelliklerini korumaktadır. Üstelik karşılaştırmalı anayasal yorumlarda dikkat çeken uluslararası mahkeme kararlarına atıflara idare hukukunda çok az rastlanmaktadır.¹²

İdare hukukunun anayasa hukukundan daha az benzerlik göstermesinin nedenlerinden biri, bu alanın kapsamı üzerinde bir uzlaşmanın olmayışıdır. Anayasalar, neredeyse bugün bütün modern devletler için saygı duyulan bir metin olarak (bununla sınırlı olmamakla birlikte) tarif edilmektedir. Oysa idare hukukunun sınırları konusunda daha az uzlaşma söz konusudur: her idare hukuku yapıları ağırlıklı olarak kendi sistemlerinin iç ve dış sınırlamalarına dayanmakta iken, sorumluluk rejimi, yargısal başvuru yolları veya diğer denetim mekanizmalarının kusursuz bir

9 Fransa'da idarenin sorumluluk esası Almanya'da olduğundan daha geniştir. Fransa'da idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler önemli bir yer kaplarken, Almanya'da idarenin ihmalinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin ilkeler ağırlık taşır (Singh 2001:257).

10 Lindseth 2005, Williams 1994.

11 Carnworth 2009.

12 Türkiye'de ise tam tersine ulusal-üstü yargı mercilerine yapılan atıflar, Danıştay dergilerinde müstakil bir bölüm olarak yer almakta ve Avrupa'ya kıyasla daha fazla atıfta bulunmaktadır. (Ç.n.)

karışımında olduğu gibi kesin çizgiler – örneğin hukuk sistemlerine göre idari sözleşmelerin sözleşme hukuku içindeki yeri – farklılaşmaktadır. Bu noktada idari usul, söz konusu sınırların katılığını gidermekte ve kamu ve özel hukukun farklı anlayışlarını göstermektedir. Örneğin, Kıta Avrupası ve Japon hukuk sistemi, kamu ve özel hukuk arasında güçlü bir anlayış ve yaklaşım farkı çizmektedir. Amerika'da ise, idari faaliyetleri gerçekleştirmek üzere özel hukuka sistematik bir şekilde başvurulması sonucunda ve dolayısıyla bir dal olarak idare hukukunun gerçek sınırları bir dereceye kadar daha geniş olduğundan, kamu-özel ayrımı daha az keskindir. Diğer taraftan özel hukuka başvurulmasında doğal hukuk ilkeleri ve pozitif düzenlemelerin göreceli birlikteliği de hukuk sistemlerinde çeşitlilik göstermektedir.

Kurumsal yapılar da değişiklik göstermektedir: Anglo-Amerikan sisteminde devletin eşitler arasında eşitlerin yargılandığı adli yargıda davaların tarafı olması hukuk devleti gereklerine dayanmakta iken, Fransa'da ve Almanya'da ayrı idare mahkemeleri söz konusudur. Ayrıca, idare hukuku sistemlerinde yargısal gelişmeler neredeyse her yerde belirgin bir rol oynasa da, hukuk sistemleri idare hukukunun öncelikli olarak yargı kararlarıyla mı yoksa yasama tasarruflarıyla mı geliştiği ve ne ölçüde farklılaştığını da ortaya koymaktadır.

Kısacası, anayasa hukukunda hakimlerin diğer mahkeme kararlarını düzenli olarak atıfta bulunduğu ve anayasa yapıcılarının yabancı ülke modellerini baz alması dolayısıyla benzerlik fazla iken, idare hukukunda durum böyle değildir. Belirli devletlerde çözüm unsurlarının cazibesini kaybetmesine neden olan kurumsal atalet, yerleşik siyasal çıkarlar, teamüller ve kültürel tercihler idare hukukunda yeknesaklığın sağlamasına engel olmaktadır. Doktrin, kamu hukukunun şirketler veya özel hukuktan daha az benzerliğe sahip olması gerektiğini, çünkü bu alanın çıkarlardan ziyade değerleri yansıttığını ve dolayısıyla kısa dönemli ekonomik unsurlar tarafından şekillenmesinin daha az olası olduğunu ifade etmektedir. Profesör Schwarze¹³, idare hukukunu 'milli karakter' olarak ifade etmekte ve dolayısıyla göreceli olarak değişikliğe açık olmadığı şeklinde geleneksel argümanlarını listelemektedir.

İdare hukuku, idari kurumların işleyişiyle ilgilenmektedir ve bu kurumlar oluşturulması zor kurumlardır. Bir kere kurulduktan sonra, ortadan kaldırılması ise daha zordur. İdari kurumlardaki uygulama aksaklıklarını gidermek için tek yol, onlar üzerinde daha büyük kontrolü sağlayacak yolları araştırmaktır ve idare hukuku da ancak bu şekilde hedeflenen sorunların çözümünü teşkil eder. Bütün sanayileşmiş ülkelerin, geçen yüzyılda yaygın olarak idare hukuku müesseseleri geliştirmeleri bu sebeple şaşırtıcı değildir. Ancak ikincil düzenleyici işlemler gibi idari usuller de, söz konusu kurumlar etrafında şekillenmektedir. Oldukça fazla eleştirilen Amerikan İdari Usul Kanunu (APA), buna ilişkin getirilen pek çok öneriye karşın hiçbir değişikliğe uğramamıştır. Aynı şekilde, idare mahkemelerinin büyük bir anayasal devrim gerçekleşmedikçe de lağvedilmesi mümkün gözükmemektedir. Bugün bir yandan yeni idare mahkemeleri ve ihtisas kurullarının (*benches*) kurulmasına şahitlik ediyorken (örneğin son zamanlarda Japonya'dakine benzer önerilerle Kore'de olduğu gibi), diğer yandan idare mahkemesinin adli yargıyla birleştirildiğini görmek neredeyse imkansızdır. Gerçekten de Fransa örneğinde, Anayasa Mahkemesi bireyin

13 Schwarze 2004, ayrıca bkz. Lindseth 2005.

idari hakime başvurmasının anayasal bir hak olduğuna hükmetmiştir. Kısaca özetlemek gerekirse, bu atalet söz konusu değişikliği yasaklamakta ve kurumların lağvedilmesini zorlaştırmaktadır. Bundan dolayı da idare hukuku sistemlerinde esaslı farklılıklar görmektediriz. Bu devam eden farklılaşmanın neticesinde ise şuanda belli konularda açık ve belirsiz uluslararası diyaloglara gömülmüş anayasa hukukundan farklı olarak, idare hukuku sistemleri yerelliği yansıtmaktadır.¹⁴

B. DAYANIKLILIK: İDARE HUKUKU MÜESSELERİ DAİMİ İKEN, ANAYASALAR DEĞİLDİR

Anayasa hükümlerinin değiştirilmesi zordur. Doktrin ve ilgililer anayasaların görece dayanıklı kurallardan müteşekkil olduğunu varsayarlar. Şüphesiz ki, anayasalar da değişikliğe konu olmaktadır ancak bu göreceli olarak daha az sıklıkla ve yeterince önemli görülen konularda söz konusu olmaktadır. Anayasalar, üst norm olduğundan sık değişikliklere karşı korunmaktadır. Gerçekten de anayasalcılık özünde belirli bir dayanıklılığı da gerektirmektedir.

Ancak yazılı anayasalar çoğu ülkede uzun süre varlığını, değişmeden sürdürememektedir.¹⁵ Sanayileşmiş demokratik ülkelerde dahi bu böyledir. Fransa (1791'den itibaren onbir Anayasa değişikliği geçirmiştir) 220 yıllık çok eski anayasası olan Amerika'dan daha tipik bir örnektir. Anayasaların uzun süre değişmeden kalabildiği bölgelerden biri olan Batı Avrupada dahi ortalama bir anayasa yalnızca 30 yıllık bir geçmişe sahiptir ve dünyanın diğer bölgelerinde bu süre oldukça düşüktür. Anayasa değişiklikleri, bazen siyasal sistemlerin ve idarenin şeffaflığını sağlamaya yönelik mekanizmaların tasarlandığı sert rejim değişiklikleriyle gündeme gelmektedir.

İdare hukuku müesseselerinde bunun tersi bir durum söz konusudur. Oldukça eski bir geçmişe sahip Conseil d'Etat, monarşi ve cumhuriyet, başkanlık ve parlamenter rejim, diktatörlük ve demokrasi arasında gitgellere rağmen hayatta kalmıştır. Bürokratik düzenin korunmasında ve idarenin kanuniliğinin sağlanmasında göreceli olarak özerk bir sistem kurmuştur. (Gerçekten de Fransız geleneğinde özerk konumunun sürekliliği dolayısıyla, anayasanın Conseil d'Etat'ya göre kesinlikle daha az tartışma konusu olduğu iddia edilebilir.) Fransa bu konuda yalnız değildir. İsviçre Ombudsman Kurumu 1809'da kurulmuştur ve büyük siyasal yapı değişikliklerine rağmen ayakta kalabilmiştir ve Alman geleneğinde ayrı idare mahkemeleri sürekliliğini korumaktadır.¹⁶ Sovyet *Procuracy'si*, sayısız anayasa değişikliği geçirmiş ve gerçekten de Sovyet Rusya dönemi sonrası anayasalarda da mutlak rejim değişikliğine karşın kamu denetçiliği görevini sürdürmüştür. Doğu Avrupa örneğinde anayasalar kısa ömürlü olmasına karşın idare hukuku sistemleri görece daha dayanıklıdır. Tayland, 1932 yılından sonra onsekiz anayasa değişikliği geçiren en uç örnek olabilir, ancak *Council of State* etrafında örgütlenen bürokratik özerkliği, devam eden bir özelliği

14 Jakson 2009.

15 Elkins et al. 2009.

16 Japonya,1946 Anayasası ile idare hukuku sistemini değiştirmiştir. Müstakil idare mahkemelerinin bulunduğu Alman geleneğinden, yargı birliğinin benimsendiği Amerikan modeline geçmiştir. Bazıları, Japon hakimlerin isteksizliğini bu değişimle ilişkili olarak kurumsal kalıntıların idarenin faaliyetlerini sorgulamasına bağlamaktadır – adli yargı hakimlerinin idari ihtilafları değerlendirmekte özgüvenleri eksiktir. Haley 1991.

olmuştur.¹⁷ Benzer şekilde Latin Amerika'da *Amparo* kurumu, anayasa değişikliklerine karşın yaygın bir şekilde kullanılmakta ve varlığını sürdürmektedir.¹⁸

Kurumsal yapılar yasal normlardan farklıdır. İdare hukuku normları teknolojideki gelişmelerle, şeffaf toplum oluşturma ve insan hakları konusundaki düşüncelerle birlikte değişmekte ve bütün bunlar anayasa metinlerinde yapılan değişiklikleri aksettirmektedir. Buna karşın, bu tartışma birçok örnekte idare hukuku yapılarının anayasal rejimlerde olduğundan görece daha fazla dayanıklı olduğunu göstermektedir. Gerçekten de idare hukukundaki dayanıklılık anayasal düzeydeki istikrarsızlığın olumsuz etkilerini bertaraf etmektedir: siyasal kurumlar üzerinde çevrilen dolaplar her ne olursa olsun, vatandaş idareyle olan ilişkilerinde görece öngörülebilirliğe sahiptir.

C. SEMBOLİZM: İDARE HUKUKU SİSTEMLERİNİN İKİNCİLLİĞİ

Buraya kadarki tartışmayı özetlemek gerekirse, idare hukuku kurumları dayanıklıdır ve küreselleşme çağında dahi yerel özelliklerini koruyabilmektedir. Anayasa hukuku, buna karşılık giderek uluslararasılaşmaktadır ve çoğu kez geçişgendir. Bu durumda, idare hukuku rejimlerinin anayasaların kendisinden daha iyi bir şekilde anayasal değerleri içselleştirdiği gözlemlenebilir.

Buna karşılık, ülke anayasalarının ayırtedici özelliği, sembolik ifadelerle ulusu biraraya getirmektir. Bütün anayasaların bu amacı etkili bir şekilde gerçekleştirdiği söyleyemez ancak birçoğu için geçerlidir. Buna karşılık, idare hukuku anayasa hukukunun aksine sembolik nedenselliğe nadiren başvurmaktadır. Çevre kirliliğine yol açan maddelerin milyonda kaçının bir bacadan yayıldığına karar verilmesi öncesi düzenleyici kurulların kamuya açık bir duruşma gerçekleştirmesi hakkı veya bireyin sosyal güvenlik hakkının kaybına ilişkin mahrumiyet öncesi dinlenilme hakkına ilişkin ilkeler için insanların çok azı ölmeye isteklidir. Anayasa hukukunu tamamıyla farklı kılan şey işte burasıdır ve hangi anayasanın idare hukuku rejimlerinden daha fazla anayasal olabileceği de burada ortaya çıkmaktadır. Anayasalar idari devlete ilişkin ilkeleri açıklar ve bunu çoğunlukla uluslararası sahada yaparlar. *We the People*, bizim dünyadaki diğer insanlardan farklı olduğumuzu ve dolayısıyla anayasal kurumların milli bir karakteri olduğunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Anayasal ifadeler bir dereceye kadar ülke sınırları dışına taşıdığından, anlaşılabilirliği için de müşterek bir dil kullanılmaktadır. Anayasal ifadelerdeki benzerlik, yazılı anayasaların farklı özelliklerinin aktarımını kısmen kolaylaştırmaktadır.

İdare hukuku sistemlerinin sembolik değerden yoksun olduğuna ilişkin çok şey söylenebilir. Bazı yazarlar, idarenin idari usul vasıtasıyla aktarıcı olduğundan bahsederler. Ancak idare hukuku sistemlerine atfedilen sembolik önemin derecesinin anayasa hukukundakine benzediğini iddia etmek zordur. Yazılı anayasalar büyük mücadelelere ve yüksek menfaatlere dayalı meseleleri düzenlediklerinden ülke tarihlerindeki büyük bağlantı noktalarına işaret etmektedir.

17 1997 Anayasası, Tayland idare hukuku için önemli sonuçları olan ilgili idari yargı düzenini kurarak, bu gelişmelere cevap vermiştir. Bu durum, söz konusu kuralın bir istisnasını teşkil etmektedir. Leyland 2008.

18 Brewer-Carias 2008.

II.YAZILI ANAYASALAR VE İDARİ DEVLET

Bu kısımda, idare hukukunun anayasada ele alınış biçimi incelenecektir. Anayasaların temel fonksiyonlarından biri idarenin kuruluşunu düzenlemek iken, genel olarak yazılı anayasalar idari devlet konusunda görece çok az şey söylemeye meyillidir. Anayasada yasama ve yürütme erkinin faaliyet alanı ve oluşumuna ilişkin detaylı düzenlemeler yer alırken, alt siyasal kurumlar (*sub-political institutions*) devamlı olarak veya bütün yönleriyle düzenlenmemektedir. Yazılı anayasalar idarenin düzenlenmesine ilişkin ayrıntılı kurallardan ziyade, idarecilerin işlemlerinin demokratik meşruiyetinin ve hesap verilebilirliğinin sağlanmasına yönelik ilkelere yoğunlaşma eğilimindedir. Bir diğer deyişle, anayasalar idarenin işlemleriyle değil, idarenin yapısıyla ilgilenmektedir.

Münferit yüzlerce çağdaş ve anayasal metinler araştırıldığında, bunlardan yalnızca bir avuç dolusu kadarı büroksiden bahsetmekte ve sıklıkla bürokrasiyi karakteristik bir tamlama (*epithet*) olarak kullanmaktadır.¹⁹ İdarenin kanuni sınırları bakımından ise, *due processe* ilişkin genel mülahazalar bilhassa regülasyon kurumlarına uygulanabilmektedir.²⁰ Ancak 'hukuka uygun, makul ve usulen adil' hukuki muamele talep hakkı ve idarenin red işlemlerinin gerekçelerini talep hakkının anayasallaştığı Güney Afrika Anayasasının 33.maddesi gibi hükümler tamamıyla istisnadır.²¹ Daha geniş şekilde yer alan *due processe* ilişkin genel güvenceler (anayasaların yaklaşık %10'unda yer almakta), çoğu kez cezai muhakeme usulü sınırlamalarıyla karşı karşıya kalmakta ve idarenin yargısal denetimini doğrudan kolaylaştıramayabilmektedir.

Yazılı anayasaların yönetim tekniğindeki (*technology in governance*) gelişmeleri takip etmekte olduğu açıktır. Bu sebeple, bağımsız idari otoritelerin ortaya çıkışı anayasal metinlere yansımıştır: 1789 Amerikan Anayasası tabii ki hiçbir bağımsız idari otoriteden bahsetmezken ('departmanlar'ı dahi çok az zikretmektedir), 1990larda yazılmış ortalama bir anayasa, bu kurumlardan en az üç tanesini içermektedir. Ombudsman, İnsan Hakları Kurumu gibi belli idari müesseseler ise daha da yaygınlaşmıştır: örneğin yürürlükte bulunan anayasaların yaklaşık yüzde yirmisinde Ombudsman Kurumu yer almaktadır. Yüzde ondan daha az anayasada ise, Yolsuzlukla Mücadele Komisyonuna yer verilmektedir. Tarihsel olarak, *idari devletin* denetlenmesine ilişkin en belirgin düzenleyici kurullar, Sayıştay (court of audit) veya bu işlerle ilgilenen kurullar olmuştur. Bu kurullar görece daha fazla görülmektedir: gerçekleştirdiğimiz projede (toplam yediyüz anayasa) bütün anayasal metinlerin yaklaşık yüzde yirmisi, bütçe hesaplarının denetimini gerçekleştirmek amacıyla kurulmuş bir kurum içermektedir.²²

Anayasalarda idari devleti kurmanın diğer bir yolu ise, Kamu Hizmeti Komisyonu veya kariyer ve liyakat ilkelerine uygun istihdamın gerçekleşmesini temin edecek diğer kurumların

19 Örneğin, 1992 Vietnam Anayasası mad.112 (İdari devlette 'bürokrasiyle mücadele için' yürütmenin yetkisi düzenlenmiştir). Bu örnek, Karşılaştırmalı Anayasalar Projesindedir, www.comparativeconstitutionsproject.org.

20 Örneğin, 1966 Dominik Cumhuriyeti Anayasası, Mad.8.2 (Suçta ve cezada kanunilik ilkesi); 1937 İrlanda Anayasası, Mad.38 (Hiç kimse, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.)

21 Ayrıca bknz. 1999 Kenya Taslak Anayasa metni, mad.70.

22 Detaylar için bknz. www.constitutionalmaking.org ve www.comparativeconstitutionsproject.org veya yazarla iletişime geçiniz.

oluşturulmasıdır. Birçok toplumda devlet memurluğu oldukça fazla arzu edilen bir statü olmuştur ve bu statüyü iltimas için kullanılabilme ihtimali daha yüksektir. Liyakat esasına göre kamu görevlilerinin istihdamına yönelik getirilecek güvenceler anayasanın bir işlevidir. Örneğin, erken dönem 1824 yılı Brezilya Anayasası dahi, ‘herkesin kamu hizmetine girme hakkına sahip olduğunu; görevin gerektirdiği niteliklerin aranılacağı’na ilişkin hükmü ihtiva etme gereği duymuştur.²³ Çin Cumhuriyeti kamu sınavlarını gerçekleştirmek üzere *Examination Yuan* adlı bir erk kuracak kadar işi ileriye götürmüştür. Bu kurum bugün hala Tayvan’da da faaliyet göstermektedir ve hukuken yasama ve yürütme erkleriyle eşit bir statüdedir. Kurumun başkanı, başbakana denk bir statüdedir. Çin Cumhuriyeti, aynı zamanda yolsuzlukla mücadele ve bütçe denetimlerini gerçekleştirmek üzere bir *Control Yuan* kurmuştur. Bu yenilikler her ne kadar başka yerde uygulama alanı bulmasa da, bu kurumlara bugün oldukça gereksinim duyulmaktadır.

Son olarak, anayasalar idari yargıyı kurmak dolayısıyla da idare hukukuyla irtibat halindedir. Bu durum her zaman anayasalarda yer almasa da (bizim örneklemimizde yalnızca yaklaşık yüzde ikisinde mevcuttur), Meksika Anayasası’ndan Mongolya Anayasası’na kadar çeşitli ülkelerde görülebilir. Fransız Anayasası dahi, esasen siyasal anayasanın bir ürünü olmayan *Conseil d’Etat*’dan yalnızca arızı olarak bahsetmektedir.

Ancak idari yargının anayasada düzenlenmesinin temelde çok önemli sonuçları bulunmaktadır. Şöyle ki bazı demokrasiye geçiş süreçlerinde gerçek anlamıyla hukuk devletini gerçekleştiren daha yüksek profilli anayasa mahkemeleri değil, idare mahkemeleridir. Hindistan²⁴ ve Tayland²⁵ bu duruma iki örnektir. Her iki durumda da, demokrasiye geçiş sürecinin bir parçası olarak oluşturulmuş bir anayasa mahkemesine, yeni veya son zamanlarda oluşturulan idare mahkemeleri eşlik etmiştir. Yine her iki durumda da, anayasa mahkemeleri yüksek profilli siyasi meselelerde hakemlik yapmak durumunda kalmış ve bu durumda kalan mahkemeye siyasi geri dönüşler menfi olmuştur. Buna karşın, idare hukuku sistemleri devletin daha alt seviyelerinde faaliyet göstermiş ve birçok yerde ilk defa, idarenin gerçek anlamda hukuka uygunluğunu sağlamaya hizmet etmişlerdir. Bu durum, daha düşük profilli idare mahkemelerinin, nasıl yüksek profilli anayasa mahkemelerine kıyasla anayasal değerlerin gelişmesine daha fazla fayda sağladığının bir göstergesidir.

Netice itibariyle yazılı anayasalar idarenin nasıl denetleneceğine ilişkin detaylar içermezler. İdari faaliyetler, idari sisteme yönelik yapısal hükümlerle ve sorumluluk mekanizması, ombudsman ve idare mahkemeleri gibi uzmanlaşmış denetim mekanizmaları ve liyakat esasına göre istihdam edilen kamu görevlileri aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. İdare hukukunun işlev ve ilkelerinden birçoğunun anayasal karakterine karşın, birçok ülkede idare hukukunun işlevini anlayabilmek için yazılı anayasalar pek yardımcı olamamaktadır.

23 ¹¹ 179/14 mad.

24 Bedner 2001.

25 Leyland 2008.

III.YAZILI OLMAYAN ANAYASALARIN BİR UNSURU OLARAK İDARE HUKUKU SİSTEMLERİ

Son yıllarda, akademisyenlerin sözümona yazılı olmayan anayasalara ilgisi yeniden canlanmıştır.²⁶ Kuşkusuz bütün anayasal sistemlerde, uzun süredir anayasal metinlerin dilinin siyasal aktörler ve yargı tarafından değiştirildiği ve yorumlandığı kabul edilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, yüksek mahkeme yargıçları, anayasa yargılama usulünde açık bir düzenleme olmamasına rağmen, 18. yüzyıl müphem metninin detaylarını modern hayata uygun hale getirmek üzere yorumlamaktadır. Daha da kapsamlı bir biçimde, anayasal değişikliklerin anayasa-dışı çözüm yolları kısmen yazılı olmayan anayasal anlaşmaları gerektirmiş veya bunlara dayanmıştır.²⁷

Anayasaların işlevleri, anayasanın kendisinden daha fazla yazılı metinler aracılığıyla hayata geçirilmektedir. Bazı kanunlar, resmi olmasa da uygulamada yerleşik hale gelmiş 'çerçeve-kanunlar' (*super-statutes*) olarak değerlendirilmiştir.²⁸ Çerçeve-kanunlarla ilgili olarak doktrin, bilhassa düzenleme araçlarına dikkat çekmektedir, Sherman Antitrust Kanunu ve 1964 tarihli İnsan Haklar Kanunu gibi, usul kanunları da *de facto* değiştirilemeyen ve esasa ilişkin kapsamı dolayısıyla kriterleri karşılaması amacıyla bu sınıflandırmaya şüphesiz dahildir. İdari Usul Kanunları, önemli düzenlemeleri içeren ve bu düzenlemeleri uygulanır kılmak üzere oluşturulan *meta-regulasyon*lardır. Söz gelimi, Amerikan İdari Usul Yasasını (APA), anayasa statüsünde yer almayan ancak anayasal etkisi bulunan bir norm saymamak mümkün müdür? Bütün bunlar değerlendirildiğinde karşımıza çıkan sonuç belki de şudur: anayasalcılığa vücut veren yasal enstrumanlar araştırılırken bakış açımızı daha geniş tutmaya ihtiyaç vardır.

Yazılı olmayan anayasalara yöneltilen temel eleştirinin, dayanak sorunu olması şaşırtıcı değildir.²⁹ Bir hükmün anayasal olup olmadığını tespit ederken açık bir hüküm bulunmaması, yazılı olmayan anayasanın sınırlarını belirsiz hale getirir. Ancak bu bölümün başında yer alan tartışmanın anayasal sınırlara ilişkin kriterin artikülasyonuna yardımcı olması imkan dahilinde görülebilir. Anayasalar, gördüğümüz üzere devlet ve birey arasındaki ilişkiyi düzenlemeye odaklanmıştır ve görece dayanıklı oldukları farz edilir. Anayasa dışında yazılı olmayan anayasal hükümlerin neler olabileceği üzerine düşünüldüğünde, daha dayanıklı olan ve devlet ve toplum ilişkisini düzenleme iddiasında olan hükümlerin bu tanım içerisinde yer alması gerektiği açıktır.

O halde idare hukuku sistemlerini, temelinde anayasal karakter taşıyormuş gibi ele almanın normatif sonuçları nelerdir? Birincisi, her zaman en önemli mesele olmasa bile böylesi bir anayasal gerçekçilik, anayasal değerlerle çokça karşı karşıya gelinen alanlara odaklanmamıza

26 Grey 1978, Ackerman 2007, Young 2008, Tribe 2008.

27 Ackerman 1993, Munro 1928, Tiedeman 1890

28 Eskridge ve Ferejohn 2005.

29 Yazar burada, modern pozitivist hukukçu olan Hart'ın 'the rule of recognition' tartışmasına atıf yapmaktadır. Bu tartışma, yasama tarafından usulüne uygun olarak çıkartılmış bir metne dayanmayan bir düzenlemenin, hukuk kuralı olarak nasıl kabul edilebileceğine yönelik eleştirileri/görüşleri içermektedir. Detaylı bilgi için bkz. H.L.A. Hart, **Concept of Law**, Clarendon Law Series 1961 (Ç.n.)

yardımcı olur. Sürücü ehliyetleri veya yapı ruhsatiyesi gibi rutin meseleler, her zaman çok büyük sembolik ağırlığa sahip olmasalar bile, anayasa metnindeki yüce ilkelere kıyasen daha fazla insanın hayatında farklılık oluşturmaktadır. İkinci olarak, devlet ve vatandaşların mikro seviyedeki etkileşimlere odaklanması, şimdiye dek hukukun üstünlüğünün merkezi aktörler tarafından idame ettirildiği inancıyla anayasa mahkemelerinde toplanması istenen dikkati de dağıtmaktadır. Anayasa mahkemeleri, tabiatları gereği münhasır ve yüksek yargı yeri olmaları hasebiyle devleti sınırlandırma görevleri, sıkça yüksek profilli siyasete bulaştırılarak baltalanmaktadır. İdare mahkemeleri ise bu tür durumlarda birçok açıdan daha önemli hale gelmektedir. Netice itibariyle böylesi bir yaklaşım, karşılaştırmalı idare hukuku disiplininin önemini altını çizmeye yardımcı olmaktadır. Her ne kadar bu alan yeni doğmuş olsa da söz konusu alanda yayınlanmış birçok makale bu disiplinin zengin imkanlarına dikkat çekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACKERMAN, Bruce. (1993), *We The People*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- ACKERMAN, Bruce. (2007), 'The Living Constitution', *Harvard Law Review*, 120: 1737–812.
- AHDIEH, Robert B. (Forthcoming.) 'The New Regulation: From Command to Coordination in the Modern Administrative State', manuscript.
- BARROS, Robert. (2002), *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, New York: Cambridge University Press.
- BEDNER, Adriaan. (2001), *Administrative Courts in Indonesia: A Socio-legal Study*, Boston: Kluwer Law International.
- BOLI, John. (1987), 'Human Rights or State Expansion? Cross-national Definitions of Constitutional Rights, 1870–1970', in George Thomas et al., eds., *Institutional Structure: Constituting State, Society, and the Individual*, Beverley Hills, CA: Sage Publications.
- BOLI-BENNETT, John and John W. Meyer. (1978). 'The Ideology of Childhood and the State', *American Sociological Review*, 43: 797–812.
- BOLI-BENNETT, John and John W. Meyer. (1980). 'Constitutions as Ideology', *American Sociological Review*, 45: 525–27.
- BRESLIN, Beau. (2009). *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality*, Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press.
- BREWER-CARÍAS, Alain. (2008). *The Constitutional Protection of Human Rights in Latin America: A Comparative Study of Amparo Proceedings*, New York: Cambridge University Press.
- BROWN, Nathan. (2008). 'Reason Interest Rationality and Passion in Constitution Drafting', *Perspectives on Politics*, 6: 675–89.
- BROWN, Neville L. and John S. Bell. (1998). *French Administrative Law*, 5th edition, New York: Oxford University Press.
- CARNWORTH, Robert. (2009). 'Tribunal Justice: A New Start', *Public Law*, 2009: 48–69, at http://www.chba.org.uk/library/seminar_notes/?a=75725.
- ELKINS, Zachary and Tom Ginsburg. (2009). 'Constitutional Convergence in Human Rights', manuscript. Elkins, Zachary, Tom Ginsburg and James Melton (2009). *The Endurance of National Constitutions*, New York: Cambridge University Press.

- ESKRIDGE, William and John Ferejohn. (2005). 'Super-statutes', *Duke Law Journal*, 50: 1215–75.
- GO, Julian. (2003). 'A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945–2000', *International Sociology*, 18: 71–95.
- GREY, Thomas C. (1978), 'Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought', *Stanford Law Review*, 30: 843–93.
- HALEY, John. (1991), *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*, New York: Oxford University Press. JACKSON, Vicki C. (2009), *Constitutional Cosmology and Transnational Engagements*, New York: Oxford University Press.
- LEYLAND, Peter. (2008), 'The Emergence of Administrative Justice in Thailand under the 1997 Constitution', in Tom GINSBURG and Albert Y.C. Chen, eds., *Judicialization and Governance in Asia*, London: Routledge.
- LINDSETH, Peter. (2005), "Always Embedded" Administration: The Historical Evolution of Administrative Justice as an Aspect of Modern Governance', in Christian Joerges, Bo Strath and Peter Wagner, eds., *The Political Construction of Modern Capitalism*, London: GlassHouse Press.
- Lollini, Andrea and Francesco Palermo. (2009). 'Comparative Law and the "Proceduralization" of Constitution – building Processes', in Julia Raue and Patrick Sutter, eds., *Facets and Practices of State-Building*, Boston: Martinus Nijhoff, 301–26.
- MUNRO, William Bennett. (1928). *Makers of the Unwritten Constitution*, New York: Macmillan.
- Schwarze, Jürgen. (2004), 'Enlargement, The European Constitution, and Administrative Law', *International and Comparative Law Quarterly*, 53: 969–84.
- SINGH, Mahendra P. (2001), *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 2nd edition, New York: Springer.
- TIEDEMAN, Christopher. (1890), *The Unwritten Constitution of the United States*, New York: G.P. Putnam and Sons.
- TRIBE, Laurence. (2008), *The Invisible Constitution*, New York: Oxford University Press.
- WILLIAMS, David. (1994), 'Law and Administrative Discretion', *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2: 191–211.
- YOUNG, Ernest A. (2008), 'The Constitution Outside the Constitution', *Yale Law Journal*, 117: 100.