

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

Cilt XXIII, Temmuz 2019, Sayı 3

Vol. XXIII, July 2019, No. 3

Ankara 2019

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief**

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

Editörler*: Editors :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Dr. Öğr. Üyesi M. Çelebi CAN Asst. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Res. Assist. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45

Basım Tarihi: Ağustos 2019

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 72 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamıdır. C. I-XXI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanmış olup C. XXII ve devamı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanacaktır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN İLKELERİ**

1. (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir. Ayrıca Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği

ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.

AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.

AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

web: <http://hukuk.ahbv.edu.tr/>

e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com -
hukukdergi@gazi.edu.tr

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-HFD) is published four times per year as a “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBİM. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has started to be applied. Also a DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. The main language of the Journal is Turkish; however articles in English, German or French are also published.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.
7. Names of the authors, their institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “Article ID” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand corrections, the

author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers' wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Example: AYHAN, Rıza: **Ticari İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, "Title of the Article", **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

If the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Example: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number.

Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.

AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.

AYHAN, Tasarruf, p. 33.

Contact Information: Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını)
Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 20 72

Fax: +90 312 215 01 69

web: <http://hukuk.hacibayram.edu.tr/>

e-mail: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com,
hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXIII

Temmuz 2019

Sayı 3

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi Fatih BİLGİLİ / M. Fatih CENGİL.....	3-24
Tek Kişilik Şirketlerin Uygulamaya Yansımaları Özge AYAN.....	25-52
Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı Serkan AYAN.....	53-96
İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağıın İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi Taner Emre YARDIMCI.....	97-128
Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Zeynep BAHADIR.....	129-160
Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi Esra KAŞAK.....	161-194
Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması (TBK m. 23) Fahri Erdem KAŞAK.....	195-222

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Roma Hukukunda Şartın Özel Bir Görünümü: Gladyatör
Müsabakalarına Bağlanan Hukuki Sonuç
Duygu TAHAN ORHAN.....223-238

Televizyon Program Formatlarının ve Televizyon
Programlarının Telif Hukuku Kapsamında Korunması
Sefa ER.....239-262

KAMU HUKUKU

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve
Engellilere Yönelik Düzenlemeler
N. Münici ÇAKMAK.....265-284

Hukuk Klinikleri: Beklentiler, Uygulamalar ve
KKTC Hukuk Fakülteleri Açısından Olanaklar
Duygu HATİPOĞLU AYDIN.....285-310

Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Engelli Bireylerin Haklarına
İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları
Ayşe ÖZKAN DUVAN.....311-350

Elektrik Piyasası Mevzuatı Bağlamında Abonelik Sözleşmeleri
Yönetmeliği'ne İlişkin Bir Değerlendirme
Hacı Yusuf ÇINAR.....351-368

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXIII

July 2019

Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>Bringing Cryptocurrencies as Capital to Commercial Companies Specific to Bitcoin</i> Fatih BİLGİLİ / M. Fatih CENGİL	3-24
<i>Reflections of Single Companies on Application</i> Özge AYAN	25-52
<i>Buyer's Right of Withdrawal on Prepaid House Sales Contracts</i> Serkan AYAN	53-96
<i>Claim of Bitcoin with Compulsory Enforcement Proceeding and Attachment of Debtor's Bitcoin</i> Taner Emre YARDIMCI	97-128
<i>Procedures for The Initiation of Enforcement Proceedings over Monetary Claims Arising from Subscription Agreements</i> Zeynep BAHADIR	129-160
<i>Whether Personal Causes Taken into Consideration as Good Cause for Termination in Joint Stock Companies in Terms of Judge's Power of Discretion</i> Esra KAŞAK	161-194
<i>Interpretation of General Terms and Conditions (Art. 23 TCO)</i> Fahri Erdem KAŞAK	195-222

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

<i>A Specific Form of Conditio under Roman Law: The Legal Result Attached to the Gladiatorial Combats</i>	
Duygu TAHAN ORHAN	223-238
<i>Protection of Tv Program Formats and Tv Programs in the Scope of Copyright Law</i>	
Sefa ER	239-262

PUBLIC LAW

<i>Presidential Government System and the Regulations about Disableds</i>	
N. Münci ÇAKMAK	265-284
<i>Legal Clinics: Expectations, Practices and Potentials for TRNC Law Faculties</i>	
Duygu HATİPOĞLU AYDIN	285-310
<i>European Court of Human Rights Decisions on the Rights of Disabled Persons in the Context of Non-Discrimination</i>	
Ayşe ÖZKAN DUVAN	311-350
<i>An Assessment on Subscription Contracts Regulation in the Context of Electricity Market Legislation</i>	
Hacı Yusuf ÇINAR	351-368

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

BITCOIN ÖZELİNDE KRİPTO PARALARIN TİCARET ŞİRKETLERİNE SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ

Fatih BİLGİLİ*
M. Fatih CENGİL**

ÖZ

Blockchain sistemi blokların birbirine zincir gibi bağlandığı bir dağıtık veri tabanıdır. Bu sistemde merkezi bir sunucu bulunmamaktadır. Sistemdeki işlemler eşler arası aracısız bir şekilde gerçekleşmektedir. Blockchain'in işlevleri arasında kripto paraların işleyişi de bulunmaktadır. Kripto para kavramı Bitcoin, Altcoin ve Tokenları kapsamaktadır. Blockchain temelinde işleyen Bitcoin ilk ve en popüler kripto para konumundadır.

Şu an için dünya genelinde iki binin üzerinde kripto para bulunmaktadır. Bunların toplam piyasa değeri şu an için 280 milyar dolar civarındadır. Kripto paraların ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesiyle ekonomi çarkının içine etkin bir şekilde dâhil edilmesi oldukça önem arz etmektedir. Çalışmamızda Bitcoin'in ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilip getirilemeyeceği tespit edildikten sonra bunların sermaye niteliğine ve ticaret şirketlerine sermaye olarak konulması usulüne değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bitcoin, Blockchain, Kripto Para, Sermaye, Ticaret Şirketi.

BRINGING CRYPTOCURRENCIES AS CAPITAL TO COMMERCIAL COMPANIES SPECIFIC TO BITCOIN

ABSTRACT

The Blockchain system is a distributed database in which blocks are linked together like chains. There is no central server in this system. The transactions in the system are carried out in a peer-to-peer manner without any mesne. Blockchain's functions include the operation of cryptocurrencies. Cryptocurrency concept covers. Bitcoin, Altcoin and Tokens. Bitcoin, which is running on the basis of Blockchain, is the first and most popular cryptocurrency.

* **Prof. Dr.**, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı **e-posta:** fatih.bilgili@gmail.com.

** **Arş. Gör.**, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Ticaret Hukuku Anabilim Dalı **e-posta:** m.fatihcengil@gmail.com.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609020

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/06/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/07/2019

There are currently two a thousand cryptocurrencies around the world. Their total market value is currently around \$ 280 billion. It is very important that the cryptocurrency is brought into the economic wheel effectively by bringing it to the commercial companies as capital. In this study, after the determining whether Bitcoin can be brought to the commercial companies as capital or not, the nature of capital and the procedure of investing these as capital to commercial companies are discussed.

Key Words: *Bitcoin, Blockchain, Cryptocurrency, Capital, Commercial Company,*

GİRİŞ

Kripto para kavramı, Bitcoin, Altcoin ve Tokenları kapsamaktadır. Kripto para, şifreleme yönteminin kullanıldığı işlevleri sayesinde ekonomik bir değer ifade eden bir dijital veridir. Blockchain sisteminde işleyen Bitcoin ilk ve en popüler kripto konumundadır. Blockchain; merkezi bir otoritenin bulunmadığı, işlemlerin eşler arası gerçekleştiği ve blokların birbirine zincir gibi bağlandığı bir dağıtık veri tabanıdır. Yapılan işlemler bloklara kaydedilmekte ve şifrelenmiş hâlde de olsa sistemdeki tüm kullanıcılar tarafından görülebilmektedir.

Kripto paralar farklı işleyiş sistemine ve işlevlere sahip olabilmektedir. Kendi Blockchain'ini kullanan kripto paralar Coin olarak adlandırılırken, başka bir Coin'in Blockchain'ini kullanan kripto paralara ise Token denilmektedir. Bu nedenle kripto paralara ilişkin hukuki yorum yapılırken meselenin özelliğine göre tüm kripto paraları kapsayacak şekilde yorum yapmaktan kaçınılmalıdır. Yorumlar kripto paraların Blockchain sistemi, işlevleri, piyasadaki karşılığı ve durumu dikkate alınarak yapılmalıdır. Bu nedenle çalışmamızda bazı yorumlar Bitcoin özelinde bazı yorumlar ise tüm kripto paraları kapsayacak şekilde yapılmaktadır.

Şu an için dünya genelinde binin üzerinde kripto para bulunmaktadır. Bunların toplam piyasa değeri 280 milyar dolar civarındadır. Kripto paraların ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesiyle ekonomi çarkının içine etkin bir şekilde dâhil edilmesi oldukça önem arz etmektedir. Çalışmamızda Bitcoin ve işlediği Blockchain sistemi ile ilgili teknik bilgiler verildikten sonra Bitcoin özelinde kripto paraların ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilip getirilemeyeceği tespit edilmekte ve bunların sermaye niteliği ve ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilme usulü değerlendirilmektedir.

I. KONU ÖZELİNDE BITCOIN'E İLİŞKİN TEKNİK BİLGİLER

Blockchain, blokların birbirine zincir gibi bağlandığı bir dağıtık veri tabanıdır¹. Bu sistemde merkezi bir sunucu (otorite) bulunmamaktadır². İşlemler eşler arası/kullanıcıdan kullanıcıya/uçtan uca (*Peer to Peer*) gerçekleşir. Bloklarda yer alan ve şifrelenmiş hâlde bulunan tüm işlemler bu hâllerıyla ağdaki tüm kullanıcılar tarafından görülebilir. Diğer bir deyişle bu sistemin sahibi (merkez bir sunucusu) bulunmamakta ve tüm bilgiler şifrelenmiş de olsa tüm kullanıcılar tarafından takip edilebilmektedir³. Tüm kullanıcıların gördüğü kayıtlar birbirlerinin aynıdır. Bu sistemde herhangi bir kurumun onayı alınmaksızın sınırlar ötesi para transferi işlemi anonim olarak gerçekleştirilebilmekte ve kişiler paralarını buldukları ülkenin imkânları dâhilinde istedikleri yerde kullanabilmektedirler⁴.

Bitcoin, Blockchain teknolojisinde işleyen bir kripto paradır. Bitcoin, Blockchain teknolojisi sayesinde tarafların ihtiyaçlarını karşıladığı için kendisine değer atfedilen ve dolayısıyla parasal bir değere karşılık gelen dijital veridir. Tarafların bu sisteme olan güveni ve bu sistemin tarafların ihtiyaçlarını karşılama düzeyi Bitcoin'in değeri bakımından önem arz etmektedir.

Bitcoin'i ihraç eden bir devlet ya da merkez bankası bulunmamaktadır⁵. Bitcoin'in arzı madencilik faaliyetleri ile sağlanır⁶. Madencilik, özel makineler marifetiyle blok oluşturmak için zor problemlerin (blok başlığının Hash'inin hesaplanması) çözülmesi suretiyle kripto paranın üretilmesi olarak ifade edilebilir⁷. Bu faaliyet neticesinde Bitcoin ödül olarak sistem tarafından madencilere verilir. İşte kişiler madencilik faaliyeti ya da Bitcoin transferi yoluyla kendi Bitcoinlerini edinebilirler ve bunları şahsi kripto para cüzdanlarında tutabilirler.

¹ VERMA/GARG, s. 429; TOMRUKÇU, s. 829; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 3; BİLGİLİ/CENGİL, İspat Aracı, s. 2.

² VERMA/GARG, s. 429; SINGHAL/DHAMEJA/PANDA, s. 154; TOMRUKÇU, s. 829; BİLGİLİ/CENGİL, İcra ve İflas, s. 100.

³ TANDULWADIKAR, s. 3; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 4; BİLGİLİ/CENGİL, İcra ve İflas, s. 100; BİLGİLİ/CENGİL, İspat Aracı, s. 3.

⁴ TOPALOĞLU, s. 79; BİLGİLİ/CENGİL, İcra ve İflas, s. 101.

⁵ BONAIUTI, s. 36; GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 31; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 5.

⁶ TOPALOĞLU, s. 79; BİLGİLİ/CENGİL, İcra ve İflas, s. 101; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 5.

⁷ TOPALOĞLU, s. 79; BİLGİLİ/CENGİL, İcra ve İflas, s. 101; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 5.

Kripto paraların değerlendirilmesi bakımından kripto para işlem platformlarından da (kripto para borsalarından) bahsetmek gerekir. Bu platformlar farklı hizmetler sunabilmektedir. Örneğin, bazı platformlar sadece satış yaparken bazıları ise hem satış hem de alış yapmaktadır. Bazı platformlar ise kripto paralarını satmak isteyen ve kripto para almak isteyen kişileri buluşturmaktadır. İşlem yapılan para birimleri de platformdan platforma farklılık göstermektedir.⁸ Bu platformlarda hesap açılmasıyla birlikte kendiliğinden cüzdan da açılmaktadır⁹. Platform üzerinden elde edilen kripto paralar bu cüzdanlarda bulunmaktadır. Bu cüzdanlardaki özel anahtarın kontrolü ise platformlardadır. İşlem yapmak isteyen kişi yapacağı işlem konusunda açmış olduğu hesabından talimat verir ve işlem özel anahtar vasıtasıyla platform tarafından gerçekleştirilir. Görüldüğü gibi bu platformlarda banka uygulamasına benzer bir uygulama söz konusudur. Kripto para sahipleri, bu platformlar sayesinde kripto paralarını kolay bir şekilde devredip fiat paraya çevirme imkânına da kavuşmaktadırlar.

Blockchain sistemi sayesinde Bitcoin'in transferi üçüncü bir tarafın katılımı olmadan eşler arası gerçekleşmektedir. Böylece transfer işlemi hem kolay hem de uygun maliyetle gerçekleşir. Bitcoin'i transfer edebilmek için bir cüzdana sahip olmak gerekir¹⁰. Cüzdan, kripto paraların saklandığı bir yazılım/uygulamadır. Bitcoin transferlerinde kullanılan özel ve açık anahtarlar cüzdanlar tarafından üretilmekte ve saklanmaktadır¹¹. Öncelikle cüzdandan¹² özel anahtar (*Private Key*) üretilmesi gerekir. Özel anahtar kullanılmasıyla da açık anahtar (*Public Key*) üretilir. Bitcoin bu adreslerde bulunur. Açık anahtar banka IBAN numarası; özel anahtar ise banka hesabına girilen şifre yani hesaptaki paradan tasarruf yetkisi veren şey olarak düşünülebilir. Görüldüğü üzere açık anahtar Blockchain sistemi gereği herkese açık olabilirken; özel anahtar ise sadece Bitcoin üzerinde hak sahibi olan kişi tarafından bilinebilir durumda olmalıdır¹³. Zira Bitcoin üzerindeki tasarruf yetkisi özel anahtar

⁸ NEBİL, s. 77; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 8; BİLGİLİ/CENGİL, İcra ve İflas, s. 101; BİLGİLİ/CENGİL, İspat Aracı, s. 5.

⁹ NEBİL, s. 80; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 8; BİLGİLİ/CENGİL, İcra ve İflas, s. 101; BİLGİLİ/CENGİL, İspat Aracı, s. 5.

¹⁰ NEBİL, s. 78; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 6.

¹¹ GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 87-88; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 6.

¹² Kripto paraları kullanabilmek için bir cüzdana sahip olmak gerekir (NEBİL, s. 78). Cüzdan çeşitleri için bkz. GÜVEN/ŞAHİNÖZ, s. 90.

¹³ BONAIUTI, s. 39; TANDULWADIKAR, s. 3; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 7.

kimdeyse ona aittir¹⁴. Bir kişiye Bitcoin yollanırken öncelikle o kişinin açık anahtarı istenir. Açık anahtar sayı ve harflerden oluşmaktadır. Bitcoin'in transfer edilebilmesi için diğer kişiye ait olan açık anahtar yazılır ve özel anahtar kullanılıp dijital imza¹⁵ (*Digital Signature*) ile işlem onaylanır¹⁶. Bitcoin'in gönderildiği adrese ilişkin özel anahtara sahip olan kişi, Bitcoin üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Öte yandan yukarıda ifade edildiği üzere kripto para borsalarında bulunan Bitcoinlerin de transferi verilecek talimatla gerçekleştirilir. Uygulamada özel anahtar kripto para borsaları uhdesinde bulunduğundan Blockchain sistemindeki işlemler bu borsalar tarafından yapılmaktadır.

II. BITCOIN'İN SERMAYE OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

Sermaye, şirketin oluşmasına katkı sağlayan ve onu getirenin şirketin bir parçası olmasını sağlayan unsurdur. Sermaye, tür olarak temelde üç gruba ayrılmaktadır: Nakdi sermaye, aynı sermaye, emek ve fikir sermayesi¹⁷. Sermaye para olarak getiriliyorsa nakdi sermayeden söz edilir¹⁸. TTK m. 127/f. 1-a'da öngörülen para, fiat paradır¹⁹.

İlk ve en popüler kripto para olan Bitcoin her geçen gün daha fazla ödeme/değişim aracı olarak kullanılmaktadır. Artık Bitcoin, paraya ait çoğu işleve sahiptir. Gerçekten her geçen gün Bitcoin ile alışveriş imkânı genişlemekte ve bunların fiat paraya kolay bir şekilde çevrilmesi sağlanmaktadır. Kripto paraların TTK m. 127/f. 1-a anlamında fiat para gibi değerlendirilebileceği düşünülebilir.

¹⁴ HALABURDA/SARVARY, s. 110; SINGHAL/DHAMEJA/PANDA, s. 213; TANDULWADIKAR, s. 3; BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 7.

¹⁵ Dijital imza işlemi, mükerrer harcamayı önlemenin yoludur (BONAIUTI, s. 39).

¹⁶ NAKAMOTO, s. 2; SINGHAL/DHAMEJA/PANDA, s. 180-181; CROSBY/NACHIAPPAN/PATTANAYAK/VERMA/KALYANARAMAN, s. 6; DELOITTE, s. 2. Çoklu imza sisteminin geçerli olduğu cüzdanlarda ise birden fazla kişi özel anahtara sahiptir. Bir işlemin gerçekleştirilmesi için bu kişilerin özel anahtarlarıyla işlemi imzalamaları gerekir. Sadece bir kişinin özel anahtarıyla işlemi imzalaması, işlemin gerçekleşmesi için yeterli olmayacaktır. Çoklu imza sisteminin geçerli olduğu cüzdanlar şirketler tarafından tercih edilebilir.

¹⁷ KARAYALÇIN, s. 202; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 55; ÇEKER, s. 160; ÇAĞLAR, s. 36-37.

¹⁸ Kıymetli evrak da nakdi sermaye olarak nitelendirilmektedir (MİMAROĞLU, s. 120; PULAŞLI, C. I, s. 179, N. 51; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 56; ÇEKER, s. 161; ÖZDAMAR, 2015, s. 145). Alacakların sermaye niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre alacaklar nakdi sermaye olarak değerlendirilmelidir (MİMAROĞLU, s. 119; PULAŞLI, C. I, s. 179 N. 51; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 56; ÇEKER, s. 161; ÖZDAMAR, 2015, s. 145). Bir diğer görüşe göre ise alacaklar aynı sermaye niteliğindedir (ARICI, s. 98-99).

¹⁹ Fiat para, yasal bir ödeme aracı olarak kullanılan konvertibl para anlamında kullanılmaktadır.

Ancak bunun için kripto paraların kur değişimindeki dalgalanmaların fazla olmaması ve bunların belirli bir kur değerinin oluşması önem taşımaktadır. Binin üzerinde kripto para bulunduğu için değerlendirmenin her bir kripto para özelinde yapılması yerinde olacaktır. Bitcoin'in kullanımı oldukça yaygın olduğu için son zamanlarda kur değişkenliği daha kabul edilebilir düzeydedir. Buna karşın mevcut durumda kripto paraların şirketlere nakdi sermaye olarak getirilmesi mümkün görünmemektedir. TTK m. 127/f. 1-a'daki düzenleme fiat paralara ilişkindir. Ayrıca nakit ödeme, yetkili bir bankanın blokeli hesabına yapılmak zorundadır. Şu an için bu hesaplara kripto paralar ile nakit ödeme yapılamadığından teknik olarak kripto paralar ile şirketlere nakdi sermaye getirilmesi mümkün değildir. Gelecekte kripto paraların kur değişkenliği sorununun çözülmesi suretiyle fiat paralar ile aynı muameleye tabi tutulacak nitelikte olması ve bankaların kripto paralar ile belirtilen ödemeyi kabul etmesi hâlinde kripto paraların şirketlere nakdi sermaye olarak getirilmesinden söz edilebilecektir. İsviçre hukukunda kripto paraların aynı sermaye olarak getirilebileceği ifade edilmektedir²⁰. Kanaatimizce de yukarıda bahsedilen durumlar ve teknik nedenlerle kripto paraların şu an için aynı sermaye olarak değerlendirilmesi gerekir. Burada TTK'nın aynı sermaye hükümleri her bir ticaret şirketi özelinde uygulanmalıdır.

Son olarak şüphesiz ki kripto paraların kolay ve uygun masraflarla paraya çevrilebilmesi nedeniyle bunların fiat paralara çevrilip nakdi sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Ancak bir yatırım aracı olarak da görülen kripto paraların şirketlere doğrudan aynı sermaye olarak getirilmesi de tercih edilebilir.

III. BITCOIN'İN SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek değerler TTK m. 127/f. 1'de²¹ gösterilmiştir. Hükümde

²⁰ MÜLLER/STOLTZ/KALLENBACH, s. 1321 vd.. İsviçre Zug Kantonu Ticaret Sicili kripto paraların şirketlere aynı sermaye olarak getirilebileceğine izin vermektedir. Ayrıca Zug şehri dünya genelinde Bitcoin'i ödeme aracı olarak kabul eden ilk devlet makamıdır. 1 Temmuz 2016'dan itibaren 200 İsviçre Fransı'na kadar olan ikametgah gider harçları Bitcoin ile ödenebilmektedir (<https://www.zg.ch/behoerden/volkswirtschaftsdirektion/handelsregisteramt/aktuell/bitcoin-als-sacheinlage>).

²¹ TTK m. 127/f. 1:

“ Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak;
a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar,

bu değerlere ilişkin sayım sınırlayıcı (*numerus clausus*) değil örnek kabilindedir²². Kural olarak ifade edilebilir ki, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, ekonomik değeri bulunan ve başkasına devredilebilir olan her şey ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilir²³. Gerçekten bu, TTK m. 127/f. 1-j’de bir pozitif hukuk kuralı olarak düzenlenmiştir. Sermaye olarak getirilebilecek değerler bakımından komandit şirketlerde TTK m. 307/f. 2, anonim şirketlerde TTK m. 342/f. 1 ve limited şirketlerde TTK m. 581/f. 1 hükümleri dikkate alınmalıdır.

B. Kollektif ve Komandit Şirketlerde

Kollektif şirketler bakımından Kanunda bu hususta özel bir sınırlama ve şart öngörülmediğinden yukarıda belirtilen kural geçerlidir. Komandit şirketlerde komandite ve komanditer olmak üzere iki tür ortak bulunmaktadır. Komandite ortağın getirebileceği sermaye kollektif şirket ortağının getirebileceği sermayeden farksızdır. Zira komandite ortak bakımından TTK m. 127/f. 1’den ayrılan bir düzenleme Kanunda öngörülmemiştir. Komanditer ortak bakımından ise TTK m. 307/f. 2’nin dikkate alınması gerekir. Bu hükme göre komanditer ortak, kişisel emek ve ticari itibarını şirkete sermaye olarak getiremez. Şüphesiz ki Bitcoin (ve diğer kripto paralar) kişisel emek ve ticari itibar kapsamında değerlendirilmeyeceğinden ekonomik değer taşıyan ve devredilebilen bir değer olan kripto paraların kollektif ve komandit şirketlere sermaye olarak getirilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁴.

-
- b) Fikri mülkiyet hakları,
 - c) Taşınır ve her çeşit taşınmaz,
 - d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları,
 - e) Kişisel emek,
 - f) Ticari itibar,
 - g) Ticari işletmeler,
 - h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler,
 - i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar,
 - j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer, konabilir.”

²² KENDİGELEN, s. 124; BAHTİYAR, 2019, s. 53; MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 344; ŞENER, s. 111; KARAMAN COŞGUN, s. 334; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 175.

²³ BAHTİYAR, 2019, s. 54.

²⁴ Bu görüş, adi şirketler bakımından da geçerlidir.

C. Anonim ve Limited Şirketlerde

Anonim şirketlerde “ayni sermaye konulabilecek malvarlığı unsurları” kenar başlıklı TTK m. 342/f. 1 uyarınca, “*üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları ayni sermaye olarak konulabilir. Hizmet edimleri, kişisel emek, ticari itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar sermaye olamaz.*” Benzer düzenleme TTK m. 581/f. 1’de limited şirketler bakımından öngörülmüştür. Şüphesiz ki kripto paralar hizmet edimleri, kişisel emek ve ticari itibar olarak değerlendirilemez. Ayni sermaye bakımından öngörülen bu şartlar, şirketin sermayesinin korunması suretiyle şirketin sağlıklı bir şekilde kurulmasıyla, şirketin devamlılığının sağlanmasıyla ve dolayısıyla şirketin, şirket ortaklarının ve alacaklıların korunmasıyla ilgilidir.

Kripto paraların ayni sermaye olarak getirilmesinde şu şartlar dikkate alınmalıdır:

1. Olumlu Şartlar: Bir malvarlığı değeri teşkil etme, nakden değerlendirilebilme, devredilebilme.

2. Olumsuz şartlar: Üzerlerinde sınırlı bir ayni hak, haciz ve tedbir bulunmaması.

TTK m. 342/f. 1 ve m. 581/f. 1 uyarınca, bir değer anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilebilmesi için malvarlığı kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir²⁵. Malvarlığı kavramının eşya hukuku değil bilanço hukuku anlamında ele alınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır²⁶. Bitcoin gerek eşya hukuku gerek bilanço hukuku anlamında malvarlığı olarak değerlendirilebileceğinden bunların anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilmesinde bu şart bakımından bir sorun bulunmamaktadır.

Nakden değerlendirilebilme, getirilen ayni değerlerin ortak ölçü birimine dönüştürülebilir yani parayla/nakden ifade edilebilir olmasıdır²⁷. Bu niteliğe

²⁵ BÜLBÜL, s. 131-132; DAL, s. 374; ASLAN, s. 76; ÇONKAR, s. 45; KORKUT, s. 409. 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde de “*yegâne teminatı teşkil eden sermayenin de maddi unsurlara dayanması lazım geleceği tabiidir*” ifadesiyle bu şarta dikkat çekilmiştir (TOSBİ, s. 28).

²⁶ ÇONKAR, s. 49.

²⁷ ANSAY, s. 33; İMREGÜN, s. 25-26; BÜLBÜL, s. 133; DAL, s. 375; MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 351; ASLAN, s. 77-78; ÇONKAR, s. 55 vd. Ayni

sahiplenmeyen bir değer anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. Sermaye tedarikinin bu şart kapsamında gerçekleştirilmesi şu iki temel amacı bünyesinde barındırır: Şirketin faaliyette bulunabilmesinin ve şirket alacaklılarının tatmini imkânının sağlanması²⁸. Bu şart anlamındaki değerlendirme işlemi işletme bilimi bakış açısıyla yapılmaktadır. Burada hatasız ve kesin bir değerlendirme işlemi aranmamaktadır. Asgari bir belirlilik sağlanacak şekilde yaklaşık olarak yapılması yeterli olmaktadır. Bitcoin (ve diğer kripto paralar) para ile ifade edilebilen değerlerdir. Bunların yabancı paralar gibi ülke parasına karşılık gelen belirli bir kurları bulunmaktadır. Ayrıca bunların kripto para borsalarında satılarak ülke parasına çevrilmesi mümkündür. Dolayısıyla Bitcoin'in (ve diğer kripto paraların) anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilmesinde bu şart bakımından da bir sorun bulunmamaktadır.

Bir değer ticaret şirketine sermaye olarak getirilebilmesi onun devredilebilmesi gerekliliğini de bir şart olarak içermektedir. Sermaye olarak getirilen değer mülkiyetinin şirkete devredilmesi şart değildir²⁹. Önemli olan getirilen değer ifade ettiği "ekonomik menfaatin" şirket tarafından kullanılabilir/yararlanılabilir olmasıdır³⁰. Bu sağlandığı takdirde devredilebilirlik şartı gerçekleşmiş olur. Bir görüşe³¹ göre devredilebilirlik şartının sağlanabilmesi için sermaye olarak getirilen değer şirkete devredilebilmesi yeterlidir. Bir diğer görüşe³² göre ise devredilebilirlik şartının sağlanabilmesi için sermaye olarak getirilen değer şirkete devredilebilmesinin yanı sıra yeniden devredilebilirliği (üçüncü kişilere)/haczedilebilirliği de mümkün olmalıdır.

Bitcoin'in (ve diğer kripto paraların) gerek şirkete devredilebilmesi gerek yeniden devredilebilmesi/haczedilebilmesi mümkündür. Bu nedenle devredilebilirlik bakımından ister birinci görüş ister ikinci görüş benimsensin Bitcoin'in (ve diğer kripto paraların) şirkete sermaye olarak getirilmesinde devredilebilirlik şartı bakımından bir engel bulunmamaktadır.

sermayenin anonim şirkete sermaye olarak getirilmesinde nakden değerlendirilme şartına ek olarak bilançolaştırılabilir/aktifleştirilebilir şartının aranmaması gerektiği yönünde bkz. ÇONKAR, s. 57 vd.

²⁸ SEVİ, s. 134-135; ÇONKAR, s. 73.

²⁹ SEVİ, s. 152 vd.; DAL, s. 375; ASLAN, s. 77; ÇONKAR, s. 75.

³⁰ SEVİ, s. 152 vd.; DAL, s. 375; ASLAN, s. 77; ÇONKAR, s. 75.

³¹ ÇONKAR, s. 81.

³² ARICI, s. 21; SEVİ, s. 135.

TTK m. 342/f. 1 uyarınca üzerlerinde sınırlı ayni hak, haciz ve tedbir bulunan malvarlığı unsurları sermaye şirketlerine ayni sermaye olarak getirilemez³³. Düzenleme sermayenin korunması amacıyla öngörülmüştür³⁴. İlkın Bitcoin üzerinde sınırlı ayni hak, haciz ve tedbir bulunup bulunamayacağına ya da teknik olarak mümkün olup olmadığına değınmek gerekir. Bu değırlendirmeyi yaparken bir ayrıma gidilmelidir. Bitcoin kripto para platformlarından (borsalarından) elde edildiğinde Bitcoin üzerinde tasarruf etmeyi sağlayan özel anahtar bu platformlardadır. Bitcoin sahibinin bu platformlarda hesabı bulunmakta ve işlemlerini bu platformlara verdikleri işlem talimatları ile gerçekleştirilmektedirler. Bu işleyiş, bir banka hesabının işlemlerine benzetilebilir. İşte kripto para borsalarında bulunan Bitcoinler üzerinde sınırlı bir ayni hakkın, haczin ve tedbirin³⁵ bulunması hukuken mümkündür. O hâlde şayet üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunan kripto paralar sermaye şirketlerine sermaye olarak getirilemez. Bitcoin platformlar üzerinden değıl de devir ya da madencilik faaliyeti neticesinde elde edilmişse durum farklılaşmaktadır. Öyle ki bu durumlarda Bitcoin kişinin kendi kripto para cüzdanında durmakta ve Bitcoin üzerinde tasarrufu sağlayan özel anahtar da kişinin uhdesinde bulunmaktadır. Bu Bitcoinleri kullanma yetkisi sadece ilgili özel anahtara sahip olan kişiye aittir. Öte yandan Blockchain tabanlı Bitcoin işleyişinde hesap sahipleri, kural olarak, anonimdir. Yani hesabın kime ait olduğu bilinmemektedir³⁶. Görüldüğü gibi bu ihtimallerde teknik olarak Bitcoin üzerinde sınırlı ayni hak, haciz ve tedbir bulunması mümkün görünmemektedir.

IV. BITCOIN'İN SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ USULÜ

Sermaye koyma taahhüdü TTK hükümlerine uygun olarak hazırlanan şirket sözleşmesiyle yapılır (TTK m. 128/f. 1). Her ortak bu taahhüdüyle şirkete karşı borçlu hâle gelir (TTK m. 128/f. 1). Bu durum sermaye olarak kripto paraların getirilmesinde de aynıdır. Şirketlere sermaye olarak getirilen kripto paralar ayni sermaye olarak değırlendirildiğı için bunların miktarının, karşılık geldiğı Türk Lirası cinsinden değırinin (TTK m. 213/f. 1-e; m. 307;

³³ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. ÇONKAR, s. 88.

³⁴ GEREKÇE TTK m. 342/f. 1.

³⁵ Hükümde geçen "tedbir" ibaresinden neyin kastedildiğı TTK'dan anlaşılmamaktadır. Bu kavramın kapsamına HMK'da yer alan geçici hukuki koruma tedbirleri ile diğer kanunlarda yer alan ihtiyati tedbirler girmektedir (ÇONKAR, s. 106 vd.).

³⁶ Bu sistemde yapılan bütün işlemler geriye doğru takip edilebildiğinden Bitcoin kullanılarak yapılan alışverişler neticesinde hesabın sahibi ortaya çıkabilir.

m. 339/f. 2-e; m. 578) ve bu değere karşılık gelen payların miktarının³⁷ (TTK m. 339/f. 2-e; m. 578) şirket sözleşmesine yazılması gerekir. Kripto paralar nevi borcu niteliğindedir.

Şirketlere sermaye olarak getirilen kripto paraların (aynı sermayenin) karşılık geldiği Türk Lirası değeri tespit edilmelidir. Kollektif ve komandit şirketlerde kripto paraların değeri kurucular/ortaklar tarafından belirlenir (TTK m. 213/f. 1-e; m. 305, 307)³⁸. Anonim ve limited şirketlerde kripto paraların değeri ise şirketin merkezinin bulunacağı/bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişiler tarafından tespit edilir (TTK m. 343, m. 578)³⁹. Atanan bilirkişiler, herkes için en adil ve uygun değerlendirme yöntemini belirleyeceklerdir. Bu kişiler tarafından yazılan değerlendirme raporunda; değerlendirme yönteminin herkes için en adil ve uygun seçim olduğu, kripto paralar karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı tatmin edici ve hesap verme ilkesinin icaplarına uygun olarak açıklanmalıdır (TTK m. 343).

En kısa tanımıyla değerlendirme, para dışında şirkete getirilen sermayenin parasal değerinin tespitidir⁴⁰. Bu tespit, değerlemeye konu olan sermayeye ilişkin objektif ve sübjektif etkenler dikkate alınarak en muhtemel değere ulaşılacak şekilde yapılır⁴¹. Gerek kripto para borsalarında⁴² bulunan kripto paraların gerek kişilerin kendi şahsi cüzdanlarında bulunan kripto paraların değerlerinin tespiti Türkiye’de faaliyet gösteren kripto para borsalarındaki değerlerinin aritmetik ortalaması dikkate alınarak yapılabilir⁴³. Şüphesiz ki bilirkişi farklı bir değerlendirme yöntemi tercih edebilir. Ancak ifade ettiğimiz

³⁷ TTK m. 339/f. 2-e’de yer alan “payların miktarı” ibaresinin “payların ihraç bedelleri toplamı” olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ÇONKAR, s. 376.

³⁸ Kollektif şirketlerde ortakların ikinci dereceden de olsa sınırsız sorumlulukları söz konusu olduğundan belirlemenin ortaklar tarafından yapılması menfaatler dengesi açısından da sakıncalı değildir. Öte yandan değer belirlemenin kurucular/ortaklar tarafından yapılması adi ortaklık için de geçerlidir.

³⁹ Değerleme esas sözleşmenin/şirket sözleşmesinin hazırlanmasından önce yapılmalıdır [TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 310, N. 486f; PASLI, s. 181; ŞENER, s. 321; KORKUT, s. 412].

⁴⁰ MANAVGAT (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK), s. 352; SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 19; ÇONKAR, s. 316.

⁴¹ ÇONKAR, s. 319-320.

⁴² Zira kripto para borsalarında bulunan kripto paralar, başka kripto para borsalarındaki hesaplara ya da kişilerin kendi cüzdanlarına aktarılabilmektedir.

⁴³ Kripto paraların aynı andaki kurları kripto para borsalarında farklılık göstermektedir.

şekilde yapılacak belirlenmelerin “en muhtemel değere” ulaşmak için en uygun yöntem olduğu kanısındayız.

Kripto paraların hangi andaki değerinin dikkate alınacağı ise değinilmesi gereken bir başka husustur. Bu an, bilirkişinin göreve başladıktan sonraki zaman diliminde yer almaktadır. Diğer bir deyişle kripto paranın değeri, bilirkişinin göreve başladığı andan sonraki zaman diliminde ulaştığı bir değer olacaktır. Bilirkişi değerlemeyi kolay bir şekilde yapabileceği için raporunu hızlı bir şekilde sunması yerinde olacaktır. Kurucular ve menfaat sahipleri bilirkişinin raporuna itiraz edebilir (TTK m. 343). Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesinlik kazanır (TTK m. 343).

Kural olarak, aynı sermayenin değeri bilirkişinin raporu doğrultusunda şirket sözleşmesine geçirilmelidir (TTK m. 128/f. 2)⁴⁴. Özellikle vurgulanmalıdır ki kesinleşen bilirkişi raporundaki değer aşılacak şekilde şirket sözleşmesine bir değer yazılması mümkün değildir⁴⁵. Bununla birlikte bir görüşe göre; bilirkişinin belirlediği değerden daha düşük bir değer yazılmasını gerektiren bir durum ortaya çıkmışsa ya da bilirkişi raporunda aşırı değerlendirilmişse ve bu durum ihtiyatlılık ilkesi (TTK m. 78/f. 1-d) kapsamında ise bilirkişi raporunda yer alan değerden daha düşük olan bir değer şirket sözleşmesine yazılabilir⁴⁶. Bu, kripto paraların aynı sermaye olarak getirilmesinde de önem arz etmektedir.

Bitcoin ve işlediği Blockchain sistemine bakıldığında Bitcoin eşya hukuku anlamında eşya olarak nitelendirilmese de MK'nın taşınır eşyaya ilişkin hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde Bitcoin'e uygulanabileceği söylenebilir⁴⁷. Bitcoin parayla ifade edilebilen ve paraya çevrilebilen bir değerdir. Bitcoin'in ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak getirilmesinde taşınırlara ilişkin TTK hükümleri uygulanmalıdır. O hâlde Bitcoin güvenilir bir kişiye tevdi edildiği takdirde aynı sermaye olarak kabul olunacaktır (TTK m. 128/f. 2). Tevdi

⁴⁴ TTK m. 128/f. 2 gereğince bilirkişi raporunda gösterilen aynı sermaye değerinin esas sözleşmeye aynen yazılması zorunludur (ÇAĞLAR, s. 42; ASLAN, s. 79; KORKUT, s. 412). TTK m. 128/f. 2 ile aynı sermayeye ilişkin bilirkişi tarafından belirlenen değer aynen şirket sözleşmesine yazılması şartı getirilmiştir (SEVİ, s. 190).

⁴⁵ İMREGÜN, s. 43, 45; BAHTİYAR, 2001, s. 156; ÇONKAR, s. 352; KORKUT, s. 421.

⁴⁶ ÇONKAR, s. 351 vd.; KORKUT, s. 421. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde bilirkişinin belirlediği değerden daha aşağı bir değer şirket sözleşmesine yazılabileceğine ilişkin bkz. İMREGÜN, s. 43, 45.

⁴⁷ Kripto paraların eşya niteliğine ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. BİLGİLİ/CENGİL, Eşya Niteliği, s. 1 vd.

ilişkin hükmün amacı, taahhüt edilen sermayenin şirkete sorunsuz bir şekilde kazandırılmasıdır⁴⁸. Bu da sermayeyi taahhüt eden kişiden menkul malın çıkartılıp güvenilir bir kişiye bırakılmasıyla sağlanmaya çalışılmıştır. Tevdi edilecek güvenilir kişinin kim olduğu hususunda mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁹. Ancak bu kişi hükmün amacını gerçekleştirebilecek nitelikte biri olmalıdır. Kurucu ortakların/idare organını bu kişiyi belirlerken kendilerinden beklenen özeni göstermek suretiyle bu hususu dikkate almaları gerekir⁵⁰. Aksi takdirde hukuki sorumlulukları gündeme gelebilecektir⁵¹. Sermaye olarak taahhüt edilen kripto paranın kişinin kendi şahsi cüzdanında bulunduğu hâllerde, belirtilen nitelikteki herhangi bir kişi güvenilir üçüncü kişi olarak tercih edilebilir. Bu ihtimalde Bitcoin'in bulunduğu cüzdanın özel anahtarının güvenilir kişiye verilmesi⁵² ya da bu kişinin Bitcoin adresine Bitcoinlerin transfer edilmesiyle tevdi işlemi yerine getirilir. Sermaye olarak taahhüt edilen kripto para, kripto para borsasının uhdesinde ise borsaya verilecek talimatla kripto paranın güvenilir üçüncü kişinin adresine geçirilmesi sağlanarak tevdi işlemi yapılır.

Ticaret sicil müdürü, TTK m. 32/f. 1 uyarınca, kripto paraların güvenilir bir kişiye tevdi edilip edilmediğini incelemekle yükümlüdür⁵³. Blockchain sisteminde transfer işleminin gerçekleştiği adresler (açık anahtarlar) sistemdeki herkes tarafından görülebildiğinden ticaret sicil müdürü bu sisteme girerek tevdi işleminin gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol edebilir.

Ayrıca Bitcoin'in ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak getirilmesinde TTK m. 128/f. 4'ün de dikkate alınması gerekir. Bu hüküm uyarınca "*paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar*

⁴⁸ GEREKÇE TTK m. 128.

⁴⁹ "Güvenilir kişi"nin kim olacağı hususunda açıklamalar için bkz. PULAŞLI, C. I, s. 186-187, N. 67; ÖZDAMAR, 2006, s. 103; KARAMAN COŞGUN, s. 339; ÇONKAR, s. 407 vd.

⁵⁰ ÇONKAR, s. 409. Mevzuatta güvenilir kişinin gösterilmemiş olması herhangi bir kişinin TTK m. 128/f. 2 anlamında "güvenilir kişi" olabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır (BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 58-59).

⁵¹ ÇONKAR, s. 409.

⁵² Bu kişinin de cüzdandan yeni bir özel anahtar üretmesi tavsiye olunur. Zira Bitcoinler üzerinde tasarruf özel anahtar vasıtasıyla yapılır. Yeni bir özel anahtar üretilmemişse Bitcoinleri tevdi eden kişinin de bu özel anahtar vasıtasıyla Bitcoinler üzerinde tasarruf etmesi imkân dâhilindedir.

⁵³ Tevdi işlemi yerine getirilmemişse sicil müdürü şirketi tescil etmeyecektir (GEREKÇE TTK m. 128).

üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir.” O hâlde sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilen ve güvenilir bir kişiye tevdi edilen Bitcoinler, kuruluşta şirketin tüzel kişilik kazanmasıyla; sermaye artırımında ise sermaye artırılması kararının tesciliyle birlikte şirket malvarlığına intikal etmektedir⁵⁴.

Öte yandan sermayenin şirket malvarlığına geçirilmesi ile sermaye koyma borcunun ifa edilmesi farklı kavramlardır. Örneğin, güvenilir bir kişiye tevdi edilen Bitcoinler üzerinde henüz şirket doğrudan zilyetliği/fiili hâkimiyeti elde etmemiş ise şirketin tüzel kişilik kazanması/sermaye artırımının tescili hâlinde Bitcoinler şirket malvarlığına intikal ederken sermaye koyma borcunun ifası henüz yerine getirilmemiştir⁵⁵. Şirketin tüzel kişilik kazanmasından/sermaye artırımının tescilinden sonra şirketi idare etmeye yetkili kişilerce kripto paranın tevdi edildiği kişiye başvurularak kripto paralar üzerinde şirketin doğrudan zilyetliği sağlanır. Bunun/sermaye koyma borcunun ifası için ya Bitcoinlerin bulunduğu cüzdanın özel anahtarı şirkete bırakılacak ya da şirketin Bitcoin adresine Bitcoinler transfer edilecektir. Böylece şirket kripto para üzerinde tasarruf edebilir (TTK m. 128/f. 4). Kripto paralar üzerinde şirketin doğrudan zilyetliğinin sağlanmasına ilişkin başvurunun, şirketin tüzel kişilik kazanmasından/sermaye artırımının tescil edilmesinden sonra en kısa sürede yapılması önem taşımaktadır. Zira kripto paralarda zaman zaman ani kur dalgalanmaları meydana gelmektedir. O hâlde güvenilir kişiye tevdi edilen kripto paraların bu kişide bulunurken çalınması hâlinde sermaye koyma borcu henüz ifa edilmemiş olmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kripto paralarda çoğu kez öngörülemeyen çeşitli sebeplerle ani kur dalgalanmaları söz konusu olabilmektedir. Kripto paraların şirket sözleşmesindeki değeri ile paraya çevrilmesi anındaki değerinin farklılık arz etmesi (özellikle değerlerinin düşmesi) bunların aynı sermaye olarak getirilmesine engel teşkil etmez⁵⁶.

⁵⁴ Olağan sermaye artırımında aynı sermaye getirilmesi hâlinde şirkete aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümlere uyulması gerekir (TTK m. 459/f. 3, m. 460/f. 3, m. 590). Şartlı sermaye artırımında şirkete aynı sermaye getirilemez (TTK m. 468/f. 2). Dolayısıyla mevcut durumda kripto paraların şartlı sermaye artırımında şirkete aynı sermaye olarak konulması mümkün değildir.

⁵⁵ ARSLANLI, s. 64; MOROĞLU, s. 53-54; SEVİ, s. 80-81, 287; ÇONKAR, s. 485 vd. Aksi yönde bkz. AKDAĞ GÜNEY/GÜMÜŞ, s. 21 vd. Taşınırın tevdi edildiği güvenilir kişi şirket organının üyesiye taşınırın bu kişiye tevdi aynı zamanda şirkete tevdi anlamına gelecek ve mülkiyetin geçişi ile sermaye koyma taahhüdünün ifası aynı anda gerçekleşmiş olacaktır (ÇONKAR, s. 488).

⁵⁶ Menkul kıymetlerin sermaye olarak getirilmesi bakımından aynı yönde bkz. ÇONKAR, s. 309-310, dpn. 430.

Son olarak belirtilmelidir ki şirketin kurulmaması, sermaye artırımının gerçekleşmemesi vb. nedenlerle sermaye koyma işlemi gerçekleşmemişse kendisine kripto para tevdi edilen kişi bunları aynı sermaye taahhüdünde bulunan kişiye devretmek durumundadır⁵⁷.

V. SERMAYE OLARAK GETİRİLEN BITCOIN'İN ZAMANINDA İFA EDİLMEMESİ HÂLİNDE TEMERRÜT FAİZİNİN UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI SORUNU

TTK m. 129 uyarınca, “*zamanında ifa edilmeyen sermaye para ise, TTK m. 128 gereğince tazminat hakkına hâlel gelmemek şartıyla, aksine şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede hüküm yoksa, şirketin tescili anından itibaren temerrüt faizi de ödenir.*” Hükme göre zamanında ifa edilmeyen sermaye nakdi sermaye ise temerrüt faizinin ödenmesi gündeme gelir. Kripto paraların, mevcut hukuki durum ve teknik nedenlerle, ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak getirilebileceğini belirtmiştik. Buna karşın kanaatimizce; kripto paraların giderek para/değişim aracı olarak işlem görmesi ve özellikle Bitcoin gibi kripto paraların yüksek sirkülasyon ve likitlik özelliği göstermesi nedeniyle ticaret şirketlerine sermaye olarak taahhüt edilen bu nitelikteki kripto paraların zamanında ifa edilmemesi hâlinde TTK m. 129 hükmü uygulanabilmelidir. Uygulanacak faiz oranı belirlenirken 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun m. 4/a hükmü dikkate alınabilir. Buna göre taraflar sözleşmeyle bir faiz oranı kararlaştırabilirler. Bu yönde bir kararlaştırmanın bulunmadığı hâllerde hâkimin, tarafların menfaat dengesini gözeterek hakkaniyet ilkesi ışığında, Devlet Bankalarının somut olaya en uygun yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranını dikkate alması gerektiği ileri sürülebilir.

VI. BITCOIN'İN SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİNİN ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERDE SERMAYENİN KORUNMASI İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sermaye şirketleri olan anonim ve limited şirketlerde ortakların, kural olarak, şirket borçlarından dolayı alacaklılara karşı sorumluluğu bulunmamaktadır⁵⁸. Alacaklılar alacakları için şirket tüzel kişiliğinin

⁵⁷ AKDAĞ GÜNEY/GÜMÜŞ, s. 25-26.

⁵⁸ Limited şirketlerde kamu borçları bakımından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35 hükmü bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Öte yandan anonim ve limited şirketlerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması da bu durumun bir diğer istisnasıdır.

malvarlığına başvurmak durumundadırlar. Ayrıca şirketin sermayesi şirketin bizzatı kendisi, pay sahipleri ve şirketle menfaat bağı olan herkes bakımından da önem arz etmektedir. Bu nedenle TTK'da sermayenin korunması ilkesi kapsamında değerlendirilecek birçok hüküm yer almaktadır. Değerinde ciddi dalgalanmalar yaşanan bir unsurun anonim ve limited şirketlere sermaye olarak getirilmesinde sermayenin korunması ilkesi dikkate alınmalıdır.

Kripto paraların ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuki olarak herhangi bir sorun bulunmasa da iktisadi açıdan kripto paraların sermaye olarak getirilmesine çekinceli yaklaşılabilir. Zira çeşitli sebeplerle kripto paralarda ani kur dalgalanmaları bazı dönemlerde meydana gelebilmektedir. Bu da şirkete getirilen sermayenin ciddi bir şekilde değer kaybetmesine yola açılabilir. Sermayenin korunması ilkesi, ilke olarak, kripto paraların sermaye olarak getirilmesini engellemese de bu ilkeden yola çıkılarak kripto paraların şirketlere sermaye olarak getirilmesinin şirketin, şirket ortaklarının ve alacaklılarının korunması bakımından üzerinde düşünülmesi gereken bir konu olduğu açıktır.

Ticaret şirketlerinin kurulması için kurucuların tamamının şirketin kurulması yönünde iradelerinin uyuşması gerekir. Bu nedenle kurucular, kurulacak şirkete sermaye olarak kripto paraların getirilmesini engelleyebilirler. Sermaye artırımına karar verme yetkisi esas sermaye sisteminde genel kurula ait iken (TTK m. 456/f. 2, m. 621/f. 1-d); kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna aittir (TTK m. 456/f. 2). Sermaye artırımını kararı anonim şirketlerde TTK m. 421/f. 1, 2-a ve 5 hükümleri; limited şirketlerde ise TTK m. 621/f. 1-d hükmüne göre alınır. Bu hükümler uyarınca sermaye artırımında şirkete aynı sermaye olarak kripto paraların getirilmesi engellenebilir.

Esas sermaye sistemini kabul etmiş anonim şirketler en az elli bin TL, kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş halka açık olmayan anonim şirketler en az yüz bin TL (TTK m. 332/f. 1) ve limited şirketler ise en az on bin TL (TTK m. 580) sermayeyle kurulur. Şu an için bir Bitcoin ile (yaklaşık değeri 63.000 TL) esas sermaye sistemini kabul etmiş anonim şirket; 0.2 Bitcoin ile limited şirket kurulabilir. Sermaye olarak getirilen Bitcoin'in değerinin düşmesi şirketin sermayesinin azalmasına sebebiyet verdiği hâllerde TTK m. 376'nın uygulanması gündeme gelebilir.

SONUÇ

Ülkemizde ve dünya genelinde çok sayıda kişi sahip olduğu fiat paraları kripto para ile değiştirmektedir. Kripto paraların ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesiyle ekonomi çarkının içine etkin bir şekilde dâhil edilmesi oldukça önem arz etmektedir. Bir malvarlığı değeri olan kripto paraların ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Ülkemizde kripto paralar henüz fiat para olarak tanınmamıştır. Mevcut hukuki durumda teknik nedenlerle kripto paralar ticaret şirketlerine aynı sermaye olarak getirilebilmektedir. O hâlde ticaret şirketlerine aynı sermaye getirilmesine ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde kripto paralar bakımından uygulanacaktır. Ancak gelecekte gerekli hukuki düzenlemelerin yapılmasıyla bunların nakdi sermaye olarak ticaret şirketlerine getirilmesi niteliklerine daha uygun düşmektedir. Öte yandan her geçen gün kripto paralardaki kur dalgalanmaları azalsa bile belirli dönemlerde çoğu kez çoğu kişi tarafından öngörülemeyen sebeplerle kur dalgalanmaları söz konusu olmaktadır. Bu nedenle sermayenin korunması ilkesi bakış açısıyla kripto paraların ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesine çekinceli yaklaşılabilir.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Taşınırın Anonim Şirkete Esas Sermaye Olarak Getirilmesi”, **Regesta**, C. 3, S. 3, 2013/3, s. 3-30.
- ANSAY, Tuğrul: **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1982.
- ARICI, M. Fatih: **Alacak Hakkının Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taahhüdü**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- ARSLANLI, Halil: **Anonim Şirketler, I Umumi Hükümler**, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- ASLAN, Mehmet: **Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2015.

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Yetkin, Ankara, 2019.

BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019 (2019).

BAHTİYAR, Mehmet: **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001 (2001).

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2013.

BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih, “İcra ve İflas Hukuku Yönüyle Kripto Paralara İlişkin Bazı Meseleler”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Haziran 2019, s. 99-109 (İcra ve İflas).

BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih, “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu”, [https://www.academia.edu/39994839/BITCOIN_%C3%96ZEL% C4%B0NDE_KR% C4%B0PTO_PARALARIN_E% C5%9EYA_N% C4%B0TEL% C4%B0% C4%9E% C4%B0_SORUNU_THE_QUESTION_OF_PROPERTY_QUALIFICATION_OF_CRYPTOCURRENCIES_SPECIFIC_TO_BITCOIN], erişim: 02.08.2019 (Eşya Niteliği)].

BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih, “Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi”, [https://www.academia.edu/40090748/MEDEN% C4%B0_USUL_HUKUKUNDA_% C4%B0SPAT_ARACI_OLARAK_BLOCKCHAIN_TEKNOLOJ% C4%B0S% C4%B0_Prof._Dr._iur._Fatih_B% C4%B0LG% C4%B0L% C4%B0_BLOCKCHAIN_TECHNOLOGY_AS_A_PROOF_IN_CIVIL_PROCEDURE_LAW], erişim: 15.08.2019 (İspat Aracı)].

BONAIUTI, Gianni: “Economic Issues on M-Payments and Bitcoin”, **Bitcoin and Mobile Payments**, London, 2016, s. 27-51.

BÜLBÜL, Fatıma Mine: **Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulabilecek Malvarlığı Unsurları**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

CROSBY, Michael/NACHIAPPAN /PATTANAYAK, Pradhan/VERMA, Sanjeev/ KALYANARAMAN, Vignesh, “Blockchain Technology:

Beyond Bitcoin”, **Sutardja Center for Entrepreneurship & Technology Technical Report**, California, Ekim 2015.

ÇAĞLAR, Hayrettin: “Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi”, **Batider**, Haziran 2010, C. XXVI, S. 2, s. 35-53.

ÇEKER, Mustafa: **Ticaret Hukuku Genel Esaslar**, Karahan Kitabevi, Adana, 2014.

ÇONKAR, M. Halil: **Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

DAL, Seniha: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M. 342’ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması”, **MÜHAD**, C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 371-398.

DELOITTE, “Blockchain Disrupting the Financial Services Industry?”, 2015, (https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ie/Documents/FinancialServices/IE_Cons_Blockchain_1015.pdf erişim: 18.06.2019).

GÜVEN, Vedat/ŞAHİNÖZ, Erkin, **Blokzincir Kripto Paralar Bitcoin**, 3. Baskı, Kronik, İstanbul, Kasım 2018.

HALABURDA Hanna/SARVARY Miklos, **Beyond Bitcoin: The Economics of Digital Currencies**, London, 2016.

İMREGÜN, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, Yenilenmiş 4. Bası, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989.

KARAMAN COŞGUN, Özlem: “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, **MÜHAD**, C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 333-369.

KARAYALÇIN, Yaşar: **Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 1973.

KENDİGELEN, Abuzer: **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KORKUT, Ömer: “Anonim Şirketlerde Ayni Sermayeye Değer Biçilmesi”, **Türk Ticaret Kanunu’nun 5. Yıl Sempozyumu**, Ankara, 2018, s. 407-424.

- MANAVGAT, Çağlar (KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal), **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- MİMAROĞLU, Sait Kemal: **Ticaret Hukuku, İkinci Cilt, İşletme Hukuku Ticaret Ortaklıkları Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.
- MOROĞLU, Erdoğan: “Esas Sermaye Artırımı İçin Eski İştirak Taahhütlerinin Ortaklığa Tamamen Ödenmiş Olması Şartı”, **Makaleler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 49-57.
- MÜLLER, Lukas/STOLTZ, Thomas/KALLENBACH, Tobias A., “Liberierung des Aktienkapitals mittels Kryptowährung, Eignen sich Bitcoins und andere Kryptowährungen zur Kapitalaufbringung?”, **AJP/PJA**, 11/2017, s. 1318-1332.
- NAKAMOTO, Satoshi: **Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System**, 2008, (<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, erişim: 18.06.2019).
- NEBİL, Füsun Sarp: **Bitcoin ve Kripto Paralar**, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÖZDAMAR, Mehmet: “Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taşınmazların Taahhüt Edilmesi” **GaziÜHFD**, C. X, S. 1, 2, 2006 (2006).
- ÖZDAMAR, Mehmet: “6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar”, **TFM**, S. 1, 2015, s. 143-155 (2015).
- PASLI, Ali: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2 – Kısım 4 – Bölüm 1 ‘Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri”, **Batider**, C. XXVIII, S. 2, 2012, s. 141-199.
- PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2018.
- SEVİ, Ali Murat: **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, İzmir 2011.

- SINGHAL, Bikramaditya/DHAMEJA, Gautam/PANDA, Priyansu Sekhar, **Beginning Blockchain**, New York, 2018.
- SİPAHİ, Barış/YANIK, Serhat/AYTÜRK, Yusuf, **Şirket Değerleme Yaklaşımları**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ŞENER, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- TANDULWADIKAR, Akhil: “Blockchain in Banking: A Measured Approach”, **Cognizant Reports**, 2016, (<https://www.cognizant.com/whitepapers/Blockchain-in-Banking-A-Measured-Approach-codex1809.pdf>, erişim: 18.06.2019).
- TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin): **Ortaklıklar Hukuku-I**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- TOMRUKÇU, Tuğçe: “Blockchain Teknolojisi ve Fikri Mülkiyet Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler ve Kolaylıklar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 152, Nisan 2019, s. 827-836.
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Elektronik Ticarete Ödeme Sistemleri: Kredi Kartları, Elektronik Para, Elektronik Çek”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 130, Haziran 2017, s. 70-80.
- TOSBİ, Sadrettin: **Anonim Şirketler**, Ulusal Matbaa, Ankara, 1943.
- VERMA, Atul Kumar/GARG, Arpit, “Blockchain: An Analysis On Next-Generation Internet”, **International Journal of Advanced Research in Computer Science**, Volume 8, No. 8, September-October 2017, s. 429-432.

TEK KİŞİLİK ŞİRKETLERİN UYGULAMAYA YANSIMALARI

Özge AYAN*

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu ile getirilen önemli yeniliklerden biri, tek kişilik şirketlerin kurulmasına olanak sağlanmasıdır.

Tek kişilik şirketlere duyulan ihtiyacı dikkate alan kanun koyucu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile anonim ve limited şirketlerin tek kişi ile kurulabileceğini düzenlenmiştir. Bu Kanun ile tek kişi ile şirket kuruluşunun yanı sıra, aynı tek kişinin yönetim kurulunu oluşturması da mümkün kılınmıştır. Bu düzenlemeler ile başta Avrupa Ekonomik Topluluğunun şirketlere ilişkin 89/667 sayılı Onikinci Yönergesinde de yer alan tek kişi şirketlere ilişkin maddelerine ve bu yapıyı kabul eden yabancı ülke kanunlarına uyum sağlanmıştır.

Tek kişi ile şirket kurulabilme olanağı, kurumsallaşmayı kolaylaştırmakta, şirketin yönetiminde hızlı, karar alma süreci ve kontrolü kolay bir yapı sağlamaktadır.

Çalışmamızda tek kişi şirketlerin işleyişini, bu şirketlerin olumlu ve olumsuz yönlerini ve tek kişilik şirketlerin uygulamaya olan yansımalarını incelemeyi amaçlamaktayız.

Anahtar kelimeler: Tek kişilik şirketler - Tek pay sahipli anonim şirket -Tek ortaklı limited şirket -Tüzel kişilik perdesinin aralanması - 89/667 sayılı Onikinci Yönerge

REFLECTIONS OF SINGLE COMPANIES ON APPLICATION

ABSTRACT

The possibility of establishing a single member company is one of the important innovations brought by the Turkish Commercial Code No. 6102.

Taking into account the need for the establishment of a single-person company, the legislator regulated that joint-stock and limited liability companies could be established with single-member person through the Turkish Commercial Code No. 6102. With this regulation in addition to the establishment of a single member company, it was also possible for the same single person to form the board of directors. With these regulations, primarily the articles of the European Economic Community concerning the companies which are included in the twelfth directive numbered

* **Doç. Dr.**, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksek Okulu Uluslararası Ticaret Bölümü Öğretim Üyesi, **e-posta:** ozgeayan1@gmail.com

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609023

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25/07/2019

89/667 and the laws of the foreign countries that adopted this structure were achieved.

The possibility of establishing a company with single member facilitates institutionalization and provides an easy structure for decision making and control in terms of management of the company. .

We aim to explain the establishment of single-member companies, the positive and negative aspects of these companies and the reflections of this companies on the practice.

Keywords:

Single-Member Companies, Single-Member Joint-Stock Company, Single-Member Limited Companies, Lifting of The Corporate Veil, The twelfth directive numbered 89/667

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun önemli yeniliklerinden biri, tek pay sahipli- tek ortaklı şirketlerin kurulabilmesi imkânı sağlanmasıdır.

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, gerek kişi şirketlerinin gerekse sermaye şirketlerinin tek kişi ile kurulabilmesi mümkün değildi. Kollektif şirket, en az iki gerçek kişi ile kurulabilirken, komandit şirket biri sorumluluğu sınırlandırılmamış gerçek kişi komandite ortak, diğeri tüzel kişi de olabilen sınırlı sorumlu komanditer ortaktan oluşmak zorundaydı. Anonim şirketlerin kuruluşu için en az beş kişinin varlığı gerekliydi. Limited şirketler ise en az iki kişi ile kurulabiliyordu. Koopertaiplerin en az yedi ortaktan oluşması gerekiyordu. Şirketlerin kuruluşu sırasında aranan bu kanuni asgari sayının, şirketin devamı sırasında da korunması gerekiyordu.

Şirket ortaklarına ilişkin bu zorunlu sayı, şirket işleyişinde ve ortaklar arasında bir çok sorunun doğmasına neden oluyordu. Kanuni asgari ortak sayısını sağlamak amacıyla, gerçekte şirket ortağı olmak istemeyen kişiler, şirket ana sözleşmelerinde kurucu ortak olarak yer almak zorunda kalıyorlardı. Yine şirkete emek ve sermayesini getiren kişiler, gerçekte ortak olmak istemedikleri kişilerle ortaklık ilişkisini yürütmek zorunda kalıyorlardı. Zorunlu çok ortaklı yapı, şirkette karar alma sürecini güçleştiriyor, çeşitli yönetim zorlukları ortaya çıkıyordu. Özellikle limited şirketlerde ortakların kamu borçlarından sorumluluğu, gerçekte ortak olmayı hiç düşünmeyen,

akrabalık, işveren- işçi ilişkisi, ticari ilişkiler gibi nedenlerle ortak olmak zorunda kalan kişiler için büyük risk oluşturuyordu. Şirket ortakları arasındaki boşanma, ölüm, miras uyuşmazlıkları gibi kişisel nedenler, şirketin işleyişini ve devamlılığını olumsuz etkiliyordu.

Bu olumsuzluklardan kaçınmak isteyen kişiler gerçek kişi tacir sıfatıyla ticari faaliyette bulunmak zorunda kalıyorlardı. Gerçek kişilerin hayat süreleri ile sınırlı tacir sıfatları, işletme faaliyetlerinin kurumsallaşmasını engelliyordu. Gerçek kişi tacirler tüm malvarlıkları ile ticaret hayatının risklerine katılmak zorunda kalıyorlardı. Ayrıca başta sınırlı sorumluluk ilkesi gibi şirketler hukukunun getirdiği hiçbir avantajdan da yararlanamıyorlardı.

Oysa tek kişi tarafından şirket kurulması imkânı tanınması ile tüm bu olumsuzluklar önlenebiliyordu. Tek kişi şirketin kuruluşunun ve yönetiminin kolaylığı, şirkete ilişkin kararların hızlıca alınıp uygulanabilmesi bu yapıya olan talebi artırıyor.

Tek kişi şirket kuruluşuna olan ihtiyacı dikkate alan kanun koyucu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile anonim ve limited şirketlerin tek kişi ile kurulabileceğini düzenledi. Bu Kanun ile tek kişi ile şirket kuruluşunun yanı sıra, aynı tek kişinin şirketin yönetim kurulunu oluşturması da mümkün kılındı. Bu düzenlemeler ile başta Avrupa Ekonomik Topluluğunun şirketlere ilişkin 89/667 sayılı Onikinci Yönergesinde de yer alan tek kişi şirketlere ilişkin maddelere ve bu yapıyı kabul eden yabancı ülke kanunlarına uyum sağlandı.

Makalemizde tek kişi şirketlere ilişkin yasal düzenlemeler başta olmak üzere, bu şirketlerin olumlu ve olumsuz yönleri incelenecek ve bu şirket yapısının uygulamaya olan yansımaları tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. MEVZUAT

Türk hukukunda tek kişilik şirketlerin kurulabilmesi, ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki düzenlemeler ile mümkün hale gelmiştir¹. Kanunun 338. maddesi ile anonim şirketlerin, 573. maddesi ile de limited şirketlerin tek kişiden oluşabileceği açıkça düzenlenmiştir.

¹ Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde, tek kişinin şirket kurması kabul edilmemiş, ancak Kanunun 434, 435 ve 504/2 maddelerinde anonim ve limited şirketin ortak sayısının sonradan bire düşmesi halinde geçici bir süreliğine tek ortaklı şirketin varlığına izin verilmiştir.

Yeni kanuni düzenlemelere göre, anonim ve limited şirketlerin sadece kuruluş aşamasında değil, kurulduktan sonra pay devri, miras, birleşme gibi nedenlerle tek pay sahibine düşülmesi halinde şirket, tek pay sahibi ile faaliyetlerine devam edebilmektedir.

Pay sahibinin bire düşmesi durumunda bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirim yapılması gerektiği ve yönetim kurulunun bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde şirketin tek pay sahibi şirket haline geldiğini tescil ve ilan ettirmesi gerekmektedir (TTK 338/2, 574/2).

Şirketin gerek tek pay sahipli olarak kurulması, gerekse sonradan tek pay sahipli hale dönüşmesi halinde bu tek pay sahibinin adı soyadı, yerleşim yeri, vatandaşlığı tescil edilmelidir. Bu tescil işleminin yapılması yönetim kurulunun görevidir. Tescil işlemini gerçekleştirmeyen yönetim kurulu, bundan kaynaklanan zarardan sorumlu olur (TTK 338/2, 574/2).

Kanunda sermaye şirketlerinin tek pay sahipli olarak kurulması ve devamı mümkün kılınsa da, şirketin kendi paylarının tamamını kendisinin iktisap ederek tek pay sahibi haline gelmesi yasaklanmıştır² (TTK 338/3, 574/3).

Sermaye şirketleri için getirilen bu olanak, kişi şirketleri olan kolektif ve komandit şirketler ve kooperatifler için öngörülmemiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, şahıs şirketlerinin en az iki gerçek kişiden oluşması gerektiği, ortak sayısının bire düşmesinin şirketin sona erme nedeni olabileceği düzenlenmiştir (TTK 211, 257, 304, 328).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile sermaye şirketleri için getirilen tek kişi gerçek veya tüzel kişi ile şirket kurulabilmesi imkânı, yabancı hukuklar da düzenlenmiştir. Başta Avrupa Birliği mevzuatı olmak üzere Alman, İngiliz ve İsviçre hukuklarında da benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

Tek kişilik şirket kurma imkânı sağlayan 89/667 sayılı Onikinci Ortaklıklar Yönergesi³, Avrupa Birliği mevzuatında önemli bir yer tutmaktadır.

² Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ve koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. AYAN, Kendi Paylarını İktisap, s.185 vd.; TÜRK, s.71 vd.; PULAŞLI, s.591 vd.; AYHAN/ÇAĞ-LAR/ÖZDAMAR, s.325-328.

³ "Twelfth Council Company Law Directive 89/667/EEC of 21 December 1989 on single-member private limited - liability companies" isimli yönerge 21.12.1989 yılında yayınlanmıştır (Official Journal L 395, 30/12/1989 P. 0040 - 0042). Bu yönerge 2009

Bu Yönerge ile anonim ve limited şirketlerin tek kişi ile kurulması ve aynı kişinin yönetim kurulu üyesi olabilmesi kabul edilmiş ve böylece şirketlerde tüm karar alma mekanizmasının tek kişide toplanması imkânı yaratılmıştır. Yönergede yapılan 2009/102 sayılı değişiklikte de tek kişilik şirket kurma ve tek pay sahibinin yönetim kurulunu oluşturmasına ilişkin düzenlemeler korunmuştur⁴.

Avrupa Birliğinin kuruluş amaçları arasında, serbest dolaşım hakkı tanınması ve gümrük birliği uygulamaları ile sınırların kaldırılması ve böylece tek pazarın oluşturulması bulunmaktadır. Bu amaçların gerçekleşmesi için, sermayenin teşviki ve sürdürülebilir, güçlü bir ekonomik yapı için şirket kurulmasının kolaylaştırılması önemlidir. Bu amaca uygun olarak girişimcilik ruhunun teşvik edilmesi, ekonomik büyümenin gerçekleşmesi için, belli bir girişimci sayısı sağlama zorunluluğu olmaksızın tek kişinin ticari işletme veya şirket kurabilmesini sağlayan tek kişilik şirketlere ilişkin Avrupa Birliği Yönergesi kabul edilmiştir.

Bilindiği gibi, Avrupa Birliğinin yetkili organı olan Avrupa Parlamentosu tarafından çıkarılan yönergeler, üye ülkeler tarafından iç hukuklarında düzenleme yapılarak iç hukuklarına alınmak suretiyle uygulama alanı bulurlar. Tek kişilik şirketlere ilişkin Onikinci Yönerge de, birçok üye ülke tarafından yapılan iç hukuk değişiklikleri ile benimsenmiştir.

Avrupa Birliğinin öncü ülkelerinden Almanya'da tek kişilik şirket kurulabilmesine ilişkin yasal düzenlemeler, Avrupa Birliğinin ilgili yönergesinin yayınlanmasından önce gerçekleştirilmiştir. Alman hukukunda limited şirketlerin tek kişi olarak kurulabileceği 1980 yılında limited şirketler kanunda yapılan değişiklikle düzenlenmiştir⁵ (GmbH&1). Anonim şirketlerin tek pay sahibi ile kurulabileceği ise, Paylı Ortaklıklar Kanununda (Aktiengesetz) 1994 yılında yapılan değişiklik ile benimsenmiştir⁶ (AktG&2).

yılında 2009/102 EEC sayısını almıştır. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31989L0667>).

⁴ BRAENDEL, s.16 vd.

⁵ Gesetz zur Änderung des Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften" isimli kanun 01.01.1981 yılında yürürlüğe girmiştir (BGBl. 1980 I. S. 836 vd.).

⁶ İlgili düzenleme için bk. Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2.8.1994, BGBI.1, s.1961/ BGB 1, I, Nr 52 vom 09.08.1994, s.1961 vd).

Alman hukukunda tek kişilik şirketler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. BALLERSTEDT, s.513; LUTTER, s.429; WESTERMANN, s.44; DRYGALA/STAAKE/SZALAI, s.51,

İngiltere de tek kişilik şirket kuruluşunu benimseyen ülkeler arasındadır. İngiliz hukukunda, tek kişilik şirketlerin kurulabilmesi, İngiliz Şirketler Kanununa (Companies Act), Onikinci Yönerge hükümlerinin dâhil edilmesiyle 1992 yılında mümkün kılınmıştır⁷.

İsviçre’de İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişiklik ile tek kişi limited ve anonim şirketlerin kurulabileceği 2005 yılında kabul edilmiştir⁸. İsviçre Borçlar Kanunun ilgili hükümlerinde tek kişi anonim ve limited şirket kurulabileceği açıkça ifade edilmektedir⁹ (OR 625, 775).

Görüldüğü üzere, tek kişi şirket kuruluşu bir ihtiyaç olarak görülmüş ve başta Avrupa Birliği mevzuatı olmak üzere birçok yabancı hukuk düzenlemesinde tek kişinin anonim ve limited şirket kurmasına veya şirketin sonradan tek kişi ortağa dönüşmesine imkân tanınmıştır. Türk hukukunda da bu değişikliklere uyum sağlanmış, 2012 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile tek kişilik şirketlerin kurulması ve yürütülmesine ilişkin gerekli kanuni düzenlemeler yapılmıştır.

II. TEK KİŞİLİK ŞİRKETLERE GENEL BAKIŞ

A. TEK KİŞİLİK ŞİRKETLERİN OLUMLU YÖNLERİ

Tek kişilik şirket, girişimciliğin özendirilmesi, kurumsallaşmasının sağlanması, sermayenin kolayca ekonomiyle kazandırılarak, katkı değer ve istihdam yaratılması için getirilmiş bir modeldir. Bu şirket yapısının avantajları aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecektir.

1. Saman Adam Yaratma Zorunluluğunu Ortadan Kaldırması Bakımından

Tek kişilik şirketlerin gerek doktrinde savunulmasının gerekse uygulamada ihtiyaç duyulmasının en önemli nedeni, önceki düzenlemelerde

s.374; VON BUREN/STOFFEL/ WEBER, s.22; SCHMIDT/LUTTER, s.163 vd.

⁷ İngiliz hukukunda ilgili düzenleme için bk. The Companies (Single Member Private Limited Companies) Regulations 1992. Statutory Instruments number 1699 of 1992 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=NIM%3A80144>).

⁸ İsviçre Borçlar Kanununun değişikliği 16.12.2005 yılında yapılmış, bu değişiklik 01.01.2008 yılında yürürlüğe girmiştir. İlgili düzenleme için bk. BG vom 16.12.2005 (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts- Handelsregister- und Firmenrecht), in Kraft seit 1.1.2008 (BB1 2002 3148, 2004 3969).

⁹ İsviçre hukukunda tek kişilik şirketler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. BAUDENBACHER, s.277 vd.; OBERHOLZER, s. 5 vd.; MEIER, s.16 vd.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s.3 vd.; VON DER CRONE, s.26 vd.

şirket kurulabilmesi için zorunlu tutulan asgari ortak sayılarından kaynaklanan sorunlardır.

Gerçekte ortak olmak istemeyen, asgari kanuni sayıyı yerine getirmek için ortakmış gibi gösterilen bu kişiler doktrinde “saman adam” olarak adlandırılmaktadır¹⁰. Saman adamların, şirket yönetimi ile, şirket işleriyle hiçbir ilgileri yoktur. Bu kişiler her ne kadar kanunda aranan koşulları yerine getirmek için ortak olarak gösterilmekteyse de, başta oy hakkı olmak üzere şirket ortaklığından kaynaklı tüm mali ve ortaksal haklara ve yetkilere sahiptirler. Saman adam ortaklar, genel kurullarda oy kullanabilirler. Kar payı, tasfiye payı alabilir; bilgi alma ve inceleme haklarını kullanabilirler.

Anonim şirketlerde kararlar kural olarak oy çokluğu ile alınır. Oybirliğine tabi işlemler oldukça sınırlıdır¹¹. Bu nedenle özellikle saman adamlara az sermaye payı verilmesi halinde, karar alma sürecinde büyük bir sorun ile karşılaşılır. Ancak başlangıçta saman adamlara azınlık oluşturacak kadar pay verilmesi halinde, ileride azınlık haklarının kullanılması¹², anonim şirketin feshi davası açılması¹³ ve çıkma payı talebinin ileri sürülmesi gibi şirketin varlığını ve işleyişini tehdit edecek hukuki süreçlerle karşılaşılabilir.

Aynı sorun limited şirketlerde de söz konusudur. Limited şirketlerde ağırlaştırılmış karar nisabına veya oybirliğine tabi kararların fazlalığı¹⁴, saman adamların şirketin karar alma sürecinde etkili olmalarına neden olur. Şirketin devamı sırasında saman adamların aktif yol alma isteklerinin ortaya çıkması veya karar alma sürecindeki güçlerinin farklarına varmaları hak edilmeyen taleplerin ileri sürülmesine yol açabilir.

¹⁰ BALLERSTEDT, s.514; BAUDENBACHER, Art 625, N. 1, s.277; MEIER, s.16, s.18; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s.4; AYDOĞAN, s.59 vd.

¹¹ Anonim şirketlerde oybirliğine tabi kararlar bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülükler getiren kararlar ve şirket merkezinin yurtdışına taşınmasına ilişkin kararlardır (TTK 421/2).

¹² Anonim ve limited şirkette azınlık hakları için ayrıntılı bilgi için bk. ULUSOY, s.35 vd.

¹³ Anonim şirketin haklı sebeplerle feshi davası hakkında ayrıntılı bilgi için bk. AYAN, (2011), s.2237 vd.

¹⁴ Limited şirketin başka şirketle birleşmesi veya bölünmesi ya da tür değiştirmesinde ağırlaştırılmış karar nisapları öngörülmüştür (TTK 151/1, c, 151/5, 151/6, 173/2). Özellikle birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararları ortaklara ek yükümlülük veya kişisel yükümlülük getiriyorsa veya mevcut yükümlülükler genişletiliyorsa, bu kararların alınabilmesi için tüm ortakların oybirliği aranır (TTK 151/4).

Yine limited şirketten çıkma ve ayrılma akçesi talepleri, şirketin feshi talepleri, azınlık haklarının kullanılması, pay devirlerinin ve sermaye artırımlarının engellenmesi yoluyla şirket işleyemez hale gelebilir. Bu sorunu çözmek isteyen gerçek ortak, saman adamların şirketten ayrılmaları için hak ettiklerinden fazla bedel ödemek zorunda kalabilir.

Saman adam olarak şirkette ortak olarak gösterilen kişiler açısından da önemli riskler söz konusudur. Saman adamlar, şirket ortağı olmanın tüm yükümlülüklerine katlanmak zorunda kalırlar.

Anonim şirketlerde tek borç ilkesi gereğince ortakların sorumluluğu taahhüt ettikleri sermayeyi getirmek ile sınırlandırılmıştır (TTK 480). Ancak yönetim kurulu üyelerinin kamu borçlarından sorumluluğu bulunmaktadır. Saman adam ortak, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olarak şirkette yer alırsa, şirketin malvarlığından tahsil edilemeyen kamu borçlarından sorumlu tutulabilir¹⁵. Limited şirketlerde ise, şirketin ödeyemediği kamu borçlarından sorumluluk sadece müdürlere değil, tüm ortaklara yüklenen bir sorumluluktur. Saman adamların kamu borçlarından sorumlu tutulabilmesi, bu kişiler için oldukça önemli bir risk oluşturmaktadır.

Kanunda tek kişilik şirketlerin kurulma imkânı getirilmesi ile saman adam yaratma zorunluluğu ve bundan kaynaklı sorunlar ortadan kaldırılmıştır.

2. Sınırlı Sorumluluk Sisteminden Yararlanılması Bakımından

Sermaye şirketlerinin getiriliş amaçlarından biri, ortaklarına sınırlı bir sorumluluk tanıyarak, kişileri şirket ortağı olmaya, birikimleri ile ticaret yapmaya teşvik etmektir. Sermaye şirketi olan anonim ve limited şirketlerin bu etkisi ortak sayısına bağlı değildir. Sermaye şirketleri ister bir ortaktan ister daha fazla ortaktan oluşsun, ortağının koymayı taahhüt ettiği sermayenin ödenmesi ile sorumluluğu sona ermektedir¹⁶ (TTK 480/1, 585,602). Sermaye koyma taahhüdünü yerine getiren ortağın kural olarak, şirketin diğer borçlarından sorumluluğu doğmaz¹⁷.

Tek kişi şirket kurarak ticaret yapan pay sahibi de, koymayı taahhüt ettiği sermayeyi şirkete getirdikten sonra, şirketin sağladığı sınırlı sorumluluk

¹⁵ ÇAMOĞLU, s.139 vd.

¹⁶ Tek borç ilkesinin istisnaları hakkında ayrıntılı bilgi için bk. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.439-441; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.1019.

¹⁷ Limited şirket ortaklarının şirketin kamu borçlarından kaynaklanan istisnai sorumluluğu bulunmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. ÇAMOĞLU, s.139 vd.

sisteminden yararlanabilir. Şirket faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkan borç ve alacaklarda muhatap şirket tüzel kişiliği olduğu için, tek kişi ortak kendine ait diğer malvarlığı değerlerini şirketten kaynaklanan borç risklerine karşı koruyabilir¹⁸. Yine tacir sıfatı şirket tüzel kişiliğinde olacağı için, tek kişi ortak, iflasa tabi olma, basiretli davranma gibi tacir olmanın ağır yükümlülüklerinden kurtulacaktır. Bu etkileri nedeniyle, ticaret yapmak isteyen kişiler, tek kişi şirket yapılanmasında ortak olarak ticaret yapmaya yönelmektedirler.

3. Yönetim Kolaylığı ve Kurumsallaşmayı Sağlayıcı Etkisi Bakımından

Tek kişilik şirketlerde yönetim organı tek kişi ortaktan oluşabilir (TTK 359, 623). Tek kişi ortak dilerse dışarıdan ortak olmayan bir yönetici de atayabilir. Ama yönetim sadece ortak olmayan dışarıdaki kişilere bırakılamaz¹⁹.

Şirket yönetiminin şirketin tek pay sahibi kişiden veya onun atayacağı kişilerden oluşması halinde, kararlar oldukça hızlı ve çoğu zaman muhalefetsiz alınır²⁰. Bu durum tek kişilik şirket yönetimi için bir avantaj olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu yapı aynı zamanda, şirket içi ortaklık ilişkilerinden kaynaklanan sorunların ortadan kaldırılmasını sağlayan bir etki gösterir. Tek kişi şirketlerde azınlık gibi bir kavram olmadığı için, genel kurul görüşmelerinin ertelenmesi, özel denetçi atanmasını talep etme gibi azınlık haklarının kullanılması da söz konusu değildir²¹. Özellikle şirketin feshinin talep edilmesine olanak sağlayan azınlık hakkının yarattığı önemli etki ve risk, tek kişilik şirketlerde söz konusu değildir²².

Ayrıca tek kişilik şirketler, gerçek kişi tacir olarak ticaretine devam edip, ticari terk veya ölüm gibi tacir sıfatının sona ermesi ile sonuçlanan ticari faaliyetlerin daha uzun süreli ve kurumsal bir yapıya taşınmasına yardımcı olur. Ortaklık yapısı içine girmek istemeyen ve bu nedenle ticaretine tüzel kişilik oluşturan bir ortaklık kurmaksızın devam eden kişilerin amaçlarına uygun,

¹⁸ MEIER, S.17; YILDIZ, s.35.

¹⁹ Tek kişilik şirketlerde tek kişi ortağın yönetim kurulu üyesi olması halinde ibra mümkün değil. Çünkü pay sahibi kendini ibra edemez (TTK m.436). Ancak ortak olmayan birisi yönetim kurulu üyesi seçilirse ibra gerekir.

²⁰ TEKİNALP, s.113 vd.

²¹ ULUSOY, s.35 vd.; MEIER, s.18.

²² AYDOĞAN, 72.

kaçınılan riskleri ortadan kaldıran bir yapı sunar. Bunların yanı sıra, vakıf dernek gibi ticari olarak kurulması mümkün olmayan yapıların amaçlarını gerçekleştirmek için kurdukları işletmelerin şirketleşmesinin sağlanması için de tek kişilik şirket yapılanmasından yararlanılabilir²³.

B. TEK KİŞİLİK ŞİRKETLERİN OLUMSUZ YÖNLERİ VE BUNLARA KARŞI ALINABİLECEK HUKUKİ TEDBİRLER

Tek kişilik şirketlere yönelik olarak, tek kişi şirketin şirket olma ruhuna aykırılık taşıdığı, alacaklılara zarar verme olasılığının yüksek olduğu, özellikle ortak ile şirket malvarlığının ayrılamayacağı, kötüye kullanma aracı olabileceği eleştirileri ileri sürülmesi mümkündür.

Şirkette tek kişinin denetimsiz şekilde istediği kararı alabilmesi, şirket dışında kalan alacaklılar bakımından tehlike yaratabilir. Şirket için alınan kararlar ve şirket malvarlığı hakkında alacaklıların aydınlatılması ve korunması gerekmektedir. Bu haklı endişeleri gidermek isteyen kanun koyucular, aşağıda ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz önlemleri getirmişlerdir.

1. Bildirim Zorunluluğu

Tek kişilik şirketlere ilişkin Avrupa Birliği Onikinci Yönergesinin 3. Maddesinde, tek kişi ortaktan oluşan şirketin yapısının tescil edilmesi ve tek kişi ortağın adı- soyadı, vatandaşlığı gibi kimlik bilgilerinin paylaşılması zorunluluğu getirilmiştir.

Aynı doğrultuda Türk hukukunda da tek kişilik şirketlerde bildirim ve açıklama yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Tek kişi şirket kurulması aşamasında, tek kişi ortağın kimlik bilgileri, yerleşim yeri ve vatandaşlığı ile şirketin yapısına ilişkin ana sözleşme bilgilerinin açıklanması zorunludur (TTK 338/2, 339). Bunu yanı sıra, süreç içinde tek kişiye dönüşen şirketlerin de yedi gün içinde, tek kişi şirketin oluştuğuna ilişkin bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanununun 338. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: “(2) *Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir. Yönetim kurulu bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli*

²³ Vakıf ve dernekler, iktisadi amaçla kurulamazlar. Bu tip yapılar kültürel, toplumsal amaçların sağlanması için kurulmaktadır. Kanunda vakıf ve derneklerin amaçlarını gerçekleştirmek için ticari işletme işletmelerine izin verilmiştir (TTK 16/1, Ticaret Sicili Tüzüğü 76/C).

bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilan ettirir. Ayrıca, hem şirketin tek pay sahipli olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması hâlinde tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir. Aksi hâlde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ve ilanı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur.”

Görüldüğü üzere, anonim şirket kurulduktan sonra pay devri, miras, birleşme gibi nedenlerle tek pay sahibine düşülmesi halinde, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilmesi gerektiği ve yönetim kurulunun bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde şirketin tek pay sahipli şirket haline geldiğini tescil ve ilan ettireceği düzenlenmiştir. Yine şirketin tek pay sahipli olarak kurulması veya tek pay sahipli hale dönüşmesi halinde tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri, vatandaşlığı tescil edilmelidir. Aksi halde bundan kaynaklanan zarar yönetim kuruluna ait olur.

Aynı düzenleme limited şirket için de getirilmiştir. Türk Ticaret Kanununun 574. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

“(2) Ortak sayısı bire düşerse durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde müdürlere yazıyla bildirilir. Müdürler, bildirim alınması tarihinden başlayarak yedinci günün sonuna kadar, şirketin tek ortaklı olduğunu, bu ortağın adını, yerleşim yerini ve vatandaşlığını tescil ve ilan ettirirler; aksi hâlde doğacak zarardan sorumlu olurlar. Aynı yükümlülük, şirketin bir ortakla kurulduğu hâllerde de geçerlidir.”

Limited şirkette tek ortaklık durumu ortaya çıktığı tarihten itibaren yedi gün içinde müdürlere yazıyla bildirimde bulunulması gerektiği ve müdürlerin yazılı bildirim aldıkları tarihten itibaren yedi gün içinde yeni durumu ve tek kişi ortağın kimlik bilgilerini, yerleşim yeri ve vatandaşlığını tescil ve ilan ettirmeleri gerekir.

6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da bildirimle ilgili 23. madde düzenlenmiştir.

“Tek pay sahipli anonim şirketler ile tek ortaklı limited şirketler” başlıklı 23. madde metni şöyledir: *“(1) Herhangi bir sebeple bir anonim şirketin tek pay sahibi ve bir limited şirketin tek ortağı olan gerçek veya tüzel kişi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren onbeş gün içinde, bu sıfatını, adını, adresini, vatandaşlığını, anonim şirketlerde yönetim kuruluna, limited şirketlerde müdüre veya müdürlere noter aracılığıyla bildirir. Bildirimin muhatapları,*

tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, Türk Ticaret Kanununun 338 ve 574 üncü maddelerinde öngörülen hususları tescil ve ilân ettirirler; aksi hâlde anılan maddelerde öngörülen hukukî sonuçlar doğar.”

Görüldüğü gibi kanun koyucu şirketin tek ortağa dönüşmesi halinde bu durumun bildirilmesine özel önem vermiş ve buna ilişkin bir çok düzenleme yapmıştır.

2. Yazılılık Zorunluluğu

Tek kişilik şirketlerde aleniyeti sağlamak ve alacaklıları korumak amacıyla getirilmiş diğer bir düzenleme yazılılık koşuludur. Şirket genel kurullarında alınan kararların ve şirketin tek ortağı ile yapacağı sözleşmelerin yazılı şekil şartına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir.

a. Genel kurul kararlarında

Avrupa Birliği Onikinci Yönergesinin 4. maddesinde tek kişilik şirketlerin genel kurullarında alınan kararların yazılılık koşuluna uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Yönergede, genel kurul yetkilerinin tek kişi tarafından kullanılacağı, bu tek üye tarafından alınan kararların kaydedilmesi veya yazıyla hazırlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Aynı doğrultuda Türk Ticaret Kanununun 408. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“(1) Genel kurul, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörölmüş bulunan hâllerde karar alır.

(2) Çeşitli hükümlerde öngörölmüş bulunan devredilemez görevler ve yetkiler saklı kalmak üzere, genel kurula ait aşağıdaki görevler ve yetkiler devredilemez:

a) Esas sözleşmenin değiştirilmesi.

b) Yönetim kurulu üyelerinin seçimi, süreleri, ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi haklarının belirlenmesi, ibraları hakkında karar verilmesi ve görevden alınmaları.

c) (Değişik: 26/6/2012-6335/22 md.) Kanunda öngörölen istisnalar dışında denetçinin seçimi ile görevden alınması.

d) Finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek

akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâra katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması.

e) Kanunda öngörülen istisnalar dışında şirketin feshi.

f) Önemli miktarda şirket varlığının toptan satışı.

*(3) Tek pay sahipli anonim şirketlerde bu pay sahibi genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir. **Tek pay sahibinin genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmeleri için yazılı olmaları şarttır.***

28.11.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 28481 sayılı Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik ile tek kişilik şirketlerin genel kurullarının yapılış şekli ve düzenlenecek tutanağın şekline ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Yönetmeliğin 26. Maddesinin “Toplantı tutanağının düzenlenmesi” başlıklı maddesinin tek kişi şirketlere ilişkin birinci ve beşinci fıkraları şöyledir:

“ (1) Genel kurul toplantısında yapılan görüşmeler ve alınan kararlar; toplantı başkanlığı tarafından tutanağa yazılır. Genel kurul tutanağı, toplantı mahallinde ve toplantı sırasında en az iki nüsha olarak düzenlenir. Tutanak, toplantı başkanlığı ve Bakanlık temsilcisinin katılması gereken toplantılarda Bakanlık temsilcisi tarafından imzalanır. Tek pay sahipli şirketlerde toplantıda hazır bulunan pay sahibinin veya temsilcisinin de toplantı tutanağını imzalaması zorunludur.

(5) Toplantı başkanının, Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu olan toplantılarda Bakanlık temsilcisinin veya tek pay sahipli şirkette hazır bulunan pay sahibinin veya temsilcisinin imzalamadığı toplantı tutanakları geçersizdir.”

Yine Yönetmeliğin 43. maddesi ile getirilen düzenleme şöyledir:

“(1) Tek pay sahipli anonim şirketlerin yönetim organlarıncada bu bölümde belirtilen asgari unsurları içerecek şekilde bir iç yönerge hazırlanması ve bu iç yönergenin şirket genel kurulunca onaylanması şarttır. Tek pay sahibi, toplantı başkanlığı için öngörülen tüm görevleri tek başına yerine getirebilir.”

Bu düzenleme ile üçüncü kişiler için yönetim kurulunun aldığı kararlarda ispat kolaylığı sağlanmak istenmiştir.

Tek pay sahipli anonim şirketler için getirilen yazılılık koşulu, tek ortaklı limited şirketler için de öngörülmüştür.

Türk Ticaret Kanununun 616 maddesi şöyledir:

“(1) Genel kurulun devredilemez yetkileri şunlardır:

- a) Şirket sözleşmesinin değiştirilmesi.*
- b) Müdürlerin atanmaları ve görevden alınmaları.*
- c) Topluluk denetçisi ile (...) denetçilerin atanmaları ve görevden alınmaları.*
- d) Topluluk yılsonu finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporunun onaylanması.*
- e) Yılsonu finansal tablolarının ve yıllık faaliyet raporunun onaylanması, kâr payı hakkında karar verilmesi, kazanç paylarının belirlenmesi.*
- f) Müdürlerin ücretlerinin belirlenmesi ve ibraları.*
- g) Esas sermaye paylarının devirlerinin onaylanması.*
- h) Bir ortağın şirketten çıkarılması için mahkemeden istemde bulunulması.*
- ı) Müdürün, şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda yetkilendirilmesi veya böyle bir iktisabın onaylanması.*
- i) Şirketin feshi.*
- j) Genel kurulun kanun veya şirket sözleşmesi ile yetkilendirildiği ya da müdürlerin genel kurula sunduğu konularda karar verilmesi.*

(2) Aşağıda sayılanlar, şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde genel kurulun devredilemez yetkileridir:

- a) Şirket sözleşmesi uyarınca genel kurulun onayının arandığı hâller ile müdürlerin faaliyetlerinin onaylanması.*
- b) Önerilmeye muhatap olma, önalım, geri alım ve alım haklarının kullanılması hakkında karar verilmesi.*
- c) Esas sermaye payları üzerinde rehin hakkı kurulmasına ilişkin onayın verilmesi.*

d) *Yan edim yükümlülükleri hakkında iç yönerge çıkarılması.*

e) *Şirket sözleşmesinin 613 üncü maddenin dördüncü fıkrası uyarınca ortakların onayını yeterli görmemesi hâlinde, müdürlerin ve ortakların şirkete karşı bağlılık yükümü veya rekabet yasağı ile bağdaşmayan faaliyetlerde bulunabilmelerinin onayı için gereken iznin verilmesi.*

f) *Bir ortağın şirket sözleşmesinde öngörülen sebeplerden dolayı şirketten çıkarılması.*

(3) *Tek ortaklı limited şirketlerde, bu ortak genel kurulun tüm yetkilerine sahiptir. Tek ortağın genel kurul sıfatıyla alacağı kararların geçerlilik kazanabilmeleri için yazılı olmaları şarttır.*

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda da tek kişi şirkette genel kurul toplantılarında tek kişi tarafından alınan kararların aleniliğinin sağlanması, sonradan değiştirilmesinin önlenmesi ve hukuki güvenlik sağlanması amacıyla yazılı olma bir geçerlilik unsuru olarak getirilmiştir²⁴.

bb. Şirket ile ortak arasında yapılan sözleşmelerde

Tek kişi şirketlerde şirketin tek ortağı ile yapacağı sözleşmeler de yazılı olma koşuluna bağlanmıştır.

Avrupa Birliği Yönergesinin 5. maddesinde tek kişi ile onun temsil ettiği şirket arasında yapılan sözleşmelerin kaydedilmesi veya yazıyla hazırlanması gerektiği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, şirketin olağan günlük işlemlerinde yazılılık koşulunun aranmayacağı belirtilmiştir.

Türk hukukunda da, şirketle tek ortak arasında yapılan sözleşmelerin yazılı şekilde olması gerektiği düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanununun 371. maddesinin 6. fıkrası “*Sözleşmenin yapılması sırasında, şirket tek pay sahibi tarafından ister temsil edilsin ister edilmesin, tek pay sahipli anonim şirketlerde, bu pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmenin geçerli olması sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu şart piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelerde uygulanmaz*” şeklindedir.

Türk Ticaret Kanununun 629. maddesinin 2. Fıkrası ise şöyledir: “*Sözleşmenin yapılması sırasında şirket tek ortak tarafından ister temsil*

²⁴ TEKİNALP, s.163 vd.

edilsin ister edilmesin, tek ortaklı limited şirketlerde, bu ortak ile şirket arasında yapılan sözleşmenin geçerli olması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu zorunluluk, piyasa şartlarına göre günlük, önemsiz ve sıradan işlemlere ilişkin sözleşmelere uygulanmaz.”

Görüldüğü üzere, gerek anonim şirketlerde gerekse limited şirketlerde tek kişi ortağın şirketle yapacağı sözleşmelerde yazılılık şartının geçerlilik koşulu olarak kabul edilmiştir. Bu şarta uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Ancak günlük, önemsiz işlemler yazılılık koşuluna uyulmaksızın geçerli bir şekilde yapılabilirler²⁵.

3. Ticaret Ünvanında Belirtme Zorunluluğu

Tek kişilik şirketlere ilişkin yöneltilen önemli eleştirilerden biri de şirketin ünvanında bu konuda bir açıklık olmaması halinde, şirketle işlem yapan kişilerin aldanıp zarara uğrayabileceğidir²⁶.

Doktrinde, bu endişenin haklı bir yönünün olduğu belirtilerek ve tek kişi şirketlere Yönerge taslağında bulunan ancak yönergeye alınmamış olan sipariş mektup ve formlarından şirketin tek ortaklı olduğunu belirtme zorunluluğu getirilmesi ile bu sorunun aşılabileceği önerisi getirmiştir²⁷.

4. Yöneticilerin Sorumluluğu

Tek kişilik şirket yapılanmasında, tek kişinin şirketteki tüm kararları alması, kararın alınma ve uygulanma aşamalarında muhalefetin bulunmaması, şirket yapılanmasındaki ortak karar alma sürecini ve denetim mekanizmalarını etkisiz hale getirmektedir²⁸.

Tek kişi şirketlerde tek pay sahibi aynı zamanda yönetim kurulu üyesi veya müdür olabilir. Bu durumda tüm hak ve yetki kendisinde olur. Tek kişi ortağın pay sahibi olmayan dışarıdan bir yönetim kurulu üyesi veya müdür ataması da mümkündür. Ancak böyle bir durumda dışarıdan atanan yönetim kurulu üyesi veya müdürün yanı sıra tek kişi pay sahibinin de yönetim kurulu üyesi olarak bulunması zorunludur. Bu zorunluluk şirketin yönetiminin ve yönetimden kaynaklı sorumluluğun tamamen şirketin ortağı olmayan kişilere yükletilmesini engellemek amacıyla getirilmiştir. Yönetim yetkisi sorumluluğu

²⁵ TEKİNALP, s.145.

²⁶ MEYER-CORDING, s.11.

²⁷ AYDOĞAN, s.49.

²⁸ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, s.5.

birlikte getirir. Şirketin kötü yönetimin nedeniyle zarara uğrayan alacaklılar, yöneticilerin sorumluluğuna başvurabilirler (TTK 553-556 vd. ve 644).

Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda alacaklıların yöneticilere karşı sorumluluk davası açabilmesi için şirketin iflas etmiş olması koşulu aranmaktadır (TTK 553, 556/1, 644). Bu düzenlemeler gereğince olası bir iflas halinde, yönetici tek kişi ortağın malvarlığına başvurulabilmesi mümkün hale gelmektedir²⁹.

5. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

Tek kişilik şirketlerde özellikle yönetim kurulunda bu tek kişi ve tek pay sahibi olduğu durumlarda, şirketin malvarlığının kişinin kendi menfaati için kullanılabilmesi kolaylaşmakta ve denetim eksikliği nedeniyle alacaklılar daha kolay zarara uğratılmaktadır. Alacaklıların zarar görmesini önleyici en önemli hukuki koruma yolu tüzel kişilik perdesinin aralanmasıdır³⁰.

Temelini dürüstlük kuralından alan bu teori gereğince tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanarak, borçtan kurtulmaya, alacaklılara zarar vermeye çalışan ortaklar ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulur³¹. Bu teoriyle amaç, kişilerin tüzel kişilik kavramının arkasına saklanması önlenmesidir. Şirketler hukukundaki şirket tüzel kişiliğinin sorumluluğu özellikle anonim şirketlerde ortakların tek borç ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecek bu teori istisnai olarak ve önemli koşulların varlığı halinde kullanılmalıdır³².

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sınırlı sorumlu tüzel kişi yerine ortak veya başkaca ilgili kişilere gidilebilmesi için öncelikle bir şirket ortağının Türk Medeni Kanununun 2. maddesine aykırı şekilde şirket tüzel kişiliği arkasına saklanarak sorumluluktan kurtulmaya çalışması gerekmektedir. Bunun kabulü için de malvarlıklarının karışması, iktisadi özdeşliğin olması ve ticari teamüle aykırı kötü niyetli muhasebel hareketlerin varlığı gibi koşulların gerçekleşmesi aranmaktadır³³.

²⁹ TEKİNALP, s.240; AYAN, Sorumluluk, s.17 vd.; MEIER, s.341 vd.; VON BÜREN/ STOFFEL/WEBER, s.251 vd.; PULAŞLI, s.746 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.487.

³⁰ MEIER, 17; MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER, s.5; MEYER-CORDING, s.11, AYDOĞDU, s.51.

³¹ ERDEM, s.356 vd.; ANTALYA, s. 146; YILMAZ, s. 240; YANLI, s. 10-12.

³² YÜKSEL, s.267; SAĞLAM, s. 154; YANLI, s. 15-16.

³³ KERVANKIRAN, s.464; ÖZTEK/ MEMİŞ, s. 197 vd. BAUMANN, Art 2, N.2.

Doktrinde mal varlıklarının karışmasına ortaklığa ait malların ücretsiz veya çok düşük ücret karşılığı ortak tarafından kullanılması, şirketler topluluğunda bir şirkete ait malın başka yavru şirketler tarafından bedelsiz ve kayıtsız olarak kullanılması gibi örnekler verilmektedir³⁴.

Yargıtay da bu konuda doktrindeki görüşlerle uyumlu kararlar vermektedir. Yargıtay 22. Hukuku Dairesinin, 14.05.2013 tarihli E. 2012/22684, K. 2013/10887 sayılı kararına göre, *“Tüzel kişilik, oluşturulacak kişiliğin kendine özgü amaç birliği içinde ve bağımsız bir varlık olarak ortaya konabilir. Tüzel kişiliğin malları, onu kuran gerçek kişilerden ayrılır. İşte tüzel kişilik perdesinin ortadan kaldırılması ile gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebilir*³⁵.

Yargıtay’ın kararlarında da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının istisnai bir hukuk yolu olduğu, şirketler hukukunun temel ilkelerinin bozulmaması için ciddi bir inceleme neticesinde tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı ve muvazaanın varlığı sonucuna varılması halinde bu yönde karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁶.

Tek kişilik şirketlerde, şirket malvarlığı ile ortağın mal varlığının karışması, tek kişinin aldığı kararların uygulanması gibi nedenlerle, şirket tüzel kişiliğinin kötüye kullanıldığı ve muvazaanın bulunduğu sonucuna gidilmesi daha kolaydır. Şirketin tek kişiden oluşması ve ortağın yönetim kurulu üyesi olması perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması için tek başına yeterli değildir. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının son çare olduğu, istisnai bir düzenleme olduğu unutulmamalı ve bu hukuki yola çok titiz bir incelemeden sonra somut deliller varsa başvurulmalıdır.

6. Diğer Hukuki Tedbirler

Tek kişilik şirket yapılanmasından alacaklıların zarar görmesini önleyici tedbirler olarak, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve limited şirket ortakları için öngörülen şirkete borçlanma, şirketle işlem yapma ve rekabet etme yasaklarının, yönetici olsun olmasın tek kişi pay sahibini kapsayacak şekilde genişletilmesi düşünülebilir.

³⁴ SAĞLAM, s.158; YÜKSEL, s.274.

³⁵ Kararın tam metni için bk. www.kazanci.com.

³⁶ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin, 12.05.2016 tarihli, E. 2015/17186, K. 2016/8755 sayılı kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 11.12.2017 tarihli E. 2016/5148, K. 2017/7084 sayılı kararları (www.kazanci.com).

Türk Ticaret Kanununun ilk halinde geniş bir şekilde düzenlenen 358 madde, 6335 sayılı Kanunun 15. maddesi ile önemli bir değişikliğe uğramış ve borçlanma yasağının kapsamı oldukça daraltılmıştır.

Madde metni şöyledir:

“ Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz.”

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapması ve şirkete borçlanmasına ilişkin getirilen düzenleme ise 395. Maddedir. İlk haliyle oldukça geniş kapsamlı düzenlenen madde 6335 sayılı Kanunun 17. Maddesi ile oldukça daraltılmıştır.

Madde metni şöyledir:

“ (1) Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

(2) (Değişik: 26/6/2012-6335/17 md.) Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir.

(3) 202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler.

(4) Bankacılık Kanununun özel hükümleri saklıdır.”

Aynı hükümlerin limited şirketler bakımından da uygulama alanı bulacağına ilişkin Türk Ticaret Kanununun 644. Maddesinin 1. Fıkrasının b bendi düzenlemesi getirilmiştir.

Bu düzenleme şöyledir:

“ (1) Aşağıda madde numaraları bildirilen anonim şirketlere ilişkin hükümler limited şirketlere de uygulanır:

b) (Değişik: 26/6/2012-6335/32 md.) Feshe ilişkin 353 üncü madde, şirkete karşı borçlanma yasağına ilişkin 358 inci madde, müdürlerin

yakınlarının şirkete borçlanmasına ilişkin 395 inci maddenin ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi hükümleri, kâr payı avansına ilişkin 509 uncu maddenin üçüncü fıkrası.”

Bu düzenlemelere, yönetim kurulu üyesi olsun olmasın, tek pay sahibinin şirkete borçlanamayacağı, bu kişiler için şirketin kefalet, garanti ve teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği, bunların borçlarını devralamayacağı hususları eklenmelidir. Yine tek kişi ortağın bu hükümlere aykırı davranması halinde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebileceği düzenlenmelidir.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketle işlem yapma ve şirketle menfaat çatışması olması hallerinde karar alma yasağı (TTK 394) da tek pay sahibinin işlemlerini kapsayıcı şekilde genişletilmelidir³⁷. Özellikle tek kişi pay sahibine ödenecek genel yönetim gideri, ücret, yolluk, temsil masrafı vs adı altındaki harcamalarda fahiş olan kısmının geçersiz sayılacağı ve olağan miktarı aşan kısımdan tek kişi ortağın kendi malvarlığından sorumlu tutulacağı düzenlenmelidir.

Yine Kanunda tek kişi ortak için rekabet yasağının varlığı ve bunun aksinin öngörülemeyeceği açıkça düzenlenerek olası olumsuzluklar önlenmelidir.

III. TEK KİŞİLİK ŞİRKETLERİN UYGULANMASINA İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

A. TEK KİŞİLİK ŞİRKETLERE İLİŞKİN YÜKSEK MAHKEME KARARLARI

Tek kişilik şirket kurma olanağı 2012 tarihinden itibaren kabul edildiği için, bu şirket yapılanmasına ilişkin Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay kararlarına az sayıda da olsa rastlanılmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 11.10.2013 tarihli E. 2013/1126, K. 2013/1810 sayılı kararında, anonim şirketlerin ortak sayısının beşin altına düşmesinin fesih nedeni oluşturmayacağını, 6102 sayılı Kanun ile tek kişi şirket kurma olanağının tanındığını, bu imkânın 6103 sayılı Yürürlük Kanununun 3. Maddesi gereğince eski uyuşmazlıklara da uygulanacağını kabul etmiştir³⁸.

³⁷ TEKİNALP, s.149-150.

³⁸ Kararın tam metni için bk. www.kazanci.com.

Yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.9.2013 tarihli E. 2012/19135 K. 2013/17081 sayılı kararında, limited şirketin ortaklarının aralarındaki anlaşmazlıklar nedeniyle şirketin devamının mümkün olmadığı gerekçesiyle açılan şirketin feshi ve tasfiyesi davasında, davanın devamı sırasında 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte anılan Kanunun 636/3 maddesi uyarınca davacı ortağın payının gerçek değeri ödenerek davacının şirketten çıkarılması talebinin incelenmesi gerektiğini belirterek, Kanunun 573. maddesi uyarınca tek kişilik şirketin mümkün olduğunu ve bu husus üzerinde durulmadan karar verilmemesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur³⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 15.9.2014 tarihli E. 2013/16839 K. 2014/13740 tarihli kararında, mahkemece, uyulan bozma ilamına göre yapılan yargılama sonucunda, 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK'nın 124 vd. maddeleri uyarınca artık tek ortaklı ticaret şirketlerinin kurulması mümkün olduğundan bu yöne ilişkin ayrıca değerlendirme yapılmadığı, mahkemece bozmaya uyulmasına rağmen artık tek ortaklı şirket kurulmasının 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu uyarınca mümkün olduğu gerekçesiyle MÖHUK hükümleri tartışılmaksızın ve uygulanacak hukuk kesin şekilde belirlenmeksizin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre karar verilmesini doğru bulmamıştır.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi, 19.07.2017 tarihli, E. 2017/649 K. 2017/798 sayılı kararında koşulları varsa % 5 ve % 95 oranında iki kişiden oluşan limited şirkette, ortaklardan birinin çıkarılmasının ve şirketin tek ortak ile devamının mümkün olduğu yönünde karar verilmiştir⁴⁰.

Görüldüğü gibi yüksek mahkeme kararlarında, tek kişi şirket yapılanmasının yeni kanun ile kabul edildiği, tek kişi şirket kurulması imkânının eski kanun döneminde ortaya çıkan uyuşmazlıklara da uygulanması gerektiği ve bu düzenlemeler dikkate alınarak somut uyuşmazlıkta karar verilmesi gerektiği açıkça vurgulanmıştır.

B. TEK KİŞİLİK ŞİRKETLERE İLİŞKİN SAYISAL VERİLER

Tek kişilik şirketlere ilişkin olarak sayısal veriler incelendiğinde, uygulamada tek kişilik şirketlere oldukça ihtiyaç duyulduğu ve kişilerin şirket kurarken bu yapıyı tercih ettikleri görülmektedir.

³⁹ Kararın tam metni için bk. www.kazanci.com.

⁴⁰ Kararın tam metni için bk. www.kazanci.com.

Tarafımızca TOBB istatistik verileri kullanılarak hazırlanan tek kişilik şirketlere ilişkin tablo şöyledir;

TABLO 1: YILLAR İTİBARIYLA KURULAN TEK KİŞİLİK ŞİRKET SAYISI

YILLAR	2012 ¹		2013		2014		2015	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
Anonim Şirket	978	37,9	3863	44,3	5348	54,4	6717	56,2
Limited Şirket	2580	43,66	21889	54,3	27577	58,2	30324	61,6
YILLAR	2016 ²		2017		2018		2019 (MAYIS)	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
Anonim Şirket	12858	57,2	7335	57,1	7195	59,9	2746	58,4
Limited Şirket	58997	62,2	38473	64	48855	65,7	21135	69,1

Kaynak: Tablo <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php> 'deki verilerden yararlanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur.

Türkiye'de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Temmuz 2012 yılından itibaren tek kişi şirket kurulması imkanı sağlandıktan sonra, büyük bir hızla tek kişi şirket kuruluşlarının gerçekleştiği gözlenmektedir.

2013 yılından itibaren Türkiye'de yıl içinde kurulan şirketlerin yarısına yakını tek kişi şirket şeklinde kurulmaya başlanmıştır.

2013 yılında tek pay sahibi ile kurulan anonim şirket sayısı tüm yıl boyunca kurulan anonim şirketlerin % 44, 3'ünü oluşturmaktadır.

2014 yılında kurulan tek pay sahipli anonim şirketlerin, o yıl içinde kurulan tüm anonim şirketlere oranı % 58, 2'tür.

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6103 sayılı Yürürlük kanunu gereğince tek kişi şirket kurma imkanı 01.07.2012 tarihi itibarıyla mümkün hale gelmiştir.

² Yapılan incelemede Kasım 2016 tarihinde şirket kurulmasının çok yüksek bir sayıya ulaştığı, 2016 yılında kurulan şirket sayısındaki artışın Kasım ayındaki yoğun şirket kurulumundan kaynaklandığı görülmektedir. Kasım 2016 yılında kurulan tek kişi anonim şirket sayısı ve tek kişi limited şirket sayısıdır. (Bk. <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php>)

2015 yılında kurulan tek pay sahipli anonim şirketlerin, o yıl içinde kurulan anonim şirketlere oranı, % 61, 6'dır.

2016 yılında kurulan tek pay sahipli anonim şirketlerin, o yıl içinde kurulan anonim şirketlere oranı, % 61, 6'dır.

2017 yılında kurulan tek pay sahipli anonim şirketlerin, o yıl içinde kurulan anonim şirketlere oranı, % 57,1'dir.

2018 yılında kurulan tek pay sahipli anonim şirketlerin, o yıl içinde kurulan anonim şirketlere oranı, % 59,9'dur.

2019 yılının ilk beş ayı (ocak- mayıs) içinde kurulan tek pay sahipli anonim şirketlerin, 2019 yılının ilk beş ayında kurulan tüm anonim şirketlere oranı, % 58, 4'dir.

Görüldüğü üzere, anonim şirketlerintek pay sahipli şekilde kurulması uygulamada oldukça tercih edilen bir yöntemdir. Şirketlerin tek pay sahibinden oluşması oranı, 2012- 2013 yılları itibariyle o yıl içinde kurulan şirketlerin yarısına ulaşmıştır. Takip eden yıllarda oransal olarak artış göstererek, 2018-2019 yıllarında, o yıl içinde kurulan anonim şirketler içinde % 60'lık bir orana ulaşmıştır.

Benzer durum, tek ortaklı olarak kurulan limited şirketler için de söz konusudur.

2013 yılında tek ortak ile kurulan limited şirket sayısı tüm yıl boyunca kurulan limited şirketlerin % 54, 3'ünü oluşturmaktadır.

2014 yılında kurulan tek ortaklı limited şirketlerin, o yıl içinde kurulan tüm limited şirketlere oranı % 58, 2'dir.

2015 yılında kurulan tek ortaklı limited şirketlerin, o yıl içinde kurulan tüm limited şirketlere oranı % 61, 6'dır.

2016 yılında kurulan tek ortaklı limited şirketlerin, o yıl içinde kurulan tüm limited şirketlere oranı % 62, 2'dir

2017 yılında kurulan tek ortaklı limited şirketlerin, o yıl içinde kurulan tüm limited şirketlere oranı % 64'tür.

2018 yılında kurulan tek ortaklı limited şirketlerin, o yıl içinde kurulan tüm limited şirketlere oranı % 65,7'dir

2019 yılının ilk beş ayı (ocak- mayıs) içinde kurulan tek ortaklı limited şirketlerin, 2019 yılının ilk beş ayında kurulan tüm limited şirketlere oranı, % 69,1'dir.

Bu verilere göre, tek ortaklı olarak limited şirket kurulması uygulamada oldukça tercih edilen bir yöntemdir. Limited şirketlerde şirketlerin tek ortaklı oluşması oranı, 2012- 2013 yılları itibarıyla o yıl içinde kurulan limited şirketlerin yarısına ulaşmıştır. Takip eden yıllarda oransal olarak artış göstererek, 2018- 2019 yıllarında, o yıl içinde kurulan anonim şirketler içinde % 68'lik bir orana ulaşmıştır.

Tüm bu veriler, tek kişilik şirkete uygulamada ihtiyaç duyulduğunun ve tek kişilik şirket yapılanmasının benimsendiğinin göstergesidir. Yukarıda tek kişilik şirketlerin olumlu yönlerini açıkladığımız kısımda ayrıntılı olarak belirttiğimiz, hızlı ve kolay karar alma süreci, yetkinin tek elde toplanması, kurumsallaşmasının sağlanması ve ortak ile şirket malvarlığının ayrılarak, kişilerin ticarete sınırlı sorumluluk sisteminden yararlanabilmelerinin sağlanması tek kişilik şirketlere olan ilgi ve rağbeti artırmıştır.

KAYNAKÇA

AKYOL, Şener: **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2.Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2006.

ANTALYA, Gökhan: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, 2008, s.143-151.

AYAN, Özge: “Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, 2013, S.1-2, s.185-214. (AYAN, Kendi Paylarını İktisap).

AYAN, Özge: “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)” **Legal Hukuk Dergisi**, Haziran 2011, s.2237-2266. [AYAN, (2011)].

AYAN, Özge: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013. (AYAN, Sorumluluk).

- AYDOĞAN, Fatih: **Tek Kişi Ortaklığı**, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Şirketler Hukuku, Genel Esaslar**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2019.
- BAFRA, Erdem: “İngiliz Mahkemelerince Şirket Tüzel Kişiliği Perdesinin Kaldırılması”, **TBB Dergisi**, S. 2014 / 112, Ankara s.356-372.
- BALLERSTEDT, Kurt: “Zur Rechtsstellung des Auftraggebers eines Strohmannes nach GmbH-Recht”, **JZ** 1960, s.513-518.
- BAUDENBACHER, Carl: H Honsell/N Vogt/R Watter (eds), **Basler Kommentar Obligationenrecht II: Art. 772-774 und 775 OR**, 4. Auflage, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.
- BAUMANN, Max: **Zürcher Kommentar Band/Nr. I/1, Einleitung, Art. 1-7 ZGB Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Das Personenrecht**, Dritte völlig neu bearbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1998.
- BRAENDEL, Oliver C.: “Die Auswirkungen der 12. Gesellschaftsrechtlichen EG- Richtlinie auf die Einmann- AG”, **Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag**, Berlin, Newyork, 1991, s.16- 25.
- ÇAMOĞLU, Ersin: “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Gülgören Tekinalp’e Armağan**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Yıl. 23 Sayı: 1-2/2003), s.139- 146.
- DRYGALA, Tim / STAAKE, Marco / SZALAI, Stephan: **Kapitalgesellschaftsrecht**, Springer Verlag, Berlin, Heildelberg, 2012.
- KERVANKIRAN, Emrullah: “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Önemli Bir İstisna, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 3–4, 2007, s.454-472.
- LUTTER, Marcus: “Das neue –Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts”, **AG 1994**, s.429-447.
- MEIER, Robert: **Die Aktiengesellschaft**, Stämpfli Verlag, Zürich, Basel, Genf, 2005.
- MEIER-HAYOZ, Arthur/FORSTMOSER, Peter: **Schweizerisches**

Gesellschaftsrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2007.

MEYER-CORDING, Ulrich: “Der Kritiker der Einmann-GmbH- ein Rufer in der Wüste?”, **JZ 1978**, s.10-12.

OBERHOLZER, Dominik: **Die Einmann- GmbH im europäischen, deutschen, englischen und schweizerischen Recht**, Diss. Freiburg i.Ue, Uznach, Freiburg, 2000.

ÖZTEK, Selçuk/MEMİŞ, Tekin: “Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması ” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2008, s. 195-214.

POROY, Reha./TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

SAĞLAM, İpek: “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2008, s. 153-159.

SCHMIDT, Karsten / LUTTER, Marcus: **Aktiengesetz Kommentar**, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008.

TEKİNALP, Ünal: **Tek Kişilik Ortaklıklar I, Tek Paysahipli Anonim Ortaklık**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

TÜRK, Ahmet: **Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ULUSOY, Erol: **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları**, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.

VON BÜREN, Ronald/ STOFFEL, Walter A./ WEBER, Rolf H.: **Grundriss des Aktienrechts**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, Basel, Genf, 2007.

VON DER CRONE, Hans Casper: **Aktienrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, Zürich, 2014.

WESTERMANN, Harm Peter: **Bürgers/Körper, Heidelberger Kommentar**,

C.F. Müller, Heidelberg 2008.

YANLI, Veliye: **Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

YILDIZ, Şükrü: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007.

YILMAZ, Lerzan: “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2008, s. 233-258.

YÜKSEL, Kemalettin, “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Örtünün Aralanması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, 2008, s.261-275.

ÖN ÖDEMELİ KONUT SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ALICININ SÖZLEŞMEDEN CAYMA HAKKI

Serkan AYAN*

ÖZ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicinin korunmasına yönelik temel bakış açısına paralel olarak, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri konusunda da önemli düzenlemeler getirmiştir. Bunların başında kuşkusuz, alıcıya tanınmış bulunan ve başka ülkelerin hukuk sistemlerinde görülmesi mümkün olmayan cayma hakkıdır.

Kanun koyucu, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde, alıcıya 14 gün içinde hiçbir gerekçeye veya borca aykırılığa bağlı olmaksızın sözleşmeden serbestçe cayma hakkı vermiştir. Çalışmada, bu hakkın koşulları ve sonuçları incelenmiştir.

Özellikle, taksitle satırlara ilişkin TBK 255 hükmünün bu cayma hakkı üzerindeki etkisi incelenmeye muhtaçtır.

Cayma hakkının kullanılabilceği süre 14 gündür. Özellikle alıcının gerektiği biçimde aydınlatılmamış olmasının, bu süre yönünden etkisi ve cayma hakkının kullanılması sonucu doğan iade borçlarının hukuki niteliği ile modalitesi de ayrıca ele alınması gereken konulardandır.

Anahtar Kelimeler: Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, cayma hakkı, geri alma hakkı, temerrüt, iade.

BUYER'S RIGHT OF WITHDRAWAL ON PREPAID HOUSE SALES CONTRACTS

ABSTRACT

Law no.6502 Law on the Protection of the Consumer introduced important regulations on prepaid house sales contracts in line with the basic perspective on consumer protection. The leading right is, undoubtedly, right of the withdrawal, which is granted to the buyer and is not possible to exist in the legal systems of other countries.

The lawmaker granted the buyer the right to withdraw from the contract freely within 14 days without any justification or inconsistency on prepaid house sales contracts. In this study, the conditions and consequences of this right are examined.

* **Doç. Dr.**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi, e-posta: serkanayan@yahoo.com, Orcid: 0000-0002-9788-8792.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609025

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25/07/2019

In particular, the effect of the Law no.6098 Turkish Law Of Obligations' Art.255 which is related to instalment sales, on right of withdrawal, needs to be examined.

The using period of right of withdrawal is 14 days. The legal characteristic and modality of the obligation of return arising from the use of the right of withdrawal and the effect of the inadequacy of informing the buyer in particular are also issues that need to be addressed.

Key Words: *Prepaid House Sales Contracts, Right Of Withdrawal, Right To Take Back, Default, Return.*

Giriş ve Konunun Sınırlandırılması

28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un² getirdiği ön önemli yeniliklerden biri, ön ödemeli konut satış sözleşmelerine ilişkin 40-46 hükümleridir. Bu hükümler ve Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik³ hükümleri topluca incelendiğinde, geniş bir uygulama alanı olan bu hukuki ilişkide, şekilden, cayma ve serbestçe dönme hakkına kadar önemli düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Ayrıca alıcıların korunması amacıyla bir teminat mekanizması da öngörülmüştür.

TKHK 40 / I hükmüne göre: “Ön ödemeli konut satış sözleşmesi, tüketicinin konut amaçlı bir taşınmazın satış bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmedir.”

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde alıcı tarafından, ifa menfaatinin henüz tam olarak karşılanmadığı bir aşamada, satış bedelinin (kısmen veya tamamen) ödenmesinin üstlenilmesi söz konusu olmaktadır. Taşınmaz satış sözleşmesinde alıcının ifa menfaatinin tam olarak karşılanmış olması, tapu müdürlüğünde alıcı adına tescilin yapılmasına ve konutun alıcıya fiilen teslim edilmesine bağlıdır. İşte alıcı, bu iki unsurdan en az birinin gerçekleşmediği dönemde satış bedelinin tamamını veya bir kısmını ödemeyi üstlenmişse, Kanunun ifadesiyle ön ödemeli konut (tatil amaçlı taşınmaz⁴) satışı (satış vaadi) söz konusu olmaktadır.

¹ Bu konuda bkz. TKHK 87.

² RG. 28.11.2013, S. 28835.

³ RG. 27.11.2014, S. 29188.

⁴ Tatil amacıyla kullanılmak için satın alınan taşınmazların bu kapsama girip girmeyeceği tartışılabilir. Zira bu hükümlerin düzenlendiği kısmın adı ön ödemeli konut satışlarıdır. Ka-

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin bütün olarak incelenmesi konumuzun dışındadır⁵. Fakat kısaca şunu belirtelim ki, ön ödemeli konut satış sözleşmesiyle, bir borçlandırıcı işlem olan taşınmaz satış vaadi veya bir borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminden oluşan taşınmaz satış sözleşmesi birlikte kastedilmektedir⁶. Bu nedenle, bir ön ödemeli konut satış sözleşmesi, satış vaadi biçiminde olabileceği gibi, doğrudan taşınmaz satış sözleşmesi biçiminde de yapılmış olabilir. Çalışmamızda, bu iki ayrı duruma göre açıklamalar yapılacaktır.

Kanunun ön ödemeli konut satışlarına ilişkin bu hükümleri hakkında iki noktanın göze çarptığı görülmektedir:

İlk olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun bazı hukuki kavramlar için kullandığı terimlerin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununda farklı biçimde kullanılmış olmasıdır⁷. Mesela cayma terimi buna örnek olarak gösterilebilir. Bu uyumsuzluk, uygulamada bazı hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilecek niteliktedir.

İkinci olarak da Kanunun, ön ödemeli konut satışlarında alıcıyı, satıcıya karşı etkili bir biçimde korumayı amaçlamış olduğu görülmektedir. Fakat bu koruma sağlanırken, bazı noktalarda eksiklikler bırakılmış, bazı noktalarda da menfaat dengesini alıcı yararına aşırı derecede bozan düzenlemeler getirilmiştir⁸.

Çalışmamızda özellikle bu iki hususun da birlikte yer aldığı, alıcının korunması amacıyla getirilmiş bulunan cayma hakkı incelenecektir. Özellikle cayma hakkının hukuki niteliği, koşulları ve hakkın kullanılmasının sonuçları ayrı başlıklar altında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

nunun 40-46 hükümlerinde, tatil amaçlı taşınmazların bu kapsama girdiğine ilişkin açık bir ifade yoktur. Fakat kanaatimce hükümde geçen konut terimi geniş anlaşılmalı ve Kanunun “mal” tanımına, konutların yanında, tatil amaçlı taşınmazlar da girdiği dikkate alındığında, tatil amaçlı taşınmazların ön ödemeli satın alınması halinde de bu hükümler uygulama alanı bulabilmelidir. Bkz. ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.20.

⁵ Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tanımı ve unsurları hakkında bkz. SİRMEN s.380 vd; ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.4 vd; DOĞAR s.55 vd; ÇABRİ, Şerh, s.647; İNAL, Milli Şerh, Madde 40, s.624; KÜÇÜKAYDIN s.97; MAKARACI s.241 vd.

⁶ GÜMÜŞ (2014) s.250; MAKARACI s.240.

⁷ Bu uyumsuzluk hakkında bkz. ATAMER s.39; ÇABRİ, Şerh, s.409, dn.53.

⁸ Özellikle konumuz olan cayma hakkı bakımından taşınmaz satışlarında bu hakkın bulunmadığı İsviçre Hukukunda kabul edilmiş bulunmaktadır. Bkz. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40a, no.2; KOLLER – TUMLER OR 40a, no.3; DORNIER Art.40a, no.46 vd.

I. CAYMA KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

TBK 1 hükmüne göre sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulur. Bu uygunluk sağlandıktan sonra, irade beyanını geri alıp, sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulmak, kural olarak mümkün değildir. Hatta henüz bu uygunluk sağlanmamış bile olsa, muhatabına yöneltilmiş olan icap ve kabul de kural olarak geri alınmaz.

Kanun çok sınırlı hallerde (TBK 10), icabın veya kabulün geri alınmış sayılmasını şu iki durumdan biri gerçekleşmişse kabul etmektedir:

1. İcabı veya kabulü geri almaya yönelik beyan, diğer tarafa, geri alınacak icap veya kabulden önce ulaşırsa veya
2. İcabı veya kabulü geri almaya yönelik beyan, diğer tarafa, geri alınacak icap veya kabulden sonra ulaşıp olsa bile, diğer tarafça daha önce öğrenilmişse geri alma sonuç doğurur ve icabın veya kabulün bağlayıcılığı söz konusu olmaz.

Fakat icabın veya kabulün muhatabınca öğrenilmesinden sonra söz konusu beyanın geri alınması bu hükme göre mümkün değildir. Eğer geri alınması istenen beyan icapsa, icap muhatabınca öğrenildikten sonra icabı geri almak mümkün değildir⁹. Muhatap kabul beyanında bulunursa sözleşme kurulur. İcapçı buna engel olamaz. Geri alınmak istenen beyan kabulse ve kabul beyanı icapçı tarafından öğrenilmişse, sözleşme kurulmuş sayılır. Kabulcü buna engel olamaz.

İşte henüz sözleşmenin henüz kurulmadığı dönemde, yapılmış olan beyanın geri alınmasını sağlama imkânı yönünden, geri alma hakkından bahsedilir. Bu yönüyle geri alma hakkı, henüz sözleşmesel bağlılığın bulunmadığı (sözleşmenin kurulmadığı) dönemde, açıklanmış irade beyanının olası etkilerini yok etmek için kullanılan bir hak niteliği taşır.

Fakat Kanun Koyucu tarafından bazı borç ilişkilerinde, icap ve kabulün uyuşarak sözleşmenin kurulmasından sonra¹⁰, sözleşmenin kurulmasından itibaren kısa bir süre içinde, özellikle alıcının mala / hizmete gerçekten

⁹ Bunun istisnası, TBK 293 hükmüne göre bağışlamaya yönelik icabın geri alınmasında görülür. Buna göre bağışlama sözleşmesi için icapta bulunan kişi, bu icap karşı tarafça öğrenilmiş bile olsa, muhatabın kabul iradesinin açıklanması anına kadar icabını geri alabilir. Bkz. TÜRKMEN s.89.

¹⁰ BUZ s.90.

ihtiyacı olup olmadığını, satın aldığı malı veya hizmeti piyasada daha uygun olarak edinme imkânının bulunup bulunmadığını tespit edebilmesi açısından, ona kurulmuş bulunan sözleşmeyi serbestçe sona erdirmeye imkânı veren bir hak tanındığı görülmektedir¹¹. Alıcının bu hakla donatılmasının yerinde ve adil görüldüğü hukuki ilişkilerde¹², özel olarak korunmuş bulunan bu tarafa, sözleşmesel ilişkiyi tek taraflı bir beyanla serbestçe sona erdirmeye hakkı verilmiştir. Doktrindeki hâkim görüşe gereğince, alıcıya tanınan bu imkân, alıcıya irade beyanını geri almak suretiyle sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasına engel olmak olduğuna göre, bu hak, sözleşmenin kurulmasına sağlayan irade beyanının geri alınması niteliği taşır ve *geri alma* olarak isimlendirilmelidir¹³.

Aşağıda belirtileceği gibi, bu hakkın bir örneği, TBK 255 / II hükmünde, *geri alma* olarak isimlendirilmişken, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da *cayma* olarak isimlendirilmiştir.

Bu hak hukukumuzda ilk olarak 4077 sayılı Kanun döneminde kapıdan, kampanyalı, mesafeli ve devre mülk / devre tatil satışlarında getirilmiştir¹⁴.

818 sayılı Borçlar Kanununda, bu konuda örnek verilebilecek bir düzenleme yoktur¹⁵. Fakat 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda ise, genel bir

¹¹ AKÜNAL s.96; SEROZAN s.130; ÖZEL (1996) s.131; ZEVKLİLER / ÖZEL s.291; ATAMER s.96; AKİPEK ÖCAL s.402; DOĞAR s.256; GÜMÜŞ (2014) s.185; DEVELİOĞLU (2011) s.536; ÖZEN (2015) s.82; ÇABRİ, Şerh, s.407; ÇABRİ (2016) s.99 vd. KÜÇÜKAYDIN s.59; YILMAZ (2011) s.457; SERT SÜTÇÜ s.4, 5; DERYAL / KORKMAZ s.159; ÜNLÜTEPE s.333; AKÇAAL s.102; BAYSAL s.279; AKDAĞ GÜNEY (alıntı yapılan web sitesinde sayfa no yoktur); MAKARACI BAŞAK / ÖKTEM ÇEVİK s.115, dn.52; KURT s.47 vd; BOZBEL / ATALI (alıntı yapılan web sitesinde sayfa no yoktur); GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Vor. Art.40a-40f, no.1; KOLLER – TUMLER Vor OR 40a-40f, no.2; DONAUER / MÖRİ s.340; HONSELL s.67.

Bu hakkın dönmenden başka bir anlamının olmadığı görüşünde: BUZ s.70, dn.23 ve özellikle s.80, dn.75.

Bir finansman sistemi olan ön ödemeli işlemlerin ve genel olarak kredi ile tüm finansman sözleşmelerinin tüketici açısından taşıdığı risklerin ve özellikle de meselenin davranışsal ekonomi açısından incelenmesi konusunda bkz. ATAMER s.10.

¹² Bu hak İsviçre Hukukunda işyeri dışında kurulan sözleşmeler ve benzeri sözleşmeler esas alınarak kabul edilmiştir. KOLLER – TUMLER Vor OR 40a-40f, no.2; DORNİER Art.40b, no.67 vd; JÖRG no.476.

¹³ SEROZAN s.130; AKİPEK, Milli Şerh, Madde 24, s.504; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.446.

¹⁴ KÜÇÜKAYDIN s.6; KİBAR s.2816.

¹⁵ Temsil yetkisinin geri alınması (azil); vasiyetnamenin geri alınması ve bağıştan rücu kavramlarının, açıklanan cayma hakkıyla aynı temelde bulunmadıkları kabul edilerek bu kanaat

geri alma / cayma hakkı bulunmamakla birlikte, bu kurumun tek örneğinin bulunduğu söylenebilir: Taksitle (ve ön ödemeli taksitle) satışa ilişkin TBK 255 hükmü.

TBK'nın, ön ödemeli satış sözleşmelerine de uygulanan, taksitle satış sözleşmesine ilişkin 255. maddesi hükmü şöyledir:

“3. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması MADDE 255-

Taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasını eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığı satıcıya yazılı olarak bildirebilir. Bu haktan önceden feragat edilemez. Geri alma bildiriminin sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir.

Satıcı geri alma süresi içinde malı alıcıya devretmişse alıcı, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur.

Alıcının geri alma hakkını kullanması hâlinde, kendisinden cayma parası istenemez.”

İşte bu hükümlerle, icap ve kabul ile kurulmuş olan taksitle satış sözleşmesinin, satıcı için derhal bağlayıcılık kazandığı, fakat alıcı açısından ise, 7 günlük süre içinde geri alma beyanında bulunulmaması kaydıyla hüküm ve sonuç doğurduğu anlaşılmaktadır. Bu 7 günlük süre içinde sözleşme satıcı için bağlayıcı iken, alıcı için henüz bağlayıcı değildir¹⁶. Alıcı geri alma hakkını kullanırsa, sözleşme artık satıcı için de bağlayıcı olmayan bir hale gelir. Fakat alıcı 7 gün içinde geri alma hakkını kullanmaz veya bundan (sonradan) açık ya da örtülü olarak vazgeçerse, sözleşme alıcı için de bağlayıcı hale gelir. Bu ihtimalde cevaplanması gereken soru, sözleşmenin alıcı için akdedildiği tarihten itibaren mi, yoksa 7 günlük sürenin dolduğu (geri alma hakkından vazgeçildiği) tarihten itibaren mi hüküm doğurduğudur.

Kanaatimce bu durumda sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren her iki taraf için de bağlayıcı hale geldiğinin kabul edilmesi uygun olur. Böylece

açıklanmıştır. Bkz. ve Karş. ÖZEL (1996) s.133 vd.

¹⁶ KÜÇÜKAYDIN s.61; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.449; İNAL, Milli Şerh, Madde 43, s.696; YILMAZ (2011) s.457; AKÇAAL s.102.

geri alma hakkından açık veya örtülü vazgeçmenin, geçmişe etkili olarak etki yaratacağını kabul etmiş bulunmaktayız¹⁷.

Böylece TBK 255 hükmünde düzenlenen geri alma hakkı, erteleyici, olumsuz bir iradi şart olarak nitelendirilebilir¹⁸.

İradi bir şarttır: Bu hakkın kullanılması, doğrudan hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine, hak sahibi karar verecektir.

Erteleyici şarttır¹⁹: Çünkü sözleşme akdedildiği anda alıcı için derhal bağlayıcı hale gelmez²⁰. Eğer geri alma hakkının kullanılması bir bozucu şart olsaydı, alıcının sözleşmeyle derhal bağlandığını söylemek gerekecekti. Fakat Kanunun (TBK 255 / I, c.1) açık hükmü buna engeldir²¹.

Fakat klasik anlamdaki erteleyici şarttan farkı, etkisini ileriye dönük olarak değil, sözleşmenin akdi anından itibaren (geçmişe etkili olarak) göstermesidir²². Nitekim TBK 170/II hükmünde, erteleyici şarta bağlı bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını, aksi kararlaştırılmadıkça şartın gerçekleştiği tarihten ileriye dönük olarak doğuracağı belirtilmiştir. Dikkat

¹⁷ GÜMÜŞ (2017) s.149. Cayma hakkından vazgeçme halinde, sözleşmenin cayma süresinin sona erdiği tarihte hüküm ifade etmeye başlayacağı görüşünde: İNAL, Milli Şerh, Madde 43, s.699.

¹⁸ DEVELİOĞLU (2011) s.536; DEVELİOĞLU (2014) s.916; KİBAR s.2824; KÜÇÜKAYDIN s.61. Bu geri alma hakkının hukuki niteliği konusunda ayrıca bkz. GÜMÜŞ (2017) s.148.

¹⁹ Burada şarta bağlanmış bulunan sözleşmenin kurulması değil, hüküm ve sonuçların doğmasıdır. Bkz. TEK s.70.

²⁰ AKÜNAL s.98; KÜÇÜKAYDIN s.61; YILMAZ (2011) s.457; DEVELİOĞLU (2011) s.535. Karş. MAKARACI BAŞAK / ÖKTEM ÇEVİK s.114. 4077 sayılı Kanun döneminde de bu yönde: KURT s.55.

²¹ Doktrindeki hâkim görüşte Tüketici Kanunu açısından, cayma hakkının kullanılmasının erteleyici değil, bozucu nitelik taşıdığı kabul edilmektedir: ZEVKLİLER / ÖZEL s.218; ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.105; AKİPEK, Milli Şerh, Madde 24, s.505; ÇABRİ, Şerh, s.409, s.683; ÖZEL (2016), s.171; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.448; YÜCE / ÇAKMAKLI, Milli Şerh, Madde 47, s.750; BOZBEL / ATALI (alıntı yapılan web sitesinde sayfa no yoktur); AYDOĞDU s.90; ÜNLÜTEPE s.333; SERT SÜTÇÜ s.7; DOĞAR s.263; HOROZ s.39; TOLA s.138; İNAL, Milli Şerh, Madde 43, s.698. Fakat bu sonuncu yazar, aynı eserin başka bir yerinde ise, cayma hakkının erteleyici şart niteliği taşıdığını beyan etmiştir. İNAL, Milli Şerh, Madde 43, s.710.

İsviçre hukuku için de bu yönde: GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.1; DÖRNIER Art.40f, no.130.

²² Bkz. ve karş. GÜMÜŞ (2014) s.266.

edilirse bu hükümde, erteleyici şartın gerçekleşmesiyle, hukuki işlemin etkisini ileriye dönük olarak gerçekleştirmesi ilkesinin emredici olmadığı da belirtilmiştir. İşte bu olayda, işin niteliğinden doğan bir istisnanın bulunduğu kabul edilebilir.

Olumsuz bir şarttır: Çünkü alıcının bağlanması, geri alma hakkının kullanılmasına bağlıdır. Geri alma hakkının kullanılmaması, sözleşmenin hüküm doğurmasını sağlar.

Görüldüğü gibi TBK 255 hükmünde düzenlenen bu geri alma hakkı, alıcıya sebepsiz olarak sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulma, daha doğrusu kendisine bağlayıcılığı önleme imkânı verir. Böylece alıcı taksitle satın aldığı mala gerçekten ihtiyacı olup olmadığını inceleme olanağı elde etmiş olur.

TBK 255 hükmüyle taksitle menkul satışları için getirilmiş bulunan ve TBK 273 gereğince ön ödemeli taksitle satış için de geçerli olan bu geri alma hakkı²³ olarak adlandırılmış bulunan bu hak, asıl uygulama alanını tüketici hukukunda bulmaktadır. Fakat bu hak Tüketici Kanununda *cayma* hakkı olarak isimlendirilmiştir. Bu sebeple Tüketici Kanununda düzenlenen cayma hakkının, aslında TBK 255 anlamında geri alma hakkı niteliği taşıdığı genel olarak kabul edilmektedir²⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda tüketiciye genel bir cayma hakkı tanınmış değildir. Sadece Kanun Koyucu bazı ilişkilerde özel olarak cayma hakkının varlığını kabul etmiştir. Buna göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenen toplam yedi özel cayma hakkı şöyledir²⁵:

²³ TBK hükümlerine tabi ön ödemeli menkul satışlarında, malın teslimi sözleşme sırasında gerçekleşmediğinden, TBK 255 / II hükmü, ön ödemeli menkul satışlarına uygulanamaz. Bkz. DEVELİOĞLU (2014) s.916.

²⁴ SİRMEN s.388; ZEVLİLİLER / ÖZEL s.218; ATAMER s.99; AKİPEK, Milli Şerh, Madde 24, s.504; ÇABRİ, Şerh, s.7 ve özellikle s.682; ÇABRİ (2016) s.103; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.447; YÜCE / ÇAKMAKLI, Milli Şerh, Madde 47, s.750; ÖZEL (2016), s.170; SERT SÜTÇÜ s.6; ÜNLÜTEPE s.333; KURT s.53; AYDOĞDU s.90. Doktrinde BAYSAL (s.274, dn.2) ise, cayma ve geri alma kavramlarının kullanımına ilişkin olarak şöyle bir kanaat açıklamaktadır: Geri geri alma terimi, henüz sözleşmenin kurulmadığı dönemde irade beyanının geri alınması için kullanılabilirken; cayma terimi ise sözleşmenin kurulmasından sonra, kurulmuş bulunan sözleşmedeki bağlayıcılığı sona erdiren etkiyle işlemler için kullanılmalıdır. Buna göre bağlılık varsa söz konusu olan hukuki kavram cayma iken, bağlılığın olmadığı aşamada ise geri alma kavramı söz konusudur.

²⁵ Bu maddelerde düzenlenen cayma hakkı konusunda topluca bir inceleme niteliğinde olmak üzere bkz. KİBAR s.2816 vd.

1. Taksitle satışlara ilişkin TKHK m.18.
2. Tüketici kredisi sözleşmesi hakkında TKHK m.24.
3. Ön ödemeli konut satışlarında TKHK m.43.
4. İşyeri dışında kurulan sözleşmelerde TKHK m.47/5.
5. Mesafeli sözleşmelerle TKHK m.48/4.
6. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde TKHK m.49/5.
7. Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinde TKHK m.50/6.

Kanun Koyucu cayma hakkını genel bir hükümlle düzenlemeyip, bu yedi hukuki ilişkide özel olarak tek tek düzenleme yolunu tercih ettiğinden, bazı hükümler arasında farklılıklar doğduğu görülmektedir. Bunlardan bazıları bu çalışmada da incelenecektir.

Fakat öncelikle belirtelim ki, ön ödemeli konuş satış veya satış vaadi sözleşmeleri, satıcının işyeri dışında akdedilse bile, Kanunun iş yeri dışında akdedilen sözleşmelere ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaz²⁶. Aynı şekilde mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler, konut satışlarına uygulanmaz^{27, 28}.

²⁶ ÖZ s.141. *İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği* (RG, 14.01.2015, S. 29236) “**Kapsam MADDE 2 – ...** (2) Bu Yönetmelik hükümleri; ... b) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, c) Konut kiralama, ç) Paket turlar; d) Devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi ... ile ilgili sözleşmelere uygulanmaz.”

²⁷ *Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği* (RG, 27.11.2014, S.29188) “**Kapsam MADDE 2 – ...** (2) Bu Yönetmelik hükümleri; ... d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, e) Konut kiralama, f) Paket turlar; g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi, ... ile ilgili sözleşmelere uygulanmaz.”

²⁸ Bu sebeple, yeni bir Karar olmasına rağmen, *YHGK'nun 04.10.2018, 13-544 / 1421* sayılı kararı 6502 sayılı Kanun hükümleri karşısında, güncel olmayan bir karardır.

“... 4077 sayılı Kanun'un bu yeni uygulamasında tüketicinin sözleşmeden cayma hakkı ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa gerek tüketici hukukunun ruhu ve kapıdan satış, mesafeli satış gibi diğer sözleşmelerdeki kanun hükümleri, gerekse uluslararası alanda (Avrupa Birliği, 1994/47/AT sayılı, 26.10.1994 tarihli Yönetmeliği) karşımıza çıkan uygulamalar; devre tatil sözleşmelerinde de tüketicinin cayma hakkının bulunduğu kabul edilmesini gerektirmektedir. Bu doğrultuda oluşturulan yargısal kararlarla, devre tatil sözleşmelerinin ülkemizde tezahürünün çoğunlukla önceden herhangi bir mutabakat olmaksızın toplantılı grup satışları, tanıtım broşürü üzerinden pazarlama şeklinde ortaya çıktığı da göz önünde bulundurularak, devre tatil sözleşmesini imzalayan tüketicinin cayma hakkı yönünden kapıdan satışla ilgili mevzuat hükümlerinden faydalanması imkânı sağlanmıştır.”

Ayrıca belirtelim ki, cayma hakkının varlığı icabın kimden geldiğine bağlı olmaksızın bulunmaktadır. Buna göre icap alıcıdan gelmiş olsa bile, alıcı koşulları varsa cayma hakkını kullanabilir²⁹.

Cayma hakkı, tüketici lehine emredicidir. Bu hakkın kullanımını zorlaştıran her kayıt geçersizken, kolaylaştıran hükümler geçerlidir³⁰.

Kapıdan satış sözleşmeleri ise 4077 sayılı Kanun'un 4822 sayılı Kanun ile değişik 8'inci maddesinde düzenlenmiş olup bu madde hükmüne göre;

“Kapıdan satış; iş yeri, fuar, panayır gibi satış mekânları dışında yapılan satımlardır. Bakanlık, kapıdan satış yapacaklarda aranılacak nitelikleri, bu Kanuna tabi olan ve olmayan kapıdan satışları ve kapıdan satışlara ilişkin uygulama usul ve esaslarını belirler. Bu tür satışlarda; tüketici, teslim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde malı kabul etmekte veya hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir yükümlülük altına girmeden reddetmekte serbesttir. Hizmetlerin satımında ise bu süre, sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren başlar. Bu süre dolmadan satıcı veya sağlayıcı, kapıdan satış işlemine konu mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez. Satıcı, cayma bildirimini kendisine ulaştığı andan itibaren yirmi gün içerisinde malı geri almakla yükümlüdür”.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, kapıdan satış sözleşmelerinde cayma süresi; sözleşmenin mal alımına ilişkin olması durumunda malın teslimi tarihinde, hizmet alımına ilişkin olması hâlinde ise sözleşmenin imzalandığı tarihte başlar.

Devre tatil sözleşmeleri çoğunlukla yalnızca belli bir odanın ya da taşınmazın belli dönemlerde kullanılmasından ibaret değildir; tüketiciler aynı zamanda tesisten ve tesiste verilen hizmetlerden de istifade ederler. 4077 sayılı Kanun'a tabi uyumsuzluklar yönünden devre tatil sözleşmelerinde tüketicinin cayma süresinin başladığının kabul edilebilmesi için tüketicinin sözleşmede kendisine tahsis edilen oda veya bölümü fiilen görmesi ve bu surette gerçek anlamda teslimin sağlandığının bu iddiayı ileri süren tarafından ispatlanması gerekir. Diğer bir anlatımla tecrübe ve muayene koşullu olan bu tip satışlarda cayma hakkının hizmetin ifasından sonra başlayacağı kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı tüketicinin sözleşme konusu olan tesise hiç gitmediği, tatil hakkını kullanmadığı anlaşılmıştır. O hâlde, tüketici tatil hakkından faydalanmadığına göre sözleşme imzalanmış olsa dahi cayma hakkı süresinin askıda kaldığı, davacının gönderdiği 09.01.2012 tarihli ihtarname ile cayma hakkını süresinde kullandığı ve buradan hareketle sözleşmenin feshi ve ödemelerin iadesi talebinin de haklı olduğu sonucuna varılmalıdır.” (www.kazanci.com.tr, Erişim:01.03.2019)

Dikkat edilirse bu karar, 4077 sayılı Kanun dönemindeki bir sözleşmeye ilişkindir. Bu nedenle benzer olay, 6502 sayılı Kanun döneminde gerçekleşseydi, Mahkemenin verdiği karar hatalı olacaktı.

²⁹ ÖZEN (2015) s.84; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.451; KOLLER – TUMLER OR 40b, no.1 vd.

İsviçre hukukunda cayma hakkının bulunduğu hallerde, eğer alıcının malı veya hizmeti açıkça istediği anlaşılıyorsa, sözleşme kurulması işlemleri alıcı tarafından başlatılmışsa, cayma hakkının bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. KOLLER – TUMLER OR 40c, no.2; DORNIER Art.40c, no.95 vd.

³⁰ GÜMÜŞ (2017) s.148; ZEVKLİLER / ÖZEL s.219; DOĞAR s.259; SERT SÜTÇÜ s.24, s.50; GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Vor.Art.40a-40f, no.10.

Cayma hakkı yenilik doğurucu bir hak olduğu için, kural olarak şarta bağlanamaz, geri alınamaz³¹.

II.CAYMA HAKKINI KULLANMA SÜRESİ İÇİNDE SÖZLEŞMENİN HUKUKİ DURUMU

Yukarıda ifade edildiği üzere, TBK 255 / II hükmünde düzenlenen geri alma hakkı, geciktirici yenilik doğurucu bir hak niteliği taşır. Fakat Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda geçen tüm cayma halleri için tek bir nitelik tespiti yeterli değildir. Cayma hakkı, TBK 255 / II hükmünde olduğu gibi tüketici açısından hüküm ve sonuçların doğmasını geciktirici bir etki yaratabileceği gibi (geçersizlik modeli); tüketicinin derhal bağlanmasının kabul edilmesi suretiyle, tüketici açısından bozucu yenilik doğurucu bir hak niteliği de taşıyabilir (geçerlilik modeli)³². Kanun koyucu cayma hakkını bu iki biçimin biriyle düzenleyebilir. Bu sebeple Tüketici Kanununun çeşitli maddelerinde düzenlenen cayma hallerinin tamamının bozucu veya tamamının erteleyici etki yarattığının kabul edilmesi yerine, bu nitelenmenin yapılmasında, ilgili cayma hakkının düzenlenmesindeki amaca ve tüketicinin cayma anına kadar sözleşmeyle bağlı tutulup tutulmasının adil olup olmayacağı gibi hususlara göre bir nitelendirme yapılmalıdır³³.

Kibar, bu perspektiften yaptığı değerlendirme sonucunda, TBK 43 / III hükmünde geçen, *cayma hakkı kullanılırsa, taraflar aldıklarını iade eder* anlamına gelen cümleden yola çıkarak, cayma hakkının kullanılmasından önce sözleşmenin hüküm doğurduğunun kabul edilebileceğini, bu sebeple bu halde cayma hakkının bozucu yenilik doğuran bir hak olduğunu ileri sürmektedir³⁴.

Kanaatimce bu hükümden böyle bir anlam çıkarmak mümkün olmadığı gibi, TKHK 43 hükmü, kanun koyucunun konuyla ilgili bir tercihte bulunduğunu çıkarmak için de elverişli değildir. Bu sebeple, meselenin TBK'nın taksitle satış sözleşmesindeki genel anlayışına uygun olarak erteleyici bir etkinin bulunduğu biçiminde yorumlanması uygun olur.

³¹ ZEVKLİLER / ÖZEL s.291; ÖZEL (1996) s.160; DOĞAR s.267; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.451; GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40b, no.11.

³² Bkz. AKDAĞ GÜNEY (alıntı yapılan web sitesinde sayfa no yoktur); KİBAR s.2821; ÖZEN (2015) s.83.

³³ KİBAR s.2824. Bu yönde: AKDAĞ GÜNEY (alıntı yapılan web sitesinde sayfa no yoktur). Karş. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40b, no.11.

³⁴ KİBAR s.2836.

Bu sebeple kanaatimce, ön ödemeli konut satış (satış vaadi) sözleşmesi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmasına rağmen, alıcının cayma hakkını kullanmaması biçimindeki erteleyici olumsuz şarta bağlı olarak kurulmuş sayılır. Alıcı cayma hakkını kullanılırsa hiçbir zaman hüküm doğurmayacaktır. Alıcı cayma hakkını kullanmazsa, sözleşme kurulduğu tarihten itibaren her iki taraf için de hüküm doğurur hale gelecektir³⁵.

Kabul ettiğimiz görüş gereğince, cayma süresi içinde sözleşme satıcı için bağlayıcı, alıcı için ise henüz bağlayıcı olmayan bir durumdadır. Bu sebeple alıcı henüz borç altına dahi girmiş sayılmaz.

Cayma hakkının kullanılabilmesi döneminde henüz alıcı sözleşmeyle bağlı olmadığına göre, hukuken satıcıya karşı bir borç altına girmiş de değildir. Borcun varlığı bir itiraz nedeni olduğundan, mahkemece resen dikkate alınır. Mesela sözleşmede alıcının 2 gün içinde 50.000 TL ödeyeceği yazılmış bile olsa, satıcı cayma hakkı düşmediği sürece bu tutarın ödenmesini isteyemez. Alıcı 7 gün içinde cayma hakkını kullanmazsa, sözleşme baştan itibaren bağlayıcı olacağı için, artık ifa talep edilebilir hale gelmiş sayılmalıdır. Fakat alıcı süresi içinde cayma hakkını kullanmazsa, bu borç ikinci günün sonunda muaccel hale gelmiş olacaktır.

Fakat ilginçtir ki, Kanun Koyucu devre mülk satışlarında (devre tatilde değil), cayma süresi dolmadan satıcının alıcıdan talepte bulunmasına yönelik hükümlerin geçerli olacağını belirtmiştir (TKHK 50 / 6, c.2). Kanaatimce alıcı, cayma hakkına sahip olduğu bir dönemde, sözleşmeyle henüz bağlı olmadığına göre, bu ihtimalde de satıcıya karşı ödemeye yükümlü değildir. Bu sebeple bu hükmün genelleştirilerek ön ödemeli konut satış sözleşmelerine uygulanması doğru olmayacaktır.

Cayma süresi içinde bağlı kredi sözleşmesi akdedilmişse, bu sözleşme alıcı için, cayma süresinin dolmasıyla hüküm doğuracaktır. Bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir³⁶.

Cayma hakkının varlığının hasar ve yarar üzerindeki etkisi ayrıca incelenmelidir.

³⁵ Sözleşme hazır olmayanlar arasında kuruluyorsa, ki bu durum noterde düzenlenen veya tapu sicil müdürlüğünde yapılan bir işlemde mümkün değildir, sözleşme kabul beyanının gönderildiği tarihte hüküm doğurur. Bu durum konumuz açısından istisnaen, ancak adi yazılı ön ödemeli konut satış / satış vaadi sözleşmesinde mümkündür.

³⁶ Bkz. aşa. IV, D.

Sözleşmenin konusu menkul bir eşya ise, hasar riski ve yarar, kural olarak teslimle (zilyetliğin devriyle) birlikte alıcıya geçer (TBK 208). Bu sebeple menkul eşyanın konu olduğu bir satış sözleşmesinde mal alıcıya teslim edilmişse, cayma hakkının kullanılmamış olması kaydıyla hasar ve yarar alıcıya aittir. Fakat alıcı cayma hakkını kullanırsa, bu durumda sözleşme baştan itibaren hüküm doğurmaz hale geleceği için, mala gelen hasar ve yarar satıcıya ait olacaktır. Daha açık bir ifadeyle, alıcının kusuru olmaksızın malın cayma hakkının kullanılabilmesi bir dönemde hasar görmesi halinde, alıcı cayma hakkını kullanırsa, malı mevcut haliyle iade etmekle yükümlü olur. Bu durumda hasara, halen malik olan satıcı katlanır, alıcının mala gelen hasardan sorumlu olması, ancak onun kusurlu bulunmasına bağlıdır.

TBK 208 hükmüne göre taşınmaz satışında ise hasar ve yarar alıcıya tescille geçer. Bu sebeple, ön ödemeli konut satışı vaadi sözleşmesinde, cayma hakkı süresi içinde de sonrasında da hasar riski zaten satıcıda olduğuna göre, meselenin özellikli bir yanı yoktur.

Fakat ön ödemeli konut satışında ise, taşınmazın teslimi tescilden sonra gerçekleşecekse, hasar ve yarar, daha sonra gerçekleşecek olan teslimle birlikte alıcıya geçer. Bu sebeple, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, cayma hakkı süresi içinde tescil ve teslim birlikte yapılmamış olacağından³⁷, hasar riski, ancak tescil ve teslimle birlikte alıcıya geçecektir. Bu yönüyle cayma hakkının varlığı veya cayma hakkının kullanılmaması, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde hasar/yarar konusu açısından önem taşımaz. Her durumda hasar ve yarar, tescil ve teslimin gerçekleşme anına kadar satıcıya aittir.

III. CAYMA HAKKININ KULLANILMASININ KOŞULLARI

A. Alıcının Cayma Hakkını Kullanması İçin Herhangi Bir Haklı Sebebe Dayanmasının Gerekli Olmaması

Cayma hakkının kullanılabilmesi, satıcının borca aykırı davranışına veya diğer herhangi bir haklı sebebin varlığına bağlı değildir³⁸. Alıcı, herhangi bir haklı sebebe dayanmaksızın, özellikle de satıcının herhangi bir borca aykırı davranışına bağlı olmaksızın cayma hakkını serbestçe kullanabilir.

³⁷ Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde, 14 günlük cayma süresi içinde hem teslimin, hem de tescilin gerçekleşmesi pratik olarak mümkün olmasa gerekir.

³⁸ GÜMÜŞ (2014), s.262; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.451; GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40b, no.11; DONAUER / MÖRİ s.340.

Cayma hakkı tüketici yararına nispi emredici biçimde düzenlenmiştir. Bu nedenle, sözleşmeyle bu hakkın sınırlandırılması, kullanımının belli bir sebebe bağlanması, beyanda bazı gerekçeler gösterilmesinin gerektiğinin belirtilmesi, kullanımı halinde bir cezanın ödeneceğinin veya tüketicinin bazı haklarını kaybedeceğinin kararlaştırılması geçersizdir³⁹.

Cayma hakkının kullanılması için herhangi bir haklı sebebe ihtiyaç olmamakla birlikte, alıcının bir sebebe bağlanmış biçimde bu hakkı kullanması halinde, bu sebebin doğru ve yeterli olup olmadığından bağımsız olarak cayma sonuç doğurur⁴⁰.

Ayrıca beyanda *cayma* gibi teknik bir terime ihtiyaç olmayıp, alıcının herhangi bir biçimde sözleşmeyle bağlı olmak istemediğini bildirmiş olması, süresi içindeyse, bu beyanın cayma olarak kabul edilmesini mümkün hale getirir.

B. Şekil Yönünden

Taksitle satış sözleşmesine ilişkin TBK 255 hükmünde, geri alma hakkının ancak yazılı biçimde kullanılabileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde ön ödemeli taksitle satışlara ilişkin TBK 273 hükmüne göre, alıcının geri alma hakkı konusunda taksitle satışa ilişkin hüküm (TBK 255) uygulama alanı bulur. Bu sebeple ön ödemeli taksitle satış sözleşmelerinde de geri alma hakkı yazılı olarak kullanılır.

Fakat Tüketici Kanununda düzenlenen cayma hakkı düzenlemelerinde olduğu gibi, ön ödemeli konut satış sözleşmesine ilişkin hükümler içinde de bu sözleşmeden cayma hakkının şekli konusunda bir düzenleme yoktur.

Ancak Kanunda geçen gönderme teriminden, bunun en azından yazılı bir beyanla kullanılmasının düşünüldüğü sonucu çıkarılabilir. Fakat Kanunda, yazılı şekil zorunluluğu da açıkça getirilmiş değildir. TBK 255’de geçen yazılılık kuralının kıyas yoluyla uygulanması da mümkün değildir. Bu nedenle cayma beyanının Kanuna göre, kanıtlanabildiği ölçüde sözlü olarak da yapılması mümkündür⁴¹.

³⁹ ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.452; İNAL, Milli Şerh, Madde 43, s.697; KOLLER – TUMLER Vor OR 40a-40f, no.4.

⁴⁰ DOĞAR s.258; SERT SÜTÇÜ s.6.

⁴¹ Taksitle satış için aksi görüşte: ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.453.

Fakat Yönetmelikte (md.8/II) cayma bildiriminin noter aracılığıyla gönderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanunda yer almayan böyle bir şekil şartının Yönetmelikle getirilmesi mümkün değildir⁴². Bu nedenle, yazılı olarak yapılan cayma bildirimini de ve hatta kanıtlanabildiği ölçüde⁴³ sözlü (veya e-mail yoluyla yapılan) bildirim de geçerlidir⁴⁴. Elbette ki bu konudaki (cayma hakkının süresi içinde yapıldığını) ispat yükü cayma hakkını kullanandır⁴⁵.

Uygulamada iadeli taahhütlü mektupla gönderim biçiminde bir yöntemin kullanıldığına rastlanılmaktadır. Fakat bu yöntemde, mektubun içeriği belli olmadığından, alıcı açısından ispat sorunu yaşanması muhtemeldir. Bu nedenle içeriğin de ispatlanabileceği bir biçim olan, noterlikten gönderim daha tedbirli bir seçenektir.

Kanunda cayma hakkının şekli konusunda bir hüküm bulunmadığından, sözleşmeyle böyle bir şartın getirilmesi de kanaatimce mümkün değildir. Çünkü aksinin kabulü, alıcının cayma hakkını kullanmasını zorlaştırma anlamına gelir.

C. Süre Yönünden

1. Genel olarak

Cayma hakkının kullanılabilmesi süre 14 gündür. Bu 14 günlük süre sözleşmeyle birlikte işlemeye başlar⁴⁶. Bu husus Yönetmeliğin 8 / 1

⁴² ATAMER s.239; DOĞAR s.266; ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.106; KARA s.895; SERT SÜTÇÜ s.105.

Ön ödemeli konut satışından caymanın noterlikçe yapılmasının gerektiği, fakat bunun bir ispat şekli olduğu görüşünde: İNAL, Millî Şerh, Madde 43, s.697. Kanuna aykırı olarak Yönetmelik’le getirilen bu şekle aykırılığın kesin hükümsüzlüğe neden olacağı görüşünde: ÇABRİ, Şerh, s.685.

⁴³ Cayma bildirimini hukuki işlem benzeri bir irade beyanı olduğuna ve genellikle de taşınmazın değeri yazılı delille ispat kuralı limitinin üstünde olacağına göre, tüketicinin cayma bildirimini yapıldığını tanımlamaya çalışması, karşı taraf muvafakat etmediği sürece mümkün değildir.

⁴⁴ İsviçre hukukunda da caymanın hiçbir şekle tabi olmadığı açıkça kabul edilmiştir. KOLLER – TUMLER OR 40e, no.2.

⁴⁵ Bu husus OR 40e / I, c.2’de açıkça ifade edilmiştir.

⁴⁶ Genel olarak değerlendirildiğinde, cayma hakkının temelinde yatan sebep, tüketicinin satın aldığı mal veya hizmete gerçekten ihtiyaç duyup duymadığını sakince inceleyebilmesini, satın aldığı malın kendi ihtiyaçlarını karşılamak için uygun olup olmadığını denetleyebilmesini sağlamaktır. Bunun tam olarak gerçekleşmesi de malın tüketiciye teslim edilmiş olmasıyla mümkündür. Zira tüketici ancak bu andan itibaren sağlıklı bir biçimde malın ihtiyaçlarına uygun olup olmadığını denetleme imkânı kazanır.

hükümünde açıkça belirtilmiştir⁴⁷. Bu sebeple, bu sürenin işlemeye başlaması için, taşınmazın alıcıya teslim edilmesine (veya alıcı adına tescile) gerek yoktur. Yani alıcı, taşınmaz kendisine teslim edilmeden önce, cayma hakkını kaybetmiş olabilir⁴⁸.

Fakat ön ödemeli konut satış sözleşmesinde bu ilke benimsenemez. Aksi takdirde alıcının cayma süresi, konutun tamamlanarak teslim edilmesi üzerine başlayacaktır. Bunun anormal bir dengesizliğe neden olacağını dikkate alan Kanun Koyucu, bu sürenin teslimden değil, sözleşmeden başlamasını düzenlemiştir.

⁴⁷ Ön Ödemeli Konut Satış Yönetmeliği, *Cayma hakkı Madde 8* – “(1) Tüketici, *sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içinde*, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.”

⁴⁸ Cayma hakkının düzenlendiği diğer hükümler incelendiğinde, teslimin, sürenin işlemeye başlaması için gerekli olup olmadığının ayrıca dikkate alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Zira bazı durumlarda teslim, cayma süresinin işlemeye başlaması için gerekiyken, bazı durumlarda ise gerekli değildir.

Taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkını düzenleyen TKHK m. 18 / 3, c.1 hükmüne göre, “*Satıcı cayma süresi içinde malı tüketiciye teslim etmişse tüketici, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde tüketici cayma hakkını kullanamaz.*” Bu hükümden anlaşıldığı üzere taksitle satışta, cayma süresinin işlemeye başlaması için teslim zorunlu değildir. Fakat Taksitle Satış İşlemleri Hakkında Yönetmelik’te (RG, 14.01.2015, S. 29236), net bir biçimde cayma süresinin teslimden önce başlamayacağı düzenlenmiştir. “*Cayma hakkı MADDE 7 – (1) Tüketici, yedi gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. (2) Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir. (3) Mal teslimi ile hizmet ifasının birlikte yapıldığı sözleşmelerde mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanır.*”

Borçlar Kanununa tabi taksitle satışlarda ise, TBK 255 hükmüne göre cayma (geri alma) süresinin işlemeye başlaması için teslim zorunlu değildir. “*Taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alıcı, bu süre içinde irade açıklamasını geri aldığı satıcıya yazılı olarak bildirebilir. ... Satıcı geri alma süresi içinde malı alıcıya devretmişse alıcı, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur. ...*”

Tüketici kredilerinde cayma hakkını düzenleyen TKHK m. 24 / 3, c.1 hükmüne göre, “*Cayma hakkını kullanan tüketicinin krediden faydalandığı hâllerde, tüketici, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri öder.*” Bu hükümden anlaşıldığı üzere, tüketici kredisi sözleşmesinde cayma süresinin işlemeye başlaması için kredinin kullanılmış olması zorunlu değildir. Bu husus Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde (RG. 22.05.2015, S. 29363) açıkça şöyle düzenlenmiştir: “*Madde 24/2: Cayma hakkı süresi, sözleşmenin kurulduğu tarihte başlar. Ancak sözleşmenin bir örneğinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verildiği tarihin sözleşmenin kurulduğu tarihten daha sonra olması durumunda, bu süre, tüketicinin sözleşmenin bir örneğini aldığı tarihten itibaren başlar.*”

Bu sonuncu cümleyi eleştirel anlamda kullanmadığımızı belirtelim. Zira ön ödemeli konut satışında, cayma süresinin teslimle başlayacağını iddia edilmesi, dönme hakkıyla yarışan, bazı durumlarda dönme hakkının düşmesinden sonra bile cayma hakkının kullanılabilmesi gibi bir durumun doğmasına neden olabilir. Cayma süresinin taşınmazın tesliminden önce başlamayacağı kabul edildiğinde, mesela taşınmazın tapu devri ve teslimi, sözleşmeden 26 ay sonra yapılırsa, alıcının dönme hakkı düşmüş olmasına rağmen, cayma hakkının kullanılabileceğini kabul etmek gibi, Kanunun temel mantığına aykırı bir durum ortaya çıkabilir. Bu sebeple, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde cayma hakkının kullanılmasının teslimle bir ilişkinin olmadığı açıktır.

Ayrıca belirtelim ki, taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmeleri, mesafeli sözleşme veya iş yeri dışında kurulan sözleşme hükümlerine tabi olmadığından, mesafeli sözleşme veya iş yeri dışında kurulan sözleşmelere

İşyeri dışında kurulan sözleşmeleri düzenleyen TKHK 47 / 5 hükmüne göre: “*Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. ... Tüketici, cayma süresi içinde malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.*” Bu hükümde, cayma hakkının sözleşmeyle mi, teslimle mi başlayacağı açıkça belirtilmemiştir. Fakat İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliğinde (RG, 14.01.2015, S. 29236) sürenin teslimle başlayacağı düzenlenmiştir. “*Cayma hakkı Madde 8 – (1) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. (2) Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içerisinde de cayma hakkını kullanabilir.*”

Mesafeli sözleşmeler bakımından da aynı durum geçerlidir. Mesafeli Sözleşmelere ilişkin 48 / 4 hükmüne göre: “*Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. ... Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.*” Mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinde (RG, 27.11.2014, S. 29188) sürenin teslimle başlayacağı düzenlenmiştir: “*Cayma hakkı Madde 9 – (1) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. (2) Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir.*”

Devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri düzenleyen TKHK 50 / 6 hükmüne göre: “*Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.*” Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği’nde (RG, 14.01.2015, S. 29236) bu sürenin, teslimden değil, sözleşmeden başlayacağı açıkça düzenlenmiştir: “*Cayma hakkı Madde 7 – (1) Tüketici, bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen sözleşmelerin kurulmasından itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkına sahiptir.*”

ilişkin bir özellik olan, cayma süresinin malın teslimiyle başlaması kuralı, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri için uygulanamaz. YHGK'nun aksi yöndeki bir kararının⁴⁹, 4077 sayılı TKHK hükümleri dönemine ilişkin olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

14 günlük süre, işgünü olmayıp, 14 tam günü ifade eder. Cayma süresinin son günü, kanunlarda tatil olarak belirtilen bir güne rastlarsa, süre tatili izleyen ilk işgününe uzar⁵⁰ (TBK 93 / I). TBK 93 / II hükmünde geçen, TBK 93 / I hükmünün aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğuna ilişkin hüküm, tüketicinin cayma hakkı için geçerli değildir. Çünkü aksinin kabulü, cayma hakkının kullanımını tüketici aleyhine zorlaştırmaktadır.

Cayma hakkı, süreye bağlı bir hak olduğundan, zamanaşımının durması veya kesilmesine ilişkin hükümler uygulanmaz⁵¹.

Cayma beyanı, ulaşması gereken bir irade beyanı niteliği taşır⁵². Fakat cayma hakkının kullanılmasına ilişkin beyanın, bu süre içinde gönderilmesi yeterli olup, ayrıca ulaşması gerekmez⁵³. Fakat kanaatimce bu sonucun kabulü için, caymaya ilişkin irade beyanının, muhatabın bilinen adresine yönlendirilmesi gerekir. Alıcı, elinde muhatabının bir adresi olduğu halde, cayma bildirimini başka bir adrese gönderirse, bu beyanın süresi içinde gönderildiği iddia edilememelidir. Fakat alıcıya hiçbir biçimde satıcının adresi bildirilmemişse alıcı, bu bildirim gönderebileceği bir adresin kendisine bildirildiği tarihten itibaren 14 gün içinde cayma hakkını kullanabilmelidir.

Yukarıda belirtildiği gibi cayma hakkı, tüketici lehine nisbi emredici biçimde düzenlenmiştir. Bu nedenle, 14 günlük süre kısaltılamamakla birlikte uzatılması mümkündür⁵⁴.

⁴⁹ YHGK, 04.10.2018, 13-544 / 1421.

⁵⁰ İNAL, Milli Şerh, Madde 43, s.693.

⁵¹ KOLLER – TUMLER OR 40e, no.4.

⁵² DOĞAR s.265; ÇABRİ, Şerh, s.410; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.451, s.454; İNAL, Milli Şerh, Madde 43, s.698.

⁵³ Bu durum İsviçre Hukukunda da aynı yönde düzenlenmiştir. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.3.

⁵⁴ ÇABRİ, Şerh, s.682; ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.455; KOLLER – TUMLER OR 40e, no.4.

2. Alıcının Cayma Hakkı Konusunda Bilgilendirilmemiş Olmasının Cayma Süresine Etkisi

Cayma süresinin işlemeye başlamasıyla ilgili olarak cevaplanması gereken bir diğer soru da satıcının, alıcıyı, cayma hakkının varlığı konusunda gerektiği biçimde⁵⁵ bilgilendirmemiş olmasının etkisidir⁵⁶. Buna göre, cayma hakkının varlığı, koşulları ve sonuçlarıyla ilgili olarak Yönetmelik madde 5 / 1, bend d hükmünde belirtilen ön bilgilendirme usulüne uygun olarak yapılmamışsa veya satış sözleşmesinde bulunması gereken bilgilendirme (Yönetmelik 7 / 1, bend ı) unsuru mevcut değilse, 14 günlük süre yine de işlemeye başlayabilir mi?

Bu konuda gerek Kanunun ön ödemeli konut satış hükümleri arasında, gerekse de Yönetmelikte bir hüküm yoktur. Bu durumda nasıl bir tavır takınılacağı düşünülmelidir. Bu yapılırken öncelikle Kanunda bir tutamak noktası olup olmadığı incelenmelidir.

Bu noktada ilk olarak tespiti gereken husus, cayma hakkı konusundaki bilgilendirme eksikliği konusunda, Kanunun diğer hükümlerinde bir düzenleme yapıp yapılmadığının incelenmesidir. İş yeri dışında akdedilen sözleşmelere ilişkin TKHK 47 / 6 hükmüne göre: “*Satıcı(nun) ... tüketiciyi cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirmemesi durumunda,*

⁵⁵ Bilgilendirmenin gerektiği biçimde yapıldığının kabul edilebilmesi için, diğer hususların yanında cayma hakkının varlığının, koşullarının, kullanma süresinin, şeklinin, cayma beyanının ulaştırılacağı adresin ve hakkın kullanılmasının sonuçlarının alıcıya açık ve net biçimde bildirilmesi gerekir. Bkz. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40d, no.2; JÖRG no.476a; KOLLER – TUMLER OR 40d, no.2, 3.

⁵⁶ TKHK 4/1 hükmüne göre: “*Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir.*”

Bu hüküm karşısında haklı olarak savunulduğu gibi, sözleşmenin veya bilgilendirmenin açık, sade ve anlaşılır olmaması; 12 puntodan küçük yazılmış olması ya da bir nüshasının tüketiciye teslim edilmemiş olmasının sözleşmenin bağlı olduğu geçerlilik şekliyle bir ilişkisi yoktur. Bu kurallara uyulmaması, tüketici sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Yeter ki, Kanunun özel tüketici işlemleri için aradığı özel şekil kurallarına (ön ödemeli konut satışında resmi şekil gibi) uyulmuş olsun. Bu konuda bkz. GÜMÜŞ (2014) s.35, 36; ÖZEN, Milli Şerh, Madde 4, s.71; ÇABRİ, Şerh, s.75. Doktrindeki aksi görüşe ilişkin referanslar için bkz. ÖZEN, Milli Şerh, Madde 4, s.72, dn.183. Karş. SEKMEN s.53 vd.

Bu madde hükmüne aykırılık, geçerlilik sonucu doğurmayıp, özel olarak ele alınması gereken bilgilendirme yükümlüne aykırılık yaptırımına tabidir.

tüketici cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.” Aynı yönde bir hüküm mesafeli sözleşmelere ilişkin 48 / 4, c.4 ve 5. hükmünde de yer almaktadır.

İş yeri dışında akdedilen sözleşmelere ilişkin bu hükme göre, tüketici cayma hakkının varlığı konusunda usulüne uygun olarak aydınlatılmamış bile olsa cayma hakkı, 14 günlük cayma süresinin sonundan itibaren bir yılın geçmesiyle sona erer⁵⁷. Buna göre, satıcının alıcıyı cayma hakkı konusunda geçerli biçimde bilgilendirmemesi halinde alıcı, sözleşmeden itibaren 14 gün içinde değil, en geç, sözleşme + 14 gün + bir yılın sonunda bu hakkını kaybeder⁵⁸. Bu süre içinde alıcı bilgilendirilmemiş olsa bile artık cayma hakkı düşer. Fakat alıcı mesela, sözleşmeden sonra 5. ayda bilgilendirilirse, bu tarihten itibaren 14 gün içinde cayma hakkını kullanmalıdır.

Doktrinde bu konuya ilişkin ileri sürülen görüşlerin, bu (TKHK 47 / 6 ve TKHK 48 / 4, c.4 ve 5.) hükmün kıyas yoluyla uygulanmasını kabulü noktasında farklılaştığını belirtmek gerekir. Buna göre, bir görüşe göre, bu durumda kıyas yoluyla uygulamaya gerek ve imkân yokken; ikinci görüş ise bu hükmün kıyas yoluyla uygulanmasını kabul etmektedir.

Kıyas yoluyla uygulamayı kabul etmeyen görüşe göre, Kanun koyucu ön ödemeli konut satışlarında bu ihtimalde bilinçli olarak benzer bir hükme yer vermemiştir⁵⁹.

Bu görüşü savunan Atamer, bu hususta AB hukukun etkili olduğunu belirtmektedir. Buna göre AB Tüketici Kredisi Yönergesinde, mesafeli ve işyeri dışında kurulan sözleşmelerin aksine cayma süresi için bir limit getirilmemiştir. Yazar bu görüşünü tüketici kredisi için açıklamış ve ön ödemeli konut satışları için de tekrarlamıştır. Buna göre tüketici, bilgilendirme yapılmadığı sürece, sözleşme bütünüyle ifa edilene dek cayma hakkına sahiptir⁶⁰. Satıcı alıcıyı, usulüne uygun olarak bilgilendirmekle birlikte, bu

⁵⁷ ATAMER s.101; YÜCE / ÇAKMAKLI, Milli Şerh, Madde 47, s.755.

⁵⁸ İsviçre hukukunda bu konuda bir hüküm bulunmadığından, cayma hakkı konusunda bilgilendirme yapılmamışsa, cayma hakkının 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin sonunda düşeceği kabul edilmektedir. Bkz. DORNIER Art.40d, no.106; JÖRG no.476b.

⁵⁹ ATAMER s.101 ve s.242; SERT SÜTÇÜ 49, 50.

⁶⁰ Bu yönde: ZEVKLİLER / ÖZEL s.292; SEKMEN s.71. Karş. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40d, no.4 ve Art.40e, no.3; KOLLER – TUMLER OR 40d, no.1 ve OR 40e, no.5.

bilgilendirme geç yapılmışsa, 14 günlük süre bu bilgilendirmenin yapıldığını izleyen günden başlar⁶¹.

Kıyas yoluyla uygulamayı reddeden yazarlardan Gümüş'e göre, tüketici 14 günlük süre geçmiş bile olsa, ön ödemeli konut satış sözleşmesinde zaten sebepsiz bir dönme hakkına da sahip olduğundan, ayrıca bilgilendirilmemiş olmanın cayma yönünden bir etkisi olmamalıdır⁶². Ön ödemeli konut satışlarına ilişkin dönme hakkını düzenleyen TKHK 45 hükmünde, satıcının Kanundan doğan yükümlülüklerine uymaması halinde, tüketicinin hiçbir masrafa katlanmaksızın dönme hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. İşte bu hüküm karşısında bu görüş gereğince, bilgilendirme yapılmamışsa, tüketicinin yaptığı sözleşmeyle bağlı olmama biçimindeki bildirimini, artık dönme olarak nitelenmesi ve aydınlatma da yapılmadığı için, tüketicinin masrafsız dönme hakkını kullandığı kabul edilmelidir⁶³.

Diğer görüş ise, bu (TKHK 47 / 6 ve TKHK 48 / 4, c.4 ve 5.) hükmün kıyas yoluyla uygulanmasının doğru olacağını kabul etmektedir⁶⁴.

Kanaatimce de bu konuda Özen'in ifade ettiği gibi, Kanundaki örnek düzenlemelerin (TKHK 47 / 6 ve 48 / 4, c.4 ve 5) kıyas yoluyla uygulanması daha uygundur⁶⁵. Çünkü diğer görüş kabul edildiğinde, aslında 14 gün geçtikten sonraki bağlamazlık bildirimini otomatik olarak dönme biçiminde nitelenecek ve aslında tüketicinin aleyhine bir durum ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, eğer 14 gün geçtikten sonraki beyan cayma değil, dönme olarak nitelenirse,

⁶¹ ATAMER s.100; AKİPEK, Milli Şerh, Madde 24, s.505; ÖZEL (2016), s.211; ZEVKLİLER / ÖZEL s.292.

⁶² GÜMÜŞ (2014) s.263; ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.108.

⁶³ Benzer görüşteki Aslan'a göre de böyle bir durumda, satıcının, caymanın geç yapılmasına itiraz edememesi biçiminde bir çözüm üretilebilir. Fakat bu durumda alıcının çok geç tarihte caymasının da ayrı bir sorun oluşturacağı ve bunun da TMK 2 gereğince denetlenmesi önerilmiştir. Bkz. ASLAN s.460.

Benzer görüşte: KARA s.896; ZEVKLİLER / ÖZEL s.292.

⁶⁴ Fakat ÖZ, bu durumda bile alıcının cayma hakkını dürüstlük kurallarına aykırı olacak derecede gecikmeli ve satıcıya ağır zarar verecek biçimde kullanmaması gerektiğini belirtmiştir (Kongre 144).

⁶⁵ ÖZEN (2015) s.87. Bu yönde MAKARACI s.254; ÇABRİ, Şerh, s.408 ve özellikle s.681; ÇABRİ (2016) s.102; DOĞAR s.262; ÖZ s.144; HOROZ s.42.

Tüketici Kanununun taksitle satış hükümlerinde de cayma konusunda bilgilendirme eksikliğinin yaptırımı belirtilmemiştir. Doktrinde taksitle satış için TKHK 47/6 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır: ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.454.

alıcı tazminat ödemekle yükümlü olmasa bile, satıcının iade borcu 180 gün sonra muaccel olacaktır. Hal bu ki kabul ettiğimiz görüşte, cayma halinde iade borcu cayma bildiriminin ulaşmasından itibaren 14 gün sonra muaccel olacaktır (Yönetmelik 8/5).

3. Sözleşmenin Adi Yazılı Biçimde Kurulmasının, Ondört Günlük Sürenin İşlemeye Başlaması Yönünden Etkisi

Cayma hakkının kullanılabilceği bu sürenin işlemeye başlaması için acaba Kanunun istediği anlamda şekle uygun bir sözleşmenin kurulmuş olması zorunlu mudur? Daha açık bir ifadeyle, 14 günlük cayma süresi, en erken tapu müdürlüğünde yapılacak resmi satış sözleşmesi veya noterde yapılacak resmi satış vaadi sözleşmesiyle mi işlemeye başlar?

Aşağıda görüleceği üzere, cayma halinde bütün masraflar satıcının üzerine kaldığı için cayma süresinin işlemeye başlamasının, önemli masrafları gerektiren resmi satış (tapu devri) veya satış vaadine bağlanması hakkaniyete uygun olmayan sonuçların doğmasına neden olur⁶⁶ 67. Mesela tapu devri için 20.000 TL masraf yapılmışsa, cayma hakkının kullanılması üzerine bu masraflar adaletsiz biçimde satıcının omuzuna yüklenmiş olacaktır.

Bu nedenle acaba şekil açısından geçersiz olsa bile, öncelikle adi yazılı bir ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi yapılması ve alıcının 14 gün içinde cayma hakkını kullanıp kullanmayacağını tespitinin ardından tapudan satış veya noterden satış vaadi sözleşmesi akdedilmesi yolu daha uygun olamaz mı? Daha açık bir ifadeyle, cayma halinde satıcı bütün mali külfete katlanacağı için, satıcı tarafından herhangi bir masraf yapılmadan önce, alıcının cayma hakkını kullanılıp kullanılmayacağı hususunun netleştirilmesi mümkün olabilir mi?

Bu soruya evet cevabı verilmesi, adi yazılı sözleşmenin bile 14 günlük cayma süresinin işlemeye başlaması için yeterli olacağını kabul etmeye bağlıdır. Kanaatimce bu sonucun kabulü uygun olur. Zira mevcut yasal düzenlemelerde bu sonucun kabulüne engel bir hüküm yoktur. Buna Kanunda açık bir dayanak bulmak mümkün olmasa da, Yönetmelik'te mümkündür. Yönetmeliğin 6. maddesinde şöyle bir hüküm bulunmaktadır: “Ön ödemeli

⁶⁶ Karş. ATAMER s.46.

⁶⁷ Tapu müdürlüğünde yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde ve noterlikte yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin akdinde önemli miktarda harç / sözleşme masrafı olduğu bilinmektedir.

*konut satış sözleşmesi, kat irtifakı devrinin tüketici lehine tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte yapılacak **yazılı bir sözleşme şeklinde** veya noterliklerde düzenleme şeklinde yapılan satış vaadi sözleşmesi ile kurulur. Aksi hâlde sözleşme geçersizdir. Satıcı, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.”*

Görüldüğü üzere bu hükümde, tapu müdürlüğünde yapılacak olan resmi senedin yanında bir de adi yazılı sözleşmeden bahsedilmektedir.

İşte kabul ettiğimiz görüş gereğince 14 günlük sürenin işlemeye başlaması, tapu müdürlüğünde satış sözleşmesi ve tescil ya da noterde satış vaadi sözleşmesi henüz yapılmasa bile, bu adi yazılı sözleşmenin akdiyle mümkün olacaktır. Böylece henüz hiçbir masraf yapılmadan önce cayma hakkının kullanılıp kullanılmayacağı açıklığa kavuşturulmuş olur.

Fakat şunu da ayrıca belirtelim ki: bu adi yazılı sözleşmenin, 14 günlük cayma süresinin işlemeye başlaması dışında, geçerli bir sözleşme niteliği taşıması mümkün değildir. Daha doğru ifadeyle, bu adi yazılı sözleşme, geçerli bir ön ödemeli satış vaadi sözleşmesi niteliği taşımaz. Bunun ardından geçerli bir sözleşme (tapu müdürlüğünde satış + tescil veya noterde satış vaadi) yapılmazsa, şekle aykırılıkla ilgili sorunlar doğabilir.

Ulaştığımız sonuç şu biçimde özetlenebilir: Gereksiz masraflara neden olmamak için, bir gün öncesinden usulüne uygun bir bilgilendirmenin yapılmış olması ve ardından da adi yazılı (Yönetmelikte belirtilen hususları içeren tarzda) bir sözleşmenin akdedilmiş olması, 14 günlük cayma süresinin işlemeye başlaması için yeterli görülmelidir. Tapu müdürlüğünde satış ve tescil ya da noterde resmi satış vaadi yapılmaması, bu sürenin işlemesine engel sayılmamalıdır. İşte bu biçimde başlayan 14 günlük süre geçince, artık alıcının cayma hakkı da düşmüş sayılmalıdır. Fakat bu sürenin geçmesine rağmen geçerli bir sözleşme kurulmamışsa, şekle aykırılık hükümleri uygulanmaya devam edecektir.

Adi yazılı sözleşmeyle başlayan 14 günlük cayma süresinin geçmesinden sonra noterden şekle uygun bir satış vaadi yapılırsa, cayma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı da ileri sürülemez.

D. Alıcının, Cayma Hakkında Vazgeçmemiş Olması / Cayma Hakkının Kullanılmasının Dürüstlük Kurallarına Aykırı Sayılmaması

Cayma hakkı tüketici lehine emredici olduğundan, bu hakkın sözleşmeyle sınırlandırılması geçerli değildir. Fakat cayma hakkını kullanma imkânı doğduktan sonra, alıcının bu haktan vazgeçmesi (sözleşmeyi onaylaması, benimsemesi)

mümkün ve geçerlidir⁶⁸. Bu vazgeçme açık veya örtülü olabilir. Başlamış olan cayma süresinin, cayma hakkı kullanılmadan geçirilmesi, cayma hakkını düşürür⁶⁹.

Aynı şekilde mesela alıcının taşınmazı, (kendisine teslim edilmişse) olağan bir muayeneyi aşar derecede kullanması da cayma hakkından vazgeçme olarak değerlendirilebilir⁷⁰. Bu konuda Kanunda bir hüküm olmamakla birlikte, taksitle satışa ilişkin TBK 255 / II hükmünün⁷¹ kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, alıcının muayeneyi aşar kullanımının, cayma hakkından vazgeçme olarak yorumlanması uygun olur. Buna göre mesela eğer konut alıcıya teslim edilmişse, alıcının konuta taşınması, konutu kiraya vermesi, konutta önemli tadilatlarla girişmesi gibi fiiller, dürüstlük kuralları gereğince satıcı nezdinde caymadan vazgeçme olarak nitelendirilebilecek fiillere örnek verilebilir.

Bu kapsamda, cayma süresi içinde taşınmaz alıcı adına tescil edilmişse, alıcının bu taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis etmesi de, cayma hakkından vazgeçme niteliği taşır. Mesela alıcı, ön ödemeli konut satış sözleşmesiyle adına tescil ettirdiği taşınmaz üzerinde, cayma süresi içinde bir ipotek tesis ettirirse, alıcının cayma hakkından vazgeçtiği kabul edilmelidir. Bu ipotek, işbu konutun edinilmesi borcu için üçüncü kişi tarafından konulmuşsa, bu sonucu doğurur. Mesela konut finansmanı sözleşmesi nedeniyle banka lehine ipotek tesis edilmişse⁷², alıcının ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayması artık mümkün olamamalıdır. Fakat ipotek satıcı tarafından, kendi alacağı için konulmuşsa, alıcının cayma hakkını kullanması halen mümkün sayılmalıdır.

⁶⁸ GÜMÜŞ (2014), s.263; DOĞAR s.264; YILMAZ (2011) s.459.

Alıcının cayma hakkından açık veya örtülü olarak vazgeçmesi, koşulları varsa alıcının ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurmasına engel olmaz. SERT SÜTÇÜ s.96, s.99.

⁶⁹ ÖZDEMİR / KORKMAZ, Millî Şerh, Madde 18, s.454.

⁷⁰ SERT SÜTÇÜ s.107; MERAL s.121. Aksi görüşte: ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.110.

TBK 255 / II hükmünde geçen bu kuralın ön ödemeli satış sözleşmesine uygulanamayacağı görüşünde: AKÇAAL s.102.

⁷¹ “Satıcı geri alma süresi içinde malı alıcıya devretmişse alıcı, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olur.”

⁷² Ki bu durum, bağlı olmayan konut finansman kredisi için geçerli olabilir.

Taşınmazın, cayma süresi içinde alıcı adına tescil edilmesi ve alıcının borcu nedeniyle haczedilmesi halinde de, alıcının cayma hakkını kullanamayacağı kabul edilmelidir. Zira bu durumda, haczin fekkini sağlamanın satıcının omzuna yüklenmesi adil olmaz.

Aynı şekilde cayma süresi içinde satış bedelinin, satıcı nezdinde cayma hakkından vazgeçildiği yönünde korunmaya değer bir intiba yaratacak biçimde ödenmesi de caymadan vazgeçme olarak nitelendirilebilir⁷³. Mesela ön ödemeli konut satış sözleşmesinde sözleşmenin akdinden 5 gün sonra alıcının yüklü bir miktar ödeme yapacağı kararlaştırılmışsa, alıcının bu tutarı ödemesi, cayma hakkından vazgeçme olarak yorumlanabilir.

Fakat şunu da belirtelim ki, tüm bu açıklananlar, alıcının cayma hakkının varlığı konusunda usulüne uygun olarak bilgilendirilmiş olması halinde geçerlidir. Alıcı bu konuda bilgilendirilmemişse, alıcının fiilleri, bilinmeyen bir haktan vazgeçme anlamına gelmeyecektir⁷⁴. Diğer bir ifadeyle, alıcıyı usulüne göre bilgilendirmeyen satıcının, alıcının bu davranışlarını cayma hakkından feragat olarak yorumlamaya yetkili olmadığı kabul edilmelidir.

Ancak alıcı, cayma hakkının varlığı konusunda bilgilendirilmemiş bile olsa, onun bazı davranışlarından sonra, cayma hakkının kullanılmasının dürüstlük kurallarına aykırı olacağı da kabul edilebilir. Bunlara örnek olarak, alıcının üzerine tescil edilen taşınmaz üzerinde, üçüncü kişiye bir sınırlı ayni hak tesis ettirmesi veya taşınmazı, cayma hakkının kullanılmasının adaletsiz olacağı biçimde kullanmış olması gösterilebilir. Bunların ilkinde alıcı cayarsa, satıcı üçüncü kişinin sınırlı ayni hakkıyla karşı karşıya kalacaktır. Bu sebeple caymanın bu durumda kesin biçimde ortadan kalktığını kabul etmek daha uygun olur. Aynı şekilde, alıcının mesela taşınmaz içindeki tüm duvarları yıkması, mutfağın yerini değiştirmesi gibi, taşınmaz içinde köklü tamirat, tadilat yapması halinde de bilgilendirme eksikliği olsa bile, artık cayma hakkının kullanılmayacağı kabul edilebilir.

⁷³ YHGK'nun bir kararında bu kanaat şu gerekçelerle reddedilmiştir: “*Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında davacının devre tatile konu yere gitmediği ancak sözleşmede belirtilen tüm ödemeleri yerine getirdiği, sözleşmeyi benimsediği, ... bu durumun 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine aykırılık teşkil ettiği, bu sebeple Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen onama kararının doğru olduğu ve karar düzeltme talebinin reddedilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.*” (YHGK, 04.10.2018, 13-544 / 1421).

⁷⁴ Karş. ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.454.

Bu kapsamda, özellikle taşınmazın alıcının şahsına özel istekleri dikkate alınarak imal edilmesi de sayılabilir. Mesela 10. kattaki bağımsız bölüme, özel bir taşıyıcı sistemin kurulmasının istenmesi ve satıcının bunu yapması halinde, artık alıcının cayma hakkını kullanmasının dürüstlük kurallarına aykırı sayılması mümkündür. Alıcının özel isteğinin bulunması, cayma hakkını otomatik olarak ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmemelidir. Somut olaydaki duruma göre satıcının cayma hakkına katlanmasının kendisinden beklenebilir olup olmadığı analiz edilmelidir. Özel isteğin etkisi, önemi, bu haliyle başkalarına satmanın mümkün olup olmadığı gibi hususlara göre bir değerlendirme yapılması uygun olur⁷⁵.

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde cayma hakkının kullanılabilceği dönemde hasar riski satıcıya ait olduğundan, bu dönemde malın (satıcının veya alıcının zilyetliğinde) hasar görmesi, cayma hakkının kullanılmasına bir etkide bulunmaz. Fakat kanaatimce, taşınmaz alıcıya teslim edildikten sonra alıcının kusuruyla mal zarar görürse, somut olayın özelliklerine göre bu aşamada alıcının cayma hakkını kullanması dürüstlük kurallarına aykırı da sayılabilir⁷⁶.

IV. CAYMA HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

A. Sözleşmenin Hüküm Doğurmasının Önlenmesi

Cayma hakkının kullanılması sözleşmeyi sona erdirir⁷⁷. Daha doğru bir ifadeyle, sözleşmenin hüküm doğurması önlenir. Bu durumda henüz ifa edilmemiş edimler doğmayacağı gibi, ifa edilmiş edimlerin de iadesi borcu doğar.

Cayma hakkıyla, sözleşme öncesindeki hukuki durumun yeniden sağlanması amaçlanır⁷⁸.

Genel olarak kabul edildiği üzere, cayma hakkının kullanılması sözleşmeyi baştan itibaren hüküm doğurmaz / hükümsüz hale getirir ve ifa edilmiş edimler, edimin niteliğine göre istihkak veya sebepsiz zenginleşme yoluyla geri istenir⁷⁹.

⁷⁵ Bkz. BOZBEL / ATALI (alıntı yapılan web sitesinde sayfa no yoktur).

⁷⁶ Karş. SERT SÜTÇÜ s.107.

⁷⁷ KOLLER – TUMLER OR 40f, no.1; DORNİER Art.40f, no.130; JÖRG no.476.

⁷⁸ GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.2; DORNİER Art.40f, no.131.

⁷⁹ İsviçre Federal Mahkemesi de, iki yeni kararında bu hususu açıkça kabul etmiştir. BGE 133

B. Karşılıklı İade Borçlarının Doğması

1. İade Borçlarının Muacceliyeti

Cayma hakkının kullanılmasıyla taraflar, aldıklarını iade borcu altına girer. Normal koşullarda sözleşmenin sona ermesi halinde, tarafların aldıklarını aynı anda iade etmeleri gerekir⁸⁰. Fakat Kanun Koyucu cayma hakkının kullanılması halinde ön ödemeli konut satışında iade borçlarının birlikte aynı anda ifa edilmesi kuralını yerine⁸¹, satıcının öncelikle iade borcu bulunduğunu kabul etmiştir.

Satıcının yönünden: Satıcının iade borcunun muacceliyetiyle ilgili bir hüküm Kanunda yoktur. Fakat (serbestçe) dönme üzerine ortaya çıkan iade borcunun muacceliyeti hakkında satıcıya 180 günlük bir süre verildiği görülmektedir (TKHK 45/III). Acaba bu süre cayma hali için de kıyas yoluyla uygulanabilir mi? Yoksa Kanun koyucu dönme için getirdiği hükmü, burada bilinçli olarak getirmemiş ve genel hükümlere göre iade borcunun derhal (caymanın ulaşması üzerine) muaccel olması gerektiğini mi düzenlemek istemiştir?

Kanaatimce Kanun koyucu bilinçli bir düzenleme yapmış sayılamaz. Fakat Kanun koyucunun bilinçli bir düzenleme yapmadığı kabul edilse bile, kanaatimce dönmedeki 180 günlük sürenin burada kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir. Zira cayma durumunda iade borcunun ifasında satıcının daha hızlı davranması beklenebilir. Menfaat dengesi dönmedeki gibi değildir.

Kaldı ki, Kanundan sonra yürürlüğe giren Yönetmelikte, satıcının cayma bildiriminin kendisine ulaşmasından itibaren 14 gün içinde aldıklarını iade etmesi gerektiği düzenlenmiştir (Yönetmelik 8/5). Buna göre satıcı, cayma bildirimini kendisine ulaştığında, 14 gün içinde aldığı parayı / senetleri vs. iade etmelidir.

Dikkat edilirse, caymanın hukuki sonuç doğurması için, cayma bildiriminin süresi içinde alıcıya yönlendirilmesi gerekli ve yeterlidir. Bu süre içinde ulaşması ise gerekli değildir. Fakat yöneltmesi gereken her irade beyanı gibi, cayma da ulaşmakla sonuç doğurur. Ulaşma gerçekleşmezse, sonuçlar da ortadan kalkacaktır. Bu yönüyle cayma bildiriminin 14 gün içinde

III 356 ve BGE 137 III 243.

⁸⁰ GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.2; JÖRG no.477a.

⁸¹ GÜMÜŞ (2014), s.267; ÇABRİ, Şerh, s.686; SERT SÜTÇÜ s.52.

gönderilmesinin hukuki sonuçlar doğurması, bu beyanın satıcıya ulaşması şartına bağlıdır.

Ulaşma gerçekleştiğinde, cayma etkisini geçmişe etkili olarak gösterir. Fakat satıcının iade borcu, bu beyanın kendisine ulaşmasının üzerinden 14 gün geçince muaccel olur. Bu nedenle mesela alıcı, cayma beyanının postaya verdikten, fakat bu beyan satıcıya ulaşmadan önce veya ulaşmakla birlikte henüz 14 günlük süre dolmadan önce ifa davası açarsa veya icra takibine girişirse, muacceliyet eksikliği savunmasıyla karşılaşabilir. Dikkat edilirse, satıcının iade borcu, cayma bildirimini gönderildiği tarihten itibaren 14 gün sonra değil, bu beyanın ulaşmasından itibaren 14 gün sonra muaccel olur. Bu sürenin hesabında da TBK 92 hükmü uygulanır. Mesela cayma beyanı satıcıya ayın 5. günü ulaşmışsa, satıcının iade borcu 19. günü sonunda muaccel olur. Alıcı en erken ayın 20 günü dava / takip açabilir.

Alıcının yönünden: TKHK 43 / III hükmüne göre alıcı, satıcının iade borcunu tam ve gereği gibi ifa etmesinden itibaren 10 gün içinde aldıklarını iade etmelidir. Buna göre satıcının, bu 10 günlük sürenin dolmasından önce tüketiciden aldıklarını iade etmesini istemesi ve bu kapsamda tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması da mümkün değildir.

Dikkat edilirse alıcının iade borcunun muacceliyeti, satıcının tüm edimlerini iade etmesinin üzerinden 10 günlük bir sürenin geçmiş olmasına bağlanmıştır. Satıcı bazı edimleri henüz iade etmemişse, alıcı açısından iade borcu muaccel olmayacaktır.

Görüldüğü gibi, burada alıcıya bir ödemezlik defi yerine, alıcının iade borcunun muacceliyetini öteleyen bir mekanizme öngörülmüştür.

2. İade Borçlarının Kapsamı

Taraflar aldıklarını aynen iade etmekle yükümlüdür.

Satıcı açısından: Satıcı alıcıdan genellikle para ve / veya senet alır.

Acaba satıcı, aldığı parayı iade ederken bir faiz ödemesi de yapacak mıdır? Kanaatimce TBK 229 / I, bend 1'in kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, satıcı aldığı parayı aldığı tarihten itibaren yasal faiziyle birlikte

iade etmelidir⁸². Bu faiz, anapara faizi niteliğindedir. Bu, onun elde ettiği bir semere olarak, alıcıya iade edilmesi gereken bir tutardır.

Buna göre, alıcı cayma hakkını kullandığında ve beyan satıcıya ulaştığında, alıcı ödeme yaptığı tarihten, temerrüt tarihine kadar anapara faizi talep edebilirken, temerrüt tarihinden itibaren temerrüt faizi ödeme borcu altına girer⁸³.

Bu aşamada özellikle alıcının satıcıya verdiği senetlerin iadesi meselesi üzerinde düşünülmelidir. Acaba alıcı, senetlerin aynen iadesini veya senetler piyasaya sürüldüğü için bedelinin kendisine nakit olarak ödenmesini isteyebilir mi? Kanaatimce buna imkân vermemek gerekir. Zira tüketiciden alınan senetler eğer nama yazılıysa, zaten alıcı temel ilişkiden doğan tüm savunmalarını, ki bunun içine cayma nedeniyle borcun doğmadığı savunması da girer, yapabileceğinden tüketici (iyiniyetli üçüncü kişiye karşı bile) herhangi bir ödeme yükümlülüğüyle karşılaşmayacaktır. Tam tersine, eğer senetler nama yazılı değil, emre yazılıysa, bu senetler zaten tüketici yönünden geçersiz olduğundan, tüketici için (iyiniyetli üçüncü kişiye karşı bile) ifaya zorlanma riski yine bulunmayacaktır.

Fakat bu senetlerin, satıcı tarafından piyasaya sürülmesi nedeniyle alıcının uğrayacağı bir zarar olursa, bundan satıcı ayrıca sorumlu olur.

Alıcı açısından: Alıcının, satıcıdan almış olabileceği edimler, taşınmazın zilyetliği, istisnaen mülkiyet hakkı veya kira yardımı gibi bazı yan edimlerdir. Alıcı, iade borcunun muaccel olması üzerine, kira yardımı gibi aldığı bir miktar para varsa, bunu aldığı tarihten itibaren yasal faiziyle birlikte iade etmelidir. Aynı sonuçlar, zilyetliğin ve tapunun iadesi için de geçerlidir. Alıcı, taşınmazı kullanmış bile olsa, bu kullanım nedeniyle bir bedel ödemekle yükümlü

⁸² ATAMER (s.241), uygulanacak olan faizin ticari faiz olması gerektiğini belirtmiştir. Yazar bu faizin alındığı tarihten itibaren hesaplanacağını da haklı olarak kabul etmektedir.

DOĞAR (s.267), alıcının faiz istemesi sorusuna cevap verirken, alıcının yasal faiz değil, ticari faiz isteyebileceğini belirtmekle birlikte, bunun hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı konusunu açıklamamıştır.

Bu yazarların uygulanmasını belirttiği ticari faiz, ticari anapara faizidir. Bunun oranı da adi işlerdeki anapara faiziyle aynı olduğundan, açıkladığımız kanaat ile bu görüş arasında faiz miktarı konusunda fark yoktur.

İsviçre hukukunda menfaat dengesinin sağlanması açısından, alıcının yaptığı ödemeyi faizsiz olarak geri alacağı kabul edilmiştir. Bkz. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.5.

⁸³ Temerrüt konusu aşağıda (IV, B, 4) ayrıca açıklanmıştır.

değildir⁸⁴. Çünkü birçok olayda cayma hakkı 14 gün içinde kullanılacaktır. Bu süre için tüketicinin bir karşılık elde ettiğinin iddia edilmesi de mümkün olmaz. Zaten olağan gözden geçirmeyi aşan kullanım varsa, cayma hakkı düşeceğinden, herhangi bir sorun doğmaz. Fakat cayma hakkının kullanılması, satıcının bilgilendirmeyi geç yapması veya hiç yapmaması nedeniyle mesela 8 ay sonra gerçekleşir ve bu arada konut alıcıya teslim edilmiş olursa, kanaatimce tüketici yine kullanım nedeniyle bir karşılık ödememelidir. Zira bu durumda bu gecikme, doğrudan satıcının borca aykırı davranışına (bilgilendirmeyi geç yapmasına veya hiç yapmamasına) dayandığından, alıcının kullanım nedeniyle bir borca girdiğinin iddia edilmesi uygun olmaz.

Satıcı, alıcıyı ayrıca temerrüde düşünmedikçe, alıcı 10 günlük süre geçtiği için derhal temerrüde düşmüş sayılmaz. Temerrütten sonra ise, satıcının gecikmeden doğan zararını tazminle yükümlü olur.

3. İade Borcunun Hukuki Niteliği

Genel olarak kabul edildiği üzere, cayma hakkının kullanılması sözleşmeyi baştan itibaren hüküm doğurmaz / hükümsüz hale getirir ve ifa edilmiş edimler, edimin niteliğine göre istihkak veya sebepsiz zenginleşme yoluyla geri istenir⁸⁵.

Özellikle cayma hakkının kullanılmasından önce tapuda alıcı adına bir tescil yapılmışsa, cayma beyanının mülkiyetin intikalini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran ve bu tescili yolsuz tescil haline getiren bir etkisinin olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁸⁶. Bu durumda alıcı, bu taşınmazın yeniden satıcı adına tescil edilmesi için gerekli tescil işlemi yapmakla yükümlüdür. Bu borcun muacceliyeti, satıcının tüm edimlerini ifa etmesinden itibaren 10 gün sonrasıdır. Alıcı bu tarihten sonra temerrüde düşürülürse,

⁸⁴ ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.452. İsviçre hukukundaki aksi hüküm için bkz. KOLLER – TUMLER OR 40f, no.5.

⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi de, iki yeni kararında bu hususu açıkça kabul etmiştir. BGE 133 III 356 ve BGE 137 III 243. Sonuncu kararda, cayma halinde iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması nedeniyle, sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresinin uygulanmasına hükmedilmiştir. Bkz. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.7. Fakat satıcının açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davasının, süreye tabi olmayan bir istihkak davası niteliği taşıdığı gözden kaçırılmamalıdır.

⁸⁶ GÜMÜŞ (2014) s.271; ATAMER s.240; DOĞAR s.263; KÜÇÜKAYDIN s.157; DEVELİOĞLU (2011) s.536. Bkz. SEROZAN s.144. İsviçre hukukundaki hâkim görüş de bu yöndedir: GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.2; DORNIER Art.40f, no.131.

Aksi kanaatte: ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.105.

ayrıca satıcının gecikme zararının tazminle yükümlü olur. Bu durumda satıcı, tapunun kendi adına tescili için bir dava da açabilir. Cayma hakkı geçmişe etkili sonuç doğurduğuna göre, bu durumda yapılan tescil yolsuz tescil haline geleceğinden, açılacak dava tapu sicilinin düzeltilmesi niteliğinde olacaktır.

4. İade Borcunun Ifasında Temerrüt

Acaba satıcı, cayma bildirimının kendisine ulaşmasından itibaren 14 gün geçince veya alıcı, satıcının tüm edinimlerini iade etmesinden itibaren 10 gün geçince, ayrıca temerrüt ihtarına gerek olmaksızın kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır mı?

Bilindiği gibi, borcun ne zaman ifa edileceği taraflarca belirli vade biçiminde belirlenmişse, temerrüt için ihtar gerek yoktur (TBK 117 / II). Cayma üzerine doğan iade borçlarının muacceliyeti de taraflarca değil, kanunla / yönetmelikle belirlendiğinden, temerrüt için ayrıca bir ihtar gerek olduğu açıktır⁸⁷.

Bu sebeple, cayma bildiriminde ifa ayrıca istenmemişse, satıcı 14 günlük süre dolunca kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılmaz, ayrıca ihtar gerekir. Alıcı açısından da aynı şekilde ihtarsız temerrüt söz konusu olmaz.

Fakat taraflar arasındaki sözleşmede, satıcının cayma bildiriminin kendisine ulaşması üzerine 14 gün içinde iadeyle yükümlü olduğu ve alıcının da, satıcının tüm edinimlerini iade etmesi üzerine 10 gün içinde aldıklarını iade etmesi gerektiğine dair bir hüküm varsa, bu durumda vade sözleşmeyle belirlenmiş olduğundan, ihtarsız temerrüt söz konusu olabilir.

Bu konuda son olarak belirtelim ki, TKHK 77/3 gereğince bu iade borcuna aykırı davranılması halinde, satıcı her bir sözleşme için 1.380 TL idari para cezasına çarptırılır. Bu cezayı uyulama yetkisi, TKHK 78/1 gereğince satıcının merkezinin bulunduğu yerdeki Valilik'e aittir⁸⁸.

⁸⁷ Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise [ATAMER s.241; ÇABRİ, Şerh, s.686], satıcı aldığı parayı cayma bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren 14 günlük sürenin geçmesi üzerine temerrüt faiziyle birlikte ödemelidir.

⁸⁸ **TKHK 78 / 2-3:** “(2) *Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz. - (3) Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarının, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi zorunludur.*”

C. Alıcının Cayma Nedeniyle Hiçbir Mali Külfete Katlanmaması

Cayma halinde alıcı, hiçbir mali külfete katlanmaksızın bu ilişkiden sıyrılma imkânına kavuşur⁸⁹.

Alıcı, cayma halinde herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmadığı gibi⁹⁰, masraflardan da sorumlu olmaz. Masraflardan sorumluluk denilince, meselenin iki noktadan incelenmesi gerekir. 1. Sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar, 2. Cayma hakkının kullanılması durumunda, iade için gerekli masraflar.

Sözleşmenin kurulması için yapılan tüm masraflardan, cayma halinde satıcı sorumlu olmalıdır. Mesela noter giderleri ve taşınmaz alıcıya devredilmişse, bu devir için yapılan giderlerden satıcı sorumludur. Bu giderlerin bir kısmını alıcı yapmışsa, kanaatimce alıcı cayma üzerine, bu giderlerin kendisine iadesini satıcıdan isteyebilir.

Aynı şekilde, gerek satıcının aldıklarının alıcıya iadesi, gerekse de alıcının aldıklarının satıcıya iadesi için yapılması gereken masraflardan, münhasıran satıcı sorumludur⁹¹. Bu kapsama, istisnaen mülkiyetin satıcıya devredilmesinin yaratacağı iade masrafı da dâhildir⁹². Kanaatimce bunda hakkaniyete aykırı bir durum da yoktur. Alıcının cayma hakkının bulunduğunu bilmesi gereken bir satıcının, alıcının süresi içinde cayması halinde ilk ve ikinci tapu masrafının doğacağını öngörmesi gerekirken, satış vaadi yerine doğrudan satışı tercih etmesi durumunda, doğan masraflara katlanmasında hakkaniyete aykırılık olmadığı açıktır.

Görüşlerine katılmadığımız Çabri'ye göre ise, aksine bir anlaşma yoksa, satış vaadi veya taşınmaz satış sözleşmesinin masraflarının satıcı ile alıcı arasında yarı yarıya paylaşılmalıdır ve cayma üzerine taşınmazın iadesi masraflarının ise tamamı alıcıya ait olmalıdır⁹³. Doğar'a göre de, tapunun satıcıya iadesi için gereken masraflara alıcı katlanır⁹⁴.

⁸⁹ GÜMÜŞ (2017) s.156.

⁹⁰ ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.453. Mesela kullanma nedeniyle tazminat / karşılık ödenmesi gerekmez. İsviçre hukukundaki aksi durum için bkz. GONZENBACH / KOLLER – TUMLER, Basler Kom. Art.40f, no.3,4; JÖRG no.477b.

⁹¹ Taksitle satış için iade masraflarının satıcıya ait olduğu yönünde: ÖZDEMİR / KORKMAZ, Milli Şerh, Madde 18, s.456.

⁹² Bkz. ve karşı. ATAMER s.241, dn.545; DONAUER / MÖRİ s.349.

⁹³ ÇABRİ, Şerh s.687.

⁹⁴ DOĞAR s.269. Bu yönde: ÖZMEN / VARDAR HAMAMCIOĞLU s.109.

D. Cayma Hakkının Kullanılmasının Konut Finansmanı Sözleşmesine Etkisi

1. Genel olarak

Alıcı ön ödemeli konut satış sözleşmesindeki bedelin bir kısmını nakit öderken, bir kısmı için kredi kullanabilir. Bu kredi, sıradan bir tüketici kredisi niteliği taşıyabilirken, konut finansmanı sözleşmesi kapsamında kullanılan bir kredi de olabilir.

Tüketicinin kullandığı kredi, sıradan bir tüketici kredisiyse, bunların birinden cayılması, diğerini etkilemez. Bu ihtimalde, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayılması, tüketici kredisine bir etki yapmayacağı gibi, sadece tüketici kredisi sözleşmesinden cayılması da mümkündür.

Tüketicinin kullandığı kredi, konut finansmanı sözleşmesi niteliğindeyse, meselenin bu kez iki ayrı başlıkta incelenmesi gerekir: 1. Konut finansmanı sözleşmesinin bağlı kredi niteliği taşımaması, 2. Konut finansmanı sözleşmesinin bağlı kredi niteliği taşınması.

2. Konut Finansmanı Sözleşmesinin Bağlı Kredi Niteliği Taşımaması Durumunda Cayma Hakkı

Ön ödemeli konut satışından cayma: Ön ödemeli konutun alımı için, konut finansmanı sözleşmesi kapsamında kullanılan kredi, bağlı kredi değilse, alıcının ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayması, konut finansmanı sözleşmesi üzerinde bir etki doğurmaz. Bu kredi ilişkisi ayakta kalır. Fakat bu ihtimalde, satışa konu olan taşınmaz üzerinde, konut finansman kuruluşunun alacağı için sınırlı ayni (ipotek) hak tesis edilmişse, artık ön ödemeli konut satış sözleşmesinden de cayılamayacağına ilişkin kanaatimizi yukarıda açıklamıştık⁹⁵.

Konut finansmanı sözleşmesinden cayma: Acaba alıcı, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden değil de, sadece bağlı kredi niteliği taşımayan konut finansmanı sözleşmesinden cayabilir mi?

Doktrindeki hâkim görüşte, tüketicinin konut finansmanı sözleşmesinden cayma hakkının bulunmadığı, zira Kanun Koyucunun bu sonucu bilinçli olarak tercih ettiği görüşü savunulmaktadır⁹⁶.

⁹⁵ Cayma hakkının kullanılamayacağı diğer haller için bkz. yuk. III, D.

⁹⁶ ATAMER s.96; AKİPEK, Millî Şerh, Madde 24, s.507; HAZNEDAR s.12, 13; KİBAR

Fakat ne Kanunun metninden, ne de gerekçelerinden böyle bir sonucun çıkarılmasının doğru olmadığı kanaatindeyim. Zira konut finansmanı sözleşmesi de, sonuçta bir tüketici kredisine olduğuna göre⁹⁷, konut finansmanı sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde, ilk olarak uygulanacak olan hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüketici kredisine ilişkin hükümler olacaktır. Bu nedenle, tüketici kredisine ilişkin hükümlerdeki cayma hakkının kıyasen konut finansmanı sözleşmelerine de uygulanması suretiyle, tüketiciye konut finansmanı sözleşmesinden cayma hakkının tanınmasının Kanun Koyucunun tüketicinin korunması amacına daha uygun bir yorum olacağı kanaatindeyim⁹⁸.

Konut finansman sözleşmesinden cayma hakkında Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat her tüketici kredisine işlemine olduğu gibi, konut finansman sözleşmesinde de cayma hakkı kullanılabilir. Kanun koyucunun bu durumu unuttuğu veya tüketici kredisine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağını düşündüğü için bu konuya özel olarak yer vermediği kabul edilirse⁹⁹, konut finansman sözleşmesinden de caymak yasal bir dayanağa kavuşturulmuş olur.

s.2817.

Yargıtay da yeni bir kararında, tüketicinin konut kredisinden cayma hakkının bulunmadığını kabul etmiştir: 13. HD. 16.06.2016, 11192/15405 (www.kazanci.com.tr, Erişim: 01.03.2019).

⁹⁷ ÖZDEMİR s.66; MERAL s.6 ve özellikle s.11.

TKHK 22, f.1 hükmüne göre: “Tüketici kredisine sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz ... karşılığında ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği ... sözleşmeyi ifade eder.” Tüketici kredisine kavramı için bkz. AKİPEK ÖCAL s.398 vd; AKİPEK, Milli Şerh, Madde 22, s.482; GÜMÜŞ (2014) s.177 vd; YILMAZ (2018) s.10 vd. Kredi kavramı hakkında bkz. GÜRSES s.9 vd; ÖZEN (2017) s.2 vd; DURSUN KARAAHMETOĞLU s.5 vd.

Bu tanıma göre, bir tüketicinin bir konut edinmek için bankadan kredi kullanmasının tüketici kredisine niteliği taşıdığına şüphe yoktur. Fakat Kanun, konut edinmek amacıyla bankadan kredi kullanılmasını, özel olarak ayrıca düzenlemiştir. Bu durum, konut kredisinin, tüketici kredisinin bir türü olduğu gerçeğini değiştirmez. Tüketici Kredisine Yönetmeliğinde, konut finansmanı sözleşmesinin bu yönetmelik kapsamına girmediği belirtilmiştir. Bu hükümden yola çıkılarak, tüketici kredisine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla bile olsa konut finansmanı sözleşmesine uygulanamayacağı iddia edilemez.

Konut finansmanı sözleşmesi hakkında bkz. ATAMER s.57 vd; ÖZDEMİR s.62 vd; ACAR, Milli Şerh, Madde 32, s.544 vd; ÇABRİ, Şerh s.487 vd.

Tüketim ödünç sözleşmesi ve unsurları hakkında bkz. KURT s.68 vd ve özellikle s.159.

⁹⁸ Bu yönde: MERAL s.119.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun amacına ilişkin olarak bkz. ÇABRİ, Şerh, s.1 vd; TÜZÜNER, Milli Şerh, Madde 1, s.5 vd.

⁹⁹ Aksi görüşte: ATAMER s.33

Kaldı ki, konut finansmanı sözleşmesinden caymanın hiçbir zaman mümkün olmadığı da iddia edilemez. Şöyle ki, konut finansmanı sözleşmesi, bir ön ödemeli konut satış sözleşmesine bağlı kredi sözleşmesi biçiminde akdedilmişse, ön ödemeli konut satışından cayılması mümkün olduğuna göre, bu durumda konut finansman sözleşmesinden de caymak mümkün olmaktadır. Bu nedenle, tüketicinin lehine olacak bir yorumun tercih edilmesi yoluyla, tüketicinin konut finansmanı sözleşmesinden cayma hakkının bulunduğu kabul edilmesi yerinde bir çözüm olur.

Hemen belirtelim ki, bu sonucun kabulünün hakkaniyete aykırı bir yönü de yoktur. Konut finansmanı sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, kredi kullanan, dilediği zaman erken ödeme yoluyla kredi ilişkisini sona erdirebildiğine göre, bu hakkın kapsamına girmeden önce tüketiciiye 14 günlük masrafsız olarak ilişkiden sıyrılma imkânının verilmesinde, Kanun Koyucunun tüketicinin korunması ilkesine uygunluk olduğu açıktır.

3. Konut Finansmanı Sözleşmesinin Bağlı Kredi Niteliği Taşıması Durumunda Cayma Hakkı

Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde alıcı bağlı kredi¹⁰⁰ kullanıyorsa, alıcının cayması hakkında TKHK 43/II hükmü uygulanır. Bu hükme göre:

¹⁰⁰ Bağlı kredi sözleşmesinin en geniş tanımı, TKHK 30/I ve II hükümlerinde yer almaktadır: “(1) Bağlı kredi sözleşmesi; tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir.

(2) Ekonomik birliğin varlığı;

a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği,

b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı,

c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği, durumlarından en az birinin varlığı hâlinde kabul edilir.”

Konut finansman sözleşmeleri için bağlı kredi tanımı, benzer biçimde TKHK 35/I hükmünde şöyle verilmiştir: “Bağlı kredi sözleşmesi; konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşmedir.” Aynı yönde Yönetmelik 4 / a) Bağlı kredi sözleşmesi: “Konut finansmanı kredisinin münhasıran belirli bir konutun satın alınması durumunda bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşmeyir” ifade eder.

Buna göre, satıcı ile kredi kuruluşu arasındaki bir çerçeve sözleşme kapsamında, alıcının satış bedelinden peşin ödeme dışındaki kısmın, alıcı – kredi kuruluşu arasındaki bir kredi ilişkisiyle temin edilmesi halinde, bağlı kredinin varlığından bahsedilebilir. Bkz. ATAMER s.150 vd; GÜMÜŞ (2014) s.264; ACAR, Milli Şerh, Madde 35, s.575; ÇABRİ, Şerh, s.457 vd ve özellikle s.580 vd.

“(2) Taşınmazın kısmen veya tamamen bağlı krediyle alınması durumunda bağlı kredi sözleşmesi, sözleşmenin kurulduğu tarihte hüküm doğurmak üzere bu maddede öngörülen cayma hakkı süresi sonunda yürürlüğe girer. Konut finansmanı kuruluşu cayma hakkı süresi içinde tüketiciden faiz, komisyon, yasal yükümlülük ve benzeri isimler altında hiçbir masraf talep edemez.”

Bu hükme göre, bağlı kredi sözleşmesi, ön ödemeli konut satış sözleşmesine ilişkin cayma süresinin sone ermesi geciktirici şartına bağlı olarak yapılmış sayılır¹⁰¹.

Alıcının süresi içinde cayma hakkını kullanması, bu geciktirici şartın hiçbir zaman gerçekleşmeyeceğini ortaya koyacaktır. Böylece kredi sözleşmesi hiçbir zaman hüküm doğuramayacak bir hale gelmiş olur.

Kredi kuruluşu, cayma süresi içinde tüketiciden hiçbir masraf / faiz vs. talep edemez. Kredi sözleşmesi, geciktirici şart olan cayma hakkının düşmesine bağlandığından, kredi tutarının satıcıya ödenmesi borcu da, kredi kuruluşu için, geciktirici şart olan cayma hakkının düşmesiyle doğar. Tüketicinin faiz ödeme borcu da, bu paranın satıcıya aktarıldığı anda doğmaya başlar¹⁰².

Bu genel açıklamanın ardından, cayma hakkı konusunda ikili ayırım yapılarak değerlendirme yapılması uygun olur.

Ön ödemeli konut satışından cayma: Konut finansmanı sözleşmesinin bağlı kredi niteliği taşıdığı hallerde, kredi kullananın sadece ön ödemeli konut satışından cayararak, kredi sözleşmesini ayakta tutması mümkün değildir¹⁰³. Ön ödemeli konut satışından cayma, bağlı kredi sözleşmesini de otomatik olarak sona erdirir¹⁰⁴. Zira konut finansmanı sözleşmesinin, varlık ve geçerliliği, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin ayakta kalmasına bağlıdır. Bu ilişkide satıcı, alıcıyı dolaylı olarak kredi kurumu üzerinden fonlamaktadır. Bu sebeple ön ödemeli konut satışını ortadan kaldırıp, bağlı kredi sözleşmesini ayakta tutmak, işin niteliğine aykırıdır.

Alıcı 14 günlük süre içinde cayma hakkını kullandığında, bağlı konut finansmanı sözleşmesi hüküm ifade etmeye başlayamayacağından, kredi

¹⁰¹ Bu yönde: GÜMÜŞ (2014), s.266; ÇABRİ, Şerh, s.688; DOĞAR s.271; KÜÇÜKAYDIN s.106; MAKARACI s.255.

¹⁰² Bu yönde: GÜMÜŞ (2014), s.267.

¹⁰³ Bağlı tüketici kredisi açısından bu yönde: ATAMER s.161; GÜMÜŞ (2014) s.209.

¹⁰⁴ AKİPEK, Millî Şerh, Madde 30, s.537; ÇABRİ, Şerh, s.680 ve s.688; DOĞAR s.271.

kullanan alıcının, bankaya karşı hiçbir biçimde sorumluluğu olmayacaktır¹⁰⁵. Mesela kredi sözleşmesi için masraflardan veya kredi tutarının satıcıya ödenmesinden dolayı, alıcının hiçbir sorumluluğu yoktur¹⁰⁶. Fakat alıcı, kredi sözleşmesi için kredi kurumuna herhangi bir ödemede bulunmuşsa, bunların iadesini kredi kurumundan isteyebilir.

Cayma hakkının kullanıldığı sırada kredi kurumu, kredi tutarını satıcıya göndermişse, bunun iadesi borcu satıcıya ait olup, tüketicinin bu sebeple hiçbir sorumluluğu yoktur¹⁰⁷.

Bu başlık altında incelenmesi gereken bir diğer husus da, bağlı kredi kullanılması halinde cayma hakkının kullanıldığına ilişkin bildirim, kime yöneltileceğidir.

Bu konuda Kanunun ön ödemeli konut satış sözleşmesi hükümlerinde açık bir hüküm yoktur. Fakat hüküm lafzi olarak ele alındığında, cayma bildirimini sadece satıcıya yöneltmesinin yeterli olduğu izlenimi uyanmaktadır¹⁰⁸.

Nitekim Yönetmeliğin bu konuyla ilgili 8/2 hükmüne göre, alıcı cayma bildirimini sadece satıcıya göndermekle yetinebilir. Bildirimi kredi kurumuna da yöneltmesine gerek yoktur¹⁰⁹. Bunun üzerine satıcı, bu durumu kredi kurumuna bildirecektir. Yönetmelik hükmü bu noktada özel bir düzenleme getirdiğinden, bu hükme göre bildirim sadece satıcıya yapılacağı kabulü uygundur. Satıcının bu bildirimini kredi kurumuna bildirmemesinin olumsuz sonuçlarına yine satıcı katlanır¹¹⁰.

¹⁰⁵ ÇABRİ, Şerh, s.688.

¹⁰⁶ ATAMER s.239; DOĞAR s.272.

¹⁰⁷ ATAMER s.240.

¹⁰⁸ MAKARACI s.253.

¹⁰⁹ Kanun bu noktada, bağlı tüketici kredisini sözleşmesinden caymadan farklı bir hüküm getirmiş bulunmaktadır. Bağlı tüketici kredisinden caymaya ilişkin TKHK 30/III hükmüne göre, “Tüketicinin mal veya hizmet tedarikine ilişkin sözleşmeden cayması ve buna ilişkin bildirim cayma süresi içinde ayrıca kredi verene de yöneltmesi hâlinde, bağlı kredi sözleşmesi de herhangi bir tazminat veya cezai şart ödeme yükümlülüğü olmaksızın sona erer.” Bu hükme göre bağlı tüketici kredisinde, asıl sözleşmeden cayan tüketici, cayma bildirimini süresi içinde kredi kurumuna bildirmese, kredi sözleşmesi yine de sona ermekle birlikte, tüketici kredi kurumunun bu sebeple maruz kalacağı masraf ve faiz zararını (caymanın kredi kurumu tarafından öğrenildiği ana kadar doğan) tazminle yükümlüdür. Karş. AKİPEK, Milli Şerh, Madde 30, s.537; ÖZEN (2015) s.89.

¹¹⁰ ÇABRİ, Şerh, s.689; DOĞAR s.272.

Konut finansmanı sözleşmesinden cayma: Yukarıda, (bağlı kredi niteliği taşımayan) konut finansmanı sözleşmesinden caymanın mümkün olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüşümü açıklamıştım. Acaba alıcı, ön ödemeli konut satış sözleşmesinden değil de, sadece bağlı kredi sözleşmesi niteliği taşıyan bir konut finansman sözleşmesinden cayabilir mi¹¹¹?

Kanaatimce buna engel açık bir yasal düzenleme olmadığı gibi, bu hakkı tüketiciden esirgeyen bir yorum yapılmasının, Tüketici Kanununun ruhuna da uygun olmadığı söylenebilir. Tüketicinin 14 gün içinde, (sadece) bağlı kredi sözleşmesi niteliği taşıyan konut finansmanı sözleşmesinden caymasında, menfaatler dengesine aykırı bir yön yoktur.

Bağlı kredi ilişkisinde tek taraflı bir bağlılık vardır: Kredi sözleşmesi, finanse edilen asıl borç ilişkisinin (ön ödemeli konut satış sözleşmesinin) varlığına bağlıken; tersi, yani finanse edilen asıl borç ilişkisinin (ön ödemeli konut satış sözleşmesinin) varlığı, kredi sözleşmesine bağlı değildir. Bu sebeple, sadece bağlı kredi sözleşmesinden caymanın mümkün olması yönünde bir yorum yapılmasında bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

4. Alıcının, 14 Günlük Sürenin Geçmiş Olmasına Rağmen Cayma Hakkını Kullanabileceği Hallerin, Bağlı Kredi Sözleşmesi Bakımından Etkisi

Alıcının 14 günlük sürenin geçmesine rağmen cayma hakkını kullanabilmesi, bu çalışmada savunulduğu üzere iki halde söz konusu olabilir: 1. Alıcının, cayma hakkının varlığı konusunda bilgilendirilmemiş olması, 2. Alıcının cayma hakkını göndereceği satıcı adresinin alıcıya bildirilmemiş olması.

Acaba tüketici cayma hakkının varlığı konusunda bilgilendirilmemişse, bunun bağlı kredi sözleşmesine yönelik nasıl bir etkisi olacaktır?

TKHK 43 / II hükmünde, ön ödemeli konut satışına ilişkin bağlı kredi sözleşmesinin derhal değil, cayma süresinin sona erdiği tarihte yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Cayma hakkının bağlı olduğu 14 günlük sürenin başlaması da, tüketicinin satıcı tarafından bilgilendirilmiş olmasına bağlıdır. Kabul ettiğimiz görüş gereğince, alıcı cayma hakkının varlığı konusunda

¹¹¹ Mevcut yasal düzenleme karşısında, bağlı kredi niteliği taşıyan tüketici kredisi için de bunun mümkün olmadığı yönünde: ATAMER s.161. Yazar açık bir hükümle buna imkân verilmesinin daha uygun olacağını da ayrıca belirtmiştir.

usulüne uygun olarak bilgilendirilmemişse, alıcı 14 günlük sürenin bitiminden itibaren 1 yıl içinde cayma hakkını kullanabilir. Bu süre içinde bilgi verilmemiş bile olsa cayma hakkı düşer¹¹².

Fakat bağlı kredi sözleşmesinin, (cayma hakkının varlığı konusunda) bilgilendirme yapılmamış bile olsa 14 gün sonunda yürürlüğe girdiği kabul edilmelidir¹¹³. Bu durumda mesela alıcının 3 ay sonra cayması halinde, alıcının bu sebeple bankaya yapmak zorunda kalacağı giderlerden, satıcı sorumlu olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, alıcının 14 günlük süreden sonra yapacağı caymanın geçerli olduğu hallerde, kullanılan bağlı kredi için tüketicinin bankaya yapacağı tüm ödemelerin, satıcı tarafından alıcıya ödenmesi gerekir.

Bu nedenle bağlı kredi verenin, satıcının gerekli bilgilendirmeyi yapıp yapmadığını kontrol etmesinde, kendi menfaati bulunmaktadır¹¹⁴.

Sonuç

6502 sayılı TKHK, diğer ülke hukuklarında görülmeyen bir düzenleme getirmek suretiyle, ön ödemeli konut satışlarında da, alıcıya 14 gün içinde sözleşmeden cayma hakkı tanımıştır.

Çalışmamızda, tüketiciye tanınan bu cayma hakkının kullanılmasının, sözleşmenin hüküm doğurmasını önleyici bir etkisinin bulunduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple cayma süresi içinde tüketicinin sözleşmeyle bağlı olmadığı, sözleşmenin tüketici açısından, cayma hakkının kullanılmaması biçimindeki geciktirici olumsuz koşula bağlı olarak kurulduğu değerlendirilmiştir.

Alıcı cayma hakkını hiçbir sebebe bağlı olmaksızın, sözleşmeden itibaren 14 gün içinde ve hiçbir şekle tabi olmaksızın kullanabilir. Alıcı cayma hakkı konusunda usulüne uygun olarak bilgilendirilmemişse, kabul ettiğimiz görüş gereğince benzer hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, 14 günlük sürenin bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde cayma hakkını kullanabilir. Sözleşmenin adi yazılı biçimde yapılması, diğer hususların da bulunması kaydıyla, cayma süresinin işlemeye bağlanması için yeterli görülmelidir.

¹¹² Aksi görüşte: GÜMÜŞ (2014), s.263. Yazara göre tüketicinin serbestçe dönme hakkı bulunduğundan, böyle bir kıyas yoluyla uygulamaya yer ve gerek yoktur. Fakat dönme hakkı kullanıldığında, alıcının kural olarak masraf ve ceza ödemesi gerekecektir.

¹¹³ Aksi anlamda KARAKOCALI / KURŞUN s.135, dn.281.

¹¹⁴ Bkz. ve karşı. GÜMÜŞ (2014), s.263.

Alıcının bazı fiillerinin, muayeneyi aşar biçimde kullanmak gibi, caymadan feragat olarak yorumlanmasının mümkün olduğu, ayrıca bazı durumlarda (konutun alıcı adına tescilinden sonra konut üzerinde üçüncü kişi lehine ipotek tesisinde olduğu gibi) alıcının cayma hakkını kullanmasının da mümkün olmadığı kabul edilebilir.

Caymanın, sözleşmesel ilişkiyi geçmişe etkili olarak sona erdirdiği ve verilenlerin sebepsiz zenginleşme veya istihkak davasıyla geri alınabileceği kabul edilmektedir. Satıcının iade borcu, cayma bildiriminin kendisine ulaşmasından itibaren 14 gün sonra; alıcının iade borcu ise, satıcının tüm edinimlerini iade etmesinin ardından 10 gün geçince muaccel olur.

Alıcının, cayma halinde hiçbir mali külfete katlanmaması gerekir.

Alıcı konut finansman sözleşmesi kapsamında bir kredi kullanmışsa, bunun bağlı kredi olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapılmasının gerektiği; eğer bağlı olmayan kredi kullanılıyorsa, ön ödemeli konut satışından caymanın, kredi üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığı; fakat bağlı kredide ise, sona erdirici bir etkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKLAR

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Milli Şerh, Editörler: Tokbaş, Hakan / Tüzüner, Özlem, İstanbul 2016 [Yazar Adı (Milli Şerh)].

AKÇAAL, Mehmet: “Borçlar Kanununa Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, **TBB** 2014 / 110, s.57-108.

AKDAĞ GÜNEY, Necla: “Tüketicinin Cayma Hakkı Üzerine Bazı Düşünceler”, (<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-neclaakdagguney-2.htm&kw=cayma+hakk%C4%B1+%C3%BCzerine#fm>, Erişim: 01.03.2019).

AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Genel Olarak Tüketici Kredileri”, **Tüketici Hukuku Konferansı**, 5-6 Aralık 2015, Editör Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Hukuk yayınları, Ankara 2016, s.395-410.

AKÜNAL, Teoman: “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satıl Sözleşmelerinde

Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeni Seri, 1972 / 9, s.79-106.

ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, B.4, Ekin Yayınevi, Bursa 2014.

ATAMER, Yeşim M.: **Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

AYDOĞDU, Murat: “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri”, **Terazi HD**, 2014 Kasım, s.87-94.

BAYSAL, Başak: “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, **İÜHF**, 2017 / I, s.273-292.

BOZBEL, Savaş / ATALI, Murat: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, (<http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/dsp.php?fn=makale-savasbozbel-muratatali-1.htm&kw=cayma+hakk%C4%B1n%C4%B1n+kullan%C4%B1lmas%C4%B1#fm>, Erişim: 01.03.2019).

BUZ, Vedat: **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1998.

ÇABRİ, Sezer: “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı, C.II**, Konut Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, Editör: Tokbaş, Hakan / Kurşun, Ali Suphi, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s.66-133.

ÇABRİ, Sezer: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2016

DERYAL, Yayha / KORKMAZ, Yakup: **Tüketici Hukuku**, B.3, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan ‘Ön Ödemeli Satım Sözleşmesi’ ile İlgili İsviçre Öğretisinde Yapılan Bazı Açıklamalar ve Bu Açıklamaların Türk Hukuku Açısından Kısaca Değerlendirilmesi”, **GSÜHFD** 2014/2, s.909-625.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununun ‘Taksitle Satım’ Sözleşmesi ile İlgili Getirdiği Değişiklikler”, **LHD** 2011 Şubat, s.525-552.

DOĞAR, Mehmet: **Ön Ödemeli Konut Satışı**, Oniki Levha Yayıncılık,

İstanbul 2018.

DONAUER, Daniel / MÖRİ, Barbara: “*Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen*”, **AJP** 2015/II, s.339-350.

DORNIER, Roger: **Haustürgeschäfte, Zürcher Kommentar zu Art. 40a–40f OR**, Schulthess Verlag, Zürich 2010.

DURŞUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda: **Nakdi Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Haklı Sebep Feshi ve Sonuçları**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

GONZENBACH, Rainer / KOLLER – TUMLER, Marlis: in: **Basler Kommentar, Obligationenrecht I**, Art.1-529, 5.Aufl. Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı**, B.2, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi C.1**, Madde 1-46, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

GÜRSES, Davut: **Banka Genel Kredi Sözleşmesi**, Oniki Levha, yayıncılık, İstanbul 2016

HAZNEĐAR, İbrahim Murat: “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler”, **İBD**, 2014/III, s.5-33.

HONSELL, Heinrich: “OR – Novelle zum Konsumentenschutz”, **AJP** 1992/I, s.66-68.

HOROZ, Seda Hatice: **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin 2015.

JÖRG, Schmid: **Schweizerischen Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, B.I, Aufl.9, Schulthess Verlag, Zürich 2008.

KARA, İlhan: **Tüketici Hukuku**, Engin yayınevi, Ankara 2015.

KARAKOCALI, Ahmet / KURŞUN, Ali Suphi: **Tüketici Hukuku**, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2015.

KİBAR, Ahmet Fevzi: “Cayma Hakkının Hukuki Niteliği ve Sözleşme

Türlerine Göre Değerlendirilmesi”, **LHD** 2018/186, s.2815-2846.

KOLLER – TUMLER, Marlis: in: **OR Kommentar schweizerisches Obligationenrecht**, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 3.Aufl. Orell Füssli Verlag, Zürich 2016.

KURT, Ekrem: **Tüketim Ödücü Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

KURT, Leyla Müjde: “TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı”, **ABD** 2011 / II, s.43-68.

KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı: **Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018

MAKARACI BAŞAK, Aslı / ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununda Taksitle Satım Sözleşmesine İlişkin Getirilen Düzenlemeler”, **LHD** 2012 / 111, s.93-119.

MAKARACI, Aslı: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı**, Derleyen M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2015, Oniki Levha Yayıncılık, s.239-260.

MERAL, Ömer Oğuzhan: **Finansal Kiralama Yoluyla Yapılan Konut Finansmanı Sözleşmelerinde Tüketicinin Temerrüdüne Bağlı Sonuçlar**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019.

ÖZ, Turgut: “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, 2014-2015, Aristo Yayıncılık, Ankara 2015, s.138-160.

ÖZDEMİR, Genç: **Konut Kredileri ve Konut Kredilerinde Teminat İşlemleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

ÖZEL, Çağlar: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, B.3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

ÖZEL, Çağlar: **Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı**, Doktora Tezi, İstanbul 1996.

ÖZEN, Burak: “Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkının Kullanılması”, **Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları**, 2014-2015, Aristo Yayınevi, Ankara 2015, s.82-89.

- ÖZEN, Burak: **Kredi Açma Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- ÖZMEN, Etem Saba / VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi**, Oniki Levha yayıncılık, İstanbul 2016
- SARUZAN, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul Üniv. Yayınları, İstanbul 1975.
- SEKMEN, Orhan: **Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesi ve Hükümsüzlüğü**, Aristo Yayıncılık, İstanbul 2018.
- SERT SÜTÇÜ, Selin: **Tüketicinin Cayma Hakkı**, Adalet Yayıncılık, Ankara 2016.
- SİRMEN, Lale: “Tüketici Hukukunda Taşınmazlarla İlgili Sözleşmeler Bakımından Cayma Hakkı ve Değişken Faize İlişkin Sorunlar”, **Tüketici Hukuku Konferansı**, 5-6 Aralık 2015, Editör Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Can Aksoy, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.379-393.
- TEK, Sinem Gülen: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Bağlamında Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi”, **LHD**, 2012 / 118, s.41-86.
- TOLA, Nuran Rabia: “6502 Sayılı Kanuna Göre Taksitli Satış Sözleşmesinden Cayma Hakkı”, **AD** 2016 Mayıs, s.135-146.
- TÜRKMEN, Ahmet: **Bağışlamanın Geri Alınması**, Adalet Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, **ABD** 2014 / 2, s.292-358.
- YILMAZ, Abdülhamit: **Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, Oniki Yevha Yayıncılık, İstanbul 2018
- YILMAZ, Canan: “6098 Sayılı TBK Çerçevesinde Taksitle Satış Sözleşmesi”, **6098 Sayılı TBK Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, 3-4 Haziran 2011, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Oniki Levha yayıncılık, İstanbul 2011, s.447-474.
- ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

İCRA TAKİBİ YOLUYLA BITCOİN ALACAĞININ İLERİ SÜRÜLMESİ VE BORÇLUNUN BITCOİNİNİN HACZEDİLMESİ

Taner Emre YARDIMCI*

ÖZ

Bitcoin denkler arası/eşitler arası ağa dayalı olan kripto bir birimdir. Bitcoinin en temel özelliği herhangi bir otorite tarafından arz ve garanti edilmemesidir. Bitcoin işlemleri, bunları dijital bir deftere kaydeden blok zinciri ile bütün kullanıcılar için umumi hâle gelir. Bitcoin ağının merkezî olmayan yapısı, cebri icra süreci bakımından bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bir taraf akdi bir ilişkiye istinaden belirli bir tutar bitcoini ifa etmeyi taahhüt ederse, diğer taraf kararlaştırılan bitcoini almak için cebri icra takibi başlatabilmelidir. Diğer taraftan, bir icra dairesi, takip alacaklısının talebi üzerine, bir bitcoin kullanıcısının para borcundan ötürü bitcoini haczedebilmelidir. Haciz işleminde bitcoinin merkezî olmayan yapısı dikkate alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: bitcoin, blok zinciri, ilamlı ve ilamsız icra takibi, haciz, haciz ihbarnamesi

CLAIM OF BITCOIN WITH COMPULSORY ENFORCEMENT PROCEEDING AND ATTACHMENT OF DEBTOR'S BITCOIN

ABSTRACT

Bitcoin is a cryptocurrency based on a per-to-per network. The most basic feature of bitcoin is that it is not issued or guaranteed by any authority. Bitcoin transactions are made public to all bitcoin stakeholders in blockchain which records transactions on a digital ledger. The decentralized structure of bitcoin network brings some kind of problems in respect of compulsory enforcement proceeding. If a party obliges himself to give a sum of bitcoin unter a contractual relationship, the other party is able to initiate an enforcement proceeding to obtain the agreed bitcoin. On the other hand, an enforcement office could attach a user's bitcoin because of his money debt on the demand of the creditor. The decentralized structure of the bitcoin should be considered at the process of attachment.

Key Words: bitcoin, blockchain, proceeding with and without judgement, attachment, notice of levy.

* **Dr. Öğretim Üyesi**, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5330-4986>.
e-posta: t.e.yardimci@gmail.com

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609031

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 17/04/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/07/2019

GİRİŞ

Merkezî ödeme araçlarına göre bazı avantajlar sağlayabilen ve blok zinciri (*blockchain*) teknolojisine dayalı ödeme araçları giderek yaygınlaşmaktadır. Bunlar arasında en ön plana çıkanı ise bitcoin olup; kripto para birimi olarak ifade edilmektedir¹. Yerine getirdiği işlev itibariyle bitcoinin bir malvarlığı değeri olarak kabulü gerekir². Bir malvarlığı değeri olarak bitcoinin parasal değeri ise piyasadaki arz ve talep durumuna göre belirlenmektedir³. Değeri ölçülebilen bitcoinin hukuki niteliği konusunda ise ciddi tartışmalar söz konusudur. Bu tartışmalar bir yönüyle bitcoin hakkında cebri icra işlemlerinin ne şekilde yapılabileceğini de ilgilendirmektedir. Bitcoin sistemi içinde merkezî bir birim bulunmadığı için sistem içindeki bir kullanıcıya karşı cebri icra işlemlerinin yapılması ciddi zorluklar arz edebilir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği belirli bir miktar bitcoinin sözleşmeye konu edilmesi ise mümkündür. Bu şekilde ortaya çıkan bir bitcoin alacağı ilamlı veya ilamsız icra takibine konu edilmek istenebilir. Bu noktada, hangi hâllerde ilamsız icra takibi yapılabileceği ve bitcoin alacağı'nın aynen ifasının dava yoluyla ileri sürülmesi ve daha sonra ilamlı icra takibinin hangi kapsamda gerçekleştirilebileceği hususlarına cevap bulunması gerekmektedir. Öte yandan, aleyhine para alacağı için başlatılmış icra takibinde ödemede bulunmayan takip borçlusuna ait bitcoinin ne şekilde haczedilebileceği de belirlenmelidir. İlk olarak, bitcoin bakımından bir sicil kaydı tutulmaması sebebiyle haciz işlemini uygulamak noktasında hangi icra dairesi veya dairelerinin yetkili olabileceği hususu cevaplandırılmalıdır. Ayrıca, bitcoinin haczinin hacizde tertip ilkesi gereği hangi sırada yer alabileceği, borçluya ait olduğu tespit edilen bitcoinin ne şekilde muhafaza altına alınabileceği ve haciz işlemine rağmen borçlunun bitcoin üzerinde tasarrufta bulunmasının ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar da ele alınmalıdır.

I. Bitcoin Sisteminin İşleyişi ve Bitcoinin Hukuki Niteliği

İcra takibinde alacağı karşılayacak tutarda bitcoinin haczedilmesi veya bir bitcoin alacağı'nın icra takibinde ileri sürülmesinde ne gibi işlemlerin yapılabileceği bitcoin uygulamasının işleyişinin belirlenmesine bağlıdır. Bir

¹ HAUSER-SPÜHLER/MEISSER, s. 8; BOZKURT-YÜKSEL, s. 66, 67.

² PILLER, s. 1428; SHMATENKO/MÖLLENKAMP, s. 495, 496.

³ ENGELHARDT/KLEIN, s. 356; HAUSER-SPÜHLER/MEISSER, s. 7; BOZKURT-YÜKSEL, s. 68. Mesela 01/04/2019 günü bir bitcoin 22.822,64 ₺ tutarında iken; 06/04/2019 günü ise 28.407,92 ₺ değerine ulaşmıştır.

malvarlığı değeri olarak bitcoinin hukuki niteliğinin belirlenmesi de bitcoin sisteminin unsurlarına göre değerlendirilebilir.

A. Bitcoin Sisteminin İşleyişi

Bitcoin sistemi bakımından belki de ilk vurgulanması gereken husus, merkezî bir otoritenin bulunmamasıdır. Bitcoin hesabı oluşturulmasında yetkili ve hesabın güncel durumunu garanti eden bir birimden bahsedilemez⁴. Hesabında bitcoin olan birisinin bunu ileri sürebileceği kredi kurumu benzeri bir muhatap yoktur⁵. Bu sebeple, bitcoin adresleri arasındaki transferler, üçlü bir ilişkinin gerçekleştiği havale gibi işlemler mahiyetinde değildir⁶. Merkezî bir otoritenin aracılığına gerek kalmaksızın bitcoin transferi yapılabilmektedir⁷. Böylece, sistem içinde *per to per* (denkler arası/eşitler arası) transferler söz konusu olmaktadır⁸.

Bitcoin kullanıcısı olabilmek için öncelikle bir hesap sahibi olmaya ihtiyaç vardır. Bitcoin hesabı edinilmesi ise bilgisayara veya cep telefonuna bitcoin uygulamasının indirilmesiyle veya internette hesap kullanımına imkân tanıyan bir cüzdan edinilmesiyle mümkün olabilir⁹. Hesabın açılmasında ise kullanıcıya ait kişisel bilgilere gerek kalmamaktadır. Öyle ki, para ile bitcoinin değiştirilmesi için işlem yapılırken de kişisel bilgiler paylaşılmamaktadır¹⁰. Yerine göre gizliliğe önem veren bir kullanıcı için bu durum ciddi bir avantaj sağlar. Nitekim kullanıcıya ait bilgiler gösterilmeksizin sadece işlemlere ait bilgiler kaydedilerek transferler gerçekleştirilebilir¹¹. Buna bağlı olarak belirli sakıncaların doğması ise kaçınılmazdır. Şöyle ki, kara para aklama gibi amaçla bitcoin cüzdanı edinilebilir¹². Öte yandan, aleyhine müsadere kararı verilme ihtimali olan bir kişinin bu suretle müsaderenin icrasını engellemesi düşünülebilir¹³.

⁴ KÜTÜK/SORGE, s. 643.

⁵ SHMATENKO/MÖLLENKAMP, s. 496.

⁶ BOEHM/PESCH, s. 78.

⁷ BOEHM/PESCH, s. 75; HAUSER-SPÜHLER/MEISSER, s. 7.

⁸ PILLER, s. 1427; BOZKURT-YÜKSEL, s. 67.

⁹ SHCHERBAK, s. 47; PILLER, s. 1428.

¹⁰ BOEHM/PESCH, s. 76; MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 83.

¹¹ SHCHERBAK, s. 45.

¹² BOEHM/PESCH, s. 77; SHCHERBAK, s. 42; MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 89, 90.

¹³ GÖGER, s. 432.

Kullanıcının işlem yapmak üzere edineceği bu hesap, cüzdan (*wallet*) olarak ifade edilmektedir. Cüzdanda bir veya birden çok bitcoin adresinin yer alması mümkündür. Her bitcoin adresi ise bir anahtar çiftine sahiptir¹⁴. Transfer işleminin gerçekleştirilmesi ve takibi bu iki kriptolu anahtar sayesinde temin edilmektedir¹⁵. Özel anahtar (*private key*) ve umumi anahtar (*public key*) olmak üzere her bir anahtarın farklı bir işlevi vardır. Özel anahtar olarak görülen anahtar, bitcoin piyasasında işlemlerin gerçekleştirilebilmesini sağlar¹⁶. Transfer yetkisi bu özel anahtar kullanılmak suretiyle verilebilir. Bir noktada bu özel anahtar hesap sahibinin kendi el yazılı imzası gibi düşünülebilir¹⁷. Bu amaçla kullanılan özel anahtar bir kez üretilir ve cüzdan için kullanılan bir nevi giriş şifresi niteliğindedir¹⁸. Umumi anahtar ise imzaların doğrulanmasına hizmet etmektedir¹⁹. Umumi anahtar ile özel anahtar arasındaki fark, elektronik mail adresi bakımından örnek verilerek açıklanabilir. Umumi anahtar, elektronik mail adresine; özel anahtar ise bu adresin şifresine benzetilebilir²⁰. Özel anahtar sayesinde transfer işleminin gerçekleşmesi mümkün olabilmektedir²¹. Kullanıcının bitcoin alması ve göndermesi ise umumi anahtar ile gerçekleşir²².

Bir kullanıcının hesabında bitcoin olması kaydıyla bu malvarlığı değeri bakımından bir transfer işlemi yapabileceğini kabul edebiliriz. Bu bakımdan, hesapta hem bitcoinin bulunup bulunmadığı hem de bitcoinin daha önce harcanıp harcanmadığı belirlenebilir olmalıdır. İşlem geçmişinin tespit edilebilmesi, mevcut durumu bilme adına büyük bir önemi haizdir. Ancak belirli bir tutardaki bitcoin hakkında birden fazla kez işlem yapılmasının engellenmesinde anahtarlar yeterli değildir²³. Merkezî otorite bulunmaması sebebiyle hesap hareketlerinin kayıt altına alınmasına da ihtiyaç vardır²⁴. Bitcoin

¹⁴ PILLER, s. 1428; SHCHERBAK, s. 47.

¹⁵ BOEHM/PESCH, s. 75; KÜTÜK/SORGE, s. 643.

¹⁶ PILLER, s. 1428; SHCHERBAK, s. 47.

¹⁷ BOEHM/PESCH, s. 76.

¹⁸ SHCHERBAK, s. 47.

¹⁹ KÜTÜK/SORGE, s. 743.

²⁰ PILLER, s. 1427 (dn. 12).

²¹ KÜTÜK/SORGE, s. 643.

²² Umumi anahtar bu özelliği itibarıyla banka hesabına da benzetilmektedir, bkz. SHCHERBAK, s. 47.

²³ KÜTÜK/SORGE, s. 643.

²⁴ PILLER, s. 1428 (dn. 13); WILLEMS, s. 326.

uygulamasında bunu temin etmek üzere blok zinciri (*blockchain*)²⁵ teknolojisi kullanılmakta ve buna katkısı bulunan kişiler (*madenci*)²⁶ çabalarına karşılık olarak bitcoin kazanabilmektedir²⁷. Blok zinciri hesap hareketlerinin kaydı niteliğindedir. Bu özelliği itibarıyla blok zinciri, bir banka hesap cüzdanına benzetilmektedir²⁸. Piyasada işlem yapıldıkça yeni blok eski blokların önüne işlenir ve böylece blok zinciri büyür. Bloklar işlenirken kişiden kişiye olan ağın kullanıcılarına da gönderimde bulunulur. Bu suretle bitcoin hareketleri bütün kullanıcılar için umumi hâle gelebilir²⁹.

Yukarıda belirtilen çerçevede bitcoin sisteminin işleyişini anlatmak üzere şöyle bir örnek verilmektedir³⁰: Bir odada bulunan kişilerden her biri 100 adet coin sahibi olsun ve bunu diğerlerine duyurmak kaydıyla serbestçe coin devredebilsin. Her bir katılımcı yapılan işlemler hakkında bir defter tutsun ve geçersiz işlemler reddedilsin. Alice tarafından Bob'a 30 coin devredilmek istenirse, bunun odadaki diğer kişilere duyurulması gerekir. Odada bulunan herkes bu işlemi kaydettiği takdirde Alice'in 70 coin sahibi olduğu ve Bob'un ise 130 coin sahibi olduğu herkesçe bilinir. Diyelim ki Alice 80 coin Charles'a devretmek isterse, katılımcılar tarafından bu işlem geçersiz görülmelidir. Çünkü mevcut duruma göre Alice bu kadar coin sahibi değildir. Görüldüğü üzere, merkezî bir birim yoktur ve her katılımcı yapılan işlemlere şahit olup bunları kayıt altına almaktadır.

Sisteme göre yapılan transferler kullanıcılar arasında doğrudan gerçekleşmektedir. Bu sebeple, belirli bir miktarda bitcoin transferi

²⁵ Blok zinciri, her biri bilgi parçasını içeren bloklardan oluşan dağıtılmış bir veri tabanına dayanır. İşte bu veri tabanı bakımından onun doğru durumunu tanımlayan, kontrol eden veya düzenleyen bir merkezî bir merci bulunmamaktadır, bkz. EFE, s. 123, 124.

²⁶ Madencinin katkısı sayesinde bir kayıt hizmeti sunulmaktadır. Yeni yayımlanan işlemleri toplayarak blok hâline getirmek ve sürekli olarak doğrulamak suretiyle blok zincirin tutarlılığı, tamlığı ve değiştirilemez olması madenciler tarafından sağlanmaktadır. Buna göre, bitcoin ağının bilgisayar gücünü oluşturan madenciler kullanıcıların gerçekleştirdiği işlemleri doğrulamaktadırlar, bkz. ÜZER, s. 32.

²⁷ KÜTÜK/SORGE, s. 643, 644; SHCHERBAK, s. 48, 49; PILLER, s. 1427. Yapılan ödeme banka havale masrafı ile karşılaştırıldığında yok denecek kadar az bir miktarı ifade eder, bkz. ÇARKACIOĞLU, s. 39.

²⁸ BOEHM/PESCH, s. 76.

²⁹ WILLEMS, s. 326; BOEHM/PESCH, s. 76; ÜZER, s. 31, 32; HAUSER-SPÜHLER/MEISSER, s. 8. Tüm işlemlerin ağa gönderilmesine rağmen tarafların kimliği hakkında bilgiler yine gizli kalmaktadır, bkz. BOZKURT-YÜKSEL, s. 70; EFE, s. 125.

³⁰ MEISSER tarafından verilen bu örnek için bkz. MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 82.

gerçekleştiği takdirde ciddi bir transfer masrafı doğmamaktadır³¹. Öyle ki, dünyanın diğer ucundaki bir yere gerçekleşen transfer için dahi durum böyledir. İşte, bitcoin açısından bir avantaj yaratan bu husus, banka aracılığıyla gerçekleşen havalelerden farklılık arz etmektedir. Çünkü merkezî bir birime ihtiyaç kalmaksızın transferler yapılabilir³². Transfer işleminden geri dönülemediği için geri çekme dolandırıcılığı (*chargeback fraud*)³³ yapılamaması, kısa zamanda işlem yapılabilmesi gibi hususlar da geleneksel ödemelere nazaran bitcoinin sağladığı faydalar arasında sayılabilir³⁴.

B. Hukuki Niteliği Bakımından Bitcoin

Bitcoin, ilk dijital bir para birimi olup; merkezî olmayan bir mutabakat ağına dayalıdır. Sistem içinde kullanıcılar internet üzerinden birbirlerine doğrudan (*herhangi bir aracı olmadan*) transferler yapabilir³⁵. Niteliği itibariyle mal ve hizmet piyasasında para gibi işlev görmesi mümkün olan bitcoinin para niteliğinde olmadığı hususunda görüş birliği vardır³⁶. Kaldı ki, başka bir devlet tarafından ulusal para birimi olarak kabul edilmediği için bitcoin yabancı para olarak da kabul edilemez³⁷. Buna göre, bir devlet tarafından bitcoinin resmî para birimi olarak kabul edilmesi hâlinde, bitcoin alacağı hakkında yabancı para alacağına ilişkin kuralların uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Öte yandan, merkezî bir otoritenin bulunmaması sebebiyle bitcoinin elektronik para olarak kabulü dahi mümkün değildir³⁸.

Görüldüğü üzere, para ve elektronik para gibi ödeme araçlarından bitcoini ayıran özellik, bu değer karşılığını taahhüt eden kredi kurumu benzeri bir

³¹ İşlem masrafının az olması sebebiyle, bitcoin aracılığıyla küçük meblağlı işlemlerin yapılması mümkün olmaktadır, bkz. SHCHERBAK, s. 46.

³² BOEHM/PESCH, s. 75.

³³ Geri çekme dolandırıcılığında internet üzerinden sipariş verilip mal ve hizmet teslim alındıktan sonra amir bankaya (*ödemede bulunacak bankaya*) finansal işlemin iptaline sebep olacak şekilde talimat verilmesi (*chargeback*) hâlinde söz konusu olabilir, bkz. (https://en.wikipedia.org/wiki/Chargeback_fraud Erişim Tarihi: 01/03/2019).

³⁴ SHCHERBAK, s. 46.

³⁵ Bkz. <https://bitcoin.org/tr/> (Erişim Tarihi: 19/06/2019).

³⁶ KÜTÜK/SORGE, s. 644; SHCHERBAK, s. 51-53; PILLER, s. 1428; SHMATENKO/MÖLLENKAMP, s. 496.

³⁷ PILLER, s. 1428.

³⁸ ENGELHARDT/KLEIN, s. 356; KÜTÜK/SORGE, s. 644; HAUSER-SPÜHLER/MEISSER, s. 7, 8; SHCHERBAK, s. 55, 56. BDDK tarafından yapılan bir basın açıklamasında da bitcoinin elektronik para olmadığına vurgu yapılmıştır, bkz. (https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf Erişim Tarihi: 19/03/2019).

kurum bulunmamasıdır³⁹. Öte yandan, tamamen dijital olan bitcoin, altın gibi maddi varlığı bulunan değerlerden bu özelliği (*maddi varlığı bulunmama*) itibariyle ayrılmaktadır⁴⁰. Ayrıca çok eski tarihlerden beri kullanılan altın hukukten de kabul edilmiş iken; bitcoin hakkında henüz kanuni düzenlemeler sevk edilmemiştir. Yine geleneksel para birimlerinden farklı olarak, devletin bitcoin arzı üzerinde etkili olmaması (*dışardan para arz edememe*), bitcoinin işlem hafızasının bulunması, işlemlerin geri alınamaması, kriptografik dijital imzalama metotlarının kullanılması gibi durumlar söz konusudur. Bu hususlar, bitcoinin geçmişten beri bilinen geleneksel ödeme araçlarından ciddi bir farklılık arz ettiğini göstermektedir⁴¹.

Bitcoinin eşya niteliğini haiz olup olmadığı hususunda ise farklı görüşler ileri sürülmektedir. Buna bağlı olarak, bitcoinin sahibine mutlak bir hak tanıyıp tanımadığı hususu üzerinde durulabilir. Maddi bir varlığı olmadığı için bitcoinin belki de fikrî bir hak olması, mutlak bir hakkın varlığı için yeterli görülebilir. Lakin bitcoinin fikrî bir ürün niteliğinde olmaması sebebiyle fikrî mülkiyete konu olamayacağı açıktır⁴². O hâlde, bitcoin bakımından mutlak bir hakkın varlığından bahsedilebilmesinde bitcoinin eşya olarak kabul edilip edilemeyeceği belirleyici olacaktır. Maddi bir varlığı olmaması⁴³ sebebiyle hâkim görüş, bitcoinin eşya olarak kabul edilemeyeceği yönündedir⁴⁴. Buna göre, para karşılığı bitcoin verilmesi veya mal karşılığı bitcoin ödenmesinin öngörülmesi gibi durumlarda bir satım sözleşmesi akdedilmiş olmaz⁴⁵. En

³⁹ SHCHERBAK, s. 51.

⁴⁰ Bkz. <https://www.fxcm.com/uk/insights/gold-vs-bitcoin/> (Erişim Tarihi: 19/06/2019).

⁴¹ Bitcoinin geleneksel para sistemlerinden farkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇARKA-CIOĞLU, s. 15-17.

⁴² KÜTÜK/SORGE, s. 644; BOEHM/PESCH, s. 77; MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 87; SHMATENKO/MÖLLENKAMP, s. 497.

⁴³ Türk hukukunda eşyanın tanımı yapılırken de en temel unsurlarından birisi olarak cismani bir varlığa sahip olmasına vurgu yapılmaktadır, bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 8. Bu temel unsura sahip olmaması sebebiyle insanın fikrî ürünü olan bilim ve sanat eserleri eşya kategorisine sokulmamaktadır, bkz. AKSOY-DURSUN, s. 24.

⁴⁴ KÜTÜK/SORGE, s. 644; BOEHM/PESCH, s. 77. Bitcoinin maddi varlığı olmamasına rağmen bitcoinin üretiminin eşya üretimi ile paralellik göstermesi dikkate alınarak bitcoinin teorik olarak eşya kavramı içine girebileceği de belirtilmektedir, bkz. SHCHERBAK, s. 53, 54.

⁴⁵ Para karşılığı bitcoin verilmesi atipik bir eser sözleşmesi olduğu görüşü de ileri sürülmüştür, bkz. SCHNEIDER Julian: “Zum ersten Mal ein freier Markt der Währungen” (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bitcoins-waehrung-rechnungseinheit-umsatzsteuer/> Erişim Tarihi: 18/03/2019). Tek başına transferin yapılması, eser olarak görülmediği için atipik eser sözleşmesinden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir, bkz. SHMATENKO/MÖLLENKAMP,

azından para karşılığı bir hakkın devrinden bahsedilebilmesi durumunda satım sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir⁴⁶. Yine bu kapsamda mal karşılığı bitcoin verilmesinin mal değişimi sözleşmesi (*trampa*) olarak nitelendirilemeyeceği de düşünülebilir⁴⁷.

Buna karşın, İsviçre hukukunda doğal güçlerin eşya olarak kabul edilmesi yönündeki İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m. 713 (*bkz. Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 762*)'teki düzenleme çerçevesinde eşya kavramının kapsamına dijital verilerin (*res digitalis*) de girebileceği görüşü ileri sürülmektedir⁴⁸. Söz konusu bu görüş isabetli de görülsün, *de lege lata* bunun mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre, yaygınlaşmasına bağlı olarak hukuki koruma sağlamak için bitcoinin taşınır eşya olarak kabulü için açık bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır⁴⁹. Gerçekten, taşınır mülkiyetinin konusuna doğal güçlerin alınmasıyla maddi varlığı haiz olma unsurundan bir ödün verildiği açıktır⁵⁰. Dijital veriler bakımından da bu şekilde bir yaklaşım sergilemek gerekebilir.

Alman hukukunda ise bitcoinin maddi varlığı bulunmadığı için eşya olarak kabul edilemeyeceğine özellikle Alman Medeni Kanunu (AMK) m. 90'da geçen "*Bu Kanun anlamında eşyalar yalnızca maddi varlığı bulunan nesnelere*." şeklindeki hüküm dayanak alınmaktadır. Buna bağlı olarak, veri taşıyıcısı (*hardware*) gibi bir kaynağa aktarılmadığı sürece dijital verinin eşya kavramı kapsamında görülemeyeceği belirtilmektedir⁵¹. Veri taşıyıcıya aktarma şartının aranmasının temel sebebi ise bilgisayar programları hakkında

s. 499. Öte yandan, mal karşılığı bitcoin ödeneceği öngörüldüğünde ise bu görüşün yetersiz kaldığı söylenebilir, bkz. BOEHM/PESCH, s. 78. Bu husustaki bir görüşe göre ise para karşılığı bitcoin verilmesi atipik bir satım sözleşmesi iken; mal karşılığı bitcoin verilmesi mal değişimi sözleşmesi mahiyetindedir, bkz. ENGELHARDT/KLEIN, s. 359; SHMATENKO/MÖLLENKAMP, s. 500.

⁴⁶ BOEHM/PESCH, s. 75.

⁴⁷ BOEHM/PESCH, s. 75.

⁴⁸ ECKERT, (Sache), s. 248. Bununla birlikte, belirli verilere bağlı olmaması ve kopyalanamaması sebebiyle kripto değerlerin dijital veri kapsamına girip girmeyeceğinden tereddüt de edilmektedir, bkz. HAUSER-SPÜHLER/MEISSER, s. 9. Öte yandan, maddi varlığın olmaması ve doğal güçlerde olduğu gibi açık bir düzenlemenin bulunmaması ve sınırlı aynı hakların *numerus clausus* ilkesine tabi olması gözetilerek dijital değerlerin eşya olarak görülemeyeceği de belirtilmektedir, bkz. MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 87.

⁴⁹ PILLER, s. 1429.

⁵⁰ AKSOY-DURŞUN, s. 114, 115.

⁵¹ Sistem içinde blok zincirinde bitcoin hakkında tutulan kayıtların varlığı ise bu şartı sağlayacak nitelikte görülmemektedir, bkz. SHMATENKO/MÖLLENKAMP, s. 497.

verilen bir kararın bu yönde olmasıdır. Buna göre, programın cisimleştiği eşya üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilir⁵². Bununla birlikte, öğretilerde bitcoin gibi dijital verilerin AMK m. 90 anlamında eşya olarak kabul edilmesiyle birçok soruna cevap sunulabileceği de vurgulanmaktadır⁵³.

Bitcoinin nispi bir hak olarak ele alınmasının mümkün olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Belirli bir miktar bitcoine sahip olan kişinin bunu ileri sürebileceği bir muhatap yoktur. Zaten bu durum, bitcoin uygulamasının temelinde yatan mantıktan ileri gelmektedir⁵⁴. Yani bitcoin hesabı açılması ve bunun sonrasında bitcoin alınması durumunda sözleşmeye dayalı bir ilişki ortaya çıkmaz. Yine bu kapsamda bir alacak hakkının doğduğu da söylenemez. Gerçekten, alacak hakkının varlığı için bir kimsenin başka bir kimseye karşı istemde bulunma yetkisinin bulunması lüzumludur⁵⁵. Oysa bitcoin sahibi kişinin bunu ileri sürebileceği bir kimse bulunmamaktadır. Merkezî olmama özelliği sebebiyle bitcoin sahipliği bu malvarlığı değerine sahip kişi için bir alacak hakkı tanımamaktadır. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesine göre bir yükümlülük olarak bitcoin transfer edileceği öngörülebilir⁵⁶. Bu şekilde yapılan bir sözleşme ise, başka bir sebep olmadığı sürece, TBK m. 27 anlamında batıl görülemez. Söz gelimi, yapılacak işlem için öngörülen şekle uygun olarak işlem yapılması gerekir⁵⁷. Geçerli bir sözleşmeye istinaden bir tarafın sözleşmenin diğer tarafına karşı bitcoin alacağını ileri sürmesi hâlinde ise artık nispi bir hakkın varlığından bahsetmek mümkün olur⁵⁸.

⁵² Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda veri taşıyıcısına aktarılmış bilgisayar programının AMK m. 90 anlamında maddi varlığının bulunduğu kabul etmiştir, bkz. BGH, Urteil vom 14-07-1993 - VIII ZR 147/92. (NJW, H. 38, Y. 1993, s. 2438). Ham veriden programı ayıran temel husus ise programın makineye talimat verebilmesidir. Bu farkın esaslı bir ayrıma gidilmesini gerektirmediği dikkate alınarak bu içtihadın dijital veriler hakkında da geçerli olacağı yönünde bir görüş ileri sürülmektedir, bkz. ENGELHARDT/KLEIN, s. 357.

⁵³ ENGELHARDT/KLEIN, s. 359.

⁵⁴ Bir kullanıcı, bitcoin sisteminde ağa (*network*) karşı talepte bulunma hakkına sahip değildir. Arz ettiği bu özellik bitcoinin nispi bir hak olarak görülmesine de imkân tanımamaktadır, bkz. PILLER, s. 1428. Öyle ki, herhangi bir şekilde zarar gören bitcoin kullanıcısının bunu ileri sürebileceği bir kişi yoktur, bkz. MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 87.

⁵⁵ OĞUZMAN/BARLAS, s. 144.

⁵⁶ BOEHM/PESCH, s. 78; ENGELHARDT/KLEIN, s. 356; PILLER, s. 1428; MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 87.

⁵⁷ MÜLLER/REUTLINGER/KAISER, s. 87.

⁵⁸ KÜTÜK/SORGE, s. 644; PILLER, s. 1428.

II. Bitcoin Alacağı Hakkında İcra Takibi Yapılması

Bitcoin alacağıın ileri sürülmesinde hangi takip yoluna (ilamlı-ilamsız) başvurulabileceği bitcoin sisteminin işleyişine ve bitcoinin hukuki niteliğine göre belirlenebilir. Özellikle bitcoinin parasal değerinin belirlenebilir olması, başvurulacak takip yolunun belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

A. Bitcoin Alacağı Hakkında İlamsız İcra Takibi Yapılması

İlama bağlanmamış bir bitcoin alacağı hakkında genel haciz yoluyla takip, kiralanan taşınmazın ilamsız icra yoluyla tahliyesi (*kira bedeli bitcoin olarak öngörülmüşse*) ve kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip yapılması ihtimalleri değerlendirilebilir.

Bilindiği üzere, bir para ve teminat alacağıın ileri sürülmesi durumunda genel haciz yoluyla takip yapılabilir. Takip başlatılabilmesi açısından taraflar arasındaki para alacağıın hangi para birimi üzerinden kararlaştırılmış olduğunun bir önemi yoktur. Sadece yabancı para alacaklarında ilamsız takip yapılabilmesi için İcra ve İflas Kanunu m. 58/2 - (3)'te (*bkz. İsviçre İİK m. 67/1 - (3)*) bu para alacağıın belirli bir kur üzerinden ülke parasına çevrilmesi öngörülmüştür. Yabancı para alacağıında olduğu gibi, bitcoinin de bu şekilde ileri sürülebileceği düşünülebilir. Nitekim takip talebinde bulunduğu tarihte bitcoinin ülke parası ile değeri hesaplanabilir. Lakin bitcoinin yabancı para olarak kabul edilmemesi, bu usul izlenerek (*ülke parasına çevirmek suretiyle*) genel haciz yoluyla takip yapılmasının mümkün olup olmadığı sorunu doğurur. İsviçre hukukunda bitcoin alacağı hakkında efektif kaydı⁵⁹ kararlaştırılmamışsa, ilamsız takip yapılabileceği görüşü ileri sürülmektedir⁶⁰. Buna göre, bitcoin olarak takip talebinde bulunamayacağı için, takip talebinde bulunulan tarihteki değerine göre tahsili istenen bitcoin alacağıın ilamsız takibe konu edilmesi mümkündür⁶¹.

⁵⁹ Efektif (aynen) kaydı, yabancı para borçlarında ödemenin mutlaka yabancı para ile ödenmesini ifade etmek üzere kullanılır. Buna göre, gerçek olmayan para yabancı para borçları ve gerçek (efektif) yabancı para borçları ayrımı yapılır, bkz. PEKCANITEZ, s. 30-34. Bitcoin alacağı hakkında efektif kaydın öngörülmesi, ifanın sadece bitcoin ile gerçekleştirileceğinin kararlaştırılmasını ifade etmektedir.

⁶⁰ Sözleşmede efektif kaydı yer aldığı takdirde, ilamsız takip yapılamayacağından ötürü, borçluyu bitcoin transferi yapmaya (*belirli bir işin yapılması*) zorlamak üzere dava açılmalıdır, bkz. PILLER, s. 1434.

⁶¹ PILLER, s. 1433, 1434.

Türk hukukunda da bitcoin alacağı hakkında ülke parası ile karşılığı belirtilmek suretiyle genel haciz yoluyla takip yapılabileceği kabul edilebilir. Neticede bir para alacağının ileri sürülmesi söz konusu olduğu için ilamsız takip yapılabilirdir. Buna karşın, bitcoin olarak bir transfer yapılmasını sağlamak üzere ilamsız icra takibi yapılamaz. Genel haciz yoluyla takipte altın alacağının aynen istenememesi ile benzer bir durum söz konusudur. Gerek bitcoin gerekse altın İİK m. 58/1 - (3) anlamında para olmadığı için aynen ifaya yönelik ilamsız takip yapılamaz. Fakat altın veya bitcoin alacağının ülke parası ile karşılığı belirtildiği takdirde ilamsız icra takibi yapılabilirdir⁶². Öyle ki aynen ödeme (*bitcoin olarak ödeme*) yönünde bir talepte bulunulursa, icra takibinin şikâyet başvurusu üzerine iptaline karar verilmelidir. Yabancı para alacağının dahi ilamsız takip yoluyla aynen istenmesi mümkün değil iken bitcoinin aynen talebine imkân tanınamaz. Ayrıca, bu hâlde şikâyet başvurusunun süreye tabi olmadığı kabul edilmelidir.

Buna karşın, bitcoin alacağının belirli bir kur esas alınarak ülke parasına çevrilmesi hâlinde efektif kaydı olsun veya olmasın genel haciz yoluyla takip yapılabilir. Tarafların önceki iradelerine aykırı olsa (*efektif kaydı öngörüldüğü hâllerde*) dahi, sonuçta muayyen miktarda bir para alacağının ileri sürülmesi söz konusudur. Efektif kaydının varlığına rağmen bitcoinin ülke parasına çevrilip ileri sürülmesi bir şikâyet sebebi teşkil etmez. Bu durumda sadece taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılıktan bahsedilebilir. Aynı anlayışla, kira bedelinin bitcoin olarak öngörülmesi hâlinde de ülke parasına çevrilmiş olması kaydıyla kiralanan taşınmazın ilamsız icra yoluyla tahliyesi istenebilmelidir. Bununla birlikte, fiilî ödeme tarihindeki bitcoin kuruna göre ödemede bulunulmasının talep edilemeyeceğini belirtmeliyiz. Çünkü böyle bir tercihte bulunulması, TBK m. 99/3'e göre yalnızca yabancı para alacakları için öngörülmüştür.

⁶² Altın alacağının ülke parası karşılığı belirtildiği takdirde ilamsız takip yapılması mümkün görülmektedir, bkz. KURU (2013), s. 191. Yargıtay da son dönemdeki kararlarında altın alacağı karşılığı olan para alacağının belirtilmesi suretiyle ilamsız takip yapılabileceğine karar vermiştir, bkz. KURU (2013), s. 1912. Yine bu yöndeki başka bir karar şu şekildedir: "... Somut olayda takip bizzatî altın alacağına ilişkin olmayıp, ödenmediği ileri sürülen "senetli 500 gr 22 ayar altın bilezik" bedeline ilişkin para alacağıdır. Para alacağına ilişkin miktar ve tutar açıkça takip talebinde gösterilmiştir. Bu durumda takibe konu alacağın menkul mal hükmünde olan altın teslimine değil para alacağına ilişkin bulunması karşısında İİK'nun 42. maddesi çerçevesinde genel haciz yolu ile ilamsız takibe konu edilebilmesi mümkün olduğundan şikâyete konu edilen işlemde 9.7.1941 tarih, 32/28 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararının uygulama alanı yoktur: ..." Yargıtay 12. HD, E. 2014/4346, K. 2014/7087, T. 12/03/2014 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip yapılabilmesi için alacaklının elinde bir kambiyo senedinin bulunması şarttır. Kambiyo senedinin unsurları arasında yer alan “*belirli bir bedelin kayıtsız ve şartsız ödeneceğine dair kayıt*” kısmına bitcoin alacağı yazılmışsa, öncelikle bu kambiyo senedinin geçerli olup olmayacağı hususu gündeme gelir. Kambiyo senedinde ödenecek bedel yalnızca ülke parası veya yabancı para olabileceği⁶³ için belirli bir bitcoinin transfer edileceği kaydını içeren kambiyo senedi geçersiz görülmelidir. O hâlde, bitcoin alacağı kambiyo senedine bağlanmışsa, kayıtsız ve şartsız ödeme öngörülmüş olsa dahi, bu senedin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bu şekildeki bir kambiyo senedine istinaden genel haciz yoluyla takip başlatılması ise mümkündür; yeter ki takip talebinde ülke parası ile bir karşılık belirtilmiş olsun.

B. Bitcoin Alacağı Hakkında İlamlı İcra Takibi Yapılması

Bir tarafın bitcoin alacağı hakkında ilamlı icra takibi yapıp yapamayacağının belirlenmesi, öncelikle bu şekilde bir talebin dava yoluyla ileri sürülüp sürülemeyeceğine ve ileri sürülebilirse ne şekilde hüküm verilebileceğine göre belirlenebilir.

1. Bitcoin Alacağıın Dava Yoluyla İleri Sürülmesi

Eşya olarak kabul edilmemesi sebebiyle, belirli bir bitcoinin karşı tarafa transfer edilmesi yükümlüğü bir işin yapılması kapsamında görülebilir. Belirli bir bitcoin alacağı hakkında para ve teminat alacağı dışındaki ilamların icrasına dair İİK m. 24-31a hükümleri uygulanabilir. Bu hükümlerden bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair düzenlemenin (İİK m. 30) bitcoin alacağı hakkında uygulanabilmesi mümkündür. Özellikle, hukuken eşya vasfı kabul edilmemiş olması sebebiyle bitcoin ifası hakkında taşınır teslimine dair İİK m. 24’ün uygulanabileceğini söylemek güçtür.

Aynen ifa talep edildiği takdirde, bitcoin miktarına göre ülke parası ile karşılığına göre hüküm kurulması taleple bağlılık ilkesine aykırı olur⁶⁴. Dolayısıyla, aynen ifa talebine uygun bir karar verilmelidir. Aynen ifanın talep edilmesi bakımından Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 113 hükmünün uygulanması ihtimali de gündeme gelebilir. Yapma borçlarında ifa zamanında

⁶³ BOZER/GÖLE, s. 65.

⁶⁴ Benzer bir durum sözleşmede yabancı para alacağıın öngörüldüğü hâllerde söz konusu olmaktadır. Ülke parası veya yabancı para talebinde mahkemenin şartlar oluşmuşsa tercih edilen para birimine göre karar vermesi beklenmektedir. Aksi hâlde, talep dışına çıkılması söz konusu olmaktadır, bkz. PEKCANİTEZ, s. 98.

gerçekleşmezse, TBK m. 113'te alacaklıya bir seçimlik hak tanınmıştır. Böylece, İİK m. 30/2 hükmüne göre bir işin yapılmasına yönelik ilamlı icrada alacaklı lehine üçüncü bir seçeneğin gündeme geleceği belirtilmektedir⁶⁵. Buna göre alacaklı, İİK m. 30/2'den ya da TBK m. 113'ten yararlanmak bakımından serbesttir. Alacaklının ifanın kendisi tarafından yapılmasına icra mahkemesi veya icra dairesince izin verilmesini istemesi gerekecektir⁶⁶. Aslında TBK m. 113 hükmü çerçevesinde seçimlik hakkını kullanmak isteyen alacaklı lehine sadece belirli bir alacağın hükme bağlanması daha isabetli sonuçlar doğurabilir⁶⁷. Şöyle ki, dava görülmekte iken ihtiyati tedbir

⁶⁵ YAZICI-TIKTIK, s. 2764. Bu görüşe gerekçe olarak, İİK m. 30 hükmünün içeriği itibarıyla TBK m. 113'ü de kapsadığı ve ilamlı icra aşamasında masrafını karşılayarak işi bir başkasının görmesini isteyebilecek alacaklının kendisinin de o işi yapabileceği gösterilmektedir, bkz. ERDOĞAN, s. 167-170. İlamın icrası için borçluya olanak tanınması kaydıyla TBK m. 113 hükmünün ilamın icrası aşamasında da uygulanabileceği belirtilmektedir, bkz. UYAR/UYAR/UYAR, s. 572. Yine bu görüşlere paralel olan bir görüşe göre, aynen ifa veyahut masrafların borçluya ait olması kaydıyla işin alacaklı veya üçüncü kişi tarafından yapılması yönünde bir karar verildiği takdirde bu imkân kullanılabilir, bkz. ATALAY, s. 158. Fakat yine bu görüş çerçevesinde vurgulandığı üzere, cebri icrasından tereddüt edilebilecek bir karar verilmiş olur. Bu sebeple, bahsedilen şekilde hüküm verilemeyeceği kabul edilmektedir, bkz. YILMAZ, s. 148. Nitekim Yargıtay 18. HD'nin bir kararında bu gibi durumlarda infazda tereddüt yaşanabileceği belirtilmiştir, bkz. Yargıtay 18. HD, E. 2013/672, K. 2013/1495, T. 11/02/2013 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası): "... Bir işin yapılmasına ilişkin mahkeme kararlarında mahkemeye projeye aykırılıkların giderilmesine, davalı tarafta eski hale getirilmesine ve bunun için davalıya uygun bir süre verilmesine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, infazda tereddüt yaratacak şekilde belirlenen süre zarfında eski hale getirilmediği takdirde masraflar davalıdan alınmak koşulu ile balkonun eski hale getirilmesi için davacı tarafın yetkilendirilmesine karar verilmesi doğru görülmemiştir."

⁶⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 376; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 328. Nama ifa yetkisinin verilmesinin icra dairesi tarafından da verilir verilemeyeceği konusunda ise görüş ayrılıkları bulunmaktadır, bkz. UYAR/UYAR/UYAR, s. 573.

⁶⁷ Bu hususta bkz. ATALAY, s. 247, 248. Kanaatimizce, Türk hukukunda ilamlı icra aşamasında TBK m. 113 hükmünün uygulanması pek de isabetli olmaz. İsviçre hukukunda ilamın icrası aşamasında aynen ifa gerçekleşmediği takdirde, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 98 (TBK m. 113) hükmüne göre alacaklı kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilmekle birlikte, icra mahkemesine İMUK m. 343 hükmüne göre geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Buna göre icra mahkemesi, İBK m. 98'e göre de ilamın icrasına karar verilebilmektedir, bkz. BSK-ZPO/ZINSLI, Art. 343, kn. 4-8. Türk hukukunda ise böyle bir yetkinin icra mahkemesi veya icra dairesi tarafından verilebileceğine dair açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca ilamların icrası bakımından icra mahkemesinin karara bağlayabileceği meseleler de çok dar tutulmuştur. Oysa öğretilerde TBK m. 113/1'e göre ifa yetkisi istenmesinin ancak hâkim kararıyla mümkün olabileceği belirtilmektedir, bkz. EREN, s. 1056; AYDINCİK, s. 216, 257. Hâl böyle iken, İsviçre hukukunda olduğu gibi bir uygulamanın TBK m. 113 bakımından söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz. Buna karşın, Yargıtay 15. HD tarafından verilen bir kararda nama ifaya hüküm kurulabileceği kabul edilmiştir, bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2004/6636, K. 2005/5752, T. 26/10/2005 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası): "... Tadilat projesi ile veya sığınakta yapılacak tadilatlarla inşaatın yasal hale getirilmesi-

kararı verilmesi suretiyle⁶⁸ işin yapılması ya alacaklı ya da üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilebilmelidir. Ortaya çıkan masrafların ise şartları varsa borçlu aleyhine tazminat olarak hükme bağlanması mümkün olmalıdır⁶⁹. Bu bakımdan, davanın görüldüğü mahkemenin ortaya çıkan giderleri karşılamak üzere bir karar vermesi söz konusu olabilir⁷⁰. Bu şekildeki bir ilamın icrasında ise İİK m. 30 hükmü değil, bilakis İİK m. 32 hükmü uygulama alanı bulabilir. Aksi hâlde, kendisine TBK m. 113'e göre nama ifa yetkisinin tanınmasını isteyen bir alacaklı, öncelikle aynen ifaya karar verilmesine ve daha sonra ilamlı icraya başlanmasına kadar uzunca bir süre beklemek zorunda kalır. Bu ise hakkın gerçekleşmesinde ciddi bir zaman kaybı teşkil edecektir. Bu bağlamda, bitcoin alacağıının ifası için TBK m. 113'e göre kendisine yetki verilen bir alacaklı, bitcoin temin edebilmeli ve bunun için yaptığı giderlerin karşı taraf aleyhine hükme bağlanmasını isteyebilmelidir.

nin mümkün olduğunun anlaşılması halinde yeniden yapılacak tadilat projesi veya projeye aykırı kısımlardaki tadilatlar ile eksik işlerin tek tek belirlenerek ve hüküm fıkrasında da gösterilmek suretiyle bu işlerin masrafi davalı yükleniciye ait olmak üzere davacı arsa sahiplerince yapılmasına izin verilmelidir.”

⁶⁸ İhtiyati tedbir yoluyla TBK m. 113/1 hükmü gereğince nama ifaya izin verilmesi mümkün görülmektedir, bkz. KURU, (2001), s. 4319, 4320; AYDINCIK, s. 220-223. Türk hukukunda mevcut kanuni düzenlemelere göre, ilamlı icra aşamasında TBK m. 113/1'ün uygulanması icra hukukuna geçerli olan kanunilik ilkesi ile bağdaştırılabilecek nitelikte değildir. Şöyle ki, nama ifaya hüküm kurulduktan sonra alacaklı tarafından yapılan masrafların hiçbir hükme gerek kalmaksızın borçludan tahsili gerekecektir. Oysa İİK m. 30'da nama ifa bakımından bu yönde açık bir kanuni düzenleme yoktur. Öte yandan, borçlunun yapılan masraflara itirazına (alacaklının yaptığı bu masrafların gerçeğe uygun olmadığı gibi) bağlı olarak yeni uyuşmazlıklar doğabilir. Şöyle ki, masrafların icra dairesi tarafından belirlenmemesi sebebiyle, ortada bir icra takip işlemi olmadığından, şikâyet başvurusu yapılması da mümkün olamayacak ve gerçek masrafların tespiti için yeni bir dava açılmasına lüzum kalacaktır. Bu yüzden, nama ifa yetkisinin ihtiyati tedbir yoluyla verilmesinin mevzuatın şimdiki hâline daha uygun olduğu düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, edimin şahsen ifası önem arz eden hâllerde ihtiyati tedbir kararı verilmeyeceğine de dikkat edilmelidir, bkz. ERİŞİR, s. 184, 185. Zaten şahsen ifanın arandığı hâllerde TBK m. 113/1'e göre talepte bulunulması da düşünülemez.

⁶⁹ Bu şekilde borçlu aleyhine TBK m. 113/1'e göre işin yapılması masraflarına mahkûm etmenin işin alacaklı tarafından başkasına yaptırılması iznini de kapsayacağı belirtilmiştir, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 430. Ancak işin yapılması masrafları ilamın icraya konulduğu aşamada farklılık (ilam verildikten sonra malzeme ve işçilik bedellerinin artmış olması gibi) arz edebilir. Bu noktada da dava görülmekte iken tedbir yoluyla işin yaptırılması ve buna göre hüküm verilebilmesinin daha yerinde bir uygulama olacağını belirtmeliyiz.

⁷⁰ Aynen ifaya karar verilmesinin yanı sıra ifa gerçekleşmediği takdirde giderlerin de hükme bağlanması doğru bulunmamaktadır, YILMAZ, s. 150. Bunun sebebi ise giderlerin hesaplanmasının İİK m. 30 gereğince ilamın icrası aşamasında gerçekleşebileceğidir, bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2010/14057, K. 2011/115, T. 17/01/2011; Yargıtay 18. HD, E. 2008/9231, K. 2008/12779, T. 01/12/2008 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). Bu çerçevede, TBK m. 113 gereğince davanın görüldüğü aşamada işin yaptırılması sağlandığı takdirde, ortaya çıkacak masraflar bakımından hüküm kurulması daha isabetli olacaktır.

Bitcoin transferi işlemi bir işin yapılması niteliğinde görüldüğü için yargılama giderlerinin maktu olabileceği düşünülebilir. Lakin ileri sürülen bitcoin alacağının değeri her zaman tespit edilebilecek nitelikte olduğu için, yabancı para alacaklarında olduğu⁷¹ gibi, bitcoinin ülke parası ile karşılığının belirtilmesi beklenmeli ve buna göre bir hesaplama yapılabilir. Harçlar Kanunu m. 16/3 hükmünde de dava konusunun değerinin tayini mümkünse bunun belirtilmesi aranmaktadır. Dava konusunun değerinin belirtilmesi gerekliliği, HMK m. 119/1 - (d)'te öngörülmüş olup; Harçlar Kanunu m. 16/3 gereğince dava dilekçesinin işleme alınabilmesi için şarttır⁷². Davanın açıldığı tarihteki ülke parası karşılığı belirtilmesi suretiyle belirli bir bitcoin alacağının ileri sürülmesi mümkün görülmelidir. Davada bitcoin kurundaki değişikliğe göre eksik veya fazla harç alınması söz konusu ise Harçlar K. m. 30'a göre işlem yapılmalıdır. Diğer yargılama giderlerinin karara bağlanmasında da hüküm anındaki bitcoin kuruna göre bir karar verilmelidir.

2. Bitcoin Alacağının İfa Edilmesine Yönelik İlamın İcra Edilmesi

Mahkemece hükme bağlanmış belirli bir tutar bitcoin alacağının ifası amacıyla ilamlı takip yoluna başvurulabilir. Hangi kapsamda takip başlatılacağı ise bitcoin alacağının niteliğine bağlıdır. Daha önceden de açıkladığımız üzere bitcoinin para olarak kabulü mümkün değildir. Bu sebeple, bitcoin alacağının yerine getirilmesi amacıyla para ve teminat alacakları için öngörülmüş İİK m. 32 hükmüne başvurulamayacağından şüphe edilemez⁷³. Maddi bir varlığı olmaması sebebiyle taşınır olarak kabulü mümkün olmayan bitcoin hakkında taşınır teslimine ilişkin İİK m. 24 hükmü de uygulanmamalıdır⁷⁴. Bitcoinin dayandığı sisteme göre belirli bir miktar bitcoinin transferi özel anahtarı bilmekte olan cüzdan sahibi kullanıcının iradesine bağlıdır. Bu sebeple, bitcoin ödemesi bakımından bir işin yapılmasına dair İİK m. 30'un uygulanıp uygulanamayacağı üzerinde durulabilir.

Alman hukukunda bitcoin borcunun ifa edilmesi bakımından bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair ilamların icrasına ilişkin hükümlerin

⁷¹ Yabancı para alacaklarında yargılama giderleri esas hakkında karar verildiği tarihe göre belirlenmektedir, bkz. PEKCANİTEZ, s. 91-93.

⁷² BUDAK/KARAASLAN, s. 172, 173.

⁷³ Hukuki anlamda para olmaması sebebiyle bitcoin bakımından para alacağı (*Geldforderung*) için öngörülmüş olan AMUK m. 802a vd. hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmektedir, bkz. KÜTÜK/SORGE, s. 644.

⁷⁴ Alman hukukunda da taşınır teslimine dair AMUK m. 808 vd. hükümlerinin bitcoin hakkında uygulanamayacağı kabul edilmektedir, bkz. KÜTÜK/SORGE, s. 644.

uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu husustaki hangi hükümlerin uygulanacağına ise edim yükümlülüğünün şahsen ifasının gerekip gerekmemesi belirleyici olur. Takip borçlusuna ait özel anahtara ihtiyaç duyulacak olması ve merkezî bir otoritenin bulunmaması dikkate alındığında şahsen ifası gereken bir edim söz konusudur. Bu yüzden, bitcoin alacağı'nın ifasına yönelik başlatılan ilamlı icra takibinde AMUK (Alman Medeni Usul Kanunu) m. 887 hükmü uygulanamaz. Buna göre, üçüncü bir kişi tarafından ifası mümkün olmayan belirli bir tutar bitcoinin transferine yönelik edimin yalnızca takip borçlusu tarafından ifa edilebilecek edim (*unvertretbare Handlung*) olduğu kabul edilmeli ve AMUK m. 888 hükmüne göre işlem yapılmalıdır. Şayet takip borçlusunun hesabında bitcoin bulunmuyorsa, edimin ifası mümkün görülmemelidir. Bunun üzerine, ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle görülen zarardan ötürü AMUK m. 893'e göre dava açılmalıdır⁷⁵.

İsviçre hukukunda da bitcoin alacağı'nın ifası bir işin yapılması kapsamında görülmektedir. İsviçre Medeni Usul Kanunu (İMUK) m. 335 vd. hükümleri çerçevesinde bitcoin alacağı'nın ifasına yönelik ilamlı icraya başvurulabilir. İlamın icra edilmesi ise yine takip borçlusu olan bitcoin kullanıcısı tarafından özel anahtarın verilmesine bağlı görülmektedir. Edim yükümlülüğünün şahsen ifasının zorunlu olup olmadığına bakılmaksızın İMUK m. 343 gereğince belirli yaptırımlar uygulanabilir. Yerine göre zararın tazminine ve ifasına hüküm kurulan edimin parasal olarak ödenmesi sağlanabilir⁷⁶. İİK m. 32'ye göre şahsen ifanın gerekip gerekmemesine göre bir ayırım yapıldığı için İsviçre hukuku bakımından yapılan değerlendirme Türk hukukunda uygulanabilir nitelikte değildir.

Kanaatimizce, Alman hukukundaki bitcoin alacağı bakımından şahsen ifanın gerekli olduğu yönündeki görüş isabetli değildir. Mahkeme hükmüne bağlanan belirli bir tutardaki bitcoin alacağı, illa ki karşı tarafın hesabındaki bitcoinden karşılanabilecek bir borç olarak görülemez. Zaten mahkemenin de bu şekilde bir hüküm kurması isabetli olmaz. Çünkü yalnız borçlu tarafından yerine getirilebilecek edim yükümlülüğünde alacaklının amacı, işin o belli borçlu tarafından yapılmasıdır⁷⁷. Piyasada aynı miktarda bitcoinin temin edilmesi ve bu şekilde ödeme yapılması ise her zaman için mümkündür.

⁷⁵ KÜTÜK/SORGE, s. 645.

⁷⁶ PILLER, s. 1434.

⁷⁷ KURU, (2013), s. 974. Şahsen ifanın lüzumlu olmaması sebebiyle bitcoin borcu ödenmediği gerekçesiyle İİK m. 343 hükmü çerçevesinde takip borçlusu aleyhine tazyik hapsine karar verilmemelidir.

Dolayısıyla, şahsen ifası gereken bir edim yükümlülüğünden bahsetmek güçtür. Takip borçlusu ilama bağlı bitcoin miktarını ifa etmezse, icra dairesi tarafından o miktarda bitcoin temin edilmesi yoluna gidilebilmelidir.

Aslında bu durumda borçlunun belirli bir yönde irade beyanında bulunmasına yönelik bir ilam söz konusudur. Bu gibi hâllerde ilamın borçlunun iradesinin yerine geçmesi ve buna göre borçlu istemese dahi işlemin gerçekleşebileceği kabul edilmelidir⁷⁸. Hatta AMUK m. 894 ve İMUK m. 344'te bu durumun açıkça hükme bağlandığı ve Türk hukukunda da açık bir düzenleme yapılması gerektiği tavsiye edilmektedir⁷⁹. Şunu belirtmeliyiz ki, bitcoin açısından mahkeme kararının borçlunun iradesinin yerine geçmesi şeklinde bir uygulama söz konusu olamaz. Merkezî olmayan yapısı sebebiyle bitcoinin mahkeme kararına rağmen transferi borçlu bu yönde irade göstermediği sürece gerçekleşemez. Zira bu kararın icrasını sağlayacak ve gerekli transferi borçluya (*sistem içindeki kullanıcı*) rağmen gerçekleştirecek bir otorite bulunmamaktadır⁸⁰.

İlama dayalı bitcoin alacağının icra edilmesi bakımından iki ihtimal gündeme gelebilir. Yapma şeklindeki edim yükümlülüğünün ifası için borçluya süre verilmesi ve bu sürede ifa gerçekleşmediği takdirde alacaklının işin yapılması için gerekli masrafı karşılaması veyahut masraflar için borçlunun mal ve haklarının haczedilip paraya çevrilmesi söz konusu olur⁸¹. Buna göre ilk durumda (İİK m. 30/2, 1 ve 2. cümle), takip alacaklısının bitcoin bedelini vermesi ve icra dairesi tarafından bitcoin alınması söz konusu olur. İkincisi (İİK m. 30/2, 3. cümle) ise bitcoin bedelinin ödenmemesi ve bunun üzerine takip borçlusunun malvarlığının haczedilip paraya çevrilmesi şeklinde gerçekleşebilir⁸². Her iki ihtimalde de icra dairesinin bir bitcoin cüzdanına

⁷⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 376, 377; ATALAY, s. 155, 156; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usûl, s. 962, 963; OĞUZMAN/ÖZ, s. 190, 191 ve 379.

⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 379. Açık bir kanuni düzenleme olmadığı sürece İİK m. 30 hükmüne göre işlem yapılmasının kanunilik ilkesine uygun düşeceği görüş ileri sürülmektedir, bkz. ERDOĞAN, s. 163, 164.

⁸⁰ Mahkeme ilamı bir tarafın iradesinin yerine geçiyorsa, devir için gerekli işlemleri yapmaya yetkili kişiler bu ilama göre lüzumlu işlemleri tesis edebilmektedirler, bkz. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, s. 553. Bitcoin bakımından ise merkezî bir birimin olmaması sebebiyle böyle bir uygulamadan bahsedilmesi mümkün değildir.

⁸¹ ATALAY, s. 153, 154.

⁸² İİK m. 30/1'de ilamın icrasına başlanmadan önce işin yapılma bedelinin tespitinde bilirkişî görevlendirilmesi öngörülmüştür, KURU, (2013), s. 2357. Arz ve talebe göre piyasa fiyatı belirlenen ve değeri her an değişebilen bitcoin için böyle bir tespit yoluna başvurulması düşünülemez. İlamda geçen bitcoin miktarının temini anındaki kura göre ilamlı takibin

sahip olması gerekecektir. Şayet ilamlı icra takibinde TBK m. 113 hükmünün uygulanmasına imkân tanınır, takip alacaklısı veya üçüncü bir kişi tarafından bitcoin temin edilmesi ve bunun içinde ödenen bedelin borçludan tahsili mümkün olabilir. Bitcoin alacağıın ilamlı takip yoluyla ileri sürülebileceği hâllerde, borçlunun malvarlığına başvurulması için şartlar oluşmuşsa, takip borçlusunun üçüncü bir kişiden olan bitcoin alacağı da haczedilebilir⁸³. Buna ek olarak, muhafaza tedbiri olarak İİK m. 89 hükmü gereğince bir ihbarname gönderilebileceğinden de tereddüt edilmemelidir.

Öte yandan, bitcoin ödenmesi şeklinde hüküm verildiği takdirde, ilamlı icra takibi yapılırken bunun ülke parası ile karşılığının belirtilmesinin gerekip gerekmediği hususuna da değinilmelidir. Bilindiği üzere, yabancı para alacağıın ödenmesi şeklindeki ilamların icrasında İİK m. 58/1 - (3) hükmü uyarınca ülke parasına çevirme şartı aranmaktadır⁸⁴. Bitcoin alacağı hakkındaki ilam bakımından da İİK m. 58/1 - (3) hükmünün uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak daha önce de vurguladığımız üzere, bitcoin alacağıın yabancı bir para alacağı olmaması sebebiyle İİK m. 58/1 - (3)'ün uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Bu yüzden, bitcoin alacağıın tahsili bir işin yapılmasına ilişkin hükümlere göre gerçekleşmelidir. Şayet ilama bağlı bitcoin alacağı için ülke parası üzerinden icra takibi başlatılmak istenirse, bu talebe göre işlem yapılmamalıdır. Çünkü belirli bir işin yapılmasına yönelik ilamın icrasında alacaklının kendiliğinden ülke parası ile bir karşılık belirtmesi beklenmemektedir. Daha önce bitcoin karşılığı belirtilerek ilamsız icra takip yapılabileceğini belirtmiştik. Hangi yükümlülük (*bir şeyin verilmesi veya yapılması*) ihlal edilirse edilsin para alacağı ile karşılık belirtmek, ilamsız takip başlatılması için yeterlidir. Buradaki farklı olan durum ise ilama bağlanmış bir işin icra edilmesidir. Yani mahkeme kararına dayalı olan ve aynen ifası öngörülen bir yükümlülük vardır. Dolayısıyla, ilamın icrasında ne gibi işlemler yapılacağıında İİK m. 30'a başvurulması zorunludur. O yüzden, alacaklının kendisinin ilama bağlı bitcoinin ülke parası ile karşılığını belirtmesi suretiyle takibe devam edilemez.

III. Bitcoinin Haczedilmesi

Bir malvarlığı değeri olarak bitcoinin haczi caiz olmayan mal ve haklar (İİK m. 82; İsviçre İİK m. 92) kapsamında görülmesi mümkün değildir⁸⁵. Haczi

hangi miktarda ülke parası üzerinden devam edebileceği belirlenmelidir.

⁸³ KÜTÜK/SORGE, s. 644.

⁸⁴ KURU, (1993), s. 172.

⁸⁵ PILLER, s. 1435.

mümkün olmakla birlikte bitcoinin hangi kapsamda haczedilebileceğinde tereddütler yaşanabilir. Özellikle merkezî bir otoritenin olmaması haciz işleminin uygulanması bakımından bazı zorlukların doğmasına sebebiyet verebilecek mahiyettedir.

A. Takip Borçlusunun Bitcoin Sahibi Olduğunun Tespiti

Takip borçlusunun bitcoin sahibi olup olmadığının öğrenilmesinin en kolay yolu, borçlunun İİK m. 76 hükmü gereğince mal beyanında bulunurken bu hususta bilgi vermesidir. Yalnız bitcoin hesabı olduğunu bildiren bir borçlu bu yükümlülüğü tam anlamıyla yerine getirmiş olmaz. Cüzdandaki bitcoin üzerinde tasarrufta bulunmak için özel anahtara da ihtiyaç olacaktır. Dolayısıyla, mal beyanında bulunulurken özel anahtarın paylaşılması da aranmalıdır. Aksi hâlde, İİK m. 76'ya göre işlem yapılmalıdır. Mal beyanında bulunmakla birlikte bitcoin sahibi olduğunu veya üçüncü bir kişiden bitcoin alacağı olduğunu bildirmeyen bir borçlu hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunma sebebiyle İİK m. 338 hükmüne göre işlem yapılmalıdır. Kendisine ait bitcoin hesabı hakkında bilgi veren borçlu hakkında ise kur değişimine bağlı olarak bitcoinin değer kazanması hâlinde yeniden beyanda bulunulmadığı gerekçesiyle İİK m. 77'ye göre işlem yapılmamalıdır. Yine borcu karşılayabilecek ölçüde mal beyanında bulunduğu düşüncesiyle⁸⁶ bitcoin hesabı hakkında hiç bilgi vermemiş takip borçlusunun da gerçeğe aykırı mal beyanında bulunduğu söylenemez⁸⁷.

Öte yandan, takip borçlusunun üçüncü bir kişiden bitcoin alacağı varsa bunun tespiti için İİK m. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilebilir. Normal şartlarda takip borçlusunun İİK m. 76 hükmü gereğince mal beyanında bulunurken bu alacağını da bildirmesi gerekir. Bunun üzerine, haciz ihbarnamesinin gönderileceği üçüncü kişinin belirlenmesi ve bu ihbarnamenin gönderilmesi kolay olacaktır⁸⁸. Üçüncü kişi ise herhangi bir sırda dayanarak (*meslek sırrı, banka sırrı vb.*) icra takibi için lüzumlu bilgiler ile sınırlı olmak

⁸⁶ Mal beyanında bildirilen değerlerin alacağı karşılama yetersiz olduğu hâllerde tamamlayıcı mal beyanında bulunulmalıdır, bkz. ÖZBEK, s. 489, 490.

⁸⁷ Takibin ilerleyen aşamalarında yeniden mal beyanında bulunma gerekliliği doğmaması adına borçlunun bütün aktifleri hakkında beyanda bulunması önerilmektedir. Hatta İİK m. 77 hükmü dikkate alınarak bütün malvarlığının bildirilmesinin bir sakınca teşkil etmeyeceği belirtilmektedir, bkz. ÖZBEK, s. 491, 492. Kanaatimizce, İİK m. 74 hükmünde geçen borca yetecek miktar kısıtı kaldırıldığı takdirde bu öneri uygulama alanı bulabilir. Yargıtay da borçluya ait bütün malların bildirilmesinin zorunlu olmadığı kabul etmiştir, bkz. Yargıtay İBKG, E. 1936/16, K. 1936/21, T. 08/07/1936 (Kazancı Bilişim – İċtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸ KURU, (2013), s. 461.

kaydıyla⁸⁹ açıklama yapmaktan imtina etmemelidir⁹⁰. Dolayısıyla, takip borçlusuna karşı bitcoin borcu bulunan üçüncü kişi, bu ihbarnameye cevap vermek zorundadır. Aynı kapsamda bir kişinin hesabında hangi miktarda bitcoin bulunduğunu tespit ise mümkün değildir. Zira sistem içindeki bir kullanıcıya ait bitcoin hakkında bilgi verebilecek bir birim yer almamaktadır.

B. Bitcoinin Hacedilmesi Bakımından Uygulanacak Hükümler

Haczi caiz bir malvarlığı değeri olması ve paraya çevrilebilir niteliği göz önünde tutulduğunda, bir malvarlığı değeri olarak bitcoinin hacedilebileceği kabul edilmelidir⁹¹. Ancak eşya vasfı kabul edilmeyen bitcoinin hacedilmesinde bazı güçlükler doğabilir. Haczin hangi icra dairesi tarafından yapılabileceği, hangi hükümlere göre haczin gerçekleşeceği ve ne gibi muhafaza tedbirlerinin alınabileceği gibi hususlara cevap bulunmalıdır.

1. Haciz İşleminin Hangi İcra Dairesi Tarafından Yerine Getirileceği

Takip borçlusuna ait bir mal ve hakkın haczinde, icra takibi nerede başlatılmış olursa olsun hacedilecek mal ve hakkın bulunduğu yerdeki icra dairesi yetkilidir. Takibin başladığı yer dışında gerçekleşecek haciz için mutlaka istinabe yoluna başvurulmalıdır. Öyle ki, bunun dikkate alınmaması kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir şikâyet sebebi olarak görülmekte ve şikâyet başvurusunun süreye bağlı olmadığını kabul edilmektedir⁹². Bitcoin haczi gerektiğinde dijital ortamdaki bu malvarlığı değerinin belirli bir yerde bulunduğunu söylemek güçtür. Bu sebeple, bitcoinin hacedilmesinde hangi yerdeki icra dairesinin yetkili olacağına tereddüt edilebilir.

Haczin mutlaka hacze konu mal ve hakkın bulunduğu yerdeki icra dairesince yapılmasına İİK m. 79/1, 3. cümlede bir istisnaya yer verilmiştir. Resmî sicile kayıtlı malların haczinde Türkiye'deki herhangi bir yerdeki icra dairesi tarafından haczin yapılması mümkündür. İlgili sicil tutulmasından ve düzenlenmesinden sorumlu idari makam veya merci icra dairesinin talimatı doğrultusunda işlem yapmak zorundadır (İİK m. 357 ve m. 367)⁹³. Buna göre, bitcoin haczinde de Türkiye'deki herhangi bir icra dairesinin

⁸⁹ İİK m. 367'ye göre bilgi verme yükümlülüğü borçlunun mevcudu ve yerleşim yeri gibi bilgiler ile sınırlı tutulmalıdır, bkz. ÖZBEK, s. 463-464.

⁹⁰ KURU, (2013), s. 461, 462; ÖZBEK, s. 462.

⁹¹ PILLER, s. 1435.

⁹² KURU, (2013), s. 418.

⁹³ KURU, (2013), s. 419; ÖZBEK, s. 462.

yetkili olabileceği düşünülebilir. Ancak bitcoin sisteminde merkezî bir birim tarafından bu kayıtların tutulması söz konusu değildir. Dolayısıyla, sisteme belirli bir kullanıcıya ait bitcoinin haczedildiği kaydedilemez. Bu bakımdan, İİK m. 79/1, 3. cümle hükmünün bitcoin haczinde uygulanması imkânı yoktur.

Bitcoin üzerinde gerçekleşecek herhangi bir tasarruf işlemi kullanıcıya (*takip borçlusuna*) ait özel anahtar ile gerçekleştirilebilir. Bitcoinin haczedilebilmesi amacıyla öncelikle bu özel anahtara ulaşılmalıdır. Şayet özel anahtarın kaydedildiği takip borçlusuna ait bir eşya (*telefon, bilgisayar vb.*) varsa, bu eşyanın muhafaza altına alınması ile özel anahtar öğrenilebilir. Özel anahtarın öğrenilmesi için muhafaza altına alınması gereken eşya nerede ise o yerdeki icra dairesi haciz işlemi bakımından yetkili görülmelidir. Takibin yürütüldüğü icra dairesinin bu durumda istinabeye başvurusu gerekebilir. Böyle bir eşya bulunmadığı takdirde ise haciz işleminin yapılması, özel anahtarı bilen takip borçlusunun bu bilgiyi paylaşmasına bağlıdır. Öyleyse haciz işleminin gerçekleşmesi adına bu özel anahtarın öğrenilmesine ve kullanılmasına ilişkin işlemlerin takip borçlusunun bulunduğu yerdeki icra dairesi tarafından gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir. Lüzumlu bilgiyi vermeyen takip borçlusu hakkında ise yalnızca İİK m. 76 hükmüne göre bir yaptırım uygulanabilir.

2. Bitcoin Haczinin Gerçekleşmesi

Takip borçlusuna ait bitcoinin haczi gerektiğinde İİK m. 78 vd. hükümlerinden bazılarının uygulanması üzerinde ayrıca durulmalıdır. Özellikle bitcoinin eşya olarak görülmemesi bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir.

a. Hacizde Tertip İlkesi

Haciz anında takip alacaklısı ile takip borçlusunun menfaatleri mümkün olduğu ölçüde telif edilmelidir (İİK m. 85/6). Bu amaçla haczedilecek mal ve hakların belirli bir sıra içinde ve alacağı karşılayacak miktara ulaşana kadar haczi gerekir. İzlenecek sırayı ifade etmek üzere hacizde tertip ilkesi kullanılmaktadır. İlk önce çekişmesiz mal ve haklardan başlanmalı ve bunlar içinde de taşınırlara öncelik verilmelidir. Taşınır haczi bitmeden taşınmaz hazine geçilmemelidir. Yine bu şekilde bir sıra izlenirken yokluğu borçluya en az yük teşkil edip muhafazası ve satımı kolay olan mal ve haklara öncelik verilmelidir⁹⁴. Aslında borçlunun üçüncü bir kişiden bitcoin alacağı varsa,

⁹⁴ ASLAN, s. 287-290.

haciz bakımından bunun taşınır bir mal gibi değerlendirilmesi mümkündür (İİK m. 106/2)⁹⁵. Öte yandan, dijital veriye ulaşmaya yönelik özel anahtar bir veri taşıyıcısına depo edilmiş olabilir. Bu hâlde de veri taşıyıcısının taşınır mal niteliği kabul edilebileceği için haciz işlemi bu taşınır mal bakımından uygulanabilir.

Kanaatimizce, yukarıda belirtilen durumlar söz konusu olmasa dahi, bitcoinin haczinin taşınır kapsamında görülmesi lâzım gelir. Hatta takip borçlusuna ait olan bitcoin muhafazası ve paraya çevrilmesi kolay bir malvarlığı değeri olarak görülmeli ve öncelikle bu bitcoinin haczi yapılmalıdır. Bir malvarlığı değeri olarak bitcoin hakkında taşınır haczine ilişkin hükümlerin uygulanmasına bitcoinin eşya olarak kabul edilmemesi engel olmamalıdır⁹⁶. Haciz işlemi açısından taşınır ve taşınmaz ayırımı yapılması esasen tasarruf yetkisini sınırlandırma, muhafaza altına alma ve haczin sonuçlarını belirleme gibi konularda bir ayırım yapma gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu hükümlerin bu kapsama girmeyen malvarlığı değerleri hakkında niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması mümkün görülmelidir. Bitcoin niteliği itibarıyla taşınır mala yakınlştırılabileceği için taşınır haczine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ancak bu hükümlerin yetersiz kalacağı gözetildiğinde, bitcoin gibi malvarlığı değerlerinin haczi için ayrıca bir düzenleme öngörülmesi ve icra teşkilatında buna yönelik teknik imkânlar da oluşturulmalıdır. Her ne olursa olsun bitcoin sistemi ile bağdaşmayan bir düzenlemeye yer verilmemelidir. Dolayısıyla, icra dairesinin dışarıdan sisteme müdahalede bulunabileceği (*kaydi haciz yapılması gibi*) düşünülerek bir düzenleme yapılmamalıdır⁹⁷.

⁹⁵ Hacizde tertip ilkesi kapsamında İİK m. 106/2 hükmü gereğince üçüncü kişilerden olan alacakların taşınmazlardan önce haczedilebileceği kabul edilmelidir, bkz. KURU, (2013), s. 425.

⁹⁶ Alman hukukunda bitcoinin eşya olarak kabul edilmemesi sebebiyle hacze ilişkin AMUK m. 808'in bitcoin haczi açısından uygulanamayacağı ifade edilmektedir, bkz. BOEHM/PESCH, s. 78.

⁹⁷ Bitcoin hakkında yapılacak kanuni düzenlemelerin bitcoinin merkezî olmayan yapısına uygun olması gerekir. Bitcoin kullanıcılarının çoğunluğunun iradesine göre bitcoin protokolünün değiştirilebileceği göz önünde tutulmalıdır, bkz. SHCHERBAK, s. 78. Söz gelimi, bitcoinin haczi bakımından İİK m. 94'te olduğu gibi ilgili üçüncü kişilere bu durumun bildirilmesi öngörülemez. Çünkü bitcoin sistemi içinde İİK m. 94 anlamında bir üçüncü kişiden bahsetmek mümkün değildir.

b. Muhafaza Tedbiri Alınması

Takip borçlusuna ait özel anahtara ait bilgilerin icra dairesi tarafından muhafaza edilebileceği kabul edilmelidir⁹⁸. Öncelikle bu bilginin icra dairesi tarafından temininin takip borçlusu bakımından bir temel hak ihlali teşkil edip etmediği ele alınmalıdır. Söz konusu bilgi sadece borçlu tarafından bilinmekte ise borçluyu bu bilgiyi açıklamaya zorlayacak herhangi bir araç düşünülemez. İİK m. 80/4 hükmüne göre borçlunun şahsına zor kullanılmasının kapsamına bu şekilde bir durumun girmediği açıktır. Fakat özel anahtara ait bilginin kaydedildiği şeyin kapalı bir yerde veya borçlunun üzerinde bulunan bir bilgi taşıyıcıda olduğu anlaşılırsa, İİK m. 80/3 ve 4 hükümleri ile tanınan imkâna göre özel anahtar öğrenilebilir⁹⁹. Özel anahtar takip borçlusunun özel hayatına dâhil bir bilgi olarak görülemez. Lakin özel hayata dair başka bilgilerin saklı kalması için amaca uygun bir inceleme gerçekleştirilmesine dikkat edilmelidir¹⁰⁰.

İİK m. 88/1 (*bkz. İsviçre İİK m. 98/1*) hükmü kapsamında bitcoin hakkında muhafaza tedbiri alınabilmelidir. İİK m. 88/1'deki değerlerin özellikleri gereği muhafazası kolaydır¹⁰¹. Lüzumlu cüzdana sahip olması durumunda bir icra dairesi belirli bir tutardaki bitcoini hiçbir masraf yapılmasına gerek kalmadan muhafaza edebilir. Ayrıca, bitcoinin paraya çevrilmesi de kolay bir işlemdir¹⁰². Bitcoinin bu özellikleri gözetildiğinde İİK m. 88/1 kapsamına giren bir kıymetli malvarlığından bahsetmek mümkündür. Muhafaza altına almanın tam anlamıyla gerçekleşmesi için özel anahtarın icra dairesi tarafından bilinmesi ise yeterli değildir. Çünkü bu anahtarı kullanmak suretiyle takip borçlusu, her an paraya çevirme veya transfer işlemleri yapabilir. Bu yüzden,

⁹⁸ PILLER, s. 1435, 1436.

⁹⁹ Mahkeme kararı bulunmaksızın takip borçlusunun özel hayatına müdahale edilmesine imkân tanıyan İİK m. 80 ve 81 hükümleri AY m. 20'ye aykırı görülmektedir, bkz. ÖZEKES, s. 163. Haciz işleminin tatbiki bakımından bu şekilde mahkeme kararı bulunması şartını aramak isabetli değildir. Çünkü haciz anında ne gibi durumlar ile karşılaşılacağı ve buna bağlı olarak hangi önlemlerin alınacağı önceden bilinemez. Mahkeme kararının bulunması şartının aranması, hâkimler tarafından haciz yapılmasının öngörülmesini zorunlu kılacak niteliktedir. Sözü geçen kanuni düzenlemeler bakımından mahkeme kararı şartının aranmasından ziyade yapılabilecek işlemlerin kapsamının ayrıntılı bir şekilde çizilmemiş olması bir eksikliktir. Dolayısıyla, İİK m. 80 ve 81 hükümleri kapsamında hangi işlemlerin ne ölçüde gerçekleştirilebileceği belirgin hâle getirilmelidir.

¹⁰⁰ ÖZEKES, s. 164, 165; ÖZÇELİK, s. 2926, 2927.

¹⁰¹ YILMAZ, s. 501.

¹⁰² PILLER, s. 1436.

icra dairesinin de kendine ait bir bitcoin cüzdanı bulunmalı ve icra dairesi takip borçlusuna ait bitcoinin transferini bu cüzdana yapmalıdır¹⁰³. Bununla birlikte, takip borçlusunun donanım cüzdanında (*hardware wallet*)¹⁰⁴ bulunan bitcoini taşınır haczi hükümlerine göre muhafaza altına alınabileceği de kabul edilmelidir¹⁰⁵.

Bir malvarlığı değeri olarak bitcoin hakkında her hâlükârda İİK m. 89 hükmü kapsamında muhafaza tedbiri alınabileceği düşünülemez. Üçüncü bir kişiden olan bir talep hakkına dair olan İİK m. 89'un bitcoin bakımından uygulanmasında bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki, İİK m. 89 hükmü gereğince muhafaza tedbiri alınabilmesi için takip borçlusunun üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği bir hakkın varlığı şarttır¹⁰⁶. Oysa merkezî olmayan yapısı sebebiyle ve bitcoin alacağıının ağa karşı ileri sürülememesi, onun nispi bir hak olarak kabulüne imkân vermemektedir¹⁰⁷. O hâlde, sadece belirli bir miktarda bitcoin sahibi olmanın İİK m. 89'a göre işlem yapılmasına imkân tanımadığı kabul edilmelidir. Nitekim ihbarnamenin gönderilebileceği bir muhatap da bulmak mümkün olmayacaktır. Buna karşın, bitcoinin bir alacak olarak sözleşmeye konu edilmesi hâlinde, artık nispi bir hakkın varlığından söz etmek mümkündür¹⁰⁸. Bu takdirde, takip borçlusuna bitcoin üzerinden borçlanmış üçüncü kişiye İİK m. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilebilir¹⁰⁹. İİK m. 89'da geçen "... veya sair talep hakkı ..." ifadesinin kapsamına bitcoin alacağıının girebileceğini söyleyebiliriz.

Bunun üzerine, takip bakımından üçüncü kişi konumunda olan ve takip borçlusuna bitcoin ödemesi gereken kişinin bu bitcoini icra dairesine nasıl

¹⁰³ PILLER, s. 1436. Böyle bir durumda icra dairesine ait adrese transferin gerçekleştiği andaki kura mı yoksa paraya çevirme anındaki kura göre mi takibe konu borcun ne kadarının karşılanmış sayılacağı tartışması doğabilir. Kanaatimizce, paraya çevirme anının esas alınmalı ve icra dairesinden gecikmeksizin bu işlemi gerçekleştirmesi beklenmelidir.

¹⁰⁴ Donanım cüzdanı, kullanıcının özel anahtarlarını muhafaza eden özel bir bitcoin cüzdanıdır, bkz. (https://en.bitcoin.it/wiki/Hardware_wallet Erişim Tarihi: 17/03/2019).

¹⁰⁵ PILLER, s. 1436.

¹⁰⁶ AKİL, s. 46 vd..

¹⁰⁷ KÜTÜK/SORGE, s. 644; PILLER, s. 1428.

¹⁰⁸ PILLER, s. 1428.

¹⁰⁹ Alman hukukunda takip borçlusunun bitcoin sahibi olması hâlinde, AMUK m. 857 hükmünün uygulanamayacağı belirtilmektedir, bkz. KÜTÜK/SORGE, s. 644; BOEHM/PESCH, s. 78. Bununla birlikte, takip borçlusunun üçüncü bir kişiden bitcoin alacağıının bulunması hâlinde AMUK m. 857'ye göre haczin gerçekleşmesi mümkün görülmektedir, bkz. KÜTÜK/SORGE, s. 644.

gönderebileceği sorunu gündeme gelir. Çünkü bitcoin transferi yalnızca hesaplar arası gerçekleşebilmektedir. İcra dairesinin kendisine ait bir bitcoin hesabı yoksa transferin gerçekleşmesi mümkün olamaz. Takip alacaklısına ait bir hesaba transfer yapılması ise cebri icradaki paraya çevirme ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Kur farklılıklarından sorumlu tutulmamak kaydıyla icra dairelerine bitcoin cüzdanı edinme ve transfer edilen bitcoini paraya çevirme imkânı tanınması isabetli olabilir. Üçüncü kişinin bizzat paraya çevirme işlemini yapması ve elde ettiği bedeli İİK m. 89 kapsamında icra dairesine vermesi de düşünülebilir. Fakat böyle bir durumda paraya çevirme işlemi üçüncü bir kişiye devredilmiş olacağı için doğrudanlık ilkesine¹¹⁰ aykırı bir durum ortaya çıkar.

c. Hacizden Sonra Bitcoin Üzerinde Tasarrufta Bulunulması

Her ne kadar özel anahtarın icra dairesince öğrenilmesi ve İİK m. 102'ye göre haciz tutanağı tutulması haciz ve paraya çevirme işlemleri için gerekli de olsa, bununla takip borçlusunun tasarruf yetkisi tamamen kısıtlanmış olmaz. Ayrıca, bitcoinin de icra dairesinin tasarrufunda bulunan bir cüzdana aktarılması şarttır. Aksi hâlde, takip borçlusu tarafından bilinen özel anahtar kullanılarak hacizli bitcoin üzerinde tasarrufta bulunulabilir. Eğer böyle bir işlem takip borçlusu tarafından yapılırsa, üçüncü kişinin iktisabının İİK m. 86'ya göre korunup korunmayacağı tartışması doğabilir. Bitcoinin eşya olarak görülmemesi hâlinde, zilyetliğe göre iyiniyetli iktisap mümkün olmayacaktır¹¹¹. Bu sebeple, yapılan işlemin geçersiz olduğu kabul edilebilir. Bu ise bitcoin sisteminin işleyişi ile bağdaştırılamaz. ECKERT tarafından savunulduğu şekilde¹¹² bitcoinin dijital bir eşya olduğu kabul edilirse, bir zilyetlikten ve buna bağlı olarak iyiniyetli iktisapta bulunmaktan söz edilebilir¹¹³. Bu şartla, kendisine yapılan bitcoin transferinde üçüncü kişinin iyiniyeti İİK m. 86 hükmü gereğince korunabilecektir.

Haciz gerçekleştikten sonra hacizli malvarlığı değeri muhafaza etmesi için kendisine bırakılan borçlunun yapacağı tasarruflar TCK m. 289 gereği cezai yaptırıma bağlanmıştır. Takip borçlusuna ait bitcoin haczedilmesine

¹¹⁰ Doğrudanlık ilkesi gereğince, kanunen öngörülen istisnai hâller dışında, icra dairesinin takip işlemlerini bizzat yapması gerekmektedir. Öyle ki icra mahkemesinin dahi icra dairesi yerine geçip takip işlemi yapabilmesi söz konusu olamaz, bkz. ÖZEKES, s. 80, 81.

¹¹¹ ENGELHARDT/KLEIN, s. 357.

¹¹² ECKERT, (Sache), s. 249.

¹¹³ ECKERT, (Besitz und Eigentum), s. 268.

rağmen borçlu tarafından üçüncü bir kişiye transfer gerçekleştiği takdirde, TCK m. 289 anlamında muhafaza görevini kötüye kullanma suçu meydana gelmez. Hatta dijital verilerin eşya olarak görülmesi hâlinde dahi TCK m. 289 hükmü uygulama alanı bulmamalıdır. Zira takip borçlusunun da özel anahtarını bilmesi, ona muhafaza görevinin tevdi edildiği anlamına gelmez. Muhafaza görevini kötüye kullanma suçunun ise özgü suç olması sebebiyle faili herkes olamaz. Fail bakımından kendisine muhafaza görevinin usulüne uygun olarak geçerli bir şekilde tevdi edilmiş olması şarttır¹¹⁴. Buna ek olarak, suçun konusunun “*resmen teslim olunan mal*” olduğu kabul edilebilir¹¹⁵. Bitcoin haczinde ise borçluya bir muhafaza görevi verilmesine lüzum yoktur. O hâlde, TCK m. 289’un uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Ama borçlu tarafından bu şekilde işlemlerin yapılmasını engellemek için özel anahtarın değiştirilmesi veya en sağlam yol olarak icra dairesinin bitcoin cüzdanını edinebilmesine imkân tanınması ve icra dairesi cüzdanına bitcoinin transferinin derhal gerçekleştirilmesi gerekir.

SONUÇ

Bitcoin sistemi işleyişi itibariyle geleneksel ödeme araçlarına nazaran ciddi avantajlar sunmakta olup; bitcoin ile ilgili işlemler yapılabilmesi için merkezî bir birimin varlığına ihtiyaç kalmamaktadır. Her kullanıcının hesabındaki bitcoin miktarının güncel durumunun belirlenmesi blok zinciri teknolojisi ile gerçekleşir. Sistem içinde yeni bir işlem yapıldıkça yeni bloklar eski blokların önüne işlenir ve kişiden kişiye olan ağıın kullanıcılarına bu işlemler gönderilir. Bu suretle bitcoin hareketleri bütün kullanıcılar için umumi hâle gelmektedir. Böylece, bir kullanıcının hesabındaki bitcoin miktarından daha fazlası üzerinde tasarrufta bulunması, merkezî bir otoriteye gerek kalmadan engellenebilmektedir.

Her ne kadar bitcoin bir mübadele aracı olarak kullanılsa da bitcoinin para olarak kabulüne olanak yoktur. Yine bir otorite tarafından güvence altına alınmaması sebebiyle bitcoin elektronik para olarak da görülemez. Dijital bir veri olarak temsil ettiği değer itibariyle bitcoinin eşya olmasına maddi varlığa sahip olmaması engel teşkil etmektedir. Blok zinciri teknolojisine dayalı bitcoin

¹¹⁴ SÜMER, 111, 112.

¹¹⁵ Yargıtay 8. CD, E. 2017/9847, K. 2017/15463, T. 27.12.2017 (Kazancı Bilişim – İhtihat Bilgi Bankası).

gibi değerlerin yaygınlaşması, eşya olarak kabul için aranan bu unsurdan vazgeçilmesini lüzumlu kılmaktadır. Aksi hâlde, bitcoin sahibi olan bir kişi, bu malvarlığı değeri üzerinde mutlak bir hakka sahip olamaz. Bitcoinin nispi bir hak olmasına gelince, sistem içinde bunun ileri sürebilecek bir muhatap olmaması sebebiyle nispi bir hakkın varlığından bahsetmek güçtür. Şu var ki, bitcoinin sözleşmeye konu edilmesi hâlinde karşı tarafın bulunması, bitcoin alacağıının nispi bir hak olarak görülmesini mümkün kılmaktadır.

Bir kişi bitcoin alacağını ilamsız icra takibine konu etmek istediği takdirde bunun ülke parası ile karşılığını belirtmek suretiyle başvuruda bulunmalıdır. Aksi hâlde, yalnızca para ve teminat alacakları için ilamsız icra takibine başvurulabileceği ilkesi ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla, bitcoin alacağıının aynen ifasını sağlamak üzere ilamsız takip başlatılamaz. Bitcoin alacağıının parasal karşılığının ilamsız icra takibi ile ileri sürülmesi sadece genel haciz yoluyla takip veya kiralanan taşınmazın ilamsız icra yoluyla tahliyesi bakımından söz konusu olabilir. Kambiyo senetlerine mahsus ilamsız icra takibine başvurulması ise mümkün değildir. Zira bir kambiyo senedinde alacak olarak sadece ülke parası veya yabancı para gösterilebilir. Kambiyo senedinde bitcoin alacağı öngörülmüşse, kambiyo senedinin geçersizliği söz konusu olur.

Bitcoin alacağıının aynen ifa edilmesine yönelik olarak ilamlı icra takibi başlatılması ise mümkündür. Bunun için öncelikle aynen ifaya karar verilmesi için dava açılmalıdır. Aynen ifasına karar verilen bitcoin alacağıının ilamlı icra takibine konu edilmesi hâlinde İİK m. 30/2 hükmüne göre işlem yapılmalıdır. Çünkü bitcoin alacağıının ifası için karşı taraf belirli bir davranışta bulunmalıdır. Bunun sebebi ise banka hesabında olduğu gibi borçlunun rızası hilafına herhangi bir işlem yapılmasının bitcoin sisteminde mümkün olmamasıdır. Buna karşın, bitcoin alacağıının ifasında şahsen ifası gereken bir edim yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir. İfa gerçekleşmediği takdirde, takip alacaklısına ilama konu miktarda bitcoinin verilmesi için ortaya çıkacak masrafların borçludan İİK m. 30/2’de öngörülmüş usul izlenerek tahsili yoluna gidilmelidir.

Takip borçlusuna ait bitcoin varsa bu malvarlığı değerinin haczedilebileceğinden tereddüt edilemez. Şu var ki, bitcoin sistemi içinde merkezî bir birim olmaması bazı güçlükleri doğurabilir. Özellikle takip borçlusuna ait bitcoinin bulunup bulunmadığının tespiti zor olacaktır. Mal beyanında bulunma zorunluluğuna ilişkin İİK m. 74 vd. hükümleri bitcoini de kapsamaktadır. Mal beyanında bulunmakta birlikte kendisine ait bitcoin

bulduğunu bildirmeyen takip borçlusu hakkında İİK m. 77 hükmüne göre işlem yapılabilir. Aynı şekilde takip borçlusunun eğer üçüncü bir kişiden bitcoin alacağı varsa bunu da bildirmesi beklenmelidir.

Bitcoin hakkında haciz işlemi uygulanabilmesi için hangi yerdeki icra dairesinin yetkili olduğu ise takip borçlusunun cüzdanına ait özel anahtarın bulunduğu yere göre belirlenebilir. Şayet bu özel anahtarın kaydedildiği bir eşya (*bilgisayar, akıllı telefon gibi*) varsa, o eşyanın bulunduğu yerdeki icra dairesinin yetkili olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir eşya bulunmadığı sürece, takip borçlusunun bulunduğu yerde haciz işlemi uygulanabilir; fakat haczin gerçekleşmesi takip borçlusunun özel anahtarını paylaşmak yönünde irade göstermesine bağlı olacaktır. Haczin uygulanmasının mümkün olması hâlinde ise bitcoinin taşınır mal gibi görülmesi ve hacizde tertip ilkesi gereğince öncelikle haczedilmesi isabetli olur. Çünkü bitcoin muhafazası kolay ve yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek bir malvarlığı değeridir ve haczedilen bitcoinin İİK m. 88/1 hükmü kapsamında muhafaza altına alınması gerekir. Takip borçlusunun bitcoin üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen sonlandırabilmek için en uygun yol ise icra dairesine ait bir bitcoin hesabının bulunması ve bitcoinin bu hesaba aktarılmasıdır. Eğer takip borçlusunun üçüncü bir kişiden bitcoin alacağı varsa, artık İİK m. 89'a göre haciz ihbarnamesi gönderilmesi suretiyle muhafaza altına alma yoluna gidilmelidir.

Haczedilmiş bitcoinin hakkında takip borçlusu herhangi bir tasarrufta bulunmamalıdır. Özel anahtarın temin edilip değiştirilmemesi veya icra dairesine ait bir bitcoin hesabına aktarılmaması, borçlunun tasarrufta bulunmasını engelleyemez. Söz konusu bitcoini takip borçlusundan edinen üçüncü bir kişi iyiniyetli ise İİK m. 86'ya göre korunmalıdır. Bunun için bitcoinin eşya olduğunun kabulü gerekir. Hacze rağmen bitcoin hakkında tasarrufta bulunan borçlunun TCK m. 289'a göre sorumluluğundan bahsetmek ise mümkün değildir. Zira bitcoin hakkında haciz işlemi uygulanmış olsa bile, takip borçlusuna muhafaza görevi verilmiş olmaz.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk: **Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- AKSOY-DURŞUN, Sanem: **Eşya Kavramı**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2012.
- ASLAN, Kudret: “Hacizde Sıra (Tertip)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2005, Cilt: 54, Sayı: 2, s. 269-318.
- ATALAY, Oğuz: “Bir Şeyin Yapılması ve Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası”, **MİHBİR 14. Abant Toplantısı -İlamlı İcra- (4 - 7 Ekim 2018)**, Bolu, 2018, s. 153-160.
- AYDINCIK, Şirin: **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları**, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2013.
- BOEHM, Franziska/PESCH, Paulina: “Bitcoins: Rechtliche Herausforderungen einer virtuellen Währung (Eine erste juristische Einordnung)”, **Multimedia und Recht**, Yıl: 2014, No.: 2, s. 75-79.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: **Kıymetli Evrak Hukuku**, 8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- BOZKURT-YÜKSEL, Armağan Ebru: **Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: **Medenî Usul Hukuku**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇARKACIOĞLU, Abdurrahman: **Kripto-Para Bitcoin** (<http://www.spk.gov.tr/siteapps/yayin/yayingoster/1130> Erişim Tarihi: 19/03/2019).
- ECKERT, Martin: “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Digitale Daten als Sache”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung**, Yıl: 2016, Sayı: 112, s. 245-249.
- ECKERT, Martin: “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten”, **Die Schweizerische Juristen-Zeitung**, Yıl: 2016, Sayı: 112, s. 265-274.
- EFE, Ahmet: “Yenilikçi Teknolojinin Getirdiği Yeni Bir Paradigma Gerilimi:

- Blokcinciriyle E-Noterlik Uygulamasının Hukuki ve Teknik Analizi”, **Türkiye Noterler Birliği Dergisi**, Yıl: 2019, Sayı: 2, s. 97-140.
- ENGELHARDT, Christian/KLEIN, Sascha: “Bitcoins - Geschäfte mit Geld, das keines ist Technische Grundlagen und zivilrechtliche Betrachtung” **Multimedia und Recht**, Yıl: 2014, No.: 6, s. 355-360.
- ERDOĞAN, Ersin, “Yapma Borçlarının İcrası ve Bazı Temel Sorunlar”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, S. 2, s. 145-175.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 21. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- ERİŞİR, Evrim: **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2013.
- GÖGER, Thomas: “Bitcoins im Strafverfahren Virtuelle Währung und reale Strafverfolgung”, **Multimedia und Recht**, Yıl: 2016, No.: 7, s. 431-434.
- HAUSER-SPÜHLER, Gabriel/MEISSER, Luzius: “Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin”, **Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit**, Yıl: 2018, Sayı: 1, s. 6-12.
- KURU, Baki: **İcra ve İflâs Hukuku**, Cilt: 3, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.
- KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt: 4, 6. Bası, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 2001.
- KURU, Baki: **İcra ve İflas Hukuku (El Kitabı)**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KÜTÜK, Merih Erdem/SORGE, Christoph: “Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht von der *“Tulpenmanie”* zur *“Bicoimanie”*”, **Multimedia und Recht**, Yıl: 2014, No.: 10, s. 643-646.
- MÜLLER, Lukas/REUTLINGER, Milena/KAISER, Philippe J. A.: “Entwicklungen in der Regulierung von virtuellen Währungen in der Schweiz und der Europäischen Union”, **Zeitschrift für Europarecht**, Yıl: 2018, Sayı: 5, s. 80-102.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: **Medenî Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)**, 24. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2018.

- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, 21. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, Cilt: 1, 16. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2018.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İllâmlı İcranın Etkinliği**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖZÇELİK, Volkan: “Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 8/4)”, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, Yıl: 2015, Cilt: 3, s. 2909-2969.
- ÖZEKES, Muhammet: **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- PEKCANITEZ, Hakan: **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili**, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞKORKMAZ, Hülya (Ed.): **Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, C. 1-3, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017 (Yazar Adı, Pekcanitez Usûl, #).
- PILLER, François: “Eine zivil- und vollstreckungsrechtliche Untersuchung aus der Sicht der Bitcoin-Nutzer”, **Aktuelle juristische Praxis**, Yıl: 2017, No.: 12, s. 1426-1438.
- SHCHERBAK, Sergii: “How Should Bitcoin Be Regulated”, **European Journal of Legal Studies**, Yıl: 2014, Vol.: 7, No.: 1, s. 41-83.
- SCHNEIDER Julian: “Zum ersten Mal ein freier Markt der Währungen” (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bitcoins-waehrung-rechnungseinheit-umsatzsteuer/> Erişim Tarihi: 18/03/2019).
- SHMATENKO, Leonid/MÖLLENKAMP, Stefan: “Digitale Zahlungsmittel in einer analog geprägten Rechtsordnung (a bit(coin) out of control - Rechtsnatur und schuldrechtliche Behandlung von Kryptowährungen)”, **Multimedia und Recht**, Yıl: 2018, No.: 8, s. 495-501.
- SPÜHLER, Karl/TENCHİO, Luca/INFANGER, Dominik (Hrsg.): **Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich/Chur, 2010, (BSK-ZPO/Yazar Adı, Art. #, kn. #).

- STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal: **Zivilprozessrecht (nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen unter Einbezug des internationalen Rechts)**, Schulthess Juristische Medien, Zürich, 2013.
- SÜMER, Reha: “Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2008, S. 75, s. 109-137.
- UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (İİK. 1-82)**, C. 1, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2004.
- ÜZER, Betül: **Sanal Para Birimleri**, Uzmanlık Yeterlik Tezi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara, 2017.
- WILLEMS, Marion: “Funktionasweise und Risiken von virtuellen Währung”, **Compliance Berater**, 2016, s. 325-327.
- YAZICI-TIKTIK, Çiğdem: “Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına İlişkin İlâmların İcrası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, Yıl: 2015, Cilt: 3, s. 2735-2775.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- YILMAZ, Ejder: **İcra ve İflâs Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.

ABONELİK SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN PARA ALACAKLARINA İLİŞKİN TAKİBİN BAŞLATILMASI USÛLÜ

Zeynep BAHADIR*

ÖZ

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun, 19.12.2018 tarihli, 30630 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu Kanun’un kabulü ile 01.06.2019 tarihinden itibaren, abonelik sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan para alacaklarına ilişkin yeni bir haciz yoluyla ilâmsız takip usûlü yürürlüğe girecektir. Bu kapsamda abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin ilâmsız icra takiplerinin, bir avukat vasıtasıyla takip edilmesi durumunda, UYAP bünyesinde oluşturulan sistem üzerinden başlatılması ve haciz aşamasına kadar yürütülmesi zorunludur. O hâlde, 7155 sayılı Kanun’un uygulama alanı bulduğu durumlarda, takibin İcra ve İflâs Kanunu’na göre başlatılması artık mümkün değildir. Bu Kanun’un amacı, icra dairelerinin iş yükünün azaltılması, takip işlerinin daha az emek ve mesai ile daha ucuz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesidir. Bu Kanun’da hüküm bulunmayan hâllerde ise, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Bu çalışmada, 7155 sayılı Kanun’un uygulama alanı ortaya koyulmuş ve uygulamada problem teşkil edebilecek hususlar üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Abonelik sözleşmesi, abone, tüketici, ilâmsız icra, İcra ve İflâs Kanunu

PROCEDURES FOR THE INITIATION OF ENFORCEMENT PROCEEDINGS OVER MONETARY CLAIMS ARISING FROM SUBSCRIPTION AGREEMENTS

ABSTRACT

The Code no. 7155 on the Initiation of Enforcement Proceedings Over Monetary Claims Arising From Subscription Agreements was published in the Official Gazette No. 30630 (19/12/2018). With the enactment of this Code, from 1/06/2019, a new enforcement proceedings without judgement shall come into force regarding the pecuniary claims resulting from subscription agreements. These proceedings shall

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Doktor Araştırma Görevlisi, e-posta: zeynep.bahadir@hbv.edu.tr.
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609040

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/04/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/05/2019

also be applied for the debts derived from the goods and services, presented to the consumer for the fulfillment of the subscription agreements and reflected to the invoice. Within this system, it is an obligation to initiate the enforcement proceedings without judgement through a new system established within UYAP and to continue with until the attachment proceedings, if the enforcement proceedings are pursued by a lawyer. Therefore, within the situations regulated by the Code no. 7155, it is impossible to initiate the proceedings on the basis of the Code of Enforcement and Bankruptcy Code with the enforcement of the Code no. 7155. The purpose of this Code is to reduce the time-consumption, workload of the enforcement offices and to use resources more efficiently. In this paper, the application of the Code no. 7155 is examined and possible problems are evaluated.

Key Words: *Subscription agreement, subscriber, consumer, enforcement without judgment, Enforcement and Bankruptcy Law*

Giriş

7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun, 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazete yayımlanmış; Kanun'un 26'ncı maddesi kapsamında 1 ilâ 9'uncu maddelerin 01.06.2019 tarihinde yürürlüğe gireceği kabul edilmiştir.

7155 sayılı Kanun'un 1'inci maddesine göre bu Kanun'un amacı, abonelik sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan para alacaklarına ilişkin haciz yoluyla ilâmsız icra takiplerinin, UYAP bünyesinde oluşturulan Merkezi Takip Sistemi üzerinden başlatılmasına ve haciz aşamasına kadar yürütülmesine ilişkin usûl ve esasları düzenlemektedir. Kanun'un 2'nci maddesine göre ise bu Kanun, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve diğer mevzuatta düzenlenen abonelik sözleşmeleri ile bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan ve avukatla takip edilen para alacaklarına ilişkin icra takiplerini kapsar. Ayrıca bu kapsamdaki icra takipleri ancak bu Kanun'da belirlenen yöntemle başlatılabilir; aksi takdirde icra dairesi takip talebini reddeder.

Görüldüğü üzere bu Kanun'un uygulama alanına giren bir takip olduğunda, icra takibi ancak Kanun'da belirlenen yöntemle başlatılabilmektedir. Bu sebeple Kanun'un uygulama alanını ortaya koymak kanaatimizce önem arz etmektedir. Çalışmamızda bu kapsamda Kanun'un uygulama alanının ortaya

konulması ile Kanun'un uygulamasında ortaya çıkabilecek bazı sorunlar ele alınacaktır.

I. 7155 sayılı Kanun'un Uygulanma Şartları

A. Abonelik Sözleşmesi ile Abonelik Sözleşmesinin İfası Amacıyla Tüketicinin Kullanımına Sunulup Bedeli Faturaya Yansıtılan Mal veya Hizmetten Kaynaklanan Para Alacağı

1. Abonelik Sözleşmesi

a. Tanım

7155 sayılı Kanun kapsamında bir ilâmsız icra takibi başlatılabilmesi için abonelik sözleşmesi bulunması zorunludur. Abonelik sözleşmesi, tüketicinin belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir (TKHK m. 52/1).

Abonelik sözleşmeleri, “*sürelî yayın aboneliği*” ve “*diğer abonelikler*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrımın sebebi, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile ilk olarak sürelî yayın aboneliğinin mevzuatımıza girmesidir. Sürelî yayınlar dışındaki diğer mal ve hizmetleri konu edinen abonelik sözleşmeleri ise, 2003 yılında 4822 sayılı Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da değişiklik yapılması ile eklenmiş ve her türlü abonelik sözleşmesinin bir tüketici sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Diğer mal ve hizmetleri konu edinen abonelik sözleşmelerinin kapsamına özellikle enerji ve telekomünikasyon sektöründe imzalanan abonelikler girmektedir. Bu kapsamda daha ziyade elektrik, su, doğal gaz, elektronik haberleşme sektörü gibi temel mal veya hizmetlerin temini amacıyla abonelik sözleşmesi yapılmaktadır¹. 2013 yılında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile sürelî yayın aboneliği ile diğer abonelik sözleşmeleri arasındaki ayrım ortadan kaldırılarak, abonelik sözleşmeleri ile ilgili genel bir düzenleme yapılmıştır. O hâlde bugünkü mevzuatımızda tüketicilerin korunması bağlamında abonelik sözleşmeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği ile düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca elektronik haberleşme sektöründe uygulama alanı bulan 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda ve Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde de abonelik sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

¹ ALTAŞ, s. 158; ERDOĞAN, s. 275-276; KOCA, s. 42.

Abonelik sözleşmelerinin çeşitli türleri bulunmasına rağmen, 7155 sayılı Kanun'un uygulama alanı bakımından herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Zira “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve diğer mevzuatta düzenlenen abonelik sözleşmeleri” denilerek, bu Kanun'un kapsamına her türlü abonelik sözleşmesinin girdiği açıkça ifade edilmiştir. Bu kapsamda süreli yayın abonelikleri ile diğer mal ve hizmetleri konu edinen örneğin elektrik, su, doğal gaz abonelikleri bakımından bu Kanun'da öngörülen icra takibinin başlatılma usulü uygulanacaktır. Abonelik sözleşmeleri bakımından bir ayırım öngörülmemesi sebebiyle, sözleşmenin unsurlarının ortaya konmasında fayda vardır.

b. Abonelik Sözleşmesinin Unsurları

Abonelik sözleşmesinin unsurları, “mal veya hizmetin dönemsel sürelerle ya da sürekli olarak”, “abonelik ücreti karşılığında” temin edilmesi ve “satıcı/sağlayıcı ile abone arasında bir anlaşma”nın varlığıdır².

Ohâlde abonelik sözleşmesinin ilk unsuru, bir mal veya hizmetin dönemsel süreler ile veya sürekli olarak teminidir. Örneğin tüketiciler elektrik, su, doğal gaz, dergi ve gazete gibi mal veya telefon, internet, kablo TV gibi hizmet ihtiyaçlarını karşılamak üzere bir abonelik sözleşmesi akdedebilir³. Ancak bu mal veya hizmetlerin edinilmesi amacıyla akdedilen sözleşmenin abonelik sözleşmesi olabilmesi için, dönemsel veya sürekli olarak mal veya hizmetin sağlanması gerekir⁴. Abonelik sözleşmesi bir malın sağlanmasına yönelik ise sözleşme, yapılacak her tür satış sözleşmesine eklenecek abonelik şartı ile meydana gelmekte⁵ ve satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır⁶. Ancak abonelik sözleşmesi sürekli borç ilişkisi içerdiğinden, sürekli borç ilişkisine niteliği itibarıyla uygun olmayan bir sözleşmeye abonelik şartının

² AYRANCI, s. 214 vd.; ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 347 vd.; ÇETİN, s. 69; AÇIKGÖZ, s. 69; ALTAŞ, s. 158-159; KOCA, s. 29; ERDOĞAN, s. 280 vd.

³ AYRANCI, s. 216; ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 348; KOCA, s. 32; ERDOĞAN, s. 280.

⁴ AYRANCI, s. 216, 233; ALTAŞ, s. 161; ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 348; KOCA, s. 32; ERDOĞAN, s. 281.

⁵ ASLAN, (2006), s. 515; ERDOĞAN, s. 281.

⁶ OZANOĞLU, s. 85; EREN, s. 43; ERTAŞ, s. 104; ÖZDEMİR, <https://jurix.com.tr/article/5398>, (Erişim Tarihi: 28.01.2019); AYRANCI, s. 231-232; *Altaş*, bu tür sözleşmelerde art arda ifa sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil ettiğinden, abonelik sözleşmelerinin hukukî yapı itibarıyla art arda teslimli satım sözleşmesi mahiyetinde olduğu görüşündedir, ALTAŞ, s. 161.

eklenmesi mümkün değildir⁷. Abonelik sözleşmesinin bir hizmetin temini amacıyla yapılması hâlinde ise vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir⁸.

Abonelik sözleşmesinin ikinci unsuru abonelik ücretidir. Abonelik sözleşmesine taraf olan abone, kendisine sağlanan mal veya hizmet karşılığında bir ücret ödemek zorundadır. Bu ücret kural olarak bir miktar paradır⁹. Her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da abonelik sözleşmelerinde ücret ödenmesi ile ilgili bir ifade yer almasa da, tüketici sözleşmelerinin ivazlı olması işin niteliği gereğidir¹⁰. O hâlde abonelik sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Abonelik sözleşmesinin son unsuru ise satıcı/sağlayıcı ile abone arasında bir anlaşmanın varlığıdır. Taraflar, bir mal veya hizmetin dönemsel süreler ile veya sürekli olarak temin edileceği ve abonelik ücreti ile diğer subjektif esaslı noktalar konusunda anlaşmış olmalıdır. Taraflar arasında bir anlaşma olmamasına rağmen mal veya hizmetin kullanılması hâlinde ise satıcı veya sağlayıcı abonelik ücretini isteyebilir¹¹. Abonelik sözleşmeleri genellikle genel işlem şartları içeren sözleşmeler şeklinde kurulmaktadır.

Abonelik sözleşmesine konu olan mal ve hizmetlerin çoğu, örneğin elektrik, su, doğal gaz, internet, telefon gibi hizmetler, sadece belirli satıcı ve sağlayıcılar tarafından abonelere temin edildiğinden, satıcı ve sağlayıcıların kendilerine yapılan abonelik sözleşmesi başvurularını, haklı sebepler dışında kabul etmek zorunda olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹².

c. Abonelik Sözleşmesinin Tarafları

Abonelik sözleşmesinin “*satıcı veya sağlayıcı*” ile “*abone*” olmak üzere iki tarafı mevcuttur.

Satıcı belirli bir malı, sağlayıcı ise belirli bir hizmeti düzenli aralıklarla sürekli şekilde aboneye temin etmeyi taahhüt eden kişilerdir¹³. Satıcı veya

⁷ ASLAN, (2006), s. 515; ERDOĞAN, s. 281.

⁸ ERTAŞ, s. 104.

⁹ ERDOĞAN, s. 285; AÇIKGÖZ, s. 471; ÇETİN, s. 71, 88.

¹⁰ OZANOĞLU, s. 70; ERTAŞ, s. 104; AYRANCI, s. 209.

¹¹ ERDOĞAN, s. 288.

¹² AYRANCI, s. 211-212, 214, 250 vd.; ALTAŞ, s. 158; KOCA, s. 64 vd.; ÇETİN, s. 68; ERDOĞAN, s. 284.

¹³ ERTAŞ, s. 104.

sağlayıcı, abonelik sözleşmesi kapsamında sunulan mal veya hizmetin türüne göre değişiklik gösterir. Bu çerçevede bir gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi, elektrik, doğal gaz veya su aboneliklerinde olduğu gibi Belediyeler, Devlet Su İşleri, TEDAŞ gibi bir kamu tüzel kişisi veya devletten imtiyaz alan bir işletme de olabilir¹⁴.

Abonelik sözleşmesine konu mal veya hizmeti talep etme yetkisine sahip olan abone ise bir gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. Ancak abonelik sözleşmesi sadece tüketiciler ile yapılmak zorunda değildir. Bu kapsamda abonelik sözleşmesinin tarafını tüketiciler oluşturabileceği gibi tüketici olmayan aboneler, örneğin ticarî faaliyette bulunan işletmeciler de oluşturabilir. Buna karşılık 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun sadece tüketici sıfatına sahip aboneler hakkında uygulanabilir. 7155 sayılı Kanun'un lafzına bakıldığında ise, bu Kanun'un kapsamına sadece tüketicilerle imzalanan abonelik sözleşmeleri girmekte olup, tüketiciler ile yapılan abonelik sözleşmeleri dışında yapılan abonelik sözleşmeleri Kanun'un uygulama kapsamı dışında kalmaktadır. Zira 7155 sayılı Kanun'un kapsam maddesine bakıldığında, *"bu Kanun, ... Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve diğer mevzuatta düzenlenen abonelik sözleşmeleri ile bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan"* diyerek, açıkça abonelik sözleşmesinin tarafının *"tüketici"* olması durumunda 7155 sayılı Kanun'daki takibin başlatılma usûlünün uygulanacağını ifade etmiştir. 7155 sayılı Kanun'un her türlü abonelik sözleşmelerinde uygulanması istenseydi, *"tüketici"* ifadesi yerine, *"abone"* ifadesi kullanılacağından, Kanun'un uygulama alanı sadece tüketicilerle yapılan abonelik sözleşmelerini kapsamaktadır. O hâlde sadece 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer alan abonelik sözleşmeleri için değil, diğer mevzuatlarda düzenlenen abonelik sözleşmeleri için de 7155 sayılı Kanun uygulanacak, ancak her hâlükârda, abonelik sözleşmesinin tarafı tüketici olacaktır. Bu bağlamda Kanun'un uygulama kapsamının belirlenmesi bakımından tüketici kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tespiti son derece önemlidir. Zira bu Kanun'da tüketicinin tanımına yer verilmemiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin *"k"* bendine göre tüketici, ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişidir. Aynı şekilde 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun *"tanımlar ve kısaltmalar"* başlıklı

¹⁴ AYRANCI, s. 218; ERTAŞ, s. 104; ERDOĞAN, s. 290; ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 347; ÇETİN, s. 67; KOCA, s. 30.

3'üncü maddesinin “uu” bendi ile Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin “h” bendi de tüketiciyi, elektronik haberleşme hizmetini ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla kullanan veya talep eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlamaktadır. Oysa, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda tüketici, elektriği kendi kullanımını için alan kişi olarak (m. 3/mm); ayrıca, Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi serbest tüketici olarak tanımlanmaktadır (m. 3/cc). Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin “cc” bendinde ise serbest olmayan tüketici, elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını sadece bölgesinde bulunduğu görevli tedarik şirketinden yapabilen gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanır. Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında tüketici, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre daha geniş bir anlam ifade etmekte ve elektriği yeniden satmayıp nihaî olarak kullanan kişi bu Kanun anlamında tüketici sıfatına sahip olmaktadır¹⁵. Örneğin elektriği ticarî veya meslekî faaliyetini yürütmek için tedarik eden, bir başka ifadeyle bir mal veya hizmeti üretebilmesi doğrudan elektrik enerjisine bağlı olan kişi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre tüketici sayılmazken, Elektrik Piyasası Kanunu'na göre tüketici olarak nitelendirilmektedir¹⁶.

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ise “tanımlar” başlıklı 3'üncü maddesinde, “serbest tüketici” ve “serbest olmayan tüketici (abone)” olarak ikili bir ayırım yapmakta, son kullanıcı olan serbest olmayan tüketiciyi abonelik sözleşmesinin tarafı olan abone olarak nitelendirerek, doğal gazı kendi kullanımını için dağıtım şirketlerinden almak zorunda olan gerçek veya tüzel kişi olarak ifade etmektedir (m. 3/18). Serbest tüketici ise yurt içinde herhangi bir üretim şirketi, ithalat şirketi, dağıtım şirketi veya toptan satış şirketi ile doğal gaz alım-satım sözleşmesi yapma serbestisine sahip gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır (m. 3/17). Görüldüğü üzere Doğal Gaz Piyasası Kanunu'na göre de tüketici, doğal gazı yeniden satmayıp nihaî olarak kullanan kişidir.

İşaret ettiğimiz nedenlerle Elektrik Piyasası Kanunu ile Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nda yer alan tüketici kavramı, 6502 sayılı Kanun'a göre

¹⁵ ERMENEK/KIL, s. 36-37; ERMENEK, (2015), s. 32-33.

¹⁶ ERMENEK/KIL, s. 37; ERMENEK, (2015), s. 33.

değişiklik göstermektedir. Bu kanunlarda ifade edilen serbest tüketici ve serbest olmayan tüketici arasındaki fark ise, tüketicinin tedarikçisini seçebilme hakkına sahip olup olmaması noktasındadır¹⁷. Serbest tüketici de serbest olmayan tüketici de elektriği veya doğal gazı satmayıp, nihaî olarak kullanmaktadır. Bu kapsamda tüketici sıfatları ve 7155 sayılı Kanun'un uygulanıp uygulanmayacağına tespiti bakımından aralarında kanaatimizce bir fark yoktur. Bu noktada her ne kadar Elektrik Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'ne göre serbest olmayan tüketiciler ve tedarikçisini seçmemiş olan serbest tüketicilerle perakende satış sözleşmesi, serbest tüketicilerle ise ikili anlaşma yapıyor olsa da, bu sözleşmelerin farklı isimlerle ifade ediliyor olması, abonelik sözleşmesi olma niteliklerini değiştirmez. Zira bu sözleşmelerin unsurlarına bakıldığında abonelik sözleşmesi olduğu anlaşılabilir. Bu kapsamda serbest olmayan tüketiciler ve tedarikçisini seçmemiş serbest tüketicilerle imzalanan perakende satış sözleşmesinin unsurları, tedarikçinin elektrik sağlama, buna karşılık tüketicinin kullandığı elektriğin bedelini ödeme yükümlülüğü ile tarafların bu konuda anlaşması¹⁸; serbest tüketicilerle imzalanan ikili anlaşmanın unsurları ise, tedarikçinin sürekli ve bölünemez olarak elektrik sağlama, alıcının ise tedarik edilen elektriğin bedelini ödeme yükümlülüğü, tarafların bu konuda anlaşması ile ikili anlaşmanın piyasa işletmecisine bildirilmesidir¹⁹. İki sözleşme de sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olduğundan ve abonelik sözleşmesinin diğer unsurlarını da taşıdığından abonelik sözleşmesi niteliğindedir. Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği'nin 56'ncı maddesinin son fıkrasına göre, bu Yönetmelik hükümleri uyarınca elektrik enerjisi hizmeti alan tüketicilerin hakları ve zararlarının tazmini konusunda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır. Kanaatimizce bu düzenleme kapsamında uygulanacak hükümler, abonelik sözleşmelerine ilişkin hükümlerdir.

7155 sayılı Kanun'da yer alan icra usûlü bakımından tüketicinin tanımına yer verilmemekte; ancak diğer mevzuatta düzenlenen abonelik sözleşmeleri için de 7155 sayılı Kanun'un uygulanacağı ifadesi yer almaktadır. Bu ifade çerçevesinde kanaatimizce, Elektrik Piyasası Kanunu veya Doğal Gaz Piyasası Kanunu kapsamında tüketici sayılan kişilerle düzenlenen bir abonelik sözleşmesi mevcutsa, bu abonelik sözleşmeleri için de 7155 sayılı

¹⁷ ERMENEK/KIL, s. 37; ASLAN, (2007), s. 354-355; YAVUZ, s. 139; DEVİR, s. 156.

¹⁸ YAVUZ, s. 211, 212 vd.

¹⁹ YAVUZ, s. 146 vd.

Kanun'da yer alan icra usûlü uygulama alanı bulmalıdır. O hâlde Elektrik Piyasası Kanunu veya Doğal Gaz Piyasası Kanunu kapsamında son kullanıcı olduğu hâlde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici sayılmayan ve abonelik sözleşmesinin tarafı olan örneğin ticarî veya meslekî amaçla hareket eden ticarî işletmeler, kanaatimizce, elektrik veya doğal gazın temini kapsamında yaptıkları abonelik sözleşmelerinin tâbi olduğu kanunlar çerçevesinde tüketici sayıldıklarından, 7155 sayılı Kanun'daki usûle göre takip edilmek zorundadır.

Nihayet, yapılan abonelik sözleşmesinin tâbi olduğu kanun çerçevesinde abone tüketici sayılıyorsa, 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlü uygulanmalıdır. Ancak tâbi oldukları kanun çerçevesinde tüketici sıfatına sahip olmayan aboneler bakımından, örneğin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a tâbi bir abonelik sözleşmesi mevcutsa abonenin bir ticarî işletme olması durumunda (ticarî veya meslekî amaçla hareket eden ticarî işletme tüketici sıfatına sahip olmadığından), artık 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takip başlatılmak zorundadır. Elektrik veya doğal gaz aboneliklerinde aboneler, her ne kadar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bakımından tüketici sıfatına sahip olmasalar da, 7155 sayılı Kanun'un amacı, 6502 sayılı Kanun'dan farklı olarak, zayıf olan tüketicinin korunması değildir. 7155 sayılı Kanun'un amacı, icra dairelerinin iş yükünün azaltılması ile takip işlerinin daha az emek ve mesai ile daha ucuz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi, başka bir ifade ile takip ekonomisinin gerçekleştirilmesidir. Bu kapsamda 7155 sayılı Kanun'un uygulama alanını daraltmanın kanaatimizce bir anlamı yoktur.

Abonenin tüketici olmadığı durumlarda, 7155 sayılı Kanun'da yer alan takibin başlatılma usûlünün uygulanması mümkün olmayıp, böyle durumlarda ise 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan usûl uygulanacaktır.

d. Abonelik Sözleşmesinin Şekli

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, *“yazılı veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur”*. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin *“sözleşmenin şekli”* başlıklı 5'inci maddesine göre ise, *“satıcı veya sağlayıcı, sunulan mal veya hizmete ilişkin olarak tüketici ile bir abonelik sözleşmesi kurmak zorundadır. Yazılı veya mesafeli olarak kurulan abonelik sözleşmelerinin bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur. Abonelik sözleşmeleri; en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir*

dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir". Bu düzenlemelerden de anlaşılmaktadır ki abonelik sözleşmesi yazılı şekil şartına tâbi olup, bir nüshasının aboneye verilmesi zorunludur. Ayrıca abonelik sözleşmesi mesafeli olarak kurulabilir; bu durumda mesafeli abonelik sözleşmesi kalıcı veri saklayıcısı formunda elektronik yazılı biçimde yapılmalı ve bir nüshası aboneye verilmelidir²⁰. Öngörülen bu şekil şartı geçerlilik şekli olup, şekle aykırı kurulan abonelik sözleşmesi kesin hükümsüzdür²¹.

Abonelik sözleşmesinde yer alması gereken zorunlu içerik, Abonelik Sözleşmesi Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiş olup, bu Yönetmelik'in 7'nci maddesine göre zorunlu içerikte bir hususun yer almaması sözleşmenin geçerliliğini etkilememekte, sözleşmedeki eksikliğin giderilmemesi durumunda tüketici cezaî şart, tazminat ve benzeri adlarla herhangi bir ödemede bulunmaksızın sözleşmeyi feshedebilmektedir. O hâlde sözleşmede bulunması gereken zorunlu içerik, sözleşmenin geçerlilik şartı değildir.

2. Abonelik Sözleşmesinin İfası Amacıyla Tüketicinin Kullanımına Sunulup Bedeli Faturaya Yansıtılan Mal veya Hizmet

Abonelik sözleşmesinin konusu bir malın teslimi veya hizmetin ifasıdır. Bu kapsamda sözleşme örneğin bir süreli yayın aboneliği ise sözleşmenin konusu belirli aralıklarla bir malın teslimi, diğer aboneliklerde ise örneğin elektrik, su, doğal gaz aboneliklerinde malın temini, telefon aboneliğinde ise hizmetin sağlanmasıdır²². Abonelik sözleşmesinin ifası kapsamında tüketicinin kullanımına birtakım mal veya hizmetler sunulabilir. Abonelik sözleşmesi kapsamında tüketicinin kullanımına sunulan ve bedeli faturaya yansıtılan sayaç, modem, dekoder veya sair cihazlar mala; sayaç okuma veya tüketiciye sunulan teknik destek ise hizmete örnek olarak gösterilebilir. Sözleşmenin ifası amacıyla sunulan bu mal veya hizmetlerin bedelinin faturaya yansıtılması ve muaccel hâle gelmesine rağmen borcun ödenmemesi durumunda, bunların bedeline ilişkin de 7155 sayılı Kanun'daki usûle göre takip yapılması zorunludur.

3. Para Alacağı Olma

7155 sayılı Kanun kapsamında icra takibi başlatılabilmesi için alacağın para alacağı olması zorunludur. Abonelik sözleşmesi karşılığında ise abone,

²⁰ ERTAŞ, s. 105.

²¹ ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 356; ERDOĞAN, s. 292-293.

²² KOCA, s. 77.

satıcı veya sağlayıcıya, kendilerine sağlanan mal veya hizmet karşılığında bir abonelik ücreti ödeme borcu altına girer²³. Ödenmesi gereken bu ücret kural olarak bir miktar para olup, Türk parası veya yabancı para olarak kararlaştırılabilir²⁴.

Abonelik ücreti başta kesin olarak belirli olabileceği gibi, belirli dönemlerde kullanılan miktarın ölçülmesiyle sonradan da belirlenebilir²⁵. Belirlenen bu abonelik ücreti ise süreli yayın aboneliklerinde olduğu gibi peşin olarak ödenebilirken, diğer aboneliklerde örneğin elektrik, su, doğal gaz, telefon, internet aboneliklerinde olduğu gibi sunulan mal veya hizmet tükettikçe dönemsel olarak sonradan da ödenebilir²⁶. Sonradan ödemeli sistemde, abone mal veya hizmeti kullanmasından doğan borcunu, satıcı veya sağlayıcı tarafından aylık olarak düzenlenen ve kendisine tebliğ edilen faturada yer alan son ödeme tarihine kadar ödemekle yükümlüdür²⁷. Sonradan ödemeli sistemde borç, hukukî bakımdan vade niteliğinde olan son ödeme gününde muaccel hâle gelir²⁸. Diğer aboneliklerde ve özellikle enerji aboneliklerinde, alıcının önceden ne kadar enerji tüketeceği bilinmediğinden²⁹, abonelik ücretinin peşin olarak ödenmesi mümkün değildir. Ancak sonradan ödemeli sistemin aksine, ön ödemeli sistem (*kontrollü hat* olarak da ifade edilmektedir) de mevcut olabilir³⁰. Diğer aboneliklerde, örneğin telefon veya doğal gaz aboneliklerinde, mevcut olan ön ödemeli sistemde, abonelik ücreti önceden ödenmekte ve ödenen ücretin miktarı karşılığında mal veya hizmet temin edilmektedir³¹. Bazı abonelik sözleşmelerinde, özellikle taahhütlü abonelik sözleşmelerinde, abone mal veya hizmetten hiç yararlanmamış olsa dahi kendisinden her ay belirli sabit bir ücret ödenmesi talep edilmektedir³².

²³ AYRANCI, s. 216; ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 349; AÇIKGÖZ, s. 70; KOCA, s. 33; ÇETİN, s. 70, 88; ERDOĞAN, s. 284.

²⁴ ÇETİN, s. 71; AÇIKGÖZ, s. 471; ERDOĞAN, s. 285.

²⁵ AYRANCI, s. 216-217; ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 349; AÇIKGÖZ, s. 70; KOCA, s. 33; ERDOĞAN, s. 285.

²⁶ ÇETİN, s. 70-71, 89; ÖKTEM ÇEVİK, (2015), s. 349; ERDOĞAN, s. 285; KOCA, s. 44, dn. 120, 44-45.

²⁷ ÖKTEM ÇEVİK, (2008), s. 11; AÇIKGÖZ, s. 72; ÇETİN, s. 70-71, 89; KOCA, s. 44, dn. 120.

²⁸ ÖKTEM ÇEVİK, (2008), s. 11-12; AÇIKGÖZ, s. 480; ÇETİN, s. 71, 89.

²⁹ ÖZDEMİR, <https://jurix.com.tr/article/5398> (Erişim Tarihi: 28.01.2019).

³⁰ ÖKTEM ÇEVİK, (2008), s. 12; AÇIKGÖZ, s. 72; KOCA, s. 44.

³¹ ÖKTEM ÇEVİK, (2008), s. 12; AÇIKGÖZ, s. 72-73, 479; KOCA, s. 44.

³² ERDOĞAN, s. 285.

Peşin ödemeli sistem ve ön ödemeli sistemin kabul edildiği abonelik sözleşmelerinde kural olarak borcun ödenmemesi gibi bir problemle karşılaşılmaz. Zira peşin ödemeli sistemde yahut da ön ödemeli sistemde ücret peşin olarak ödenmezse, bu durumda mal veya hizmetten yararlanmak mümkün olmaz. Ancak sonradan ödemeli sistemde, mal veya hizmetten yararlanılmasına ve son ödeme tarihi geçmiş olmasına rağmen borcun ödenmemesi durumunda, abonelik sözleşmelerinde abonenin borcu kural olarak bir miktar para olduğundan, diğer şartların da mevcut olması hâlinde 7155 sayılı Kanun'daki usûle göre takip başlatılması zorunludur.

B. Avukatla Takip Edilme

Hukukumuzda kural olarak iradî temsil geçerli olup, davaların ve keza icra takiplerinin avukat marifetiyle takip edilme zorunluluğu yoktur. O hâlde dava ve takip ehliyetine sahip olan herkes davasını ve takibini bizzat takip edebileceği gibi, arzu ederse kendisini bir vekil vasıtasıyla da temsil ettirebilir. Ancak 7155 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için alacağın avukatla takip edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme ve alacak türü itibariyle 7155 sayılı Kanun'un kapsamına girmekle birlikte, avukat marifetiyle takip edilmeyen alacaklar, 7155 sayılı Kanun'a göre değil, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre başlatılmaktadır. O hâlde icra takibinin 7155 sayılı Kanun'da düzenlenen usûlle başlatılması ve yürütülebilmesi için, alacağın avukat marifetiyle takip edilmesi gerekmektedir; aksi takdirde İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takip başlatılmak zorundadır. Ancak alacak avukat marifetiyle takip ediliyorsa, bu durumda takibin 7155 sayılı Kanun'da düzenlenen usûlle başlatılması zorunludur; takibin artık İcra ve İflâs Kanunu'na göre başlatılması mümkün değildir.

7155 sayılı Kanun bakımından avukatla takip edilme zorunluluğu, alacaklı konumunda olan satıcı veya sağlayıcı bakımından geçerli olup, "*avukatla takip edilen para alacakları*" şeklinde Kanun'da ifade edilmiş; borçlu abone bakımından ise böyle bir zorunluluk getirilmemiştir.

O hâlde, 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlünün uygulanabilmesi için hukuk sistemimize avukatla temsil zorunluluğu getirilmiştir. Getirilen avukatla temsil zorunluluğu bakımından üzerinde durulması gereken ve önem arz eden husus ise, bu zorunluluğun adil yargılanma hakkını, hak arama özgürlüğünü, hukukî dinlenilme hakkını ve keza adalete erişim hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığıdır.

Avukatla temsil zorunluluğunun özünde, hukukî bilgidен yoksun olan tarafların korunması ve bu kapsamda tarafların bilgilendirme ve açıklama haklarını tam olarak kullanabilmesi, taraflar arasındaki silahların eşitliğinin sağlanması ve yargılamanın basitleştirilmesi ile hızlandırılması bulunmaktadır³³. Bu kapsamda, avukatla temsil zorunluluğunun bulunması, adli yardım kurumunun iyi işlemesi hâlinde, adil yargılanma hakkına, hak arama özgürlüğüne, hukukî dinlenilme hakkına ve adalete erişim hakkına aykırı görülmemekte; bilakis adil yargılanmanın gerçekleşebilmesi, hak arama özgürlüğünün teminatı olması, hukukî dinlenilme hakkının daha kaliteli ve etkin gerçekleşmesinin sağlanması ile adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması bakımından olumlu karşılanmaktadır³⁴. O hâlde avukatla temsil zorunluluğunu tek başına ilgili temel haklara aykırı bulmak yanlıştır. Bu temel haklar, sadece yargılama hukukunda değil, her ne kadar cebri icranın niteliğinden kaynaklanan bazı farklılıklar bulunsa da, icra hukukunda da geçerlidir³⁵.

Yapılan bu genel tespitten sonra ifade etmek gerekir ki, alacaklı konumunda olan satıcı veya sağlayıcı bakımından getirilen avukatla takip zorunluluğu, daha ziyade büyük çaplı işletmelerin lehinedir. Özellikle küçük çaplı mikro işletmelerin, örneğin spor salonlarının veya dergi-gazete aboneliklerindeki gibi küçük işletmelerin bünyesinde çalışan avukat genellikle bulunmamaktadır. O hâlde bu işletmeler, abonelik ücreti ödenmediğinde ya avukatsız bir şekilde İcra ve İflâs Kanunu'na göre genel haciz yoluyla takip yapacak ya dava açarak ilâmlı icra yoluyla takibe başvuracak ya da 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlünden yararlanmak istemekteyse bir avukat ile

³³ ÖZEKES, (2003), s. 299; AKKAN, s. 107 vd., 154 vd., 158 vd.; ERCAN, (2006), s. 1278-1279, 1294; HANAĞASI, s. 315 vd.

³⁴ PEKCANITEZ, s. 547-548; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 402; GÖREN ÜLKÜ, s. 309, 324; ÖZEKES, (2003), s. 297-298-299; AKKAN, s. 86, 104-105-106, 108 vd., 184-185, 194 vd.; ERCAN, (2006), s. 1294-1295; HANAĞASI, s. 321-322; adli yardım sistemine işlerlik kazandırılması avukatla temsil zorunluluğu bakımından önemlidir, SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 402, AKKAN, s. 197; *Tanrıver*; adli yardım kurumunun işlevsel hâle getirilmesi ve hukukî himaye sigortasının ülke genelinde ve etkin bir biçimde işlerlik kazandırılması sağlanmadan, bir başka ifadeyle gerekli altyapı kurumları oluşturulmadan, avukat aracılığıyla davayı takip zorunluluğunun benimsenmesinin, ekonomik açıdan muhtaç durumda bulunan kişilerin haklarını aramasını ve usulî yetkilerini kullanmasını güçleştirip hatta imkânsız kılabileceğinden, tarafların eşit işlem görmesini engelleyeceği, hatta ortadan kaldırıcı bir duruma sebebiyet vereceği, bunun ise hakkaniyete uygun yargılamanın ve daha genel planda adil yargılanma hakkının ihlali olarak algılanabileceği görüşündedir, TANRIVER, (2004), s. 212; konuyla ilgili ayrıntılı bilgi ve doktrindeki bütün görüşler için bkz. AKKAN, s. 100 vd. ile 170 vd.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, (2009), s. 109 vd., 141-142-143.

anlaşarak 7155 sayılı Kanun'daki usûl ile takip başlatacaktır. O hâlde bu noktada avukatla takip zorunluluğunun ilgili temel hakları ihlal etmemesi ve özellikle küçük işletmelerin de bu takip usûlünden yararlanabilmesi için alacaklının gerekli adli yardımdan yararlanabilmesinin etkin bir şekilde sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde, aynı statüde bulunan alacaklı konumundaki kişiler arasında, takip usûlünden yararlanabilme bakımından bir eşitsizlik meydana gelmektedir. Bu durum Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir³⁶.

Tüketicinin, abonelik sözleşmesi dolayısıyla satıcı veya sağlayıcıdan para alacağına olduğu, bir başka ifadeyle tüketicinin alacaklı konumunda bulunduğu durumlarda ise, tüketici kendini avukatla temsil ettirse dahi, 7155 sayılı Kanun'daki takip yoluna başvurabilmesi mümkün değildir. Zira 7155 sayılı Kanun'daki takip yolu sadece satıcı veya sağlayıcının alacaklı olduğu takipler bakımından geçerlidir. Bu noktada tüketicilerin, alacaklı olduğu durumlarda, 7155 sayılı Kanun'daki takip yoluna başvuramaması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırılık oluşabileceği düşünülebilirse de, kanaatimizce bu sonuca varılması güçtür. Zira 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlü, İcra ve İflâs Kanunu'nun bir parçasıdır ve tüketiciler İcra ve İflâs Kanunu kapsamında satıcı veya sağlayıcıya karşı ilâmsız takip başlatabilmektedir. 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlü ile amaçlanan ise icra dairelerinin iş yükünün azaltılması ve böylece takip ekonomisinin sağlanmasıdır. Takibin başlatılma usûlü dışında, alacağın tahsili ve takip aşamaları bakımından genel haciz yoluyla takip ile aralarında herhangi bir fark yoktur. O hâlde tüketicilerin alacaklı olduğu durumlarda adalete erişim bakımından bir kısıtlama söz konusu değildir. Bu sebeple, bu takip yoluna tüketicilerin başvuramaması, kanaatimizce eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

C. İlâmsız İcra Takibi Olma

7155 sayılı Kanun'da yer alan takip usûlünün uygulanabilmesi için, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağının ilâmsız icra yoluyla takip edilmesi gerekir. Bu kapsamda satıcı veya sağlayıcının elinde ilâm ya da ilâm niteliğinde belge mevcutsa, ilâmlı icra takibi yapacağından, yapılan

³⁶ Anayasa Mahkemesi 1987/16 Esas, 1988/8 Karar, 19.04.1988 tarihli Kararı, Resmi Gazete: 23.08.1988-19908,

“...Benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesi, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturan hukuk devletinde her türlü ayrıcalığı reddeden önemli bir öğedir...”, kararlaryeni.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 28.03.2019).

ilâmlı icrada bu Kanun'daki takip usûlü uygulanamayacaktır. Bu noktada elinde ilâm veya ilâm niteliğinde belge bulunan satıcı veya sağlayıcının ilâmsız icra takibi yapip yapamayacağı sorusu akla gelmektedir.

Yargıtay 26.05.2017 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, elinde ilâm bulunan alacaklının genel haciz yoluyla takip yapmasında hukukî yararının bulunmadığını ve genel haciz yoluyla takip başlatılmasının hakkın kötüye kullanılması kapsamında kaldığını kabul etmiştir³⁷. Ancak doktrinde, söz konusu içtihadı birleştirme kararının sadece elinde ilâm bulunan alacaklının takip yapmasının mümkün olmadığını kabul etmesi sebebiyle, alacağın ilâm niteliğinde bir belgeye bağlandığı alacaklar bakımından aynı sonucun kabul edilemeyeceği, söz konusu içtihadı birleştirme kararı hak arama özgürlüğünü kısıtladığından kararın dar yorumlanması gerektiği, bu sebeple elinde ilâm niteliğinde belge bulunan alacaklıların ilâmsız icra yoluna başvurularında bir engel bulunmadığı haklı olarak ifade edilmektedir³⁸. Ayrıca, elinde ilâm bulunan alacaklı açısından, takibin konusu para ve teminat alacağı ise, İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça ilâmlı icraya başvurma zorunluluğu getirilmediğinden, Kanun'da açıkça sınırlama getirilmeyen bir konuda içtihat yoluyla bireylerin hak arama özgürlüğünün bu şekilde sınırlanması eleştirilmiştir³⁹.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, tüketici hakem heyetinin kararları, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilâmların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlere göre icra edilir. O hâlde abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağıyla

³⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı, 26.05.2017, Esas 2017/2, Karar 2017/3, Resmi Gazete Tarih: 21.07.2017, Sayı: 30130; *Aslan/Akyol Aslan* da aynı şekilde, ilâmsız icra takibi yapma seçeneğini kullanmak yerine dava açıp ilâm elde eden alacaklının, bu davranışıyla ilâmsız icra yoluna başvurma seçeneğini kendi iradesiyle bertaraf ettiği, bu sebeple alacağı ilâma bağlandıktan sonra ilâmsız icraya başvurma imkânının artık tanınmaması gerektiği, ayrıca kendisine daha çok kolaylık sağlayan ilâmlı icra yolu dururken ilâmsız icraya başvurulmasında hukukî yararının olmadığı görüşündedir, *ASLAN/AKYOL ASLAN*, s. 204-205-206; *Uyar* ise elinde ilâm bulunmasına rağmen sırf ilâmı temyiz etmiş olan borçlunun İcra ve İflâs Kanunu m. 36 çerçevesinde tehiri icra kararı getirmek üzere süre almasını önlemek için genel haciz yoluyla takip yapmasını, dürüstlük kuralını düzenleyen Türk Medeni Kanunu m. 2'ye aykırı bulmakta, elinde kambiyo senedi bulunan alacaklının isterse genel haciz yoluyla takipte bulunabileceği gibi elinde ilâm bulunan alacaklının ilâmsız takipte de bulunabileceği şeklinde düşünülemediği, zira elinde ilâm bulunan alacaklının ilâmsız takibe başvurarak şeklen borçlunun İcra ve İflâs Kanunu m. 36'dan yararlanmamasını amaçladığı görüşündedir, *UYAR*, s. 134, 135-136.

³⁸ *PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES*, s. 85.

³⁹ *PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES*, s. 265; aksi görüş için bkz. *ASLAN/AKYOL ASLAN*, s. 240-241-242.

ilgili tüketici hakem heyetine başvurulup bir karar elde edildiyse, ilâmlı icra yoluyla takip yapılacağından, yine 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlü uygulanamayacaktır. Ancak biraz önce ifade ettiğimiz üzere, elinde ilâm niteliğinde belge bulunmasına rağmen alacaklı dilerse ilâmsız icraya da başvurabilir. O hâlde burada öncelikle tüketici hakem heyetine başvuru sonucu elde edilen kararların ilâm mı yoksa ilâm niteliğinde belge mi olduğunun tespit edilmesi gerekir. Zira tüketici hakem heyeti kararlarının ilâm niteliğinde belge olduğu kanaatine varılırsa ve alacaklı tarafından ilâmsız takip yoluna başvurulmak istenirse, diğer şartların da mevcudiyeti hâlinde, 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlü uygulanmak zorundadır.

Tüketici hakem heyeti kararlarının ilâm mı yoksa ilâm niteliğinde belge mi olduğunu tespit edebilmek için öncelikle tüketici hakem heyetlerinin hukukî niteliğine⁴⁰ bakmak gerekir. Kanunda öngörülen değer altındaki kalan uyuşmazlıklar bakımından tüketici hakem heyetlerinin bağlayıcı kararlar vermesi, kararların ilâm olarak icra edilebilmesi, verilen kararların maddî anlamda kesinleşebilmesi ile öngörülen değer altındaki kalan uyuşmazlıklar bakımından Devlet yargısına başvurmayı engellemesi gibi sebeplerle tüketici hakem heyetine başvurmanın hukukî niteliği zorunlu tahkimdir⁴¹. Zorunlu tahkim olması sebebiyle tüketici hakem heyeti kararlarının hukukî niteliğinin de ilâm niteliğinde belge değil, ilâmın kendisi olduğu sonucuna varılmalıdır⁴². Bu sebeple Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde tüketici mahkemesi veya tüketici hakem heyetinden ilâm elde eden alacaklı sadece ilâmlı icraya başvuracağından, ilâmsız takip yapması ve bu çerçevede 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlünün uygulanması mümkün değildir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2015 tarihinde verdiği, 2015/10571 Esas, 2015/8738 Karar sayılı kararında, tüketici hakem heyetine

⁴⁰ Tüketici hakem heyetlerinin hukukî niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERMENEK, (2013), s. 571 vd.; ATALI, s. 411-412; YEŞİLOVA, <https://jurix.com.tr/article/8924>, (Erişim Tarihi: 28.01.2019).

⁴¹ TANRIVER, (2006), s. 174-175; TANRIVER, (2016), s. 195; TOPUZ, s. 26; TUTUMLU, (2006), s. 39, 71; ATALI, s. 405, 407, 412; ERMENEK, (2013), s. 580 vd.; aksi görüş için bkz. YEŞİLOVA, <https://jurix.com.tr/article/8924> (Erişim Tarihi: 28.01.2019), BUDAK, s. 79-80; *Tutumlu*, görüşünü değiştirmiş ve tüketici hakem heyetlerinin zorunlu tahkim değil, karma nitelikli sui generis bir yapı arz ettiğini ifade etmiştir, TUTUMLU, (2015), s. 43-44.

⁴² Ayrıca TKHK'da kararın icrası bakımından herhangi bir niteleme veya benzetme yapılmadan doğrudan doğruya ilâmlı icra hükümlerine atf yapıldığından tüketici hakem heyetlerinin verdiği kararların ilâm olduğu sonucuna varılacağı yönündeki görüşü için bkz. ERMENEK, (2013), s. 581-582, 616-617, ATALI, s. 407; Tüketici hakem heyeti kararlarının ilâm niteliğinde belge olduğu görüşü için ise bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/ HANAĞASI, s. 382, TUTUMLU, (2006), s. 51, 71, BUDAK, s. 94.

başvuru sınırında kalan uyuşmazlıklarda ilâmsız icra takibi yapılamayacağı, başvurunun önce tüketici hakem heyetine yapılması ve daha sonra ilâmlı takip yoluna başvurulmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir⁴³. Yargıtay'ın verdiği bu karardan sonra birçok daire tarafından tüketici hakem heyetine müracaat yapılmadan icra takibi yapılamayacağına ilişkin kararlar verilmiştir⁴⁴. Doktrinde de bazı yazarlarca aynı görüş benimsenmiş ve belli bir miktarın altındaki uyuşmazlıklarda Devlet yargısının dahi ertelendiği düşünüldüğünde, yargı düzeninin tabii uzantısı ve parçası olan para alacaklarına özel ilâmsız icra takiplerinin varlığını muhafaza etmesini beklemenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁴⁵. Bu görüş o dönemde eleştirilmiş, ilâmsız icra takibi tek başına bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ve keza dava olmadığından, böyle bir sonucun doğabilmesi için açık bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç olduğu, ne

⁴³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2015 tarihinde verdiği, 2015/10571 Esas, 2015/8738 Karar, "... Uyuşmazlık, tüketici sorunları hakem heyetinin görev alanına giren bir uyuşmazlıkla ilgili olarak hakem heyetine müracaat edilmeksizin icra takibi yapıp yapılamayacağı, icra takibinin yapılması hâlinde de tüketici sorunları hakem heyetinin itirazın iptali ile takibin devamına ve icra inkar tazminatı istemine ilişkin karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususundadır. Tüketici Sorunları Hakem Heyetine müracaatın yapıldığı tarihte yürürlükte olan 4077 sayılı yasanın 22. maddesinin beşinci fıkrasıyla, ... TL'nin altında bulunan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Somut olayda, uyuşmazlık konusu asıl alacak 850 TL olduğuna göre, davalının icra takibi yapmadan önce tüketici sorunları hakem heyetine müracaatı zorunludur. Uyuşmazlığın değeri itibariyle tüketici hakem heyetinin görev alanına girmesine rağmen tüketici hakem heyetine müracaat etmeksizin icra takibi yapılması ve icra takibine itiraz edilmesi hâlinde itirazın iptali isteminin nereden isteneceği hususunda, 28.05.2014 tarihinden önce yürürlükte bulunan 4077 sayılı Kanunda ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanunda özel bir düzenleme yapılmamıştır... Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, tüketici sorunları hakem heyetine müracaat edildiği tarihte yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi ile, davanın açıldığı tarihte ve karar tarihinde yürürlükte olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68. maddesinde belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için, icra takibi yapılmadan veya dava açılmadan önce tüketici hakem heyetine müracaat edilmesi zorunludur... tüketici hakem heyetine müracaat edilip uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar almadan icra takibi yapılamayacağı gibi, tüketici mahkemesinde de dava açılmaz...", www.kararara.com (Erişim Tarihi: 14.02.2019).

⁴⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, Esas 2016/9594, Karar 2017/5273, Karar Tarihi 21.06.2017, "...dava konusu miktarın, 2015 yılı itibariyle tüketici hakem heyetine başvuru sınırı olan 3300 TL nin altında bulunduğu, 6502 sayılı Kanun'un uygulamasından kaynaklanan ve değeri kanunda belirtilen sınırın altında olan uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvurulmadan doğrudan tüketici mahkemesine veya icra dairelerine başvurulmasının mümkün bulunmadığı, ..."; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Esas 2016/12400, Karar 2017/4510, Karar Tarihi 5.06.2017, "...bu miktarın altındaki uyuşmazlıklar yönünden doğrudan icra takibi yapılmasının ve Tüketici Mahkemesine dava açılmasını mümkün olmadığından, ...", www.kararara.com (Erişim Tarihi: 14.02.2019).

⁴⁵ YEŞİLOVA, <https://jurix.com.tr/article/8924> (Erişim Tarihi: 28.01.2019).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ne de İcra ve İflâs Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme olduğu, yargının ve cebri icraya başvuru hakkının hak arama özgürlüğünün iki ayrı kullanım biçimini oluşturduğu belirtilmiştir⁴⁶. Ancak 20 Aralık 2017 tarihli 30276 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 7063 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68'inci maddesinin 1'inci fıkrasına, " *tarafların İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hakları saklı olmak kaydıyla*" ibaresi eklenerek, Yargıtay'ın bu içtihadının etkisi ortadan kaldırılmış; tüketici uyuşmazlıkları bakımından kapatılan ilâmsız icra yolunun önünde bir engel kalmamıştır. O hâlde bu ibarenin eklenmesi ile birlikte tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklanan para alacakları için ilâmsız takip⁴⁷ yapılması mümkündür.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hakların saklı kalacağına ilişkin ibarenin ve bu ibarenin devamı niteliğinde olan 7155 sayılı Kanun ile getirilen ilâmsız takip usulünün yerindeliği tartışmaya açıktır. Zira Anayasa'nın 172'nci maddesine göre "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır; tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder*". O hâlde Devlet, zayıf konumda olan tüketicileri koruyucu tedbirleri almak zorundadır. Bu kapsamda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile belirli bir meblağın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu getirilmiş ve bu sayede tüketicilerin korunması amaçlanmıştır. Kanaatimizce, maddi hukuk kurallarının tüketiciler lehine tanıdığı bir hakkın kullanımının usul kurallarıyla zorlaştırılmaması veya ortadan kaldırılmaması gerekir. Bu çerçevede Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketici lehine getirilen maddi hukuk kaynaklı hakların kullanılmasını ve tüketici lehine sonuç elde edilmesini sağlamaya yönelik bir düzenleme olan tüketici hakem heyetine başvurma zorunluluğu varken, doğrudan ilâmsız icraya başvuru imkânı getirilmiş olmasının Anayasa'nın 172'nci maddesi ile bağdaştığını söylemek güçtür. O hâlde tüketicilere karşı ilâmsız takip yapılabilmesinin önünün açılması, kanaatimizce Anayasa'nın 172'nci maddesine ve keza

⁴⁶ TANRIVER, (2016), s. 195-196; ERMENEK, (2013), s. 606-607.

⁴⁷ İlâmsız icra takibinde ödeme emrine itiraz edilmesi ihtimalinde, takibin devamını sağlamak amacıyla alacaklının icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurusu ya da itirazın iptali davası açması gerekir. İtirazın iptali davası açılması durumunda, bu davanın, takip konusu alacağın miktarına göre TKHK'da belirlenen değer altında kalıyorsa, tüketici hakem heyetinde açılması gerektiği kabul edilmiştir, TANRIVER, (2016), s. 196-197, TOPUZ, s. 18.

36'ncı maddesinde yer alan hak arama hürriyetine aykırılık teşkil etmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen İcra ve İflâs Kanunu'ndaki hakların saklı kalacağına dair ibareye ilişkin yaptığımız eleştiri, bu ibarenin devamı niteliğinde olan 7155 sayılı Kanun için de geçerli olup, aynı şekilde maddi hukukun tüketicilere tanıdığı hakların usûl kuralları ile tüketiciler aleyhine zorlaştırılması veya ortadan kaldırılması niteliği teşkil etmektedir⁴⁸.

7155 sayılı Kanun kapsamında yapılacak ilâmsız takipler bakımından üzerinde durulması gereken önemli bir konu da abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağının rehinle teminat altına alınmış olması veya abonelik sözleşmesi kapsamında bir kambiyo senedinin verilmiş olması durumudur. Bu noktada önce rehne başvurma zorunluluğu kapsamında rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılıp yapılamayacağı veya 7155 sayılı Kanun'daki takip usûlünün rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip şeklinde mi başlatılacağı yahut da elinde kambiyo senedi bulunan alacaklının, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibin sağladığı avantajlı takip usûlünden yararlanıp yararlanamayacağı önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ayrıca kambiyo senetlerinin paraya çevrilmesi yoluyla takip ve rehnin para çevrilmesi yoluyla takip de birer ilâmsız takip olduğundan, diğer şartların da mevcudiyeti hâlinde 7155 sayılı Kanun kapsamında takip başlatma zorunluluğunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira 7155 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde, "*haciz yoluyla ilâmsız icra takipleri*" ifadesi yer almakta olup, ilâmsız takibin türüne göre bir ayırım yapılmamakta, ayrıca bu hususta herhangi bir düzenlemeye de yer verilmemektedir.

Kanaatimizce burada, 7155 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde yer alan, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlemesi kapsamında hareket edilmelidir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 45'inci maddesine göre, rehinle temin edilmiş alacaklar için önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunludur. Para alacağının kambiyo senedine bağlanmış olması durumunda ise, alacaklı dilerse genel haciz yoluyla takip dilerse kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapabilir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip için daha kolay ve çabuk ilerleyen hükümler sevk edilmiştir.

Alacaklının alacağı rehinle temin edildiyse alacaklı, İcra ve İflâs Kanunu'na göre önce rehne başvurmak zorunda olduğundan, kanaatimizce

⁴⁸ Yaptığımız bu eleştiri Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde tüketici sayılanlar için geçerlidir; Elektrik Piyasası Kanunu ve Doğal Gaz Piyasası Kanunu kapsamında tüketici olup da 6502 sayılı Kanun kapsamına girmeyen tüketiciler bakımından geçerli değildir.

avukatla takip edilen bir alacak dahi olsa İcra ve İflâs Kanunu'na göre rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmak zorundadır. Zira 7155 sayılı Kanun, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun bir parçasıdır ve bu iki kanun birbirinden ayrı düşünülemez. Alacaklının elinde kambiyo senedi bulunan hâllerde de alacaklının seçim hakkı olduğu kabul edilmeli ve alacaklı dilerse İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe başvurabilmeli, dilerse 7155 sayılı Kanun'a göre bir takip başlatabilmelidir. Zira kambiyo senetlerinin soyut niteliği ve bu kapsamda düzenlenmelerine sebep olan asıl ilişkiden bağımsız olmaları da bu sonuca varmayı gerektirir. Bir başka ifadeyle bir alacak için kambiyo senedi düzenlenmekle, senette yer alan hak ile bu hakkın doğmasına sebep olan esas borç ilişkisi arasındaki bağlantı ortadan kalktığından ve senet asıl borçtan soyutlandığından, alacaklıdan kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapma hakkını almak mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizce 7155 sayılı Kanun'a göre takip başlatma zorunluluğunu, sadece genel haciz yoluyla takipler⁴⁹ bakımından aramak daha doğrudur. O hâlde alacaklının, 7155 sayılı Kanun'un şartlarını taşıyan bir ilâmsız takibi, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde genel haciz yoluyla takip şeklinde başlatması mümkün değildir. Ancak alacaklının elinde kambiyo senedi varsa veya alacak için rehin tesis edildiyse İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre takip yapılabileceği hususunda tereddüt etmemek gerekir.

Bizi bu sonuca götüren bir başka husus ise, 7155 sayılı Kanun'un ödeme emrini ve ödeme emrine itirazı düzenleyen hükümleridir. Zira ödeme süresinin ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün olması, ödeme emrine itirazın da aynı süre içinde yapılabileceği, itirazın nasıl yapılacağı gibi düzenlemeler dikkate alındığında genel haciz yoluyla takibin esas alındığını söylemek mümkündür. Bu noktada ne rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takip ne de kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip ile bir benzerlik bulunmaktadır.

II. 7155 sayılı Kanun'un Getirdiği Bazı Sorunlar

A. Tüketici Lehine ve Aleyhine Olan Hususlar

1. Genel Olarak

7155 sayılı Kanun'da yer alan takip usûlünün uygulanabilmesi için abonelik sözleşmesinin bir tarafının tüketici olması gerektiğini daha önce

⁴⁹ Bu takip yolunun özel bir takip yolu olmakla birlikte, genel haciz yoluyla takibin özel bir türü olduğu görüşü için bkz. ÖZEKES, (2018), s. 231.

ifade etmiştik. Bu kapsamda kanaatimizce 7155 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemenin, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'na göre tüketicilerin daha lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunun ortaya konması gerekir⁵⁰.

7155 sayılı Kanun'un gerekçesine baktığımızda, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takibe yönelik getirilen bu düzenlemenin amacının, icra dairelerinin iş yükünün büyük bir kısmının abonelik sözleşmelerinden kaynaklandığı, bu takipler için çok sayıda dosya bulunduğu, ödeme emrinin tanzimi ve tebliği için çok sayıda işlem yapıldığı, bu sebeple abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takibin başlatılması ve haciz aşamasına kadar olan bölümün UYAP bünyesinde oluşturulan Merkezi Takip Sistemi üzerinden yapılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu Kanun sayesinde, uygulama alanına giren alacakların haciz safhasına kadar olan takip işlemlerinin elektronik ortamda yapılma zorunluluğu getirilerek, icra dairelerinin iş yükünün azaltılması, takip işlerinin daha az emek ve mesai ile daha ucuz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. O hâlde 7155 sayılı Kanun'un tüketiciyi korumak gibi bir amacı yoktur. Bu kapsamda 7155 sayılı Kanun'da yer alan takip usûlünün, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümleri ile karşılaştırılmasında kanaatimizce fayda vardır.

2. 7155 sayılı Kanun'da Yer Alan Takip Usûlünün İcra ve İflâs Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi

7155 sayılı Kanun'un 4 ve devamı maddelerine göre icra takibi şu şekilde başlatılmaktadır: Öncelikle alacaklı avukatı tarafından⁵¹, güvenli elektronik imza kullanılmak suretiyle abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağına ilişkin takip talebi doldurulmakta, daha sonra takip harç ve masrafları sistem üzerinden ödenerek, bu işlemin tamamlanmasından sonra sistem üzerinden tanzim edilecek ödeme emri, borçlunun adresine en yakın PTT birimine elektronik ortamda iletilmektedir. Ödeme emri, ilgili PTT tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre borçluya tebliğ edilmekte, sonrasında tebligatın yapıldığına ilişkin mazbata PTT tarafından sisteme yüklenerek, mazbatanın aslı alacaklı avukatının takip talebinde bildirdiği icra dairesine gönderilmektedir. Borçlu ödemeyi (tebliğden itibaren yedi gün içinde), alacaklıya ait olan ve sistemle ilişkilendirilmiş hesap numarasına öderse, bu

⁵⁰ 7155 sayılı Kanun'la düzenlenen takip usûlünün takibin temel yapısı bakımından getirdiği sorunlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEKES, (2018), s. 234 vd.

⁵¹ Bu takip yolunun abonelik sözleşmesinin sadece satıcı/sağlayıcı tarafına tanınmış bir imkân olması, eşitlik ilkesine aykırıdır, ÖZEKES, (2018), s. 238.

şekilde takip sona ermektedir. Ancak borçlu takibe itiraz etmek isterse, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde, itiraz dilekçesini herhangi bir icra dairesine verebileceği gibi, sistem üzerinden güvenli elektronik imza kullanarak da itirazını yapabilmektedir. İtiraz hâlinde alacaklının itirazı hükümden düşürmek için başvuracağı prosedür ile takibin kesinleşmesine rağmen borcun ödenmemesi hâlinde yapılacak cebri icra işlemleri 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine tâbidir.

7155 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin hususlar Adalet Bakanlığı'nca yürürlüğe konulacak yönetmelikte düzenlenecektir.

Görüldüğü üzere, 7155 sayılı Kanun kapsamında izlenecek takip usûlünde borçlu tüketici, borcunu, alacaklının veya avukatının sistemle ilişkilendirilmiş hesap numarasına (m. 5/1, a), takip harç ve masrafları ile birlikte ödeyeceğinden (m. 6/6), borçlunun icra dairesine gitmesine gerek kalmamaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nda da aynı usûl benimsenmiş olmakla birlikte, alacaklının hesap numarasına değil, Adalet Bakanlığı tarafından icra dairesi adına açılmış olan banka hesap numarasına borçlunun ödeme yapacağı ifade edilmektedir (m. 60/2, 2). Borçlu ödeme yaptığında ise, alacaklının takip talebinde bildirdiği banka hesap numarasına para aktarılmaktadır. O hâlde borcu ödeme kolaylığı bakımından iki kanun arasında borçlu lehine herhangi bir fark yoktur. Ancak 7155 sayılı Kanun'un 5'inci madde 1'inci fıkrasının "a" bendinden borcun doğrudan alacaklının veya avukatının hesabına ödeneceği anlaşılmakta, buna karşılık 6'ncı maddenin 7'nci fıkrasına göre ise ödenen para alacaklıdan alınması gereken cezaevleri harcı miktarı ayrıldıktan sonra ilgili hesaba aktarılmaktadır. O hâlde burada cezaevleri harcının nasıl tahsil edileceği ile ilgili bir sorun ortaya çıkmaktadır⁵². Kanaatimizce bu hususun, 7155 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin düzenlenecek olan yönetmelik ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Takip başlatılırken, takibin dayanağı olan fatura veya benzeri belgelerin⁵³ tarih ve numarası ile alacağın son ödeme tarihinin de takip talebine işlenmesi ve alacağı gösteren bu belgelerin sisteme yüklenmesi zorunludur (m. 4/3). Takip talebinde bulunması gereken zorunlu unsurlar sisteme yüklenmeden ödeme emri oluşturulamayacağından, takibin dayanağı olan bir belge yoksa

⁵² Ödemelerin doğrudan alacaklının hesap numarasına yapılmasından kaynaklanabilecek diğer sorunlar için bkz. ÖZEKES, (2018), s. 241-242.

⁵³ Özekes, hukukî ilişkinin temeli olan abonelik sözleşmesinden hiç bahsedilmemesini ve abonelik ilişkisini kuran yazılı olan veya olmayan belgeler ve bilgilere yer verilmeden bu takibin başlatılmasını eleştirmektedir, ÖZEKES, (2018), s. 242-243.

bu takip başlatılamamakta; bu sayede tüketiciler gereksiz takiplerle meşgul edilmemektedir. İcra ve İflâs Kanunu kapsamında yapılacak bir takipte ise alacak bir belgeye dayanmaktaysa belgenin aslının veya tasdik edilmiş örneğinin takip talebine eklenmesi zorunludur (m. 58/3). Ancak İcra ve İflâs Kanunu kapsamında genel haciz yoluyla takip yapabilmek için alacağın bir belgeye dayanması zorunlu değildir. Bu kapsamda alacaklı elinde hiçbir belge bulunmasa, hatta gerçekte alacaklı olmasa dahi genel haciz yoluyla takip yapılabilir. Bu yönüyle 7155 sayılı Kanun'da yer alan düzenleme, borçlu tüketicilerin lehinedir.

7155 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre, adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, takibe devam etmek isteyen alacaklı avukatı, sistem üzerinden, borçlunun adres kayıt sisteminde yer alan yerleşim yeri adresine tebligat çıkarılmasını sağlar. Borçluya bu şekilde tebligat yapılamaması veya borçlunun yerleşim yeri adresinin yurt dışında bulunduğu anlaşılması hâlinde, alacaklı avukatının talebi üzerine, harçlar ikmal edilerek icra dairesinde takibe devam edilir. Görüldüğü üzere, Merkezi Takip Sistemi üzerinden yapılan icra takiplerinde, borçluya ilânen tebligat yapılamayacağından, borçlunun tebligattan haberdar olamama ihtimali azalmaktadır. Borçluya tebligat yapılamaması veya borçlunun yerleşim yeri adresinin yurtdışında bulunduğu anlaşılması hâlinde alacaklı, takibe eksik harçları tamamlayarak icra dairesinde devam edilmesini talep edebilir ve icra dairesinin araştırmaları sonucu borçlunun tespit edilen adresine İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uyarınca ödeme emri tebliğ edilebilmekte veya şartları gerçekleştiyse ilânen tebligat yoluna gidilebilmektedir.

7155 sayılı Kanun'un 7'nci maddesine göre borçlu, herhangi bir icra dairesine başvurarak ödeme emrine itiraz edebilmektedir. Böyle bir ihtimalde itiraz evrakı en geç iki iş günü içerisinde sisteme yüklenir ve evrak asıl alacaklının takip talebinde bildirdiği icra dairesine gönderilir. Borçluya herhangi bir icra dairesine başvurarak itiraz etme imkânı tanınması, borçlu lehine getirilen bir düzenlemedir. Ayrıca borçlu, Merkezi Takip Sistemi üzerinden güvenli elektronik imza kullanarak da itiraz edebilmektedir. Bu sayede borçlunun itiraz etmesi de kolaylaştırılmıştır.

7155 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, cebri icra işlemlerine devam edilmesinin mümkün olduğu hâllerde alacaklı avukatının dilerse haciz talebinde bulunmaksızın UYAP üzerinden, bu sisteme entegre bilişim sistemleri vasıtasıyla borçlunun mal, hak veya alacağı olup olmadığını sorgulayabileceği; borçlunun mal, hak veya alacağının varlığının tespiti

hâlinde UYAP üzerinden de haciz talep edilebileceği kabul edilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile benzer düzenleme, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 78'inci maddesine de eklenmiştir. Bu kapsamda 7155 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu arasında bir fark yoktur.

7155 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, ödeme emrinin tebliğinden itibaren iki yıl içinde haciz talep edilmemesi durumunda takibin düşeceği düzenlenmiştir. İtirazın hükümden düşürülmesine ilişkin dava açılması hâlinde davanın açıldığı tarihten hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre hesaba katılmamaktadır. Oysa İcra ve İflâs Kanunu'nun 78'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre haciz isteme hakkı, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl geçmekle düşmektedir. Haciz talebinin bu süre içinde yapılmaması veya geri alındıktan sonra aynı süre içinde yenilenmemesi durumunda dosya işleminden kaldırılmakta; icra takibi son bulmamaktadır. Alacaklı zamanaşımı süresi içinde dilediği zaman takip dosyasını yenileyebilmekte ve yenileme durumunda yeniden takip talebinde bulunulup ödeme emri gönderilmesi gerekmemektedir⁵⁴. Görüldüğü üzere İcra ve İflâs Kanunu'nda haciz isteme süresi daha kısadır⁵⁵ ve süresinde haciz istenmemesinin yaptırımını takibin düşmesi değil, dosyanın işleminden kaldırılmasıdır. Oysa 7155 sayılı Kanun'a göre haciz süresinde istenmezse takip düşmektedir.

7155 sayılı Kanun'un 8'inci maddesine göre, ödeme emrine itiraz edilmemesi veya itirazın hükümden düşürülmesinden sonraki takip aşamaları, İcra ve İflâs Kanunu'na tâbidir. O hâlde 7155 sayılı Kanun ile getirilen usûl sadece takibin başlatılması, ödeme emrinin gönderilmesi ve ödeme emrine itiraz edilmesi aşamalarıyla sınırlıdır. Görüldüğü üzere 7155 sayılı Kanun'daki düzenlemeler tüketici lehine düzenlemeler olmayıp, daha ziyade icra takibinin daha az emek ve mesai ile daha ucuz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesini, bir başka ifadeyle takip ekonomisini amaçlamaktadır.

B. İcra Harç ve Giderlerine İlişkin Hususlar

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kapsamında yapılan icra takiplerinde, takip talebinde bulunan alacaklıdan maktu başvurma harcı; ayrıca Harçlar Kanunu'nun 29'uncu maddesine göre ilâmsız icra takiplerinde alacak

⁵⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 148; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 238.

⁵⁵ *Özekes* bu durumu, çok daha önemli takipler bakımından süre daha kısa tutulmuşken, abonelik hizmeti verenlerin bu şekilde korunmasının sebebinin anlaşılabilmesi ve sürenin aslında daha kısa olması gerektiği hususunda eleştirmektedir, ÖZEKES, (2018), s. 247.

miktarının binde beşi peşin harç; takibin başarı ile sonuçlanması durumunda tahsil harcı; bunlar dışında icra takibinin sonunda alacaklıdan yüzde iki oranında cezaevleri harcı alınmaktadır. İcra takiplerinde ayrıca posta giderleri başta olmak üzere, icra takibinin tam ve doğru yürütülmesi için takip giderleri alınır. Takip giderleri arasında vekâlet ücreti de önemli bir yere sahip olup, icra müdürü tarafından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanmaktadır.

7155 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, bu Kanun kapsamındaki takiplerde Merkezi Takip Sistemi harcı alınmakta, ayrıca icraya başvurma harcı ile tahsil harcı alınmamaktadır. O hâlde 7155 sayılı Kanun kapsamında alınacak harçlar, İcra ve İflâs Kanunu'ndan farklıdır. 7155 sayılı Kanun'un 6'ıncı maddesinin son fıkrası kapsamında, borçlu tarafından ödenen paradan, cezaevleri harcı ayrıldıktan sonra kalan para alacaklının hesabına aktarılır. Görüldüğü üzere cezaevleri harcı bakımından bu takip usûlünde herhangi bir istisna öngörülmemiştir. 7155 sayılı Kanun kapsamında da alacaklı, posta giderlerini takibi başlatırken yatırmak zorundadır (m. 6/3). 7155 sayılı Kanun ile getirilen takip usûlünün uygulanabilmesi için ise alacağın avukat ile takip edilmesi zorunludur. Bu zorunluluk kapsamında avukatın lehine ödenmesi gereken vekâlet ücretinin bu takip bakımından da Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre ödenmesi gerekir. O hâlde 7155 sayılı Kanun kapsamında borçlu tüketici aleyhine sonuçlanan her takipte, borçlu vekâlet ücreti de ödemelidir. Bu noktada kanaatimizce, vekâlet ücretine ilişkin bir eksiklik olarak bu hususun 7155 sayılı Kanun ile veya Kanun'un uygulanmasını gösterecek ve Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenecek olan yönetmelik ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Sonuç

7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usûlü Hakkında Kanun, icra dairelerinin iş yükünün azaltılması, takip işlerinin daha az emek ve mesai ile daha ucuz ve hızlı bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla 6.12.2018 tarihinde kabul edilmiş, 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazete yayınlanmıştır. 7155 sayılı Kanun'un hükümleri, geçici 1'inci maddeye göre, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan takipler hakkında uygulanmayacak; bu takipler, açıldıkları tarihte yürürlükte bulunan hükümlere göre yürütülecektir. 7155 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi, 1 Haziran 2019'dur.

7155 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte, abonelik sözleşmelerinden ve abonelik sözleşmelerinin ifası amacıyla tüketiciye

sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan ve avukatla takip edilen para alacaklarına ilişkin icra takiplerinin, bu Kanun'da yer alan takip usûlü ile başlatılması zorunludur. Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren başlatılacak takiplerde, bu Kanun'da yer alan usûlün uygulanmaması hâlinde, icra dairesi takip talebini reddedecektir.

Anayasa'nın 172'nci maddesine göre Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etmek zorundadır. Ancak 7155 sayılı Kanun ile getirilen tahsil usûlüne bakıldığında, tüketicileri korumaktan ziyade alacaklının alacağına biran önce kavuşmasını ve icra dairelerinin iş yükünün azaltılmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bu yaklaşımın özüne bakıldığında ise, özellikle küçük alacakların tahsili ile ilgili mukayeseli hukuktaki gelişmelerin esas alındığı söylenebilir.

Bu kapsamda 7155 sayılı Kanun'la, Avrupa'da medenî usûl hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan çalışmalardan, Avrupa Birliği genelinde uygulanan ve sınır aşan uyuşmazlıklardan kaynaklanan belirli bir meblağın altında kalan taleplerde, medenî usûl hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla kabul edilen Avrupa Küçük Talepler Usûlü⁵⁶ (European Small Claims Procedure)'ndeki gibi, yargılamanın basitleştirilmesi, hızlandırılması ve masrafların azaltılması ile adalete erişimin kolaylaştırılması⁵⁷ temel olarak amaçlanmaktadır. Her ne kadar 7155 sayılı Kanun, Avrupa Küçük Talepler Usûlü ile aynı talepleri karşılamasa da aslında her ikisinde de amaç, para alacaklarına basit, hızlı ve az masrafla ulaşmayı sağlamak ile adalete erişimi kolaylaştırmaktır. Ayrıca Avrupa İlämsiz İcra Usûlü⁵⁸ (The European Order for Payment Procedure⁵⁹)'ne bakıldığında da, aynı şekilde Avrupa Birliği

⁵⁶ 11.07.2007 tarih ve 861/2007 sayılı Tüzük ile tesis edilmiş, 16.12.2015 tarih ve 2015/2421 sayılı Tüzük ile birtakım değişikliklere uğramıştır.

⁵⁷ SAYAR, s. 51-52, 59 vd.; GÜRALP, s. 286-287, 289, 291, 293 vd.; ERCAN, (2012), s. 233, 236; *Özbek*, küçük talepler ve diğer basit davalar için kısaltılmış yargılama usûllerinin uygun olabileceği, bunun temel mantığının bu tür davaların fazla zor olmaması veya dava konusu olan miktarın küçük olması sebebiyle basitleştirilmiş bir yargılama usûlünün bu davalar için yeterli olduğu, bu tür usûllerin varlığı ile mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına ve az bir masraf ile veya masrafsız olarak, daha basit bir yargılama usûlü kullanılarak makul süre içinde mahkeme kararının elde edilmesinde oldukça faydalı olduğu görüşündedir, ÖZBEK, s. 270-271; *Sayar* tarafından, "European Small Claims Procedure", "Basit Hak İddiaları Prosedürü" olarak, SAYAR, s. 50, dn. 1 ve 2; *Güralp* tarafından ise, "Avrupa Küçük Talepler Usûlü" olarak ifade edilmektedir, GÜRALP, s. 289.

⁵⁸ 12.12.2006 tarih ve 1896/2006 sayılı Tüzük.

⁵⁹ *Sayar*, "Ödeme Usûlüne İlişkin Avrupa Emrine Dair Tüzük" olarak SAYAR, s. 57, *Güralp*

içerisinde sınır aşan uyuşmazlıklardan kaynaklanan alacakların tahsil sürecinin yeknesaklaştırılması ve hızlandırılması ile takiplerin basitleştirilmesinin ve masrafların azaltılmasının amaçlandığı görülmektedir⁶⁰.

Her ne kadar bu prosedürler, Avrupa Birliği devletlerinin iç hukuklarındaki usûle alternatif olarak öngörülmüş ve sadece sınır aşan uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmişse de, mukayeseli hukuktaki bu düzenlemelerden hukuk sistemimiz de etkilenmiş ve bu çerçevede 7155 sayılı Kanun ile hemen hemen benzer amaçlar benimsenerek⁶¹, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarında belirli şartları sağlaması hâlinde basitleştirilmiş ve hızlandırılmış bir ilâmsız takip usûlü hukuk sistemimize getirilmiştir. 7155 sayılı Kanun ile getirilen bu takip usûlü, her ne kadar birtakım eleştirilere açık olsa da, hukuk sistemimizde usûl ekonomisi ve keza takip ekonomisinin sağlanabilmesi ile adalete erişimin hızlanması, ayrıca bu sayede iç hukukumuzun Avrupa Birliği mevzuatı ile de uyumlaştırılması bakımından önemli bir adım olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Osman: **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- AKKAN, Mine: **Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ALTAŞ, Hüseyin: “Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri”, **Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan**, Ankara, 2009, s. 157-167.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: **İcra ve İflâs Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

ise “*Avrupa Ödeme Emri*” olarak çevirmektedir, GÜRALP, s. 289, 292.

⁶⁰ KARAASLAN, s. 101-102, 105; WALKER, s. 116-117; GÜRALP, s. 289 vd., 292 vd.; SAYAR, s. 57.

⁶¹ *Özekes*, 7155 sayılı Kanun’da alacak taleplerinin miktarı bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmasını eleştirmektedir, ÖZEKES, (2018), s. 237-238.

- ASLAN, İ. Yılmaz: **Enerji Hukuku Cilt I, Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2007 (2007).
- ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Ankara, 2006 (2006).
- ASLAN, Kudret/AKYOL ASLAN, Leyla: “İlâma Bağlı Para Alacağı İçin İlâmsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır?”, **Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan**, Cilt 1, Ankara, 2015, s. 195-251.
- ATALI, Murat: “6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan**, Cilt 1, Ankara, 2014, s. 397-418.
- AYRANCI, Hasan: **Enerji Sözleşmeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- BUDAK, Ali Cem: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a göre Tüketici Hakem Heyetleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, Cilt 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 77-103.
- ÇETİN, Görkem: “Türk Hukuku Bakımından Mobil Telefon Abonelik Sözleşmeleri”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 89, Sayı 1, Yıl 2015, s. 65-94.
- DEVİR, Kenan: **Türk Elektrik Piyasasının İşleyişi**, Dora Yayınları, Bursa, 2017.
- ERCAN, İbrahim: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Bağlamında Medenî Yargıda Avukat ile Temsil Zorunluluğu”, **Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, 2006/3, s. 1275-1299 (2006).
- ERCAN, İbrahim: “Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler Çerçevesinde Küçük Alacakların Tahsili Konusunda Öneriler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2012, s. 231-241 (2012).
- ERDOĞAN, Kemal: “Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 3, 2018, s. 271-330.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ERMENEK, İbrahim: “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”,

- Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 17, Sayı:1-2, Yıl 2013, s. 653-630 (2013).
- ERMENEK, İbrahim: “Yok Kanun Yap Kanun Yönteminden Var Kanun Yok Hukuk Yöntemine: Kayıp Kaçak Bedelinin İadesi Sorunu”, **Enerji Hukuku Dergisi**, Yıl 3, Sayı 2015/1, s. 27-40 (2015).
- ERMENEK, İbrahim/KIL, İlker Fatih: “Elektrik Piyasası Hukuku Alanında Tüketicilerin Karşılaştıkları Hukukî Problemler ve Çözüm Önerileri”, **Enerji Hukuku Dergisi**, Yıl 3, Sayı 2014/1, s. 23-49.
- ERTAŞ, Şeref: “Yeni Tüketiciyi Koruma Kanununda Abonman Sözleşmeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Özel Sayı, Kasım 2014, s. 104-105.
- GÖREN ÜLKÜ, Nazlı: “Medenî Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 309-325.
- GÜRALP, Ayşe Gülin: “Medenî Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi’ndeki Çalışmalar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 11, Özel Sayı 2009, Basım Yılı 2010, s. 261-307.
- HANAĞASI, Emel: **Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KARAASLAN, Varol: “Avrupa İlâmsız İcra Tüzüğü”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 9, Sayı 1, Ocak 2010, s. 101-118.
- KOCA, Güneş: **(Tüketicinin Korunması Açısından) Abonelik Sözleşmeleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulama Alanı)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50, Sayı 1, Yıl 2001, s. 55-90.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Abonelik Sözleşmesi”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar)**, İstanbul, Mayıs 2015, s. 343- 368 (2015).
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: **Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008 (2008).
- ÖZBEK, Mustafa: “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin

- Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, Sayı 1, Yıl 2006, s. 207-292.
- ÖZDEMİR, Atalay: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 68. Maddesinde Yer Alan ve Tüketici Hakem Heyetlerinin Görevini Belirleyen Parasal Sınırların, Enerji Sağlama Sözleşmelerinde Uygulanması Sorunu”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, Temmuz 2016, s. 73-101. (<https://jurix.com.tr/article/5398>, Erişim Tarihi: 28.01.2019)
- ÖZEKES, Muhammet: “Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 sayılı Kanun’un Düzenlemesi)”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 83, Sayı 3, Eylül 2018, s. 225-256 (2018).
- ÖZEKES, Muhammet: **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009 (2009).
- ÖZEKES, Muhammet: **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (2003).
- PEKCANITEZ, Hakan: “Hukukî Dinlenilme Hakkı”, **Makaleler Cilt I**, İstanbul, 2016, s. 509-559.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet: **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, Vedat Kitapçılık, 5. Bası, İstanbul, 2018.
- SAYAR, İbrahim Barış: “Avrupa Basit Hak İddiaları Prosedürü (European Small Claims Procedure): Kapsamı ve Uygulanması Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, Ocak 2018, s. 49-94.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: “Anayasal Şikâyet ve Adalet Erişim”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 399-410.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 64, Yıl 2006, s. 151-178 (2006).
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 53, 2004, s. 191-215 (2004).
- TANRIVER, Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara,

2016 (2016).

TOPUZ, Gökçen: **Tüketici Mahkemeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

TUTUMLU, Mehmet Akif: **Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Yapısı, İşleyişi, Sorunları ve Çözüm Önerileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006 (2006).

TUTUMLU, Mehmet Akif: **Tüketici Yargılaması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015 (2015).

UYAR, Talih: “İlâma Dayalı Olarak İlâmsız Takip Yapılabilir Mi? (İİK md. 36)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 86, Sayı 1, Yıl 2012, s. 131-136.

WALKER, Wolf-Dietrich: “Avrupa İlâmsız İcra Takibi, The European Order For Payment Procedure”, Çeviren: Dr. Cenk Akil, **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/1, s. 115-127.

YAVUZ, Mustafa: **Elektrik Piyasası Kanunu’nun Öngördüğü Hukukî Rejim ve Elektrik Tedarik Sözleşmeleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

YEŞİLOVA, Bilgehan: “6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usûlü ve Yargılama Kuralları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 99, Kasım 2014, s. 107-143. (<https://jurix.com.tr/article/8924>, Erişim Tarihi: 28.01.2019)

KISALTMALAR

bkz.	bakınız
dn.	Dipnot
m.	madde
PTT	Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi
s.	sayfa
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vd.	ve devamı

ANONİM ŞİRKETLERİN HAKLI SEBEPLE FESHİNDE ŞAHSİ SEBEPLERİN DEĞERLENDİRMEYE ALINIP ALINAMAYACAĞI HUSUSUNUN HÂKİMİN TAKDİR YETKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Esra KAŞAK*

ÖZ

Anonim şirketlerin haklı sebeple feshini düzenleyen TTK m. 531, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun önemli yeniliklerinden biridir. TTK m. 531 şirketin feshini, «haklı sebep»in bulunması şartına bağlamıştır. Bu şekilde hâkime, anonim şirketin feshini haklı gösteren şartların oluşup oluşmadığını tespit etme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken TMK m. 4'te öngörülmüş ilke ve esaslara riayet etmelidir. TMK m. 4'e göre, kanunun takdir yetkisi tanıdığı konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar vermelidir. Bu bağlamda somut olayın hukuken önem arz eden tüm yönlerinin dikkate alınması ve uyumsuzluğa objektif olarak en uygun kararın verilmesi gerekir. Fiiliyatta şahsa dayalı unsurları ön planda olan anonim şirketlerin bulunması mümkündür. Bu yönden şahsi sebeplerin, haklı sebeplerin değerlendirmesinde dikkate alınamayacağı şeklindeki menfi yaklaşımlara iştirak edilmesi mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Haklı Sebeple Fesih, Şahsi Sebepler, Hakkaniyet Kararı, Takdir Yetkisi.

WHETHER PERSONAL CAUSES TAKEN INTO CONSIDERATION AS GOOD CAUSE FOR TERMINATION IN JOINT STOCK COMPANIES IN TERMS OF JUDGE'S POWER OF DISCRETION

ABSTRACT

Art. 531 TCC, which regulates termination for good cause, is one of the important innovations of the Turkish Commercial Code No. 6102. Art. 531 Turkish Commercial Code requires «good cause» for termination of company. In this way, judge is given the power of discretion to determine whether the conditions that justify the termination of the joint stock company have occurred. When using power of discretion, judge must conform to the principles and rules set forth by Art. 4 Turkish Civil Code. Where

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Araştırma Görevlisi, e-posta: esra.kasak@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0001-8294-4408

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609128

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/06/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/07/2019

the law confers discretion under Art. 4 Turkish Civil Code, the judge must reach its decision in accordance with the principles of justice and equity. In this context, it is necessary to take all legally important aspects of the concrete case into consideration and to make the most objectively appropriate decision to the dispute. In practice, it is possible to have joint stock companies with personal elements. In this respect, it is not possible to participate in the negative approaches that personal causes cannot be taken into consideration in the evaluation of good causes.

Key Words: *Joint stock company, Termination for good cause, Personal causes, Equity decision, Power of discretion.*

I. Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi

6102 sayılı TTK (Türk Ticaret Kanunu) m. 531 ile haklı sebeplerin mevcut olması halinde, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahiplerinin, mahkemeden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilmelerine açıkça izin verilmiştir¹. Hâkim ancak haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshine karar verebilir. Haklı sebep teşkil edebilecek durumlara ise, TTK m. 531 hükmünde yer verilmemiştir. Kanunun haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği bu durumlarda Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 4 uyarınca hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar vermelidir. TTK m. 531’de hâkimin fesih yerine davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebileceği de açıkça hükme bağlanmıştır².

¹ 6762 sayılı Kanunun meri olduğu dönemde Yargıtay 11. HD., E. 2004/13214, K. 2005/10579, T. 7.11.2005 künyeli kararında, “...anonim şirketlerin feshi hallerini düzenleyen TTK’nun 434 ncü maddesinde bu tür ortaklığın haklı nedene dayanılarak fesih durumunun düzenlenmemiş olmasına, feshi talep edilen şirketin anasözleşmesinde de bu yönde bir hüküm bulunmamasına, esasen pay sahiplerinin anonim şirketin feshini talep etme haklarının olmamasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir” şeklinde içtihat etmiştir (HukukTürk Hukuk Veritabanı, e.t. 21.05.2019). 6762 sayılı Kanun dönemindeki uygulama ve çeşitli yöndeki öğreti görüşleri için bkz. NOMER ERTAN, s. 421 vd.; ÖNDER, s. 287 vd.; ÇELİK, 2009, s. 560 vd.; YASAMAN, Haklı Nedenle Fesih, s. 714 vd.; TEKİNALP, s. 212; KILIÇ, s. 411 vd.; SUMER, 174 vd.; MOROĞLU, (1997), s. 312.

² Hâkim tarafından kabul edilecek bu çözümlerin kapsam ve sınırları bakımından çok farklı görüşler olduğunu belirtmek gerekir (Tartışmalar ve *Yazar*’ın görüşleri hakkında bkz. ÇAMOĞLU, s. 13 vd.). “*Haklı sebep*” kavramı ile “*alternatif çözümler*” arasındaki ilişki hakkında da öğretide farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Görüş ayrılıkları, hâkimin alternatif çözümlere karar verebilmesi için ileri sürülen olguların feshi haklı gösterecek ağırlığa ulaşması gerekip gerekmediği hususundadır. Bu tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 77 vd.

Haklı sebep olarak nitelendirilebilecek olgular arasında en başta hiç şüphesiz çoğunluğun gücünü kötüye kullanması, bu bağlamda kâr payı hakkının, genel kurula katılma ve oy kullanma haklarının, bilgi alma ve inceleme hakkının veya diğer pay sahipliği haklarının ihlal edilmesi zikredilmektedir³. Şirketin kötü yönetilmesi de, fesih bakımından haklı sebep olabilir⁴. Ayrıca aşağıda görüleceği üzere, pay sahiplerinin şahsından veya bunlar arasındaki şahsi ilişkilerden kaynaklanan olguların da haklı sebep kavramının içeriğinin doldurulmasında dikkate alınabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte bu konuda farklı değerlendirmelerin de bulunması, bu çalışmanın yapılma gerekçesini oluşturmuş; TMK m. 4 perspektifinden yapılan değerlendirme ile nasıl bir sonuca varılması gerektiği aşağıda ortaya konulmuştur.

II. Şahsi Sebeplerin Haklı Sebep Teşkil Edip Edemeyeceği

Şahsi sebepler, pay sahiplerinin şahsi durumundan veya pay sahipleri arasındaki şahsi ilişkilerden kaynaklanan olay ve olgulardır⁵. Şahsi sebepler olarak öğretilde özellikle, pay sahibinin iş göremez hale gelmesi, şirketten ayrılması veya ölümü ve pay sahipleri arasındaki şahsi uyuşmazlıklar zikredilmektedir⁶. Şahsi uyuşmazlıklar da pay sahipleri sözleşmelerinin ihlalden, bu kişiler arasındaki din, siyasi görüş, tabiiyet gibi farklılıklardan, pay sahiplerinin aralarında mevcut olan başkaca hukuki ilişkilerden veya pay sahiplerinin birbirlerine karşı işlediği hukuka aykırı fiillerden kaynaklanabilir⁷.

Öğretilde anonim şirketlerin sermayeye dayalı bir yapıya sahip olduğu gerekçesiyle, şahsi sebeplerin, anonim şirketin feshi bakımından haklı sebep değerlendirmesinde dikkate alınamayacağı yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Aksi yönde kararları bulunmakla birlikte Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, ulaşabildiğimiz bir kararında, aile bireyleri arasındaki manevi

³ Çoğunluk gücünün kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkan olay ve olgular ve bunların haklı sebep olarak nitelendirilebilmesi için gerekli şartlar hakkında yazarların değerlendirmeleri için bkz. ve karşı ERDEM, s. 113 vd.; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 84 vd. TTK m. 531'in gerekçesinde “İsviçre öğretisinde genel kurulun birçok kez kanuna aykırı bir şekilde toplantıya çağrılmış olması, azlık hakları ile bireysel hakların devamlı ihlali, özellikle bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin sürekli zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli azalması, haklı sebep sayılmıştır. Buna karşılık varsayımlar ve olumsuz beklentiler haklı sebep sayılmamıştır” ifadelerine yer verilmiştir.

⁴ Bu hususta bkz. ve karşı İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 169 vd.; ERDEM, s. 151 vd.

⁵ Bkz. İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 173 vd.

⁶ Bkz. İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 173 vd. Şahsi sebeplerin görünüm biçimleri hakkında yapılan ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 190 vd.

⁷ Bkz. ve karşı İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 182 vd.

bağların kopmasının anonim şirketin feshini haklı göstermeyeceği yönünde içtihat etmiştir. Aşağıda öncelikle şahsi sebeplerin haklı sebep olarak kabul edilmesinde Yargıtay'ın yaklaşımı ve öğreti görüşlerine yer verilmiştir. Daha sonra TMK m. 4 çerçevesinde ortaya konulan ilke ve esaslar ışığında, konu hakkında değerlendirme yapılmıştır.

A. Yargıtay Uygulaması

6102 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte çok sayıda fesih davası açılmış ve bu davalar dolayısıyla birçok Yargıtay kararı verilmiştir. Bu kararlarda, pay sahipleri arasındaki şahsi uyuşmazlıkların, ileri sürülen diğer sebeplerin yanında değerlendirmeye katıldığını veya bu şekilde değerlendirmeleri muhtevi olan ilk derece mahkemesi kararlarının onandığını, dolayısıyla haklı sebep kavramının içeriğinin doldurulmasında esas alınan olay ve olgular arasında zikredildiğini görmek mümkündür⁸.

Yüksek Mahkemenin 2015/4504 E., 2015/12980 K., 03.12.2015 tarihli kararına konu olayda ise, pay sahipleri arasındaki ilişkiler bakımından yapılan değerlendirmede, “*Davalı şirket davacı S. Ü., S. B., M... Ş., H. S. Ş. ve A. Ş. kardeşlerden oluşan 5 kişilik bir aile şirketi olmakla birlikte bir sermaye şirkettir. Bu nedenle de davacının aile bireyleri arasındaki manevi bağların koptuğuna dair gerekçesi de davalı anonim şirketin feshi için haklı neden olarak görülemeyecektir*”⁹ ifadeleri yer almaktadır. Görüldüğü üzere

⁸ Y. 11. HD., 2015/6768 E., 2015/10302 K., 12/10/2015 (Yargıtay Karar Arama, e.t. 21.05.2019); Y. 11. HD., 2015/6751 E., 2015/13424 K., 14.12.2015 (Yargıtay Karar Arama, e.t. 21.05.2019); Y. 11. HD., 2015/2255 E., 2015/8166 K., 11.06.2015 (Yargıtay Karar Arama, e.t. 21.05.2019); Y. 11. HD., 2014/18024 E., 2015/12808 K., 01/12/2015 (Yargıtay Karar Arama, e.t. 21.05.2019); Y. 11. HD., 2016/2552 E., 2017/5272 K., 11/10/2017 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, e.t.: 13.05.2019); Y. 11. HD., 2016/211 E., 2016/8872 K., 17.11.2016 (HukukTürk Hukuk Veritabanı, e.t. 21.05.2019); Y. 11. HD., 2015/5994 E., 2015/13820 K., 23.12.2015 (HukukTürk Hukuk Veritabanı, e.t. 21.05.2019); Y. 11. HD., 2016/2752 E., 2017/4079 K., 04.07.2017 (HukukTürk Hukuk Veritabanı, e.t. 21.05.2019); Y. 11. HD., 2015/9088 E., 2016/2352 K., 03.03.2016 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı, e.t.: 13.05.2019). Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 2014/3669 E., 2014/10238 K., 2.6.2014, bu son karar hakkında yapılan değerlendirilmeler için bkz. YILMAZ, s. 3081 vd.

⁹ Buna karşılık karara ilişkin karşı oy yazısında ise, “*Somut olayda, davalı şirketin 5 kardeş arasında müşterek hisseli bir aile şirketi vasfında anonim ortaklık olduğu, kardeşler arasında yüksek montanlı birçok davanın bulunduğu, tek amacı kâr etmek olan şirketin kâr paylarının dağıtılmaması sebebiyle ortaklar arasında sorunlar çıktığı, keza şirkete ve şirket hissedarına kayıym tayini, şirket tesislerinin ortak kullanımı, bilgi alma hakkının kullandırılmaması, şirketin bazı varlığının diğer ortaklardan gizlenmesi vs. sebeplerle de sorunlar çıktığı, birbirlerine çok ağır suçlamalar yönelttikleri, söz konusu sorunların davacıya atfı kabil bir kusurdan meydana geldiğinin de kanıtlanmadığı, anılan nedenlerle şirketin fesih ve tasfiyesi sebebinin gerçekleştiği.....Dairemiz çoğunluğunca anılan sebeplerin fesih için*

kararda, aile bireyleri arasındaki manevi bağların kopmasının şirketin feshi bakımından haklı sebep olarak görülemeyeceği ifade edilmiş, bu mülahaza anonim şirketin bir «*sermaye şirketi*» olması ile gerekçelendirilmiştir.

B) Öğretideki Durum

Anonim şirketin haklı sebeple feshi konusu, 6102 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel dahi dikkat çeken ve üzerinde çok sayıda akademik çalışmanın yapıldığı bir azınlık hakkıdır. Pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan olay ve olguların haklı sebep kavramının içeriğinin doldurulmasında hâkim tarafından dikkate alınıp alınamayacağı konusunda, aşağıda görüleceği üzere, öğretide çoğunlukla müspet yaklaşımlar olduğu gibi, bu hususta olumsuz bir tutum benimsemiş yazarlar da bulunmaktadır.

1. Müspet Yaklaşımlar

Anonim şirketlerin feshi bakımından haklı sebep oluşturacak olgular hakkında öğretide çok çeşitli sebeplerin sayıldığını görmek mümkündür. Yazarların büyük kısmı haklı sebepleri sayarken aile şirketlerinin veya az sayıda pay sahibi bulunan anonim şirketlerin özel durumunun dikkate alınması gerektiğini ifade etmekte ve bu bağlamda şahsi sebeplerin de değerlendirmeye katılması gerektiğini veya şahsi uyumsuzlukların da duruma göre haklı sebep teşkil edebileceğini ifade etmektedir¹⁰.

İlbasmış Hızlısoy, şahsi sebeplerin şirketi işlemez hale getirmesi durumunda haklı sebep olarak kabul edilebileceği, bu durumun ise genellikle

haklı sebep teşkil etmediğine yönelik (2) no'lu bentteki değerlendirmesine katılmıyorum” denilmiştir.

¹⁰ İletişim kopukluğu, güven ortamını zedeleyen olgular, şiddetli geçimsizlik, ihanet gibi şahıs şirketlerine ilişkin nedenlerin az pay sahipli anonim şirketler açısından haklı sebep olarak nitelendirileceği yönünde bkz. ÇAMOĞLU, s. 8. Sadece aile mensuplarından oluşan küçük anonim şirketlerde, pay sahipleri arasındaki kişisel ilişkilerin karşılıklı açılan davalarla katı bir husumet haline dönüşerek artık kökten sarsılmasına ve bozulmasına sebep olabileceği, diğer sebeplerin yanı sıra aile mensupları arasındaki ilişkilerin temelden sarsılması durumlarının da dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. PULAŞLI, § 60 N 157. TTK m. 245 hükmünün niteliğine uygun düştüğü ölçüde anonim şirketler bakımından da uygulanabileceği şeklinde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 458. Pay sahipleri arasındaki şahsi uyumsuzlukların, ilişkiyi objektif ve sürekli olarak katlanılmaz hale getirmesi, uyumsuzluk sebebi ile şirketin devamının mümkün görünmemesi halinde haklı sebep oluşturabileceği yönünde bkz. ÇAĞLAR/KAŞAK, s. 664. Kişisel sebeplerin haklı sebeplerin takdirinde ne ölçüde ve hangi şartlarda dikkate alınabileceği hususunda her bir yazarın kendi değerlendirmeleri için bkz. ve karşı. AYAN, s. 2244; BAHTİYAR, 384; ORUÇ, s. 213 vd.; AKER, s. 118; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 573; ÇELİK, (2009), s. 570 vd.; ÇELİK, (2016), s. 302 vd.; KILIÇ, s. 418; YÜKSEL, s. 865 vd., 876; AYOĞLU, s. 227, dipnot 25.

pay sahiplerinin kişiliklerinin veya aralarındaki ilişkinin önemli olduğu küçük aile anonim şirketlerinde söz konusu olabileceği, ancak istisnai durumlarda halka açık şirketlerde de şahsi sebeplerin şirketi işlemez hale getirebileceği ve haklı sebep sayılabileceği, şahsi sebeplerin şirketin varlığını tehlikeye düşürmediği durumlarda ise, diğer olgular ile birlikte haklı sebebin takdirinde dikkate alınabileceği ifadelerine yer vermiştir¹¹.

Erdem, aile şirketlerinde ve küçük anonim şirketlerde şahsi sebeplerin önem kazanabileceğini, büyük anonim şirketlerde de her ne kadar şahsi sebeplerin önemli olmayacağı söylenebilirse de, perde arkasında büyük oranda pay sahiplerinin şahsi ilişkilerinin de şirketin işleyişinde etkili olabileceğini, bu bakımdan somut olayın özelliklerine göre istisnai olarak veya diğer haklı sebepler ile birlikte şahsi sebeplerin de şirketin feshini haklı gösterebileceğini, en azından davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmasını sağlayabileceğini, ancak şahsi sebeplerin pay sahiplerinin maddi haklarının ihlal edilmesinden bağımsız olarak haklı sebep sayılabilmesi için, bunların şirketin devamına ve pay sahiplerinin birlikte çalışmasına engel olacak ağırlıkta olması gerektiğini, bu durumun da ancak pay sahiplerinin kişiliklerinin önemli olduğu şahıs şirketi benzeri aile şirketlerinde veya az pay sahipli küçük anonim şirketlerde söz konusu olabileceğini belirtmektedir¹².

Şahin, haklı sebepler değerlendirilirken, somut olaydaki şirket tipinin dikkate alınması gerektiğini, kanunda atipik yapılanmalara izin verildiğini, bu sebeple haklı sebeplerin belirlenmesinde, kanundaki katı sermaye şirketi niteliğindeki anonim şirketin değil; somut olaydaki anonim şirketin niteliğinin dikkate alınacağını, bu şekilde pay sahipleri arasındaki güven ve işbirliği gibi şahsi unsurlar üzerine kurulmuş olan anonim şirketlerde şahsi sebeplerin de haklı sebep olarak kabul edilebileceğini, haklı sebeplerin tipe göre somutlaşacağını, bu tür şirketlerde şahsi olguların ve uyumsuzlukların şahsi menfaatlerin önemli ölçüde zarar görmesine yol açarak pay sahipleri açısından şirketin devamını çekilmez hale getirebileceğini, ancak şahsi olguların anonim şirketlerde istisnai olarak uygulama alanı bulabileceğini, bunların haklı sebep olarak kabul edilebilmesi için belirli bazı koşulların gerçekleşmesi gerektiğini, örneğin şahsi olguların şirketin varlığını tehlikeye sokması, şirketin faaliyetinin devamını önemli ölçüde güçleştirmesi gerektiğini ifade etmektedir¹³.

¹¹ İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 173 vd.

¹² Bkz. ERDEM, s. 154 vd.

¹³ *Yazar*'a ait geniş açıklamalar için bkz. ŞAHİN, s. 187 vd.

2. Menfi Yaklaşımlar

Öğretide şahsi sebeplerin haklı sebep kavramının içeriğinin doldurulmasında dikkate alınacağını kabul eden yazarlar olduğu gibi, bu hususta menfi bir yaklaşım benimseyen müellifler de bulunmaktadır.

*Nomer Ertan*¹⁴ pay sahipleri arasındaki şahsi ilişkilerin ancak istisnai hallerde ve sadece aile şirketlerinde dikkate alınabileceği yönündeki öğreti ve Yargıtay uygulamasının eleştiriye açık olduğunu ifade ederek “*Kanaatimizce şahsi ilişkilerin bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıklarda “fesh” sebebi olarak görülmesi mümkün değildir ve mümkün de olmamalıdır. Şirket ortakları arasındaki ihtilaf ve şahsi çekişmeler ancak şahıs şirketi olan kolektif ve komandit ortaklıklarda haklı sebep olarak nitelendirilebilir*” demekle, genel eğilimden farklı bir yaklaşım benimsemiştir.

*Tekinalp*¹⁵ “*Kanaatimce, TK m. 531 anlamında haklı sebep; yöneten çoğunluğun bu gücünü MK m. 2 anlamında kötüye kullanarak AO’nun ve/veya azlıkta kalan pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal eden sürekli nitelikteki kararlar almasından ve uygulamalar yapmasından doğan sebeplerdir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, TK m. 531 anlamında haklı sebep, KO’lara ilişkin TK m. 245 hükmündeki bir ortağın ortaklığa ihanet etmesi, ortakları aldatması, kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi ya da uyumsuzluk yahut huzursuzluk yaratması gibi kişisel unsurlar ve özellikler içermektedir*” ifadelerine yer vermektedir.

Yazar’a göre, “*TK m. 531’de yer alan haklı sebep kavramı AO’nun yönetimi; yönetimce pay sahipliği haklarının kullanılmasının biçimi veya kullanılmemesi, azlığın ortaklıktaki yatırımının (servetinin) yazgısı, bu bağlamda AO’nun malvarlığının korunması ile ilgilidir. TK m. 531 anlamında haklı sebep kavramında merkez, AO ve onun menfaati ile varlığını sürdürmesidir. Bu sebeple TK m. 531’de öngörülen haklı sebep KO’lar hakkındaki TK m. 255 ve AdO hükümleri arasında yer alan BK m. 639, b. 7’den farklıdır. Kişisel nitelikte haklı sebep demek kapalı ve aile tipi AO’larda, azlığın kendisinin ve ailesinin ortaksal haklar dışındaki menfaat beklentilerine yönetim tarafından olumlu sebep verilmemesinden doğan kırıklıklar, maddi kayıplardır. Bu tür kişisel haklı sebepler TK m. 531 kapsamında değerlendirilemez. Ancak hakim*

¹⁴ NOMER ERTAN, s. 426. TURGUT, DUYGU, “*Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi*”, <https://tokkder.org/tokkder-dergi/4125> (Erişim tarihi: 22.12.2018): “*TTK m. 531 kapsamında haklı sebep teşkil edebilecek hususlar şirketin yönetimi ile ilgili olmalıdır. Pay sahipleri arasındaki kişisel çatışmalar haklı sebep teşkil etmez*”.

¹⁵ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), N 1564e.

ortaklıktan kaynaklanan şiddet ve tehdit ile hakların kullanılmasına engel olduğu takdirde TK m. 531'e göre haklı sebeptir gerçekleşmiş kabul edilir. Çünkü tehdidin, şiddetin ve fiziki müdahalenin bulunduğu yerde azlık, ne bilgi alabilir, ne inceleme yapabilir ne de özel denetçi atanması açabilir"¹⁶.

Moroğlu, TTK m. 531'in yürürlüğe girmesinden evvel, madde metninde "haklı sebep" ifadesine yer verilmesini, bu kavramının her tarafa çekilebilecek olması, bu bağlamda pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan olguların da değerlendirmeye katılmasına zemin oluşturacağı gerekçesiyle eleştirmiştir. Yazar, TTK m. 531'de geçen "haklı sebep" kavramının yalnızca egemen pay sahiplerinin azınlığı sömürmelerine indirgenemeyeceğini, şahıs şirketleri ve iki taraflı sözleşmeler bakımından, ortakların veya tarafların kişiliğinin, kişisel tutum ve davranışlarının haklı sebep olarak kabul edilebileceğini, ancak pay sahiplerinin şahıslarının ve davranışlarının çok geri planda olduğu ve çok istisnai haller dışında önem taşımadığı anonim şirketlerde ve bu arada kişisel ilişkilerin ağırlıklı olduğu aile anonim şirketlerine doğrudan kanunla uygulanmasının doğru olmadığını ifade ederek, TTK m. 531'de haklı sebep kavramının kullanılmasından vazgeçilmesini belirtmekte, bunun yerine dava açılmasına, "çoğunluğu oluşturan pay sahiplerinin ortaklığı veya azınlığı sömürmeleri halinde, kanun veya anasözleşme ile tanınmış olan diğer hukuki yolların etkisiz kalması veya etkisiz kalacağına anlaşılması koşuluyla" izin verilmesini önermekteydi¹⁷.

C) Değerlendirme

Anonim şirketlerin haklı sebep feshine ilişkin TTK m. 531'de yer verilen "haklı sebep", içeriği hâkim tarafından TMK m. 4 hükmü çerçevesinde doldurulacak bir kavramdır. Bu nedenle şahsi sebeplerin bu kavramın içeriğinin doldurulmasında dikkate alınıp alınamayacağı konusunda değerlendirme yapmadan önce, TMK m. 4 hükmü hakkında aşağıda kısa bir açıklamaya yer verilmiştir.

1. TMK m. 4'e Göre Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanması

a) Takdir Yetkisi Kavramı

Hukuk kuralları, prensip olarak kapsadığı olaylardan soyut olarak¹⁸ ve yalnızca münferit bir olaya değil; belirsiz sayıda benzer durumdaki olaylara

¹⁶ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), N 1565. Yazar bir başka çalışmasında "pay sahipleri arasındaki çekişme haklı sebep olmaz" demektedir (TEKİNALP, s. 218).

¹⁷ MOROĞLU, (1997), s. 313 vd.; ayrıca bkz. MOROĞLU, (1978), s. 97 vd.

¹⁸ RIEMER, § 4 N 139.

uygulanacak biçimde hazırlanır. Aynı şekilde bu kurallar prensip olarak belirli kişilere değil, belirsiz sayıda birden fazla kişiye yönelir¹⁹. İlk halde «*hukuk kurallarının soyutluğundan*»; ikinci halde ise «*hukuk kurallarının genelliğinden*» bahsedilmektedir²⁰. Genel ve soyut bir şekilde düzenlenen kuralların somut olaya uygulanması halinde zaman zaman, duruma uygun düşmeyen sonuçlar ortaya çıkabilir²¹.

Soyut ve genel bir normun, somut olaya uygulanmasının büyük bir olasılıkla duruma uygun düşmeyen sonuçlara yol açacağı düşünülen konularda hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır²². Tanınan bu hareket alanları içerisinde hâkime, somut olayın özelliklerini dikkate alma ve buna uygun bir karar verme olanağı sağlanmaktadır. Takdir yetkisi tanıma gerekliliği, bir hükmün uygulanma şartlarını oluşturan olguların veya hükmün uygulanması ile varılacak sonuçların çok çeşitli olabileceği hallerde ortaya çıkabileceği gibi²³; önceden öngörülmesi mümkün olmayan iktisadi, sosyal ve teknik konulardaki gelişmeler ile toplumun değer yargılarının değişmesi gibi sebeplerden de ileri gelebilir²⁴.

Mahkemelere, hukuk kurallarını uygularken, somut olayın özelliklerini ve şartlarını dikkate almak suretiyle, bu şartlara uygun adilane bir hüküm kurmaları hususunda yetki verilen hallerde, «*hakkaniyete göre karar verme yetkisi*» veya «*hâkimin takdir yetkisi*»nden bahsedilmektedir²⁵. Takdir yetkisi

¹⁹ HRUBESCH-MILLAUEER, 2012, Art. 4 ZGB N 1. İstisnaen yalnızca belirli kişilere uygulanmak üzere çıkarılan kanunlar da olabilir. Bunun örneğinin İdil Biret ve Suna Kan'ın yabancı memleketlere müzik tahsiline gönderilmesine dair 5245 sayılı Kanunda görülmesi mümkündür (Resmî Gazete ile ilânı: 12. VII. 1948 - Sayı: 6955).

²⁰ HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.244; FORSTMOSER/VOGT, § 6 N 119 vd.; HRUBESCH-MILLAUEER, 2012, Art. 4 ZGB N 1.

²¹ HAUSHEER/JAUN, Art. 4 ZBG N 1; HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.244.

²² Bu hususta bkz.ve karşı. MEIER-HAYOZ/RUOSS, s. 73; MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 37; HRUBESCH-MILLAUEER, 2013, s. 473; HONSELL, Art. 4 N 8; ÖZTAN, s. 164, 167. Ancak bu şekilde kanunların görevlerini ifa edebileceği yönünde bkz. HRUBESCH-MILLAUEER, 2013, s. 473.

²³ Bkz. HRUBESCH-MILLAUEER, 2013, s. 473; MEIER-HAYOZ/RUOSS, s. 73; HRUBESCH-MILLAUEER, 2012, Art. 4 ZGB N 3.

²⁴ Bkz. ve karşı. EDİS, s. 170; ÖZTAN, s. 164; MEIER-HAYOZ/RUOSS, s. 73; HRUBESCH-MILLAUEER, 2013, s. 473; HRUBESCH-MILLAUEER, 2012, Art. 4 ZGB N 3.

²⁵ TMK m. 4'te hükme bağlanan yetki hakkında öğretide çok sayıda tanım yapılmıştır: Örneğin Akyol, "...soyut, genel ve objektif bir kuralın, somut olaya onun özelliklerine, niteliklerine ve farklılıklarına uygun olarak uygulanması hakkaniyet kararıdır, takdir yetkisinin kullanılmasıdır" şeklinde bir tanımlama yaparken (AKYOL, 2006, s. 336); EDİS, s. 172'te

tanınan hallerde, kanunda bir düzenleme bulunmakla birlikte, tercih edilen ifade ve kavramlar dolayısıyla, mahkemelere, somut olayın özel durumunu ve kendine has niteliklerini dikkate alarak ferdileştirme yetki ve görevi tanınmakta, soyut ve genel normların uygulanmasından kaynaklanabilecek istenmeyen sonuçların doğmasını engellenmesi amaçlanmaktadır²⁶. Hâkime takdir yetkisi tanınması, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması ihtiyacının bulunduğu hallerde, mahkemelere ihtiyaç duyduğu esnekliği sağlamaktadır²⁷.

Türk özel hukukunda, mahkemelere birçok düzenleme ile takdir yetkisi tanınmıştır. Bu bağlamda kanun koyucu, münferit kanun hükümlerinde hâkime tanıdığı takdir yetkisine ilave olarak, genel bir mahiyette TMK m. 4'te de bu yetkinin kullanılması hakkında düzenleme yapmıştır²⁸.

b) Takdir Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin Esaslar

Hâkimin somut olayın özelliklerini dikkate alarak hakkaniyete göre karar vermesi, bazı usul ve esaslara tâbidir. Öncelikle, kanunda hâkimi bu konuda yetkili ve görevli kılan bir hükmün bulunması icap etmektedir. Hakkaniyete göre karar verilecek hallerde, somut olayın hukuken önem arz eden tüm özelliklerinin dikkate alınması ve somut olay adaletini sağlayacak bir hüküm verilmesi gerekir. Somut olayın özelliklerinin dikkate alınması,

“Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural-ıçî (intra legem) boşlukların; hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlâkî düşünceler; hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar gözönünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir” şeklindeki ifadelerle yer vermiştir. Çeşitli tanımlar için bkz. ALTAŞ, s. 347 vd.; ÖZTAN, s. 164.

²⁶ Bu hususta bkz. ve karşı. HAUSHEER/JAUN, Art. 4 ZBG N 1; ÖZTAN, s. 167. Hukuk sistemi içerisinde, mahkemelerin yanı sıra idari mercilere de takdir yetkisi tanınmıştır: Örneğin, bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolması halinde, cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür. Burada takdir yetkisi, mahallin en büyük mülkî amiri tarafından kullanılır (ÖZTAN, s. 164).

²⁷ Bkz. ve karşı. MEIER-HAYOZ/RUOSS, s. 72; HRUBESCH-MILLAUER, 2013, s. 471; HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 70. TMK m. 4'te öngörülen usule göre hareket etme olanağının sağlandığı hallerde, bu durumun bir ölçüde katı kurallardan kurtulmak anlamına geleceği şeklinde bkz. AMSTUTZ, s. 317.

²⁸ TMK m. 4'ün Türk-İsviçre hukuk sistemlerinin önemli özelliklerinden birini teşkil ettiği yönünde bkz. EDİS, s. 171. Yargıtay Büyük Genel Kurulu, 2017/3 E., 2018/3 K., 13.04.2018 T.: “Kanun takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı hususunda ayrıca hâkime yol da göstermektedir (m.4). Maddeye göre, hâkim takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun biçimde kullanılmalıdır” (Corpus, e.t: 21.05.2019).

keyfi davranılabileceği anlamına gelmez, hâkimlerin objektif bir bakış açısıyla değerlendirme yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Aşağıda takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak zikredilen bu esaslar hakkında kısa bilgi verilmiştir.

aa) Kanuni Dayanak Bulunması Zorunluluğu

Hâkimin somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle hakkaniyete göre karar vermesi, bu konuda kanuni dayanak bulunmasına bağlıdır²⁹. Hâkim, kendisine takdir yetkisi tanınmamış olmasına rağmen, kanundaki hükümleri, adalete aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamaktan imtina edemez³⁰. Bu son halde hâkim kanuna bağlı kalmalı, bunun yerine uyuşmazlığı hakkaniyete göre çözüme yoluna gitmemelidir³¹. Buna karşılık hâkim hakkaniyete göre karar verilmesi gereken hallerde, bu yetkiyi kullanmak zorundadır³². Yetkinin kullanılmeması, hâkimin hakkın dağıtımından kaçınması olarak değerlendirilir (AY m. 36 f. 2; HMK m. 46, f. 1, b. e)³³. Dolayısıyla, hâkimin kendisine yetki verildiği halde somut olayın özelliklerini dikkate almaktan imtina etmesi hukuka aykırıdır³⁴.

TMK m. 4'te, kanunda “*takdir yetkisinin tanındığı*”, “*durumun gereklerinin*” veya “*haklı sebeplerin*” göz önünde tutulmasının emredildiği hallerde, hâkimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği belirtilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, hâkimin hakkaniyete göre karar vereceği durumlar, TMK m. 4'te açıkça sayılan ifadelere münhasır değildir³⁵. Bunların yanı sıra *ilke olarak* “*kabul edilebilir/edilemez*”, “*uygunluk*”, “*fahiş*”,

²⁹ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, § 6 N 213; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s. 51.

³⁰ TEKİNAY, s. 76.

³¹ Şartların bulunması halinde TMK m. 2 çerçevesinde yapılacak düzeltme bundan müstesnadır. Hâkimin TMK m. 2 çerçevesinde yaptığı “*düzeltilme*” faaliyeti ile TMK m. 4'te öngörülen faaliyet arasındaki farklar için bkz. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 4 N 11; MIDDENDORF/GROB, Art. 4 ZGB N 4.

³² EDİS, 172: “*Hukukî niteliği bakımından, TMK. m. 4'de tanınmış olan bu yetki, kural-içi boşluğu doldurup doldurmamak bakımından yargıca bir «serbesti» (ihtiyar) vermemiş; tersine, bir ödev yüklemiştir. Gerçekten, MK. m. 4'e göre, «hâkim ... hükmeder». Bu ibareden ödev niteliği kolaylıkla anlaşılacaktır. Şu halde, yargıç, takdirle ilgili şartların gerçekleşmesi halinde, takdir yetkisini kullanmakla yükümlüdür*”.

³³ Bkz. ve karşı. EDİS, s. 172.

³⁴ Bu hususta bkz. başlık I, C, 1, b, bb.

³⁵ İsviçre hukuku bakımından bkz. PFAFFINGER, Art. 4 N 6; RIEMER, § 4 N 140; AMSTUTZ, s. 312 vd.

“*orantısız*” gibi kavramların kullanılması halinde de hâkim bu kavramların içeriğini takdir yetkisini kullanarak dolduracaktır³⁶. Ayrıca “-*ebilmek*” kipinin kullanılması suretiyle de bir konuda hâkime takdir yetkisi bırakılabilir³⁷. Bir hükümde hâkime, TMK m. 4 anlamında takdir yetkisi verilir verilmeyeceği «*yorum*» yoluyla belirlenir³⁸.

Öğretilen, takdir yetkisinin kullanılmasının “*dış sınırları*” başlığı altında, kanuni dayanak bulunması zorunluluğu ve kanunun lafzı ve yorumu yolu ile ortaya konulacak bazı kısıtlamalara yer verilmektedir³⁹. Buna göre, öncelikle hâkimin yalnızca kendisine yetki verilen hallerde hakkaniyete göre karar vermesi gerekir⁴⁰. Ayrıca kanunda takdir yetkisi tanınan hallerde mahkemeler, kendilerine tanınan bu yetkinin «*amacı, kapsamı ve içeriği*» ile bağlıdır⁴¹. Buna ilave olarak, takdir yetkisinin kullanılması ve bunun neticesinde kurulacak hükmün «*kanunun temelinde yatan değer ve düşüncelere*» de aykırı olmaması gerekir⁴².

Hâkime takdir yetkisi zaman zaman hükmün uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti, zaman zaman ise hükmün uygulanmasından doğan sonuçların, verilecek kararın içeriğinin belirlenmesi bakımından tanınmış olabilir. İlk halde «*şartlarda takdir yetkisinden (Tatbestands-Ermessen)*»; ikinci halde ise «*hükümde takdir yetkisinden*

³⁶ Hâkime takdir yetkisi tanındığı kabul edilen başka örnekler için bkz. ve karşı. PFAFFINGER, Art. 4 N 6; HRUBESCH-MILLAUER, 2013, s. 479 vd.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s. 51; AMSTUTZ, s. 313.

³⁷ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s. 51; PFAFFINGER, Art. 4 N 6; HRUBESCH-MILLAUER, 2013, s. 479 vd. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi, niteliği gereği içeriğinin hakkaniyet esasları çerçevesinde doldurulması gereken bazı kavramlara işaret etmektedir (Bkz. RIEMER, § 4 N 146).

³⁸ Hakkaniyete göre belirlenecek meselelerin yorum yoluyla tespit edileceği hakkında bkz. ve karşı. MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 41; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s. 51; HRUBESCH-MILLAUER, 2013, s. 480, dipnot 34, 35; HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.246b; HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 211.

³⁹ Dış sınırlar hakkında bkz. ve karşı. MIDDENDORF/GROB, Art. 4 ZGB N 11.

⁴⁰ MIDDENDORF/GROB, Art. 4 ZGB N 11. Hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisini aşkın veya değişik ölçüde kullanmasının yasak olduğu yönünde bkz. EDİS, s. 170. Hâkimin kendisine takdir yetkisi tanınmayan hallerde, takdir yetkisi kullanmasının kuvvetler ayrılığını ilkesine aykırılık oluşturacağı, halkın egemenliği prensibine aykırı düşeceği yönünde bkz. MEIER-HAYOZ/RUOSS, s. 72.

⁴¹ Bkz. ve karşı. MIDDENDORF/GROB, Art. 4 ZGB N 11; ayrıca bkz. HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 324; HAUSHEER/JAUN, Art. 4 ZGB N 19.

⁴² Bkz. HRUBESCH-MILLAUER, 2013, s. 483.

(*Rechtsfolge-Ermessen*)» bahsedilmektedir⁴³. Türk Ticaret Kanunu, hâkime takdir yetkisi tanımak bakımından birçok düzenlemeyi muhtevidir⁴⁴. Bu düzenlemelerden biri de TTK m. 531 hükmü olup, bu hükümde hem maddenin uygulanmasının şartlarını oluşturan olguların hem de maddenin uygulanması halinde hükmedilecek kararın nitelik ve kapsamının belirlenmesinde mahkemelere takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁵.

bb) Somut Olayın Özelliklerinin Dikkate Alınması Zorunluluğu

Hakkaniyet, somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasını ve buna uygun karar verilmesini emreder⁴⁶. Somut olayın özelliklerinin dikkate alınması bir yetki olduğu gibi, aynı zamanda bir yükümlülüktür^{47/48}. Hâkim önündeki meseleyi, atipik dahi olsa hukuken önem arz eden tüm unsurlarıyla değerlendirmeye tâbi tutmalıdır. Hâkimin hakkaniyete göre karar vereceği hallerde, kazuistik bir metod izlenir⁴⁹. Bu bağlamda kazuistik metod, yapılacak

⁴³ Takdir yetkisinin türleri hakkında bkz. ve karşı. OĞUZMAN/BARLAS, N 314; SCHWANDER, Art. 4 ZGB N 2; DURAL/SARI, N 842 vd. Çeşitli örnekler için bkz. ANTALYA/TOPUZ, s. 312 vd.; ALTAŞ, s. 350 vd.

⁴⁴ Bu hususta bkz. YASAMAN, Hâkimin Rolü, s. 75 vd.

⁴⁵ Hem şartlarda hem de hükümde hâkime takdir yetkisi tanınmış bir başka örnek için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, N 315.

⁴⁶ TEKİNAY, 77; ayrıca bkz. HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 301. Hukuka ve hakkaniyete göre karar vermenin, somut olay adaletinin önceliği anlamına geleceği yönünde bkz. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, § 6 N 214; bu hususta ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 340.

⁴⁷ HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.268.

⁴⁸ Yargıtay kararlarında da, TMK m. 4'ün uygulanması bakımından somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gereğine vurgu yapılmaktadır: Y. 11. HD., 2009/12313 E., 2011/4513 K., 18.04.2011: “*Bunlar her somut olaya göre değişebileceğinden, hâkim bu konuda takdir hakkını kullanır iken ona etkili olan nedenleri karar yerinde objektif bir biçimde göstermeli ve bu takdir hakkını MK'nun 4 üncü maddesine göre hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanmalıdır*”. Y. 11. HD., 2007/7817 E., 2008/10176 K., 18.09.2008: “*Bunun için miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak TMK'nun 4 üncü maddesi uyarınca hakim tarafından takdir ve tayin edilir*”. Yargıtay Büyük Genel Kurulu, 2017/3 E., 2018/3 K., 13.04.2018: “*Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, kanunu, önündeki somut olaya en uygun gelecek şekilde uygulamak durumundadır. Bunu yapabilmek için de somut olayın bütün özelliklerini, bu olayla ilgili kişilerin durumlarını göz önünde tutarak, bunlar arasındaki anlaşmazlıkta hangisinin menfaatinin daha fazla korunmaya layık olduğunu inceler. Kanun takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı hususunda ayrıca hâkime yol da göstermektedir (m.4). Maddeye göre, hâkim takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun biçimde kullanmalıdır*”. Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 2009/9997 E., 2011/3623 K., 31.03.2011; Y. 11. HD., 2004/2521 E., 2004/11741 K., 30.11.2004 (Bu dipnotta zikredilen kararlar için bkz. Corpus, e.t.: 21.05.2019). Somut olayın özelliklerinin dikkate alınacağına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı örnekleri için bkz. AMSTUTZ, s. 318.

⁴⁹ Bu hususta yapılan açıklamalar için bkz. ve karşı. HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.265;

değerlendirmenin, önceden belirli unsurlara özgülenmemesi demektir⁵⁰. Çünkü hakkaniyete göre karar verilmesinin öngörüldüğü hallerde kanun koyucu, belirli bir durumda dikkate alınması gereken unsurları belirlemekten vazgeçmekte ve hâkime somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınmasına olanak sağlayan bir takdir alanı bırakmaktadır⁵¹. Dolayısıyla değerlendirme kriterleri bakımından önceden mutlak sınırlandırmalar yapılması, hâkime takdir alanı bırakılmasının amacı ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir.

cc) Objektif Değerlendirme Zorunluluğu

Hakkaniyet, somut olay adaletinin sağlanması bakımından değerlendirmeye konu uyuşmazlığın özelliklerinin dikkate alınmasını emrediyorsa da; bu durum hâkimin keyfi bir şekilde hüküm kurabileceği anlamına gelmemektedir⁵². Keyfiliğin ve belirsizliğin önlenmesi bakımından mahkemeler, «*objektif bir bakış açısıyla*» karar vermekle yükümlüdür⁵³. Mahkemenin, somut olayın hukuken önem arz eden tüm özelliklerini dikkate alması ve somut olaydaki menfaat durumuna objektif olarak en uygun kararı vermesi gerekir⁵⁴. Objektif hareket etme yönündeki yükümlülük, öğretide takdir yetkisinin iç sınırı çerçevesinde ele alınmakta⁵⁵ ve hukuki güvenlik ve hukuki eşitlik ilkelerinin de bir gereği olarak değerlendirilmektedir⁵⁶. Hakim

HONSELL, Art. 4 N 9; HAUSHEER/JAUN, Art. 4 ZGB N 4; MEIER-HAYOZ/RUOSS, s. 71; SCHWANDER, Art. 4 ZGB N 2.

⁵⁰ Bu hususta bkz. HRUBESCH-MILLAUEER, 2012, Art. 4 N 306'da adı geçen *Yazar*.

⁵¹ Bkz. ve karşı. DESCHENAUX, s. 131; HRUBESCH-MILLAUEER, 2013, s. 481; ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 340.

⁵² Bu hususta bkz. ANTALYA/TOPUZ, s. 314; ALTAŞ, s. 356; GMÜR, Art. 4 ZGB N 1. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/7-623 E., 2010/669 K., 15.12.2010: “*Hükmedilecek manevi tazminatın miktarının belirlenmesi hâkimin takdirindedir. Ne var ki, takdire bağlılık keyfilik demek değildir. Kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hâkim bu hakkı Türk Medeni Kanun’unun 4. maddesinde açıklanan hakkaniyet ilkesine uygun olarak kullanmalıdır. Manevi tazminatın miktarı belirlenirken kişilik hakkına saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranı, sıfatı, işgal ettikleri makam ile diğer sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınmalı, her olaya göre değişebilecek özel durum ve koşullar bulunabileceği gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenler karar yerinde denetime elverişli biçimde ve objektif olarak gösterilmelidir*” şeklinde içtihat etmiştir. (Corpus, e.t.: 21.05.2019).

⁵³ HONSELL, Art. 4 N 15.

⁵⁴ Objektif davranma yükümlülüğü hakkında bkz. ve karşı. HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.274; RIEMER, § 4 N 148; MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 2, 10.

⁵⁵ Takdir yetkisinin iç sınırı hakkında bkz. ve karşı. HONSELL, Art. 4 N 15; PFAFFINGER, Art. 4 N 8; HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.282.

⁵⁶ Hakkaniyet kararları ile hukuki eşitlik ve hukuki güvenlik ilkelerinin gerekleri arasındaki

acıma, sempati, antipati gibi unsurları dikkate alarak karar vermesi hukuka aykırıdır⁵⁷.

Objektif hareket etme zorunluluğu, zamanla hâkime takdir yetkisi tanınmış maddelerin uygulanmasında olay gruplarının ortaya çıkmasını sağlar⁵⁸. Olay ve olgular şeklinde yapılan bu gruplandırmalar, ilgili hükmün uygulanmasında hâkime yol gösterir; hukuki eşitlik ve belirliliğin sağlanması bakımından önemlidir⁵⁹. Ancak bu olay gruplarının, ilgili hükmün uygulanması bakımından mutlak bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır⁶⁰. Çünkü her somut olay, o zamana kadar ki olay grupları bakımından dikkate alınmamış yeni bir boyut sunabilir⁶¹. Bu yönden hâkim, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerinin bir gereği olarak daha evvel ortaya konulan olay gruplarını göz önüne almalıdır. Ancak bu gereklilik, somut olayın kendine has özelliklerinin değerlendirmeye katılmaması şeklinde gerçekleşmemelidir⁶².

Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, yargı kararları ve öğretiden faydalanmalıdır⁶³. Çünkü yargı kararları ve öğreti, hâkime takdir yetkisi tanınan hususlarda, dikkate alınabilecek unsurları, olay gruplarını gösterir⁶⁴. İlgili hükmün yorumlanması, anlam ve amacının tespitinde de yine öğreti ve yargı kararlarından istifade edilir. Öğreti ve yargı kararlarından istifade edilmesi de eşit uygulamaların ve hukuki güvenliğin sağlanmasına katkı sağlayacaktır⁶⁵. Ayrıca hâkimin takdir yetkisini kullanarak verdiği kararların

ilişki hakkında bkz. HONSELL, Art. 4 N 15; MIDDENDORF/GROB, Art. 4 ZGB N 11.

⁵⁷ Bu hususta bkz. ve karşı. RIEMER, § 4 N 148; HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.274; MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB, N 14.

⁵⁸ HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 339. Bazen de haklı sebeplerin neler olduğu kanunda örnek kabilinden sayılır (örneğin TTK m 219/1, 245/1).

⁵⁹ Olay gruplarının önemi hakkında bkz. ve karşı. HAUSHEER/JAUN, Art. 4 ZGB N 24; RIEMER, § 4 N 151.

⁶⁰ Bkz. HAUSHEER/JAUN, Art. 4 ZGB N 24; RIEMER, § 4 N 151.

⁶¹ Bkz. ve karşı. HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 342.

⁶² Bkz. HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 345.

⁶³ ANTALYA/TOPUZ, s. 320; İsviçre hukuku bakımından bkz. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, § 6 N 217; HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 346; PFAFFINGER, Art. 4 N 9.

⁶⁴ MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 53.

⁶⁵ HRUBESCH-MILLAUER, 2012, Art. 4 ZGB N 346; MEIER-HAYOZ/RUOSS, s. 74; MEIER-HAYOZ, Art. 4 ZGB N 39, 43.

üst yargı denetimine tâbi olduğunu ilave etmek gerekir⁶⁶.

2. Şahsa Dayalı Olarak Yapılanmış Anonim Şirketler

Anonim şirketlerin haklı sebeple feshinde, şahsi sebeplerin değerlendirmeye katılamayacağını gerekçelerinden biri olarak, bu şirketlerin “*sermaye şirketi*” oldukları ileri sürülmektedir. Gerçekten de TTK m. 124/2’de anonim şirketin bir «*sermaye şirketi*» olduğu hükme bağlanmıştır. TTK m. 124/2 ile yapılan sermaye-şahıs şirketi sınıflandırması, örneğin TTK m. 133, 137, 160, 180 gibi bazı hükümlerin uygulanması açısından hüküm ve sonuçları olan bir ayırmadır. Anonim şirketin, bu ayırım içerisinde şahıs şirketi kategorisine değil de; sermaye şirketleri arasına ilhak edilmesi, şüphesiz bu şirketlerin sermayeye dayalı yapısını yansıtan kanuni düzenlemeler ile yakından ilişkilidir. Bununla birlikte, TTK m. 124/2 uyarınca sermaye şirketi kategorisine girse de, bir anonim şirkette aşağıda belirtilen bazı hukuki ve fiili durumlar sebebiyle şahsi unsurlar önem kazanabilir⁶⁷. Dolayısıyla TTK m.124/2 uyarınca sermaye şirketi olarak nitelendirilmesi, şahsi unsurların anonim şirketlerde her zaman geri planda kalacağı anlamına gelmemektedir.

Anonim şirketin haklı sebeple feshi davaları bakımından, şahsi sebeplerin dikkate alınamayacağı savunulurken, bu düşünce zaman zaman bu şirketlerin sermaye şirketi olduğu ile gerekçelendirilmektedir. Bununla TTK m. 124/2 ile yapılan ayırmadan ziyade; bu şirketlerin sermayeye dayalı yapısına gönderme yapılmaktadır. Bu yönden haklı sebeplerin tespitinde, pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan olay ve olguların da dikkate alınıp alınamayacağı meselesi, tipoloji öğretisi çerçevesinde yapılan tartışmaları akla getirmektedir. Tipoloji öğretisi, kanun koyucunun anonim şirketler hukukunu düzenlerken az çok belirli bir şirket tipini tasavvur ettiği, düzenlemeleri *-esas itibarıyla-* bu şirket modelini esas alarak yaptığı düşüncesine dayanmaktadır⁶⁸.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA/TOPUZ, s. 314; ALTAŞ, s. 357; DESCHENAUX, s. 142. Takdir yetkisinin üst denetiminde İsviçre Federal Mahkemesinin yaklaşımı hakkında bkz. PFAFFINGER, Art. 4 N 9; MIDDENDORF/GROB, Art. 4 ZGB N 12; HONSELL, Art. 4 N 16.

⁶⁷ Anonim şirketlerin kişisel unsurlara dayalı bir yapıya sahip olabileceği yönünde bkz. ŞAHİN, s. 183 vd. ve dipnot 369, 187. Kapalı anonim şirketlerin büyük kısmında, pay sahiplerinin bilerek ve isteyerek bir işbirliği içine girdiği, bu kişilerin artık birbirlerine karşı anonim olduklarından söz edilemeyeceği, aralarındaki hukuki bağın da sermayeye katılanlar arasında kurulan dogmatik bağın ötesinde bir yere konumlandırılması gerektiği yönünde bkz. YÜKSEL, s. 865.

⁶⁸ MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, s. 295. Borçlar Hukuku alanında yazılan eserlerde “*sözleşmenin tipi*” kavramına yer verilmektedir. Bu kavrama verilen anlam hakkında bkz.

Hemen belirtmek gerekir ki kanun koyucu tarafından model alındığı kabul edilen şirket tipinin özellikleri hakkında bir görüş birliğinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir⁶⁹. Bununla birlikte öğretide kanuni tipin “*çok pay sahipli*”⁷⁰ ve “*sermayeye dayalı olarak yapılanmış*” bir şirket olduğu şeklinde açıklamalara yer verildiği görülmektedir⁷¹. Böyle bir kabulden yola çıkılınca, artık tek ya da az sayıda pay sahibi bulunan veya şahsi unsurları ön plana çıkan anonim şirketler, kanuni tipe nazaran atipik olarak nitelendirilmektedir.

Atipik de olsa, atipiklik tek başına kanuna aykırılık anlamına gelmemektedir⁷². Dolayısıyla fiiliyatta kavramsal unsurları⁷³ taşıması münasebetiyle TTK m. 329 vd. hükümleri anlamında anonim şirket olarak nitelendirilebilen ve fakat pay sahipleri arasındaki şahsi ilişkilerin veya pay sahiplerinin kişiliklerinin ön plana çıktığı anonim şirketlerin bulunması da mümkündür. Bir şirket, taşıdığı unsurlar sebebiyle kabul edilen kanuni tipe yaklaşabileceği gibi, ondan uzaklaşarak atipik bir görünüm de kazanabilir. Bu durum, anonim şirket kavramının sunduğu esneklik sayesinde gerçekleşmektedir⁷⁴. Anonim şirketler, kanuni tanım içerisinde çok çeşitli yapılanmalara müsaittir; hatta kanun koyucu da bu hususa işaretle “*Tanım hem evrensel anonim şirket kavramına uymaktadır; hem de halka açık olan ve olmayan anonim şirketleri kapsamaktadır. Aynı biçimde kamu sektörü ile özel sektörde çalışan ve özel hükümlere tâbi bulunan anonim şirketleri de içerecek*

KAŞAK, F. E., s. 64 vd.

⁶⁹ Kanuni tipe ilişkin olarak İsviçre hukukunda yapılan değerlendirmeler ve betimlemeler hakkında ayrıntılı bir perspektif için bkz. HORBER, N 205 vd.

⁷⁰ Anonim şirketlere ilişkin hükümlerin esas itibarıyla “*çok ortaklı anonim şirket*”lere yönelik olduğu görüşünde bkz. ANSAY, s. 12. Anonim şirketin çok pay sahipli bir şirket tipi olduğu yönünde bkz. ARSLANLI, s. 144. Kanuni tipe ilişkin olarak İsviçre hukukunda çok pay sahipli yapıya vurgu yapan yazarlar için bkz. HORBER, N 205.

⁷¹ Çok sayıda pay sahibi ve sermayeye dayalı olarak yapılanmış olma unsurlarına vurgu yapan yazarlar için bkz. MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, s. 295 vd.; ayrıca bkz. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 14. Anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerin çok sayıda pay sahibinin bulunduğu sermaye şirketi nitelikleri ağır basan bir şirket modeli esas alınarak yapıldığı yönünde bkz. ŞAHİN, s. 183, 189.

⁷² Bu konudaki açıklamalar için bkz. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 71, 72; kanun koyucunun atipik yapılanmalara izin verdiği yönünde bkz. ŞAHİN, s. 187.

⁷³ Kavramsal unsur, bir yapılanmanın TTK m. 329 vd. anlamında anonim şirket olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken asgari unsurlardır (Bkz. ve karşı. MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, s. 296).

⁷⁴ Anonim şirketlerin uygulamada çok farklı görünümler taşıyabileceği hususunda bkz. ŞAHİN, s. 183 vd.

esnekliktedir” demektedir⁷⁵.

Türk Ticaret Kanununa bakıldığında, anonim şirketlerin sermayeye dayalı şirket olma özelliklerini bünyesinde barındırdığını söylemek mümkündür. Örneğin pay sahipliği statüsünün, konulan sermayeye göre belirlenmesi, bazı pay sahipliği hakları bakımından sermaye payının ölçü olması, payın serbestçe devredilebilirliği, seçilmiş organ ilkesi, şirketin sermayeye dayalı yapısını ön plana çıkaran unsurlardır⁷⁶. Ancak bir anonim şirkette, sunulan hukuki imkânlardan yararlanmak suretiyle bilinçli olarak⁷⁷ bu yapı değiştirilebilir. Dolayısıyla sermayeye dayalı yapıya istisna oluşturacak düzenlemeler de bizatihi kanun koyucu tarafından öngörülmüş ve buna hukuki zemin hazırlanmıştır.

Payın sadece belirli kişiler arasında el değiştirmesine imkân sağlayan bağlam hükümleri, pay sahipliği hakları bakımından imtiyaz öngörülebilmesi, pay sahipleri sözleşmelerinin akdedilmesi, şahsa dayalı yapıyı ön plana çıkarmaya zemin oluşturan hukuki imkânlardır⁷⁸. Pay sahiplerinin aynı zamanda yönetici pozisyonunda yer alması mümkündür⁷⁹. Bunların yanı sıra şirket borçları için pay sahipleri tarafından teminat verilmesi, şirket lehine bu kişiler tarafından kefalet sözleşmeleri akdedilmesi, az sayıda pay sahibinin bulunması, pay sahipleri arasında arkadaşlık, akrabalık ilişkilerinin bulunması, şahsa dayalı yapıya ağırlık kazandırabilecek unsurlardır⁸⁰. Ayrıca özellikle kapalı tipte aile şirketlerinde, bu şirketlere ait payları satın alacak kişilerin bulunması da kolay olmadığından pay devir serbestisi bulunsa dahi, bu imkân fiilen ortadan kalkmaktadır.

O halde, uyuşmazlığa konu şirkette, şahsi unsurların önem kazanması her

⁷⁵ TTK m. 329 gerekçesi.

⁷⁶ Bkz. ve karşı. MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, s. 299 vd.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 25 vd. 33. Şirketin sermayeye dayalı yapısını belirlemeye yarayan kıstaslar hakkında çeşitli açıklamalar için bkz. ŞAHİN, s. 283 vd.

⁷⁷ İsviçre hukuku bakımından bkz. ve karşı. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 49. Somut olaydaki şirket yapısının kişisel unsurlara dayanıp dayanmadığının özellikle şirket esas sözleşmesinin incelenmek suretiyle tespit edilebileceği yönünde bkz. ŞAHİN, s. 278.

⁷⁸ Şahsa dayalı yapının ön olana çıkarılmasına zemin oluşturan imkânlar hakkında bkz. ve karşı. MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, s. 304 vd.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 35 vd.; şahsi unsurlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ŞAHİN, s. 278.

⁷⁹ Bu hususta bkz. ŞAHİN, s. 278 vd.

⁸⁰ Bu hususta bkz. ŞAHİN, s. 278 vd.; ayrıca bkz. OTT, s. 51.

zaman ihtimal dâhilindedir. Kapalı anonim şirketlerde pay sahipleri, genellikle sınırlı sorumluluk ilkesinden istifade etmek amacıyla bu şirket türünü tercih etmektedir. Bu gibi durumlarda pay sahipleri arasındaki ilişkilerin yalnızca sermaye getiren kişiler arasındaki ilişkilerden farklılık arz ettiği ve bu kişilerin birbirlerine karşı anonim olmadıkları ortadadır⁸¹. TTK m. 531 hükmünde kullanılan “*haklı sebep*” kavramı somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gereğini ifade ettiğinden, pay sahipleri arasındaki ilişkinin niteliği göz ardı edilerek değerlendirme yapılması, soyutlama ve genellemeler ile sonuca varılması doğru olmayacaktır. Son olarak şahsi unsurların önem kazanmasının, yalnızca az sayıda pay sahibi bulunan kapalı tipte aile şirketlerine özgü bir durum olmadığı; istisnaen halka açık şirketler bakımından da bu sonuca varılabileceğini ilave etmek gerekir⁸². Ancak bunun tersi de mümkündür. Bir başka anlatımla kapalı tipte bir anonim şirkette sermayeye dayalı bir yapı da ön planda olabilir⁸³.

3. Şahsi Sebeplerin Dikkate Alınması Zorunluluğu

Anonim şirketlerin haklı sebeple feshini öngören TTK m. 531 hükmü, TMK m. 4 anlamında hâkime hakkaniyete göre karar verme yetki ve görevi yükleyen bir düzenlemedir⁸⁴. Bu düzenleme ile hem maddenin uygulanmasının şartlarını oluşturan olguların hem de maddenin uygulanması halinde hükmedilecek kararın nitelik ve kapsamının belirlenmesinde mahkemelere takdir yetkisi tanınmıştır⁸⁵. TMK m. 4 ile ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalara bakıldığında, hâkimin hakkaniyete göre karar vermesinin gerektiği hallerde amaç, somut olay adaletinin sağlanmasıdır ve karar kazuistik bir metod izlenerek alınır. Bazı anonim şirketlerde, şahsi unsurlar da önem kazanabileceğinden, haklı sebeplerin önceden belirli unsurlara hasredilmesi, özellikle pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan sebeplerin değerlendirme dışı bırakılması bu metod ile bağdaşmayacaktır. Davaya taraf olacak şirketlerin

⁸¹ YÜKSEL, s. 865.

⁸² Bu hususta bkz. ŞAHİN, s. 279. Malum üzere, TTK m. 1523 hükmünde ölçeklerine göre sermaye şirketleri hakkında düzenleme yapılmış olmakla beraber, bu maddeye göre küçük ölçekli şirket olmayı belirleyen ölçütlerin bir şirketin şahsa dayalı olarak yapıldığının tespitinde mutlak bağlayıcı bir kriter olarak esas alınması mümkün değildir. Ancak sebeplerinin haklılığının tespitinde, diğer unsurlarla birlikte dikkate alınabilecektir (ŞAHİN, s. 280).

⁸³ ŞAHİN, s. 284.

⁸⁴ TTK m. 531 hükmünde hâkime tanınan takdir yetkisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ŞAHİN, s. 339 vd.; ayrıca bkz. KILIÇ, s. 415.

⁸⁵ Bu hususta bkz. ŞAHİN, s. 343; YASAMAN, Hâkimin Rolü, s. 92.

özelliklerinin tüm ayrıntılarıyla önceden belirlemesi mümkün olmadığından soyut ve genel bir şekilde şahsi sebeplerin değerlendirme dışı bırakılması mümkün değildir.

Somut olay adaletinin sağlanması, feshi talep edilen anonim şirketin atipik yönleri de dâhil olmak üzere, hukuken önem arz eden tüm özelliklerinin dikkate alınmasıyla mümkün olabilir⁸⁶. İlgili şirkette pay sahiplerinin kişiliklerinin ön planda olması, pay sahiplerinin hukuki durumları, bunlar arasındaki ilişkinin yakınlığı, akrabalık, arkadaşlık gibi bağların bulunması, pay sahiplerinin şirket borçları dolayısıyla kefalet sözleşmesi yapmış veya teminat vermiş olmaları, payın devrinin mümkün olup olmadığı gibi hususlar, ileri sürülen olayların haklılığının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Çünkü bu durumlarda, pay sahipleri arasındaki iletişim kopukluğu, güven ortamının bozulması, ihanet gibi olgular, şirket ilişkisini çekilmez kılabilir⁸⁷.

Hâkim soyut ve genel bir şekilde kanunda hükme bağlanan örneğin pay devir serbestisinden hareketle değerlendirme yapmamalı, *hukuken* mevcut olan bu imkânın somut şirket bakımından *fîilen* kullanılabilir olup olmadığını da dikkate almalıdır⁸⁸. Çünkü sadece bu şekilde TMK 4 ile amaçlanan somut olay adaleti sağlanabilir. Bu noktada hâkimin şirketin kurulu olduğu ülkenin özelliklerini ve içinde bulunduğu kültürü de dikkate alarak değerlendirme

⁸⁶ Y. 11. HD., 2015/2939 E., 2016/937 K., 28.01.2016: “*Haklı nedenler kanunla tanımlanmadığı için her somut olayın özelliğine göre mahkemelerce takdir edilecektir*” (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, e.t.: 13.05.2019). Y. 11. HD., 2015/5040 E., 2015/11702 K., 09.11.2015: “*Bu sebeple mahkemece, davacılar tarafından şirketin feshi için ileri sürülen tüm hususların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve bunların şirketin feshi için haklı neden olup olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir*” (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, e.t.: 13.05.2019). Haklı sebep kavramının içeriği doldurulurken, feshi talep edilen somut şirketin özelliklerinin dikkate alınacağı konusunda yapılan çeşitli açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. ŞAHİN, s. 109, 110, 117, 122, 130, 134, 187, 293. İsviçre hukukundaki değerlendirmeler için bkz. HABEGGER, s. 63 vd. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 2 N 83’te, haklı sebebe atıf yapıldığı hallerde bir menfaat değerlendirmesi yapılması gerektiği, az sayıda pay sahibinden müteşekkil şahsa dayalı olarak yapılmış küçük bir şirkette, pay sahipleri arasındaki şahsi ilişkilerin öneminin göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir.

⁸⁷ Bkz. ve karşı. ÇAMOĞLU, s. 8.

⁸⁸ 6762 sayılı Kanun döneminde kaleme aldığı makalesinde, bazı sürekli sözleşmeler bakımından öngörülen haklı sebeple fesih olanağının, örneksene yoluyla anonim şirketlere teşmil edilemeyeceği düşüncesini savunan *Moroğlu*, görüşünün gerekçeleri arasında anonim şirketlerde pay sahibinin payını devretmek suretiyle şirketten ayrılmasının “*hukuken*” mümkün olduğuna, bu olanağın günlük hayatta güçlük arz etmesinin ayrı ve uygulamaya ilişkin bir sorun olduğuna değinmektedir (MOROĞLU, (1978), s. 97 vd.).

yapması gerekir⁸⁹. Şahsi unsurların dikkate alınması keyfi bir şekilde karar verildiği anlamına gelmez; aksine TTK m. 531'in uygulanması bakımından ferdileştirme yapılması gereğinin bir sonucudur⁹⁰. Çünkü şahsi sebepler, şirketin hukuki ve fiili yapısı sebebiyle birinde pay sahipleri bakımından önem arz etmezken; bir başka şirkette pay sahipleri bakımından ilişkiyi çekilmez hale getirebilir⁹¹.

Yukarıda kısaca işaret edildiği üzere, kanun koyucu tarafından belirli bir şirket tipinin esas alındığı, bunun «çok pay sahipli» ve «sermayeye dayalı olarak yapılanmış» bir anonim şirket olduğu kabul edilse dahi, anonim şirketler hukuku düzenlemelerin sunduğu esneklik sebebiyle uygulamada bu şekilde tasvir edilen kanuni tipten uzaklaşan yapılanmaların bulunması ihtimal dâhilindedir⁹². Tipoloji öğretisi çerçevesinde anonim şirketlere ilişkin kanun hükümleri yorumlanırken, kanun koyucu tarafından model alınan şirket tipinin mi dikkate alınacağı yoksa uyumsuzluğa konu şirketin özelliklerinin mi dikkate alınacağı hususu tartışılmış olup, bu hususta görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır⁹³. Bir görüş, kanuni düzenlemelerin kanuni tip dikkate alınarak yorumlanacağı yönündedir. Bu görüşe üstünlük tanındığında, TTK m. 531'de hükme bağlanan “haklı sebep” kavramının da çok pay sahipli ve sermayeye dayalı olarak yapılanmış bir anonim şirketin özellikleri dikkate alınarak doldurulacağı, bu anlamda şahsi sebeplerin haklı sebep değerlendirilmesinde herhangi bir rol oynamayacağı düşünülebilir; ancak TTK m. 531'de kullanılan haklı sebep kavramı bu türden bir yoruma engel teşkil etmektedir.

Kanun koyucu tarafından dikkate alındığı varsayılan tipin, kanun hükümlerinin yorumunda taşıyacağı anlam hakkındaki tartışmalara daha ayrıntılı girmeksizin, TTK m. 531'in uyumsuzluğa konu şirketin özelliklerinin dikkate alınması konusunda bir emir verdiğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla kanun hükümlerinin ancak kanun koyucu tarafından tasavvur edilen şirket modeli dikkate alınarak yorumlanacağı düşüncesi savunulsa dahi, bu düşüncenin TTK m. 531 hükmünde geçen “haklı sebep” kavramının

⁸⁹ Bkz. ÇAMOĞLU, s. 9.

⁹⁰ Ferdileştirme yetki ve görevi hakkında bkz. yukarıda Başlık II, C, 1, a.

⁹¹ Haklı sebebin her somut olaya göre ayrı ayrı belirleneceği, örneğin az ortaklı bir anonim şirket için haklı sebep olarak nitelendirilecek olguların çok ortaklı bir şirketin feshini haklı göstermeyebileceği yönünde bkz. ÇELİK, (2009), s. 569; ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 277; ÇAMOĞLU, s. 8.

⁹² İsviçre hukuku bakımından bkz. HABEGGER, s. 63.

⁹³ Tartışmalar için bkz. HABEGGER, s. 63 vd.

içeriğinin doldurulması bakımından devam ettirilmesi olanağı yoktur. Çünkü bu kavram hâkime davalı şirketin özelliklerinin dikkate alınması yönünde bir yükümlülük yüklemektedir. Bu zorunluluk TTK m. 531 hükmünde kullanılan haklı sebep kavramı ve bu kavramın içeriğinin nasıl doldurulacağına ilişkin esasları düzenleyen TMK m. 4 hükmünden kaynaklanmaktadır⁹⁴. Somut olay adaletinin sağlanması ve objektif olarak duruma en uygun kararın verilmesi, ancak davalı şirketin özelliklerinin dikkate alınması suretiyle gerçekleşir⁹⁵.

Takdir yetkisinin kullanılmasının ve bunun neticesinde kurulacak hükmün «*kanunun temelinde yatan değer ve düşüncelere*» aykırı olmaması gerektiğine yukarıda işaret edilmişti. Bu sebeple haklı sebep kavramının içeriği doldurulurken, kanunun temelinde yatan değerlerin dikkate alınacağı, anonim şirketlerin sermayeye dayalı yapısını gösteren kanuni düzenlemelerin bulunduğu şeklinde bir itiraz akla gelebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığa konu şirketin atıf yönlerinin de değerlendirmeye katılması zarureti, kanunun dayandığı düşünce ve değerlere aykırılık teşkil etmez. Bunun Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlere ilişkin münferit düzenlemelerinden veya kanunlaşma sürecine ilişkin materyallerden anlaşılması mümkündür.

Öncelikle Türk kanun koyucusu, belirli, tanımlanmış bir anonim şirket tipinin kanunî tip olarak kabul edilmemiş bulunduğunu, esas tipin halka açık veya kapalı şirket olmadığını, bu açıdan sınırlayıcı bir yaklaşımının bulunmadığını ifade etmiştir⁹⁶. Kanunun gerekçesinden küçük şirketlerin⁹⁷,

⁹⁴ Tip öğretisi çerçevesinde yapılan tartışmaların şahsi sebeplerin haklı sebep kavramının somutlaştırılması bakımından nasıl bir etkisi olacağı konusunda katkı sunmadığı, hakkaniyete göre karar verilmesi zorunluluğunun somut şirketin özelliklerinin dikkate alınmasını gerektirdiğini, bu şekilde İsviçre Medeni Kanunu m. 4 anlamında somut olay adaletinin sağlanacağını, anonim şirketin haklı sebeple feshi bakımından şahsi sebeplerin dikkate alınmasının, dogmatik açıdan tip öğretisi tartışmalarının değil, fesh davasında alınacak hakkaniyet kararının bir sonucu olduğu yönünde bkz. HABEGGER, s. 67. Şirket tipinin dikkate alınması gereğinin hakkaniyet ilkesinin bir sonucu olduğu yönünde bkz. ŞAHİN, s. 342.

⁹⁵ İsviçre hukuku bakımından bkz. HABEGGER, s. 67. Bu hususta bkz. ve karşı. HRUBESCH/BOSSHARDT, N 02.277.

⁹⁶ Bkz. TTK m. 338 gerekçesi. Kanun gerekçesi bağlayıcı olmamakla birlikte bunun, Kanunun dayandığı değer ve düşüncelerin tespitinde dikkate alınabileceğinde beis yoktur.

⁹⁷ Yürürlükten kalkan 351. madde gerekçesi, 359, 400. madde gerekçesi.

aile şirketlerinin⁹⁸, kapalı şirketlerin⁹⁹ özelliklerine ve ihtiyaçlarına ilişkin açıklamalara yer verildiği görülmektedir¹⁰⁰. Gerekçede yer alan ifadelerden başka, kanunda kapalı şirketler için özel hüküm konulmuş (TTK m. 487), ölçeklerine göre şirketler arasında ayırım yapılmıştır (TTK m. 1523). Tek pay sahipli anonim şirketler hakkında özel düzenlemeler öngörülmüştür (TTK m. 338/2, 371/6, 408/3).

Haklarında öngörülen özel kanun hükümleri veya TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, çok pay sahipli ve sermayeye dayalı olarak yapılmış anonim şirketler ile az sayıda pay sahibinden oluşan ve şahsi unsurları ön planda olan anonim şirketler aynı kanuni hükümlere tâbidir¹⁰¹. Ancak kanun koyucunun çok pay sahipli ve sermayeye dayalı bir şirket olarak tasavvur edilen kanuni tipe nazaran, atipik olarak nitelendirilebilecek şirketlerin de ihtiyaçlarını dikkate alma çabası olduğu yukarıda görülmektedir. O halde, şahsi sebeplerin, pay sahiplerinin kişiliklerinin öne çıktığı şirketlerde, haklı sebep değerlendirmesinde dikkate alınması kanunun temelinde yatan düşünce ve değerlere ters düşmemektedir. Şahsi sebepler diğer sebepler ile birlikte değerlendirmeye katılabileceği gibi, duruma göre tek başında da haklı sebep oluşturabilir.

İsviçre Federal Mahkemesinin eski tarihli bir kararında, pay sahipleri arasındaki şahsi ilişkilerin şahıs şirketleri bakımından önemli olduğu, buna

⁹⁸ Örneğin bölünmeye ilişkin genel açıklamalarda “*Bölünme; aile ortaklıklarında, mirasın paylaşımında, iki veya üç gruplu ortaklıklarda sorunları (ihtilâfları) çözmek amacıyla da kullanılabilir*” ifadelerine yer verilmiş; 338. madde gerekçesinde: “*Başarılı ve yerleşik kimi aile şirketlerini tek kişilik anonim şirketin sunacağı olanaklarla dağılmaktan ve kaybolmaktan kurtulmaları bu örgütlenme şekliyle mümkün olabilecektir*” denilmiştir. Ayrıca bkz. 402. madde gerekçesi. Adalet Komisyonu raporunda 147. madde ile ilgili olarak, “*Küçük ölçekli şirketlerin ailevi karakteri ve çoğunlukla birbirlerini yakından tanıyan kişilerce kuruldukları gerçeği sakıncaları kısmen ortadan kaldırılabirirse de aynı sonuca orta ölçekli şirketlerde varmak kolay değildir*”; 359. madde ile ilgili olarak “*Anadolu’da geleneksel aile şirketlerinin çoğunlukta olması; bunların ortaklarının ve yöneticilerinin de çoğunlukla yükseköğrenim görmemiş olması ve bir girişimcinin kendi kurduğu şirketin yönetim kurulunda yer alamamasının Anayasa’nın çalışma ve teşebbüs hürriyetini düzenleyen maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle Komisyonumuzca değişiklik yapılmıştır*” denilmiştir.

⁹⁹ Bkz. m. 129, 142, 166, 332, 344, 402. madde gerekçeleri ve yürürlükten kalkan 351. madde gerekçesi.

¹⁰⁰ Kanun koyucu tarafından farklı şirket tiplerinin özelliklerinin dikkate alındığını gösteren başkaca maddeler için bkz. KAŞAK, s. 272 vd.

¹⁰¹ Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanmasında bankalar bakımından yapılan bir değerlendirme için bkz. CAN, s. 34 vd.

karşılık anonim şirketlerde geri planda olduğu gerekçesiyle şirketin feshine yol açacak mahiyet arz etmeyeceği ifade edilmiştir¹⁰². Buna karşılık Mahkemenin 105 II 114 künyeli kararında¹⁰³, küçük aile şirketleri söz konusu olduğunda, pay sahipleri arasındaki ilişkilerin tamamen gözardı edilemeyeceği belirtilmiştir¹⁰⁴. 126 III 266 künyeli kararda ise, “çoğunluk pay sahibinin hâkim konumunu sürekli olarak kötüye kullanmasının tipik bir fesih sebebi oluşturduğu doğru olmakla beraber, İsvBK m. 736/4’ün uygulama alanı, çoğunluk pay sahibinin kötünietli davranışlarına karşı azınlık pay sahiplerinin korunması ile sınırlı değildir....Bu denli sınırlayıcı bir yorum, yargısal feshi, kavramın kapsamını ortaya koymaksızın haklı sebeplerin varlığına bağlayan İsvBK m. 736/4’ün metnine dayandırılmaz. Bu nedenle şirketin devamlılığının çoğunluk pay sahibinin hâkim konumunu kötüye kullanması dışındaki başka koşullar nedeniyle azınlık pay sahibi için çekilmez olabilmesi tümüyle anlaşılabilir bir durumdur...Bu bakımdan, kişisel unsurlar/özellikler, –özellikle aile ortaklığı niteliği öne çıkan küçük şirketlerde- en azından ortaklık ilişkilerinin devamını nesnel ve sürekli şekilde çekilmez kıldığı durumda menfaatlerin değerlendirilip tartılmasında bir işlev görebilir”¹⁰⁵ ifadelerine yer vermiştir.

Haklı sebep, en yalın haliyle “ilgilinin mevcut haliyle şirket ilişkisine devamını dürüstlük kuralına göre çekilmez kılan olay veya olaylar” şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁶. Bu kısa tanımdan da anlaşılacağı üzere, ileri sürülen olayların, bir şekilde şirket ilişkisine etki etmesi¹⁰⁷ ve şirket ilişkisini çekilmez

¹⁰² BGE 67 II 164 (Karar hakkında bkz. HABEGGER, s. 66).

¹⁰³ BGE 105 II 114, E 7b (anılan karar hakkında bkz. RÜZGAR, s. 42 vd.).

¹⁰⁴ İsviçre Federal Mahkemesi kararları ve öğreti görüşleri hakkında bkz. ŞAHİN, s. 186 vd.

¹⁰⁵ Kararın çevirisi için bkz. UZEL, 311 vd. Ayrıca bkz. RÜZGAR, s. 55 vd.; karar hakkında bkz. YASAMAN, Haklı Nedenle Fesih, s. 717, 722 vd. STOFFEL (ÇEVİREN ÇİVİ), s. 133: “Her ne kadar şahsi etkenler anonim şirketler hukuku ile bağlantı kurulmasında kendine yer bulamazken; bu esaslı etkenlere şahsi bir etken eklemek gerekir. Bir azınlığın dava yoluyla şirketin feshedilmesinde kişisel ilişkiler o denli ağırlıklı olabilir ki bunlar doğrudan önemli sebep teşkil edebilir. Önemli sebeple şirketin feshi, pay sahipleri arasında de facto bir bağımlı güven ilişkisinin olduğu sınırlı pay sahiplerinden oluşan şirketlerde tipik olarak uygulama alanı bulmaktadır. Son mahkeme uygulamaları, böylesi durumlarda fesih davalarının tashih işlevinin altını çizmektedir”.

¹⁰⁶ Y. 11. HD., 2014/18024 E., 2015/12808 K. 01/12/2015 (Yargıtay Karar Arama, e.t. 21.05.2019): “Ana öge ortaya çıkan sebebin ortaklığın yaşamasını imkânsız hale getirmesidir”. ÇAMOĞLU, s. 6: “...şikâyet konusu maddi olgular; davacı ortağın şirkette devamını çekilmezlik düzeyine ulaştırmış olmalıdır. Haklı sebebin bunun dışında temel unsuru yoktur”. Haklı sebep kavramı, anonim şirketler bakımından öğretilerde çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Bu tanımlar ve Yazar’ın kendi tanımı için bkz. ŞAHİN, s. 108 vd.

¹⁰⁷ SELİÇİ, s. 193: “Olgular her halde haklılık açısından değerlendirilmek için asgari şart olarak

kılması gerekir¹⁰⁸. Şirketin işleyişine herhangi bir şekilde olumsuz etki etmeyen veya ilişkiyi çekilmez kılacak ağırlığa ulaşmayan şahsi sebepler, TTK m. 531'in uygulanması sonucunu doğurmaz. Anonim şirketin haklı sebeple feshi davalarında, çoğunluğun gücünü kötüye kullanması, kötü yönetim gibi olguların haklı sebep değerlendirilmesinde dikkate alınacağında şüphe yoktur. Ancak haklı sebep kavramının yalnızca bu hallere münhasır kılınması da mümkün görülmemelidir. Çoğunluğun gücünü kötüye kullanması dışında, şirket ilişkisini çekilmez kılan başka olay ve olgular da söz konusu olabilir ki, bunlar arasına pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan sebeplerin ilhak edilmesi gerekir. Şahsi sebeplerin, şirketin işleyişine etki ederek ilişkinin mevcut haliyle devamını objektif ve sürekli olarak çekilmez hale getirmesi durumunda haklı sebep değerlendirmesinde dikkate alınması gerekir.

Haklı sebep kavramının içeriği doldurulurken, ileri sürülen olayların, şirket ilişkisine devamı TMK m. 2 uyarınca çekilmez kılıp kılmadığına bakılması gerekir. Şahsi sebepler duruma göre, özellikle küçük bir pay sahibi çevresine sahip olan anonim şirkette ilişkiye devamı çekilmez hale getirebilir. Türkiye'de 2014 yılı Haziran ayında kurulan toplam 839 anonim şirketin pay sahibi sayısına baktığımızda, 396'sının tek pay sahipli, 252'sinin 2 pay sahipli, 98'inin 3 pay sahipli, 46'sının 4 pay sahipli, 18'inin 5 pay sahipli olarak kurulduğu görülmektedir. Bu şirketlerden yalnızca 5'i 10'dan daha fazla kişi ile kurulmuştur¹⁰⁹. Böyle bir yelpaze içerisinde TTK m. 531'in uygulanması bakımından şahsi sebeplerin, diğer sebepler ile birlikte veya tek başına haklı sebep oluşturması her zaman ihtimal dâhilindedir.

Davacı pay sahipleri tarafından ileri sürülen bir olayın salt pay sahiplerinin şahsından kaynaklanması veya pay sahipleri arasındaki ilişkilere dair olması, bu olayların doğrudan değerlendirme dışı bırakılmasına gerekçe gösterilemez. Bu olayların şirket ilişkisini çekilmez kılıp kılmadığının, somut şirketin yapısı dikkate alınarak cevaplanması gerekir. Sermayeye dayalı yapısı ön planda olan bir anonim şirkette, şirketin bu yapısı sebebiyle diğer pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan olay ve olguların ilişkiyi çekilmezlik seviyesine getirmeyeceği sonucuna varılabilir. Buna karşılık aynı olay ve olguların,

sürekli borç ilişkisi üzerinde etkili görülebilmelidir". Ayrıca bkz. ŞAHİN, s. 190.

¹⁰⁸ Haklı sebep kavramı hakkında bkz. ve karşı. SELİÇİ, s. 193.

¹⁰⁹ Bkz. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan Haziran 2014 “*Şirket İstatistikleri Bülteni*” verileri, s. 4. [http://icticaret.ticaret.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20\(Haziran-2014\).pdf](http://icticaret.ticaret.gov.tr/data/5315a212487c8e0fd48d2262/%C5%9Eirket%20%C4%B0statistikleri%20B%C3%BClteni%20(Haziran-2014).pdf)

şahsi unsurları ağır basan anonim şirketlerde şirket ilişkisini çekilmez hale getirmesi mümkündür. Bu son halde, pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan sebeplerin göz ardı edilmesi; hâkimin hakkı dağıtmaktan kaçınması, TMK m. 4 ile kendisine yüklenen görevi ifa etmemesi anlamına gelir.

Öğretide TTK m. 531'in uygulanması ile ilgili olay gruplandırmaları yapıldığına yukarıda işaret edilmişti¹¹⁰. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, daha evvel ilgili hükmün uygulanması bakımından yargı organları ve öğreti tarafından uygun görülmüş ilke ve esasları, olay gruplarını dikkate almalıdır. Bu davranış biçimi, TTK m. 531'in uygulanması bakımından hukuki güvenlik ilkesinin sağlanmasına hizmet edecektir¹¹¹. Ancak uygulamada ortaya çıkan olay gruplarının, mutlak bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu sebeple hâkim önceden belirlenen ilke ve esaslara mutlak bir şekilde bağlı kalmak endişesi içerisinde olmamalı, somut olayın karara etki edecek tüm özelliklerini dikkate alarak, somut olay adaletinin tecelli etmesini amaçlamalıdır. Dolayısıyla her somut olay bakımından yeniden menfaat değerlendirilmesi yapılması gerekir¹¹².

III. Sonuç

Anonim şirketlerin haklı sebep feshini düzenleyen TTK m. 531, 6102 sayılı Kanun ile Türk hukukuna girmiş önemli bir hükümdür ve şirketin işleyişinden memnun olmayan pay sahipleri bakımından etkin bir hukuki çare sunmaktadır. Madde metninde fesih davasının açılması, “*haklı sebepler*”in mevcudiyetine bağlanmıştır. Uygulamada ve öğretilerde çoğunluğun konumunu kötüye kullanması, şirketin kötü yönetimi gibi olay ve olguların haklı sebep değerlendirilmesinde dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan veya bu kişiler arasındaki ilişkilerden doğan olay ve olguların haklı sebep değerlendirilmesinde dikkate alınıp alınamayacağı hususunda ise ayrışık fikirler bulunmaktadır. Şahsi sebeplerin haklı sebep kavramının içeriğinin doldurulmasında dikkate alınamayacağı düşüncesine gerekçe olarak, özellikle anonim şirketlerin sermayeye dayalı bir yapıya sahip olması gösterilmektedir.

¹¹⁰ Bkz. yukarıda başlık I.

¹¹¹ İçtihatlar ve haklı sebeplerin tespitine ilişkin genel değerlendirmelerin hâkime rehberlik edeceği ve bu şekilde hukuki güvenlik ilkesine hizmet edeceği yönünde bkz. ŞAHİN, s. 342, dipnot 107.

¹¹² ÇAMOĞLU, s. 9: “*Yargıç, somut olayın verilerine göre her dosyada kendi içtihadını oluşturacaktır*”.

Anonim şirketlere ilişkin kanuni düzenlemelere bakıldığında, bu şirketlerin sermayeye dayalı bir yapıya sahip olduğu görülebilir; hatta bu şirketlerin sermaye şirketi olarak nitelendirilmesi de bununla yakından ilgilidir. Ancak bu durum, anonim şirketlerde şahsi unsurların da önem kazanabileceği esasını değiştirmemektedir. Özellikle pay sahiplerinin sayısının az olması, bu kişiler arasında akrabalık, arkadaşlık gibi ilişkilerin bulunması, pay devir olanaklarının sınırlandırılmış olması veya pay devrinin fiilen mümkün olmaması, pay sahipleri arasında pay sahipleri sözleşmeleri akdedilerek ek yükümlülükler getirilmesi, bir şirkette şahsi unsurların öne çıkmasına zemin oluşturabilir. Ayrıca bağlam ve imtiyazlara ilişkin düzenlemeler, sermayeye dayalı yapıdan sapmaya izin vermektedir.

TTK m. 531’de yer verilen haklı sebep kavramı, metodolojik bakımından TMK m. 4 uyarınca doldurması gereken bir kavramdır. TMK m. 4 çerçevesinde hâkimin somut olaya objektif olarak en uygun kararı vermesi, bunun için de somut olayın hukuken önem arz eden tüm yönlerini dikkate alması gerekir. TTK m. 531’in uygulanmasında, soyut ve genel bir şekilde şahsi sebeplerin dışlanması, maddede öngörülen haklı sebep kavramı ve bu kavramın doldurulmasına ilişkin TMK m. 4 ile öngörülen metod ile bağdaşmamaktadır. TMK m. 4 uyarınca verilecek hakkaniyet kararları ile somut olay adaletinin sağlanması amaçlanmıştır. Davalı şirketin yapısına göre, pay sahiplerinin şahsından kaynaklanan sebepler de şirket ilişkisini çekilmez kılabilir. Bu sebeple TTK m. 531’in uygulanma şartının oluşup oluşmadığının tespitinde, davalı şirketin yapı ve özellikleri dikkate alınarak ileri sürülen şahsi sebeplerin şirketin işleyişine etki ederek ilişkinin mevcut haliyle devamını objektif ve sürekli olarak çekilmez hale getirip getirmediği incelenmelidir.

KAYNAKÇA

AKER, Halit: “*Anonim ve Limited Şirketlerde Ortaklık Sıfatının Sona Ermesi ve Özellikle Haklı Sebep Fesih Davasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 32, Sayı: 1, Yıl 2016, s. 63-150.

AKYOL, Şener: **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.

- ALTAŞ, Hüseyin: **Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK. mad. 1-7)**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- AMSTUTZ, Kathrin: “*Entscheiden nach «Recht und Billigkeit»- ein zivil- und öffentlichrechtlicher Blick auf Art. 4 ZGB*”, **Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)**, 2012 I, s. 309-335.
- ANSAY, Tuğrul: **Anonim Şirketler Hukuku**, Altıncı Bası, Olgaç Matbaası, Ankara, 1982.
- ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: **Medeni Hukuk**, Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, Legal, İstanbul, 2016.
- ARSLANLI, Halil: **Anonim Şirketler, I Umumi Hükümler**, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960.
- AYAN, Özge: “*Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeplerle Feshi Davası (531. Madde)*”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 102, s. 2237-2266.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYOĞLU, Tolga: “*Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi*”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Günü Sempozyumu, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2013/2, s. 219-249.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora, Bursa, 2013.
- CAN, Mehmet Çelebi: “*Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, Y. 2016, Sa. 1, s. 27-64.
- ÇAĞLAR, Hayrettin/KAŞAK, Esra: “*Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshine İlişkin TTK m. 531 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 3, Yıl 2016, s. 659-686.
- ÇAMOĞLU, Ersin: “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshinde Hâkimin Takdir Yetkisi*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXXI, Sayı 1, Yıl 2015, s. 5-19.

- ÇELİK, Aytekin: “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, (Prof. Dr. Reha Poroy’un Anısına Armağan), Cilt XXV, Sayı 4, Yıl 2009, s. 559-592. [Çelik, (2009)]
- ÇELİK, Aytekin: **Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016. [Çelik, (2016)]
- DESCHENAUX, Henri: **Schweizerisches Privatrecht II: Einleitung und Personenrecht**, Verlag von Helbing & Lichtenhahn, Bern-Stuttgart, 1967.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat: **Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri**, 9. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- EDİS, Seyfullah: “*Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 30, Sayı 1, Yıl 1973, s. 169-196.
- ERDEM, Nuri: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: **Schweizerisches Aktienrecht**, Stämpfli Verlag, Bern, 1996.
- FORSTMOSER, Peter/VOGT, Hans-Ueli: **Einführung in das Recht**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008.
- GMÜR, Max: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band I: Gmür, Einleitung- Hefter, Personenrecht: Schweizerisches zivilgesetzbuch: Einleitung Personenrecht**, Verlag von Stämpfli Verlag, Bern, 1919.
- HABEGGER, Philipp: **Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen**, Stämpfli Verlag, Bern, 1996.
- HAUSHEER, Heinz/JAUN, Manuel: Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1-10 ZGB, **SHK- Stämpflis Handkommentar**, 1. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2003.
- HONSELL, Heinrich: **Zivilgesetzbuch I. Basler Kommentar**, Art. 1-456 ZGB, Geiser, Thomas/Fountoulakis, Christiana (Hrsg.), 6. Auflage,

Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2018.

HRUBESCH, Stephanie/BOSSHARDT, Martina: **Einleitungsartikel und Personenrecht**, Hofer, Sibylle, Hrubesch-Millauer, Stephanie, Schulthess Juristische Medien AG, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: “*Der Billigkeitsentscheid nach Art. 4 ZGB*”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)** 149/2013, s. 469-491. [Hrubesch-Millauer, (2013)]

HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, **BK-Berner Kommentar** Band/Nr.I/1, Hrsg: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012. [Hrubesch-Millauer, (2013)]

HÜRLIMANN-KAUP, Bettina/SCHMID, Jörg: **Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht**, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2010.

İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: **Anonim Şirketin Haklı Sebep Feshi**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KAŞAK, Fahri Erdem: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019 (KAŞAK, F. E.).

KAŞAK, Esra: **Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018.

KILIÇ, Fatoş: “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasında Alternatif Bir Çözüm Olarak Bölünme*”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 409-431.

MEIER-HAYOZ, Arthur/RUOSS, Reto: **Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10)**, 3. Auflage, Zürich, 1979.

MEIER-HAYOZ, Arthur/SCHLUEP, Walter R./OTT, Walter: “*Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht*” **Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)**, 90/1971, s. 293-338.

MEIER-HAYOZ, Arthur: Einleitung und Personenrecht, Artikel 1-10 ZGB,

Berner Kommentar, Band I, Stämpfli Verlag, Bern, 1962.

MIDDENDORF, Patrick/GROB, Beatrice: Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB-PartG, Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (Hrsg.), **CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

MOROĞLU, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Azınlık Pay Sahiplerinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih” **Makaleler**, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 93-107. (Bu makale ayrıca Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 463-477'de yayımlanmıştır). [Moroğlu, (1978)].

MOROĞLU, Erdoğan: “Anonim Ortaklıkta Fesih, İnfisah ve Tasfiye”, **Makaleler**, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 311-318 (Bu makale ayrıca 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, 1997, s. 204-211'de de yayımlanmıştır). [Moroğlu, (1997)].

NOMER ERTAN, Fusun: “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası -TTK m. 531 Üzerine Düşünceler-“ **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 73, Sayı 1, Yıl 2015, s. 421-440.

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

ORUÇ, Murat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıktan Haklı Sebeple Fesih İstemine Bağlı Çıkarılma”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXVII, Sayı 1, Yıl 2011, s. 209-233.

OTT, Walter: **Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts**, Verlag Stämpfli&Cie AG, Bern, 1972.

ÖNDER, Mehmet Fahrettin: “Anonim Şirketlerde Azınlığın Haklı Nedenlerle Şirketin Feshini İsteme Hakkı Üzerine Düşünceler” **Süleyman Demirel Üniversitesi, İİBF Dergisi**, Sayı 2, Yıl 1997, s. 279-298.

ÖZTAN, Bilge: **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 36. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

PFAFFINGER, Monika: **Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Böhler, Andrea/Jakob, Dominique (Hrsg.) 2. Auflage,

Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.

PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

RIEMER, Hans Michael: **Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**: Art.1-10 ZGB, 2. Auflage, Stampfli Verlag AG, Bern, 2003.

RÜZGAR, Eser: “*Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi*”, **İstanbul Ticaret Odası Regesta Dergisi**, Cilt 3, Sayı 3, Yıl 2013/3, s. 31-67.

SCHWANDER, Ivo: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, **OFK-Orell Füssli Kommentar**, 3. Auflage, Kren Kostkiewicz, Jolanta/Wolf, Stefan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.

SELİÇİ, Özer: **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

STOFFEL, Walter A.: “*İsviçre Şirketler Hukukunda Yeni Eğilimler*”, **İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı**, Editör: Ali Çivi, İstanbul, 2007.

SUMER, Ayşe: “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi*” **Marmara Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi**, Cilt XXVIII, Sayı 1, Yıl 2010, s. 171-181.

ŞAHİN, Ayşe: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

ŞENER, Oruç Hami: **Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

TEKİNALP, Ünal (POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin): **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

TEKİNALP, Ünal: “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları*”, **Ersin ÇAMOĞLU’na Armağan**, Yayına Hazırlayan: Erol Ulusoy, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

TEKİNAY, Selahaddin Sulhi: **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek**

Kişiler Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch begründet von Peter Tuor**, 13. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG Verlag, Zürich, 2009.

TURGUT, Duygu: “*Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi*”, <https://tokkder.org/tokkder-dergi/4125> (Erişim tarihi: 22.12.2018).

UZEL, Necdet: “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasında Kârlılık Durumu ve Sermaye Kaybının İşlevi-İstisnai Bir Vakanın Çözümü “Grumser Kararı”-”* **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XXX, Sayı 4, Yıl 2014, s. 311-322.

YASAMAN, Hamdi: “*Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi*”, **İsviçre Borçlar Kanununun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul, 2009, s. 713-733. (Yasaman, Haklı Nedenle Fesih).

YASAMAN, Hamdi: “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ’nda Hâkimin Genişleyen Rolü*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 25, Sayı 4, Yıl 2009, s. 73-94, (Yasaman, Hâkimin Rolü).

YILMAZ, Abdüssamed: “*Yargıtay 11 HD., 02.06.2014 T., 3669 E. / 10238 K. Kararının İsviçre Doktrini ve Federal Mahkeme Kararları Işığında Değerlendirilmesi*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 3081-3089.

YÜKSEL, Sinan, H.: “*Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davasında Davalı Sıfatı Üzerine Düşünceler*”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 863-881.

GENEL İŞLEM KOŞULLARININ YORUMLANMASI (TBK m. 23)

Fahri Erdem KAŞAK*

ÖZ

Genel işlem koşulları; sırasıyla yürürlük, yorum ve içerik denetiminden geçirilir. Genel işlem koşulunun anlamı hususunda sözleşme tarafları arasındaki uyumsuzluğun yorum yoluyla çözümlenmesi gerekir. Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, birden çok anlama geliyorsa, TBK m. 23 hükmü çerçevesinde düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine olacak şekilde yorumlanır. Ancak genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması hâlinde aynı esas uygulanamaz. Bu durumda, TBK m. 23 düzenlemesinin aksine, ilgili genel işlem koşulunun geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir. Genel işlem koşulunun birden çok anlama gelmesi hâlinde muhatabın lehine yorum kuralı, talî nitelikte olup sadece mutad yorum yöntemleriyle yorum uyumsuzluğu giderilemezse uygulanabilir.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem koşulları, yorum, birden çok anlama gelme, açık ve anlaşılır olmama, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorum.

INTERPRETATION OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS (Art. 23 TCO)

ABSTRACT

General terms and conditions are subject to validity, interpretation and content controls respectively. The dispute between the contracting parties on the meaning of a general term and condition shall be resolved by interpretation. If a provision of general terms and conditions has more than one meaning, the meaning in favor of the other party should be preferred according to Art. 23 TCO. However if the meaning of a general term and condition is not clear and understandable, the same principle cannot be applied. In this case, the general term and condition ought to be accepted invalid against the regulation of Art. 23 TCO. Interpretation against the party drawing up contract and in favor of other party rule is of secondary nature and can only be applied if the interpretation discrepancy cannot be resolved by the usual interpretation methods.

Key Words: General terms and conditions, interpretation, having more than one meaning, not being clear and understandable, interpretation against the party drawing up contract and in favor of other party.

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı. **e-posta:** fahri.kasak@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0001-5103-4866

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609053

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/07/2019

GİRİŞ

19. yüzyılda ortaya çıkması nedeniyle çoğu hukukî kuruma göre yeni olarak nitelendirilebilecek genel işlem koşulları¹, uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır. Eskiden sadece tüketici hukuku içerisinde² değerlendirilen ve yalnızca taraflardan birinin tüketici olduğu sözleşmelerle sınırlı olarak uygulanan genel işlem koşulları; TBK'nin 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte tüm borç ilişkilerine uygulanabilir bir konuma kavuşmuştur.

Bilhassa Alman hukukunda kapsamlı bir şekilde incelenen genel işlem koşulları, ilk olarak AGBG ile düzenlenmiştir³. Anılan kanunun hükümleri, daha sonra BGB'nin modernleştirilmesi kapsamında §§ 305-310 hükümleri olarak BGB metnine alınmıştır. İsviçre hukukunda ise böyle genel bir kanunî düzenlemeden bahsedebilmek mümkün değildir⁴. Nitekim TBK'de genel

¹ Genel işlem koşullarının tarihi gelişimine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. SCHULER, s. 24-48. Öğretide ve uygulamada yerleşmiş olan “genel işlem şartları” kavramının kanun koyucu tarafından niye tercih edilmediği izaha muhtaçtır. Aynı doğrultuda bkz. ATAMER, (2012), s. 9 dn. 1.

² Bu bakımdan “sözleşmedeki haksız şartlar” kenar başlığına sahip eTKHK m. 6 hükmü belirtilmelidir. 28.05.2014 itibarıyla yürürlüğe giren TKHK ise “tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar” kenar başlıklı m. 5 hükmüyle, benzer şekilde sadece tüketici sözleşmeleri bakımından genel işlem koşullarını düzenlemiştir. Öte yandan eski tarihli Yargıtay kararlarında da genel işlem koşulları meselesi ele alınmış ve kanunî bir düzenleme bulunmasa bile hâkimin genel işlem koşullarına müdahale edebileceği belirtilmiştir. Örnek olarak bkz. Yarg. 3. HD, T. 02.06.1998, E. 1998/4263, K. 1998/6098: “Prensip olarak Türk hukukunda genel işlem şartları hakkında önceden idari kontrolün veya sonradan yargı kontrolünün yapılmasını öngören bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda genel işlem şartlarındaki kayıtların kontrolü, ancak dava halinde, özellikle kayıtların yorumu, tamamlanması ve değiştirilmesi veya geçersiz sayılması hâkimin görevine dâhil olmaktadır. Gerek Ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkemeler içtihatları ile bilimsel öğretisinde, genel işlem şartlarının uyumsuzluk halinde hâkim tarafından kontrolünde, açık olmayan kayıtların geçersiz, şaşırtıcı kayıtların ise sözleşmenin içeriğinden sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki hükümlere aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.”

³ 09.12.1976 tarihinde çıkarılan AGBG, 01.04.1977 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı BGB değişikliklerine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu hususta bkz. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 53; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23 N 8.

⁴ İsviçre hukukunda, Alman hukukunun aksine kapsamlı bir genel işlem koşulları kanunu veya düzenlemesi bulunmadığı yönünde bkz. HUGUENIN/MEISE, Art. 19-20 N 23; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23 N 8; KOLLER, N 23.01. Genel işlem koşulları bakımından İsviçre hukukundaki yegâne düzenlemenin 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Art. 8 UWG olduğu yönünde bkz. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 53; HUGUENIN/MEISE, Art. 19-20 N 23. Art. 8 UWG hükmüne dair açıklamalar için bkz. KOLLER, N

işlem koşullarını düzenleyen hükümler, Alman hukukundaki düzenlemeleri takip etmiştir⁵. Bu bakımdan İsviçre sistemiyle büyük ölçüde örtüşen TBK'nin, Alman menşeli genel işlem koşulları hükümlerini örnek alması eleştiriyi açmıştır⁶.

Genel işlem koşullarının yorumlanması, Alman hukukunda “şaşırtıcı ve çok anlama sahip hükümler” (“*überraschende und mehrdeutige Klauseln*”) kenar başlığına sahip § 305c BGB hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hükmün ilk fıkrası, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı genel işlem koşullarını (TBK m. 21/II) düzenlemektedir⁷. Konumuzu teşkil eden genel işlem koşullarının yorumlanması (TBK m. 23) meselesi ise anılan hükmün ikinci fıkrasında kendine yer bulmuştur.

Bu çalışmada yalnızca genel işlem koşullarının yorumu işlenmiş olup genel işlem koşullarının içerik ve yürürlük denetimi ele alınmamıştır.

23.57-23.67. Art. 8 UWG düzenlemesinin tüketici sözleşmelerine uygulandığı; ancak tüketici sözleşmesi dışındaki sözleşmelerde de gizli içerik kontrolü yapılabileceği yönünde bkz. HUGUENIN/MEISE, Art. 19-20 N 23. Art. 8 UWG düzenlemesine ek olarak Art. 256/II/a OR, Art. 288/II/a OR ve Art. 3 VVG hükümlerinin İsviçre hukukundaki az sayıdaki genel işlem koşulu düzenlemelerine örnek gösterilebileceği yönünde bkz. KOLLER, N 23.01. Söz konusu örnekler Art. 33 VVG hükmü de eklenebilir. Bu çerçevede bkz. HUGUENIN, § 6 N 630; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 52; BGE 115 II 264 E. 5a. Yasalaşmayan OR2020, Art. 32-33 hükümlerinde genel işlem koşullarına ilişkin genel bir düzenleme öngörmüştü. Bu hususta bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1144 dn. 368.

⁵ TBK m. 20 gerekçesi: “... Alman hukukunda daha önce özel bir kanunla düzenlenmiş olan genel işlem koşulları, belirtilen hükümler de göz önünde tutularak, Alman Medenî Kanununun (BGB) 305 ve devamı maddelerinde genel hüküm niteliği kazandırılarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece, söz konusu hükümlerin uygulama alanının sadece tüketicilerle sınırlı kalması önlenmiştir.”

⁶ Genel işlem koşullarında İsviçre örneğinden ayrılmaya neden ihtiyaç duyulduğu ve TBK düzenlemesiyle genel işlem koşullarının sadece tüketici sözleşmeleriyle sınırlı olan uygulama alanının neden aşırı ölçüde genişletildiği cevapsiz bırakılmıştır. TBK m. 20 hükmünün gerekçesi “*Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.*” ifadeleriyle kanaatimizce doyurucu olmayan bir açıklama yapmıştır.

⁷ Mutad olmayan hükümler (*ungewöhnliche Klauseln*) veya mutad olmama kuralı (*Ungewöhnlichkeitsregel*) şeklinde de ifade edilen ilkeye dair açıklamalar için bkz. JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 472 vd.; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 204 vd.; HUGUENIN/MEISE, Art. 19-20 N 27; KAŞAK, s. 420 vd.; KAPLAN, (2013), s. 78-79; BGer 4C.282/2003 E. 3.1; BGE 119 II 446 E. 1a.

I. Genel İşlem Koşullarının Yorumlanması

A. Yorumun Şartları

Genel işlem koşullarının denetimi üç aşamadan oluşur: Genel işlem koşullarıyla ilgili uyumsuzluklarda öncelikle genel işlem koşullarının yürürlük denetimi yapılır. Sözleşmenin bir parçası hâline geldiği tespit edilen genel işlem koşulları –ihtiyaç varsa– yorumlanır ve daha sonrasında da anılan koşulların içerik denetimi yapılır⁸.

Yorumun amacı, sözleşme içeriğine dâhil olmuş genel işlem koşullarının anlamlarına ilişkin taraflar arasındaki uyumsuzluğu çözmektir. Bir başka ifadeyle, sözleşmenin zayıf tarafının korunması, yorum aşamasının doğrudan amaçları arasında yer almaz. Esasen sözleşmenin zayıf tarafının korunması, içerik denetimi ile sağlanabilir. Bu çerçevede genel işlem koşullarının yorumu sonucunda elde edilecek sözleşme içeriğinin, içerik denetimini aşamayacağı görülürse yorum üzerinde daha fazla emek harcamaya gerek kalmaz⁹. Zira genel işlem koşulları nasıl yorumlanırsa yorumlansın içerik denetimi aşamasında zaten geçersiz sayılacaklardır.

⁸ Yarg. 11. HD, T. 21.05.2018, E. 2016/11123, K. 2018/3743 (“Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde, genel işlem koşullarının üç aşamalı denetime tabi tutulması gerekir. Söz konusu denetim aşamaları; yürürlük (kapsam) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir.”); Yarg. 11. HD, T. 23.01.2018, E. 2016/13088, K. 2018/563 (“Sözleşmede, yürürlük denetiminin aşılması ve yorumu gerektirecek bir belirsizliğin bulunmaması veya bulunsu bile düzenleyen aleyhine yorum yapılmış olmasından sonra, sözleşmenin bir de “içerik” denetimine tabi tutulması gerekmektedir.”); Yarg. 11. HD, T. 04.06.2018, E. 2016/13006, K. 2018/4273 (“Taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin genel işlem koşulu taşıdığı kabulü halinde genel işlem koşulları bakımından yürürlük (kapsam), yorum ve içerik denetimine tabi tutulması gerekir.”); LOCHER, s. 60; BAUER, s. 47-48; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23 N 10; ATAMER, (2001), s. 124; ATAMER, (2004), s. 292; ATAMER, (2012), s. 11; ATAMULU, s. 110; AKÇAAL, s. 55; YELMEN, s. 112. Yürürlük denetiminin konusu genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığının tespiti. Ancak taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine dâhil olan bir genel işlem koşulunun yorumlanması söz konusu olabilir. Yürürlük denetimi yapılmaksızın genel işlem koşullarının yorumlanması aşamasına geçilemez, zira aksi hâlde belki de yürürlük denetimini geçemeyecek ve bu nedenle sözleşmenin içeriğine dâhil olamayacak genel işlem koşullarının yorumlanması ile beyhude uğraşmış olunur. İçerik denetiminin konusu genel işlem koşullarının geçersiz sayılıp sayılamayacağına ilişkindir. Kısacası genel işlem koşullarının sırasıyla yürürlük denetimi (*Geltungskontrolle*), yorum denetimi (*Auslegungskontrolle*) ve içerik denetiminden (*Inhaltskontrolle*) geçirilmesi gerekmektedir. Genellikle üç aşamalı bir değerlendirme öğretide kabul edilse de yorum denetimini hiç zikretmeyip sadece yürürlük ve içerik denetiminden bahsedenler de vardır. Bu doğrultuda bkz. BÜHRER, N 24-27. Boşuna çaba sarf edilmesini önleyeceği için anılan üçlü sıralamaya uymanın önemli olduğu yönünde bkz. Yarg. 11. HD, T. 21.05.2018, E. 2016/11123, K. 2018/3743; ATAMER, (2001), s. 124; YELMEN, s. 112.

⁹ ATAMER, (2004), s. 301-302; ATAMER, (2012), s. 37-38; ATAMER, (2001), s. 136-137.

Genel işlem koşulunun yorumlanması meselesinin gündeme gelebilmesi üç şartın varlığına bağlıdır: Yapılan sözleşmede genel işlem koşulları kullanılmalı, genel işlem koşulunun düzenlediği hususta bireysel bir anlaşma yapılmamalı ve genel işlem koşulunun anlamı üzerinde taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmalıdır.

1. Genel İşlem Koşulunun Mevcudiyeti

Genel işlem koşulunun yorumlanmasının ön şartı, sözleşmenin genel işlem koşulu içermesidir¹⁰. Bu bağlamda yorumlanacak sözleşmede genel işlem koşulu yer almıyorsa artık genel bir kurum olan sözleşmenin yorumlanması gündeme gelir.

Genel işlem koşulu kavramı, TBK m. 20/I hükmünde “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide¹¹ ve yargı kararlarında¹² da benzer tanımlara rastlanmaktadır¹³.

¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre sadece matbu sözleşmelerde birden çok anlama gelme kuralının uygulanabileceği yönünde bkz. KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; ATAMER, (2001), s. 138-139; BGE 99 II 292-293 E. 5. Bu kuralın uygulanabilmesi için hükmün, bir tarafça kaleme alınması veya kullanılması gerektiği doğrultusunda bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 453, 455; EREN, s. 494. Bu bakımdan taraflar sözleşme metnini birlikte oluşturmuşlarsa veya hükmü müzakere etmişlerse birden çok anlama gelme kuralının uygulanamayacağı yönünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1232; KOLLER, N 23.56; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 455; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N 951; ATAMER, (2004), s. 301; BGE 99 II 293 E. 5. Keza hükmün noter gibi üçüncü bir kişi tarafından önerilmesi hâlinde de birden çok anlama gelme kuralının uygulanamayacağı yönünde bkz. KOLLER, N 23.56. Anılan hâllerde birden çok anlama gelen sözleşme hükmü üzerinde tarafların irade beyanları uyumsuz olduğu için ilgili hükmün geçersiz olacağı yönünde bkz. KOLLER, N 23.56; ATAMER, (2004), s. 301. Birden çok anlama gelme kuralının uygulanabilmesi için genel işlem koşullarını kullananın, onları bizzat yazmış ya da yazdırmış olması elzem değildir; genel işlem koşullarını sadece kullanması kâfidir. Bu yönde bkz. ve krş. GAUCH/ SCHLUEP/SCHMID, N 1233-1234; BASEDOW, § 305c N 48. Şayet uyumsuzluk sözleşmenin ikincil bir noktasına ilişkinse hâkimin yedek hukuk kuralı veya tamamlayıcı yorumla sözleşmeyi tamamlayabileceği yönünde bkz. ATAMER, (2004), s. 301.

¹¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1117; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 489; HUGUENIN/MEISE, Art. 19-20 N 23; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 463; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 182; HUGUENIN, § 6 N 605; BERGER, N 944; OĞUZ, s. 9 vd.; ATAMER, (2001), s. 61; ATAMER, (2012), s. 12 vd.

¹² Yarg. 11. HD, T. 23.01.2018, E. 2016/13088, K. 2018/563; Yarg. 3. HD, T. 18.12.2014, E. 2014/13539, K. 2014/16751; Yarg. 13. HD, T. 29.04.2014, E. 2014/13315, K. 2014/13503; BGer 4C.282/2003 E. 3.1; BGer 4P.135/2002 E. 3.1.

¹³ Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin sıklıkla “*formüler sözleşme*” (*Formularvertrag*)

2. Genel İşlem Koşulunun Düzenlediği Hususa İlişkin Olarak Herhangi Bir Bireysel Anlaşmanın Bulunmaması

Tarafların yapmış olduğu bireysel anlaşmaların, genel işlem koşullarına nazaran öncelikle uygulanacağı (*Vorrang der Individualabrede*) § 4 AGBG ve § 305b BGB hükümlerinde açıkça düzenlenmiştir¹⁴. İsviçre ve Türk hukuklarında bu konuda bir düzenleme bulunmama ile birlikte aynı esas, gerek öğreti gerek yargı kararları tarafından kabul edilmektedir¹⁵. Esasen genel işlem koşulları, yalnızca tarafların üzerinde uzlaşması ile sözleşmenin bir parçası hâline gelip hüküm ifade edebilir¹⁶. Bu bağlamda tarafların yapacakları bir bireysel anlaşma ile herhangi bir genel işlem koşulunun uygulanmamasını kararlaştırmaları mümkündür¹⁷. Bir başka ifadeyle, tarafların yaptıkları

veya “standart sözleşme” (*Standardvertrag*) olarak anıldığı yönünde bkz. KOLLER, N 23.08. TBK m. 20 hükmünün gerekçesinde ise bu minvalde “*tip sözleşme*”, “*kitle sözleşme*”, “*katılmalı sözleşme*” ya da “*formüller sözleşme*” kavramlarının da kullanıldığı belirtilmiştir. Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 3. HD, T. 18.12.2014, E. 2014/13539, K. 2014/16751; Yarg. 13. HD, T. 29.04.2014, E. 2014/13315, K. 2014/13503.

¹⁴ BASEDOW, § 305c N 39; WIEGAND, s. 335 dn. 21; ATAMER, (2001), s. 125; ATAMULU, s. 111.

¹⁵ Yarg. 11. HD, T. 14.04.1995, E. 1995/1993, K. 1995/3369 (“*İtalyan ve Alman hukuklarının aksine İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda bu konuda genel veya özel bir hüküm yoktur. Genel kabule göre, taraflar genel işlem şartlarının aksini sözleşmenin bir maddesi ile kabul etmişlerse bu kabulleri geçerlidir ve önce aksi kararlaştırılan bu özel kuralın, genel işlem şartlarındaki kurallardan önce uygulanması gerekir.*”); HUGUENIN, § 6 N 613, 628; STUCKI, s. 26; ATAMULU, s. 126; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 182, Art. 18 N 61; SCHWENZER, N 45.09; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 23 N 20; BGE 135 III 228 E. 1.4; BGE 125 III 266-267 E. 4b/bb; BGE 123 III 44 E. 2c/bb. Bireysel anlaşmayı genel işlem koşuluna göre özel bir hüküm olarak nitelendirip özel hükmün genel hükümden önce uygulanacağı ilkesi (*lex specialis derogat lex generali*) ile aynı sonuca ulaşılması için bkz. BERGER, N 955; RAISER, s. 230-231. TMK m. 2 hükmüne dayandırılan ve kimsenin kendi davranışları ile çelişkiye düşmeyeceği (*venire contra factum proprium*) yasağı çerçevesinde benzer sonucun elde edilebileceği yönünde bkz. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 247; SCHWENZER, N 45.09; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 210.

¹⁶ SCHULER, s. 121.

¹⁷ Şüphesiz bu başlık altında yapılan açıklamalar, sözleşmede yer alan genel işlem koşullarından herhangi birini değiştirmek amacıyla bireysel anlaşma yapılmaması gerekliliğine ilişkindir. Bu çerçevede yapılan bireysel anlaşma, genel işlem koşullarının düzenlediği hususlardan hiçbirisiyle ilişkili değilse genel işlem koşulunun yorumlanabilmesi için gerekli olan “*bireysel anlaşma ile değiştirilmeme*” şartı yine gerçekleşmiş olur. Tam tersi şekilde, yani yapılan bireysel anlaşmalarla genel işlem koşullarının tamamı değiştirilirse bu sefer de sözleşmede genel işlem koşulu kullanılmamış olacağı için bunların yorumlanabilmesi de söz konusu olamaz. Bireysel anlaşma örnekleri için bkz. ATAMER, (2001), s. 124 dn. 2. Bireysel anlaşmanın sözlü veya yazılı, açık veya zımnî, sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra yapılabileceği yönünde bkz. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 245; LOCHER, s. 55-56; ATAMER, (2001), s. 126. Genel işlem koşullarından ayrılan şahsî bir anlaşmanın

bireysel anlaşmalar, genel işlem koşullarına göre öncelikli olarak uygulanır¹⁸. Bu bakımdan bireysel anlaşmanın, ilgili genel işlem koşulunun tam tersini kararlaştırması gerekli değildir; bireysel anlaşmanın genel işlem koşulundan sapması ya da genel işlem koşulunu sınırlandırması hâllerinde de genel işlem koşulu sözleşme içeriğine dâhil olamaz¹⁹. Böylece bireysel anlaşma, kendisiyle çelişen genel işlem koşulunun sözleşme hükmü hâline gelmesini engeller²⁰. Zira anılan genel işlem koşulu üzerinde, TBK m. 1/1 hükmü uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmamaktadır. Böyle bir durumda sözleşme içeriğine dâhil olmayan, yani yürürlük denetimi aşamasını geçemeyen genel işlem koşulunun yorumlanması da söz konusu olamaz²¹. Şu hâlde genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin bu hâliyle hüküm ifade ettiği konusunda hiçbir şüphe kalmadıktan sonra anılan koşulların yorumu aşamasına geçilebilir.

Genel işlem koşulunun, tarafların yaptığı bireysel anlaşmaya göre muhatap için daha avantajlı olması, bireysel anlaşmanın uygulanmaması sonucunu doğuramaz; zira esas olan taraf iradeleridir²². Bu bakımdan bireysel anlaşmanın, muhatabın daha lehine ya da aleyhine olması önem arz etmez²³. Ekonomik açıdan zayıf olan muhatabın korunması mantıklıdır; ancak bu tarafın, yaptığı anlaşma ile genel işlem koşullarına göre daha aleyhe bir koşulu kabul etmesi kanımızca yorum denetimi yoluyla çözülemez. Yorum yalnızca bu bireysel anlaşmanın oluşup oluşmadığı konusunda önem taşıyabilir ki bu konuda bir şüphe bulunmuyorsa, yani aleyhe olan bireysel anlaşma geçerliyse artık başvurulabilecek tek yol içerik denetimidir.

mevcudiyetinin ispatına dair açıklamalar için bkz. ATAMULU, s. 117 vd.; ATAMER, (2012), s. 20 vd. Bireysel anlaşmaya dayanan tarafın, bunu ispat yükü altında olduğu hususunda bkz. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 246; ATAMER, (2012), s. 24.

¹⁸ KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 219; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 244, 261; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 471; ATAMULU, s. 126-127.

¹⁹ LÖRTSCHER, s. 111; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 492. Tarafların bazı sözleşme hükümlerini bireysel müzakere etmekle ilgili genel işlem koşullarını dışlamış olacağı yönünde bkz. BÜHRER, N 30.

²⁰ KRAMER/PROBST, N 241; SCHWENZER, N 45.09; SCHULER, s. 120-121; OĞUZ, s. 83; ATAMER, (2012), s. 38.

²¹ LOCHER, s. 60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23 N 22; ATAMER, (2001), s. 124-125; ATAMER, (2012), s. 39; ATAMULU, s. 110-111.

²² ATAMER, (2001), s. 127.

²³ LOCHER, s. 29.

3. Genel İşlem Koşulunun Anlamına İlişkin Uyuşmazlık Bulunmalı

Genel işlem koşulunun yorumlanmasının gündeme gelebilmesi için sözleşme parçası hâline gelen genel işlem koşulunun anlamı üzerinde tarafların bir uyuşmazlığa düşmüş olması gerekir²⁴. Şüphesiz ilgili genel işlem koşulu farklı anlamlara gelmedikçe veya taraflar bunlara başka mana yüklemedikçe bir yorum uyuşmazlığından bahsedilemez²⁵. Bir başka ifadeyle, genel işlem koşulu açıkça tek bir anlama geliyorsa o zaman yorum uyuşmazlığından bahsedilemeyeceği için birden çok anlama gelme kuralının uygulanması da gündeme gelmez²⁶. Bu bakımdan genel işlem koşullarının ifade tarzı, içeriği veya kapsamı hususunda bir uyuşmazlık bulunmalıdır²⁷.

Şayet taraflar genel işlem koşullarının yorumu hususunda görüş ayrılığına düşmemişlerse artık genel işlem koşullarının yorumuna başvurulamaz. Bununla birlikte söz konusu genel işlem koşullarına, içerik denetimi aşamasında –şartları varsa– elbette müdahale edebilir.

B. Yorumda Uygulanabilecek İlkeler

1. Yorumun Nasıl Yapılacağına İlişkin Görüşler

a. Objektif Görüş

Objektif görüş, genel işlem koşullarını bir hukuk normu gibi değerlendirir ve genel işlem koşullarının uyuşmazlık konusu somut olayın özelliklerinden soyutlanarak nesnel bir şekilde yorumlanması gerektiğini savunur²⁸. Zira genel

²⁴ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 235; KOLLER, N 23.55; ATAMULU, s. 110-111; HAVUTÇU, s. 148. Dolayısıyla yorum aşamasında genel işlem koşulunun sözleşmenin bir parçası olup olmadığı tartışması önem arz etmez. Aksine sadece genel işlem koşulunun anlamına veya kapsamına dair taraflar arasında uyuşmazlık bulunması gerekir. Bu doğrultuda bkz. BERGER, N 962.

²⁵ HAVUTÇU, s. 148. Zira taraflar, her ne kadar farklı anlamlara gelmeye müsait olsa da genel işlem koşuluna aynı anlamı atfetmişlerse artık TBK m. 19/1 hükmü uyarınca sözleşme, tarafların koşula verdiği anlam ile kurulur. Aynı doğrultuda bkz. KOLLER, N 23.79.

²⁶ SCHMIDT, § 305c N 46.

²⁷ Sözleşmenin esaslı noktalarından biri üzerinde uyuşmazlık söz konusuysa irade beyanlarının gizli uyuşmazlığı nedeniyle sözleşmenin kurulmadığı ortaya çıkar. Oysaki genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde muhatap lehine yorum yapılması sebebiyle sözleşmenin kurulmamış sayılmasının gündeme gelmeyeceği yönünde bkz. ATAMER, (2004), s. 301.

²⁸ BASEDOW, § 305c N 28, 33 vd.; RUSCH, s. 203; LOCHER, s. 54; SCHWENZER, N 45.08; RAISER, s. 252-253; HAVUTÇU, s. 151. Bu bakımdan yapılacak objektif yorumun belki ilk aşamada muhatap aleyhine bir anlam doğuracağı; fakat bu olumsuz anlamın genel işlem koşulunun butlanına yol açabileceği ve bu bakımdan muhatapın lehine olabilecek en iyi

işlem koşulları da tıpkı kanunlar gibi, çok sayıdaki farklı olaya uygulanabilecek genel bir şekilde kaleme alınır²⁹. Objektif görüş, sözleşmenin kurulması bakımından zayıf tarafın kim olduğunun önem arz etmediğini ve genel işlem koşulları eliyle çok sayıda sözleşme kurulması amaçlandığından genel işlem koşullarının sözleşmenin karşı tarafından bağımsız olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadır³⁰. Bu çerçevede genel işlem koşullarının yorumu objektif olarak yapılmalı, dürüst ve orta zekâlı sözleşme tarafı genel işlem koşulundan ne anlayacak idiyse o anlama üstünlük tanınmalıdır³¹.

b. Sübjektif Görüş

İsviçre hukukunda baskın olan sübjektif görüş, genel işlem koşullarının olağan sözleşme hükümleri gibi yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir³². Genel bir ilkeyle ifade edilecek olursa sübjektif görüş; objektif görüşün aksine, somut olayın koşullarını yorum aşamasında dikkate almaktadır³³. Bu bağlamda genel işlem koşullarının tıpkı kanunlar gibi yorumlanması, somut olayda sözleşmenin tarafını oluşturan muhatabın aleyhine olacağı için reddedilmelidir; zira böyle bir yorum ne sözleşme tarafının durumunu ne de somut koşulları dikkate alır³⁴. Kaldı ki her ne kadar genel işlem koşulları

yorum hâline gelebileceği yönünde bkz. RUSCH, s. 204-205. Genel işlem koşulları bireysel olarak müzakere edilmediği için TBK m. 19/I (Art. 18/I OR) uyarınca tarafların gerçek irade beyanlarının bulunabilmesinin mümkün olmadığı, bu sebeple genel işlem koşullarının normatif objektif şekilde yorumlanması gerektiği yönünde bkz. KRAMER/PROBST, Art. 1 N 241. Şayet tarafların yaptığı bireysel anlaşmalar varsa bunların doğal olarak objektif görüş çerçevesinde yorumlanmayacağı yönünde bkz. LOCHER, s. 54.

²⁹ RAISER, s. 253; HAVUTÇU, s. 151.

³⁰ LOCHER, s. 54; HAVUTÇU, s. 150. krş. STUCKI, s. 25.

³¹ BASEDOW, § 305c N 33; RAISER, s. 252; STADLER, § 305c N 6. krş. STUCKI, s. 25.

³² KOLLER, N 23.79 dn. 68; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1241; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 490; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 466; ZELLER § 11 N 132; AUER, s. 10; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 218-219, Art. 18 N 60; BAUER, s. 48; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, § 23 N 22; KUT, Art. 1 N 60, Art. 18 N 20; KAPLAN, (2013), s. 75; ATAMER, (2001), s. 133-134; BGE 135 III 413 E. 3.2; BGE 135 III 225 E. 1.3; BGE 135 III 6 E. 2; BGE 117 II 621 E. 6c. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin de müstakar içtihatları ile genel işlem koşullarının akdî bir karakteri haiz olduğunu, bu sebeple yorumlarının da normal sözleşmenin yorumu gibi yapılmasını kabul ettiği yönünde bkz. WIEGAND, s. 337.

³³ LÖRTSCHER, s. 109; ATAMER, (2001), s. 133-134. Muhatap genel işlem koşullarını global kabul etmiş olsa da sübjektif görüşe göre yorum yapılması ve muhatabın içinde bulunduğu koşulların dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 490.

³⁴ KOLLER, N 23.79; ZELLER § 11 N 132 dn. 206; SCHMIDT, § 305c N 49; WIEGAND,

önceden çok sayıda sözleşmede kullanılmak amacıyla kaleme alınmış olsa da bunlar artık somut bir sözleşmenin parçası hâline geldiği için bireysel olarak yorumlanmalıdır³⁵. Bu çerçevede aynı genel işlem koşulunun, her bir somut olayın değişik şartları çerçevesinde farklı yorumlanabilmesi mümkündür³⁶.

Sübjektif görüş uyarınca, öncelikle –tespit edilebiliyorsa– tarafların gerçek iradeleri dikkate alınır³⁷. Gerçek iradelerin tespit edilememesi hâlinde ise güven teorisine göre tarafların farazî iradeleri esas alınır; yani dürüst, makul ve orta zekâlı sözleşme tarafının somut olayın şartları altında anılan genel işlem koşulundan ne anlaması gerektiği belirlenmeye çalışılır³⁸. Bu çerçevede sözleşme hükümlerinin lâfzî anlamı, sözleşmedeki yeri, taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerinin seyri, sözleşme ile tarafların elde etmeyi bekledikleri amaçlar, tarafların menfaati ve karşı tarafın söz konusu işlem alanındaki deneyimi de dikkate alınır³⁹.

Bununla beraber genel işlem koşullarının sübjektif görüş uyarınca yorumlanmasının, objektif görüşe göre yapılacak yorumdan sonuç itibarıyla çok farklı olmayacağı da ileri sürülmektedir. Gerçekten genel işlem koşullarının hazırlandığı sırada, somut olayın koşullarının ciddi bir etkisinin olduğu söylenemez⁴⁰. Bununla birlikte genel işlem koşullarını kullanan tarafın, karşılaştığı durumlara göre genel işlem koşullarını güncellediği de göz ardı edilemez.

s. 336; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1241; LÖRTSCHER, s. 108; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 218, 220, Art. 18 N 60; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 489-490; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 466-467; BAUER, s. 53; KUT, Art. 18 N 20; OĞUZ, s. 82; YELMEN, s. 116-117.

³⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1144, 1241; KOLLER, N 23.79; SCHMIDT, § 305c N 49; BAUER, s. 48; ATAMER, (2001), s. 133-134.

³⁶ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 236-237.

³⁷ ZELLER § 11 N 132; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 237, 242; ATAMER, (2001), s. 130-131.

³⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 238; AUER, s. 10; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1200-1201, 1241; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 218-220; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23 N 22; ATAMER, (2001), s. 130-131; KUT, Art. 1 N 60; KOLLER, N 23.19-23.20; BGE 126 III 391 E. 9d; BGE 122 III 121 E. 2a; BGE 117 II 621 E. 6c.

³⁹ KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 220; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 490; OĞUZ, s. 82; ATAMER, (2001), s. 130-131; OĞUZMAN/ÖZ, s. 198-199. Hâkimin sözleşmenin kurulduğu andaki durumu dikkate alarak yorum yapacağı yönünde bkz. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 237.

⁴⁰ KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 219; ATAMER, (2001), s. 132. Hatta bu bakımdan genel işlem koşullarının objektif olarak hükmün lafzî, sistematığı ve anlamına göre yorumlanması gerektiği yönünde bkz. KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 219.

c. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Objektif görüşe göre genel işlem koşulları yeknesak yorumlanmalıdır. Zira genel işlem koşulları, önceden hazırlanmış olduğundan somut olayın koşullarından etkilenmemiştir. Bu noktada söz konusu görüşe katılıyoruz. Gerçekten de genel işlem koşullarının kullanıldığı sözleşmelerde, somut olayın koşulları önemli bir tesire sahip değildir. Bununla birlikte objektif görüşün benimsenmesi, ekonomik açıdan güçlü olan ve genel işlem koşullarını kullanan tarafın menfaatlerine hizmet eder⁴¹. Bu bakımdan zayıf muhatabın, kendisine dayatılan genel işlem koşulları karşısında korunması daha makul ve mantıklı gözükmektedir⁴². Bir başka ifadeyle; muhatap, kabul etmek zorunda kaldığı genel işlem koşullarının anlamına ilişkin ortaya çıkabilecek olası uyumsuzluklarda mümkün olduğunca korunmalıdır.

Anılan sebeplerle genel işlem koşullarını içeren sözleşmeyi sıradan bir sözleşmeden farklı olarak yorumlamaya gerek yoktur⁴³. Her ne kadar bahis konusu koşullar önceden hazırlanmış olsa da karşı tarafın kabul beyanı olmadıkça hukukî açıdan hiçbir değer ifade etmezler. Bu çerçevede, muhtemel yorum uyumsuzluklarının çözümü olağan bir sözleşmeden farklılık arz etmez. Özetle, genel işlem koşullarının yorumlanmasının subjektif metoda göre yapılması kanaatimizce daha uygundur. Taraflar arasında yorum uyumsuzluğu çıkarsa öncelikle tarafların ortak gerçek iradeleri araştırılmalı ve buna göre sorun çözülmelidir. Tarafların gerçek iradeleri tespit edilemezse güven teorisine göre irade beyanlarını yorumlamak gerekir.

2. Güven Teorisi

Sözleşmelerin yorumunda kullanılan ilkeler, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin yorumunda aynı şekilde kullanılabilir⁴⁴. Sözleşmelerin yorumlanmasında öncelikle tarafların ortak gerçek iradeleri esas alınır⁴⁵.

⁴¹ OĞUZ, s. 82; ATAMER, (2001), s. 133.

⁴² KOLLER, N 23.79.

⁴³ BGE 135 III 225 E. 1.3; BGE 135 III 6 E. 2; BGE 117 II 621 E. 6c; KOLLER, N 23.79.

⁴⁴ HUGUENIN/MEISE, Art. 19-20 N 27; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 103, 236; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 464; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 218; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N 877; AUER, s. 10; KOLLER, N 23.79; SCHWENZER, N 45.08; HUGUENIN, § 6 N 627; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1144; BÜHRER, N 28; BASEDOW, § 305c N 28; STUCKI, s. 25; ZELLER, § 11 N 156, 279; ATAMER, (2001), s. 133-134; OĞUZ, s. 82; KAPLAN, (2013), s. 75; KAPLAN, (1991), s. 55; BGE 133 III 681 E. 3.3; BGE 133 III 610 E. 2.2; BGE 122 III 121 E. 2a. krş. WIEGAND, s. 333-334.

⁴⁵ BGE 135 III 413 E. 3.2; BGE 133 III 610 E. 2.2; BGE 115 II 268 E. 5a; BAUER, s. 49; AUER, s. 10.

Ancak tarafların ortak gerçek iradelerinin tespit edilememesi hâlinde ise yorum, güven teorisine (*Vertrauensprinzip*) göre yapılır⁴⁶. Bu bağlamda; sözleşmelerin yorumlanmasında kabul gören güven teorisinden, genel işlem koşulu içeren sözleşmelerin yorumunda da yararlanılabilir⁴⁷. Aşağıda izah edildiği üzere genel işlem koşullarının yorumunda öncelikle güven teorisinin kullanılması ve buna rağmen yorum uyuşmazlığı giderilemezse birden çok anlama gelme kuralına başvurulması gerekir.

3. Birden Çok Anlama Gelme Kuralı (*Unklarheitenregel*, *Unklarheitsregel*)

a. Kavram Sorunu

TBK m. 23 hükmü, genel işlem koşulu “açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa” şeklinde bir ifade kullanmışsa da bu başlık altında sadece genel işlem koşulunun birden çok anlama gelmesi hâli ele alınmıştır. Esasen “birden çok anlama gelme kuralı” olarak ifade ettiğimiz bu husus, Alman hukukunda “*Unklarheitenregel*” ve “*Unklarheitsregel*” şekillerinde anılmakta olup tam karşılığı “açık olmama kuralı” şeklindedir⁴⁸. Anılan kuralın, “açık olmama kuralı” şeklinde anılması TBK m. 23 hükmünün düzenlediği, genel işlem koşulunun “açık ve anlaşılır olmaması” hâlini çağrıştırmakta olup yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bu sebeple, Alman hukukunda kullanılan “açık olmama kuralının” karşılığı olarak “birden çok anlama gelme kuralı” ifadesi tercih edilmiştir. Bu çerçevede “açık ve anlaşılır olmama” ifadesi ise aşağıda sadece genel işlem koşuluna hiçbir anlam yüklenemeyen hâllere hasredilmiştir.

⁴⁶ BGE 135 III 413 E. 3.2; BGE 133 III 610 E. 2.2; BGE 115 II 268 E. 5a; KOLLER, N 23.55; BAUER, s. 49; AUER, s. 10; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 464; EREN, s. 154 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 198. krş. KRAMER/ SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 2, N 3 dn. 1096. Güven teorisine dair kapsamlı açıklamalar için bkz. EREN, s. 152 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 70 vd.

⁴⁷ BÜHRER, N 28; KOLLER, N 23.55; OĞUZ, s. 90; AYDOĞDU, (2014), s. 116; KAPLAN, (1991), s. 55; AKÇAAL, s. 60. Sözleşme taraflarının, genel işlem koşullarını aralarındaki sözleşmeye dâhil etmeye ilişkin yaptıkları sözleşmenin (*Einbeziehungsvertrag*) yorumlanmasına dair açıklamalar için bkz. SCHULER, s. 68-83.

⁴⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253; HUGUENIN, § 6 N 629; KUT, Art. 1 N 61; RAISER, s. 262, 264. Aynı anlama gelmek üzere “belirsizlik ilkesi” kavramının kullanımını için bkz. ATAMER, (2001), s. 134 vd.; ATAMER, (2004), s. 300 vd.; ATAMER, (2012), s. 35 vd.

b. Kökeni ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Birden çok anlama gelme kuralının kökeni, Roma hukukundaki “*interpretatio contra proferentem*”, “*ambiguitas contra stipulatorem est*” ve “*in dubio contra stipulatorem*” ilkelerine dayanmaktadır⁴⁹. Genel işlem koşulları henüz hukuk sahnesine çıkmamış olduğu için anılan ilkeler; Roma hukukunda sözleşmeler için geçerli genel prensipler olarak kabul görmüşlerdir⁵⁰.

Türk kanun koyucusunun, örnek aldığı § 305c/II BGB hükmünün temelini, “*Unklarheitenregel*” kenar başlığına sahip ve “*Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.*” şeklindeki § 5 AGBG hükmü oluşturmaktadır⁵¹. Nitekim 2002 yılı itibarıyla yürürlüğe giren § 305c/II BGB, bahsedilen hükmü hiçbir değişiklik yapmaksızın tekrarlamıştır⁵². Anılan hüküm “*Genel işlem koşullarının yorumlanmasındaki şüphe, genel işlem koşullarını kullananın aleyhine yorumlanır.*” şeklinde tercüme edilebilir. Keza çeşitli yabancı hukuk düzenlerinde de benzer hükümler mevcuttur⁵³. Aynı esas, Art. 4.6 Unidroit ve Art. 5:103 PECL düzenlemelerinde “*contra proferentem rule*” adı altında, Art. 65 CESL’de ise “*interpretation against supplier of a contract term*” kenar başlığı ile düzenlenmiştir⁵⁴.

⁴⁹ DIGESTA, 34, 5, 26; DIGESTA, 45, 1, 38, 18; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 254; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 451; AUER, s. 10 dn. 3; HUGUENIN, § 6 N 629; RAISER, s. 262, 264; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231; KRAMER/PROBST, N 241 dn. 233; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N 877; OĞUZ, s. 98; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23 N 22; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109, 221; AYDOĞDU, (2014), s. 117; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 5; ATAMER, (2004), s. 300 dn. 36; AKÇAAL, s. 59; YELMEN, s. 121. TBK m. 23 hükmünün gerekçesi bu bakımdan “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” ilkesini de zikretmektedir. Aynı yönde bkz. YELMEN, s. 120-121.

⁵⁰ SCHMIDT, § 305c N 42.

⁵¹ BASEDOW, § 305c N 28; LOCHER, s. 59; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; OĞUZ, s. 98.

⁵² BASEDOW, § 305c N 28; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 103 dn. 270; STUCKI, s. 26 dn. 137-140. Anılan kuralın ticarî işlemlerde de uygulanabileceği yönünde bkz. BASEDOW, § 305c N 28; STADLER, § 305c N 1.

⁵³ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253 dn. 1120; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; BASEDOW, § 305c N 29; KRAMER/PROBST, N 241 dn. 233; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 489; STUCKI, s. 26 dn. 137-140; BAUER, s. 51 dn. 84; AUER, s. 11; ATAMER, (2004), s. 300 dn. 36. Bu bakımdan Art. 1370 CCI, Art. 1162 CCF, § 915 AGBG, Art. 1288 CCS, § 266-268 ALR ve Art. 5 RL 93/13/EWG düzenlemeleri örnek gösterilebilir.

⁵⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1232; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253; STUCKI, s. 27. CISG’de açık düzenleme bulunmadığı ve meselenin Art. 8 CISG hükmü çerçevesinde çözümleneceği yönünde bkz. STUCKI, s. 27.

Türk hukuku bakımından temel düzenleme hiç şüphesiz TBK m. 23 hükmü olmakla birlikte Yargıtay'ın anılan kuralı eski tarihli kararlarında zikrettiğine de rastlanmaktadır⁵⁵. Keza TKHK m. 5/IV hükmü ile Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁵⁶ m. 6/III hükmü de benzer düzenlemeler içermektedir. Her ne kadar TBK m. 23 hükmü, sadece genel işlem koşullarının kullanılması hâlinde uygulanabilecek gibi bir intiba uyandırsa da “*beyanı kaleme alan aleyhine yorum kuralı*” şeklinde adlandırılan ilkenin, dürüstlük kuralı ve güven prensibinden türetilmesi nedeniyle⁵⁷ genel işlem koşulu içermeyen sözleşmelerde de kullanılacağı haklı olarak ifade edilmektedir⁵⁸. Esasen bu tutum, yukarıda ifade edilmiş Roma hukuku ilkelerinin tüm sözleşmeler için uygulanma kabiliyetine sahip olmasıyla da örtüşmektedir.

İsviçre hukukunda birden çok anlama gelme kuralı, sadece sigorta sözleşmeleri bakımından Art. 33 VVG hükmünde açıkça düzenlenmiştir⁵⁹. Bununla birlikte genel işlem koşulu içermeyen diğer sözleşmeler bakımından da birden çok anlama gelme kuralının uygulanabileceği hem öğretide hem içtihatlarda kabul görmektedir⁶⁰.

c. Uygulanması

Genel işlem koşulunun anlamına ilişkin bir tereddüt yaşanırsa genel işlem koşulu, kullananın aleyhine ve muhatabın lehine olacak şekilde yorumlanır⁶¹.

⁵⁵ Yarg. 3. HD, T. 02.06.1998, E.1998/4263, K. 1998/6098: “*Gerek ülkemizde, gerek Alman ve İsviçre Mahkeme İçtihatları ile bilimsel öğretisinde, ... açık olmayan kayıtların metni kaleme alanın aleyhine yorumlanacağı, ... ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır.*”

⁵⁶ Anılan Yönetmelik, 17.06.2014 tarih ve 29033 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵⁷ STUCKI, s. 26; AUER, s. 10-11; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 5. TBK m. 23 hükmünün gerekçesi de aynı doğrultudadır. Aksi yönde bkz. KRAMER/ SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; LÖRTSCHER, s. 110 dn. 18.

⁵⁸ EREN, s. 494-495; OĞUZMAN/ÖZ, s. 171, 199-200.

⁵⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253; HUGUENIN, § 6 N 630; SCHWENZER, N 45.10; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 52; STUCKI, s. 26; BAUER, s. 51 dn. 84; KOLLER, N 23.53; BGE 124 III 155 E. 1a; BGE 133 III 61 E. 2.2.2; BGE 115 II 269 E. 5a.

⁶⁰ HUGUENIN, § 6 N 630; KOLLER, N 23.53; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 459; SCHWENZER, N 45.10; STUCKI, s. 26. Aksi görüşte bkz. AUER, s. 10.

⁶¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1144, 1231; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 61; KUT, Art. 18 N 17; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 489; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 459; STUCKI, s. 26; SCHMIDT, § 305c N 61; BERGER, N 962; BASEDOW, § 305c N 47-49; HUGUENIN, § 6 N 629; LOCHER, s. 59; SCHWENZER, N 45.10; RAISER, s. 262, 264; BAUER, s. 51; BGE 133 III 610 E. 2.2; BGE 133 III 69 E. 2.2.2.3; BGE 132

Zira genel işlem koşullarını kullananın, yani bunları kaleme alan veya hazırlatan kişinin, sahip olduğu tek taraflı belirleme imkânı sebebiyle genel işlem koşullarını hiçbir anlam muğlaklığına yer vermeyecek özenli bir şekilde düzenlemesi gerekir⁶². Karşı bir bakış açısı ile de muhatabın, hazırlanmasında ve kullanılmasında hiçbir dahlinin bulunmadığı genel işlem koşullarının müphem olması sebebiyle mağdur edilmemesi gerektiği söylenebilir⁶³.

Birden çok anlama gelme kuralının uygulanabilmesi için hangi anlama geldiği tartışmalı olan sözleşme hükmünün birden çok, yani asgarî iki farklı

III 267 E. 2.2; BGE 124 III 158-159 E. 1b; BGE 122 V 146 E. 4c; BGE 122 III 121 E. 2a; BGE 117 II 621-622 E. 6c; BGE 115 II 268 E. 5a; BGer 9C_95/2011 E. 4.2.2. TBK m. 23 hükmündeki “*karşı tarafın lehine*” ibaresinin tek başına yeterli olması sebebiyle “*düzenleyenin aleyhine*” ifadesinin fuzulî olduğu yönünde bkz. AYDOĞDU, (2014), s. 116. Birden çok anlama gelme kuralının, yorum kurumu ile herhangi bir ilgisinin bulunmadığı yönünde bkz. LÖRTSCHER, s. 110. Yazar’a göre; yorumun amacı tarafların iradeleri tespit edilerek belirsizliğin giderilmesiyle birden çok anlama gelme kuralında güven teorisinden yararlanılmaksızın doğrudan, kullananın aleyhine olan anlam esas alınmaktadır. Yorumun amacının sözleşme hükmünün içeriğini tespit etmek olduğu, bu bakımdan tarafların varmış oldukları anlaşmanın içeriğini değerlendirmenin yorumla bağdaşmayacağı yönünde bkz. LÖRTSCHER, s. 111. Birden çok anlama gelme kuralı ile sözleşmenin tamamlayıcı yorumu arasında çelişki bulunmadığı yönünde bkz. BASEDOW, § 305c N 64. Zira Yazar’a göre; birden çok anlama gelme kuralı mevcut genel işlem koşulunun yorumunda kullanılırken tamamlayıcı yorum, genel işlem koşulu bulunmaması sebebiyle sözleşmede meydana gelen boşluğu doldurmayı amaçlar.

⁶² KOLLER, N 23.55-23.56; BASEDOW, § 305c N 43; SCHWENZER, N 45.10; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 459; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 253, 255; SCHMIDT, § 305c N 42; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 489; HUGUENIN, § 6 N 629; STUCKI, s. 26; EREN, s. 223, 494; ATAMER, (2001), s. 135; ATAMER, (2004), s. 300; ATAMER, (2012), s. 36; HAVUTÇU, s. 152; YELMEN, s. 121; BGE 87 II 242 E. 3; BGE 92 II 348 E. 1c. Keza TBK m. 23 hükmünün gerekçesinde de aynı esas vurgulanmıştır. Birden çok anlama gelme kuralının çok sınırlı olarak uygulanabileceği; zira genel işlem koşullarını kullananın her türlü tereddüdü önleyecek şekilde genel işlem koşullarını kaleme alacağı yönünde bkz. AYDOĞDU, (2014), s. 116; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 1.

⁶³ SCHWENZER, N 45.10; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; LOCHER, s. 59-60; KOLLER, N 23.55-23.56; ATAMER, (2001), s. 136, 138. Dürüstlük kuralına göre muhatabın, genel işlem koşulunun içerdiği uzun ve kapsamlı düzenlemeleri tamamen incelemesinin ve anlayabilmesinin beklenemeyeceği; bu sebeple genel işlem koşulunun objektif olarak birden çok anlama gelmesi hâlinde muhatabın bu durumu bilmesi ve buna sadece tek bir anlam atfetmesi gerektiği iddiasının dürüstlük kuralına aykırı olması sebebiyle dinlenemeyeceği ve daha ziyade lafzî yorum ile yetinileceği yönünde bkz. KOLLER, N 23.55. Birden çok anlama gelme kuralının esasen genel işlem koşulu içeren sigorta sözleşmelerinde sigorta ettirenin haklı menfaatini himaye etmek için kullanıldığı yönünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1144; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N 951; BGE 138 III 413 E. 3.1; BGE 133 III 682 E. 3.3.

anlam çıkarmaya elverişli olması gerekir⁶⁴. Üzerinde yorum uyumsuzluğu çıkan genel işlem koşulunun lâfzî anlamının yanı sıra sözleşmenin bütünü içindeki yeri dikkate alınınca da varılabilecek birden çok anlamdan hangisini kastettiği anlaşılamamalıdır. Genel işlem koşulunun birden çok anlama gelmesi durumunda bu koşulun, genel işlem koşullarını kullananın aleyhine yorumlanması gerekir⁶⁵. Bu bakımdan söz konusu iki veya daha fazla anlamdan birinin, genel işlem koşulunu kullanan tarafın daha aleyhine olması gerekir⁶⁶.

⁶⁴ STADLER, § 305c N 6; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 489; KOLLER, N 23.53, 23.55; BAUER, s. 50; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 440, 456; HUGUENIN, § 6 N 629; BASEDOW, § 305c N 44; SCHMIDT, § 305c N 60; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 103 dn. 270, N 257; LOCHER, s. 60; OGUZ, s. 94; EREN, s. 494; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231; HAVUTÇU, s. 151-152; AYDOĞDU, (2014), s. 117; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 3; KAPLAN, (1991), s. 70. Genel işlem koşuluna verilen birden çok anlamın tespiti için öncelikle tarafların gerçek iradeleri irdelenmeli; eğer gerçek iradeler tespit edilemezse o zaman dürüstlük kuralına göre, yani objektif bir değerlendirmeye genel işlem koşuluna verilebilecek en az iki farklı anlam belirlenmelidir. Bu noktada tarafların ilgili genel işlem koşuluna farklı anlamlar atfetmeleri nedeniyle bir irade uyumsuzluğunun söz konusu olduğu; ancak muhatap için lehe anlam esas alınarak genel işlem koşulunun geçerliliğinin sağlanacağı yönünde bkz. KOLLER, N 23.53.

⁶⁵ SCHWENZER, N 45.10; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109, 221; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 260; KELLER, s. 321; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1231 vd.; BERGER, N 962; HUGUENIN, § 6 N 629; KUT, Art. 18 N 17; RAISER, s. 262, 264; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N 877; KAPLAN, (1991), s. 56, 58; BAUER, s. 51; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 23 N 22; BGE 133 III 610 E. 2.2; BGE 133 III 69 E. 2.2.2.3; BGE 132 III 267 E. 2.2; BGE 124 III 158-159 E. 1b; BGE 122 III 121 E. 2a; BGE 113 II 52 E. 1b; BGE 110 II 146 E. 2b; BGE 97 II 74 E. 3. Genel işlem koşulunun taraflarca farklı anlamlandırılması hâlinde irade uyumsuzluğu nedeniyle anılan genel işlem koşulunun batıl olması gerektiği; ancak genel işlem koşullarını kullananın bunların açık bir şekilde kaleme alınmasından da sorumlu olması nedeniyle butlan sonucunun uygulanmadığı yönünde bkz. BASEDOW, § 305c N 42-43. Hatta mahkemelerin sigorta sözleşmeleri bakımından “*in dubio contra assicuratore*” ilkesini uyguladığı yönünde bkz. KELLER, s. 321.

⁶⁶ JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 456; KAPLAN, (2013), s. 76. Standart sözleşme hükümünün birden çok anlama gelmesine ilişkin, “*Avrupa*” ifadesinin Türkiye’nin sadece Trakya topraklarını mı, yoksa Anadolu’yu da mı kapsadığı yönündeki örnek için bkz. ATAMER, (2001), s. 135. Birden çok anlama gelmeye müsait olan “*Avrupa*” ibaresi, muhatapın (sigorta ettirenin) lehine yorumlanmış ve Anadolu da “*Avrupa*” içerisinde değerlendirilmiştir. Eğer genel işlem koşulundan çıkarılabilecek anlamlardan hangisinin muhatap için daha olumlu olduğu açıklığa kavuşturulamazsa ilgili genel işlem koşulunun geçersiz olması ve yerine kanundaki tamamlayıcı hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. LOCHER, s. 60-61. İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında birden çok anlama gelme kuralını uygulamıştır. Örneğin; BGE 116 II 190-191 E. 2b kararında, “*Drogen*” kelimesinin kapsamına “*sigara*”nın girmeyeceğine hükmetmiştir. BGE 85 II 348-349 E. 1b kararında “*Operation*” kavramının “*teşhis*”i kapsamayacağını belirterek muhatap lehine yorum yapmıştır. Aynı doğrultuda bkz. BAUER, s. 52. İsviçre Federal Mahkemesi BGE 82 II 452-453 E. 2 kararında ise “*Einladung*” kavramının sadece yükleme anlamına gelmediğini, anılan kavramın geniş anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Aynı doğrultuda bkz. BAUER, s. 51-52.

Zira olası farklı anlamların, genel işlem koşullarını kullanan taraf için aynı değerde olması hâlinde aleyhe bir uygulamadan da bahsedilemez. Keza birden çok sayıda farklı anlam olmazsa bunlardan genel işlem koşulunu kullananın aleyhine olanının seçilebilmesi de mümkün olamaz⁶⁷. Bu noktada genel işlem koşuluna verilecek anlamın, -varsa- mümkün mertebe ilgili tamamlayıcı hükmün anlamına yakın olması ve muhatabın tamamlayıcı kanun hükmünün öngördüğünden daha olumsuz bir konuma yerleştirilmemesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁶⁸. Bununla birlikte hangi anlam esas alınırsa alınsın ilgili genel işlem koşuluna içerik denetimi aşamasında müdahale edilecek ise artık yorum ile uğraşmaya gerek olmadığı da belirtilmektedir⁶⁹.

Birden çok anlama gelme kuralı, sadece bir genel işlem koşulunun objektif olarak birden fazla anlama gelmesi hâlinde uygulanmaz. Keza aynı sözleşmede yer alan birden çok genel işlem koşulu, belirli bir hususta birbirlerinden farklı düzenlemeler içerebilir⁷⁰. Böyle bir durumda da, birden çok anlama gelme kuralının temelinde yatan mantık çerçevesinde, söz konusu birden çok genel işlem koşulundan muhatabın lehine olan anlama üstünlük tanınmalıdır⁷¹.

Birden çok anlama gelme kuralı, sonuç olarak ilgili genel işlem koşulunun geçersizliğine yol açamaz⁷². Bu bakımdan genel işlem koşuluna, muhatap için en lehe olan; fakat aynı zamanda da geçerliliğini koruyan anlam yüklenir⁷³. Böylece genel işlem koşullarının içerdiği bazı katı düzenlemeler yumuşatılarak muhatabın lehine olacak bir hâle dönüştürülebilir⁷⁴. Birden çok anlama gelme kuralı, hiç şüphesiz terazinin diğer kefesinde bulunan kullanıcının zararındadır.

⁶⁷ KUT, Art. 1 N 61; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 221; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 52; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 257; KRAMER/PROBST, N 241; KELLER, s. 321-322; SCHWENZER, N 45.10; HUGUENIN, § 6 N 629; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 457; BASEDOW, § 305c N 44, 48, 49; STADLER, § 305c N 7; LOCHER, s. 60; WIEGAND, s. 338; RAISER, s. 101, 262, 264; SCHMIDT, § 305c N 42, 60-61; ATAMER, (2001), s. 134; BGE 133 III 610 E 2.2; BGE 122 III 121 E. 2a; BGER 5C.271/2004 E. 2.

⁶⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 268; KRAMER/PROBST, N 241; BGE 133 III 610 E. 2.2.

⁶⁹ ATAMER, (2001), s. 136-137; ATAMER, (2004), s. 302.

⁷⁰ Örnek için bkz. AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 16.

⁷¹ AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 16.

⁷² KRAMER/PROBST/PERRIG, N 260.

⁷³ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 260.

⁷⁴ RAISER, s. 101. krş. AUER, s. 22-23.

d. Muhatap İçin En Olumsuz Anlamın Esas Alınmasını Savunan Görüş

Birden çok anlama gelme kuralı, muhatap için en lehe anlamın esas alınması gerektiğini açıkça öngörmüştür. Buna rağmen, yorum yoluyla elde edilen anlamlardan muhatap için en olumsuzunun esas alınması ve böylece genel işlem koşulunun geçersizliğinin sağlanması yoluyla muhatapın daha da lehine bir durumun tesis edilebileceği ileri sürülmektedir⁷⁵. Bu bakımdan yorum aşamasında, genel işlem koşuluna verilebilecek olası anlamlar neticesinde içerik denetiminin nasıl sonuçlanabileceğinin dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁷⁶. Bir başka ifadeyle anılan görüş; genel işlem koşuluna muhatap için en olumsuz anlamın yüklenmesini ve böylece genel işlem koşulunun içerik denetimi aşamasına takılarak bunun yerine kanunun tamamlayıcı hükmünün uygulanması yoluyla muhatap için daha olumlu bir sonucun elde edilmesini amaçlamaktadır.

Söz konusu görüş; somut olayın koşullarını dikkate alan sübjektif görüş çerçevesinde genel işlem koşullarının yorumlanması yaklaşımına uygun düşmemesi ve böyle bir müdahalenin yorum denetiminin kapsamını aşarak içerik denetimine taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁷.

e. Talî Niteliği

Birden çok anlama gelme kuralı, sözleşmenin yorumunda kullanılacak mutad yöntemler ile bir sonuç alınamaması hâlinde uygulama alanı bulabilen ikincil bir yorum kuralıdır⁷⁸. Şu hâlde; öncelikle, sözleşmeler için geçerli yorum yöntemleri ile anlamı şüpheli olan genel işlem koşulu anlamlandırılmaya çalışılmalı ve bunlar eliyle bir sonuca ulaşılamazsa birden çok anlama gelme kuralına başvurulmalıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında

⁷⁵ RUSCH, s. 204. Keza genel işlem koşulunun birden çok anlama gelmesi hâlinde muhatapın en aleyhine yorumun benimsenmesi anlayışı reddedilirse de yorum ile içerik denetiminin birbirine karışacağı yönünde bkz. RUSCH, s. 205.

⁷⁶ ATAMER, (2004), s. 301-302; ATAMER, (2012), s. 37-38.

⁷⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 261. Birden çok anlama gelme kuralının, gizli bir içerik kontrolü aracı olarak kullanılmaması gerektiği yönünde bkz. LOCHER, s. 60; HAVUTÇU, s. 151.

⁷⁸ BASEDOW, § 305c N 44; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 109; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1232; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 489; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 452; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 244, 257, 265; RAISER, s. 262; KRAMER/PROBST, N 241; LOCHER, s. 60; BAUER, s. 50; ATAMER, (2001), s. 136, 138; ATAMER, (2012), s. 37; BGE 109 II 219 E. 2b. krş. AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 10.

birden çok anlama gelme kuralının talî niteliğini ve son çare (*ultima ratio*) olduğunu vurgulamaktadır⁷⁹. Bu bakımdan birden çok anlama gelme kuralının uygulanabilmesi için; genel işlem koşulunun birden çok anlama gelmesi tek başına yeterli değildir, ayrıca diğer yorum vasıtalarıyla yapılan yoruma rağmen hükmün birden çok anlamdan hangisini kastettiği anlaşılmalıdır⁸⁰.

f. Açık ve Anlaşılır Olmama

TBK m. 23 hükmü; örnek aldığı § 305c/II BGB düzenlemesinden farklı bir içeriğe sahiptir. Her iki düzenleme de genel işlem koşulunun, birden çok anlama gelmesi hâlinde kullananın aleyhine olan anlamın esas alınacağı noktasında örtüşmektedir. Ancak TBK m. 23 hükmü ayrıca, -§ 305c/II BGB düzenlemesinden farklı olarak- genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması hâllerinde de kullananın aleyhine yorumlanacağını düzenlemiştir.

Birden çok anlama gelme kuralında esas olan, genel işlem koşulundan birden fazla olası anlam çıkarılabilmekle birlikte, hangi anlam üzerinde tarafların iradelerinin uyuşmuş olduğunun net ve tam olarak anlaşılabilmesidir. Şu hâlde genel işlem koşulunun tek başına açık ve anlaşılır olmaması, yani neyi düzenlediğinin hiç anlaşılmadığı ve/veya bu koşula hiçbir anlam verilemediği hâllerde genel işlem koşulundan birden fazla anlamın çıkarılabilmesi de mümkün olamaz. Kısacası genel işlem koşulundan hiçbir anlam çıkarılmadığından yorum denetiminden de bahsedilemez. Bu sebeple hiçbir anlam çıkarılamayan genel işlem koşulunun, -TBK m. 23 düzenlemesinin aksine- kullananın aleyhine yorumlanabilmesi de söz konusu olamaz⁸¹. Bunun yerine; hiçbir anlam verilemeyen genel işlem koşulunun, içerik denetimi aşamasında ele alınması ve geçersiz olduğu sonucuna varılması gerekir⁸².

⁷⁹ HUGUENIN, § 6 N 629; BGE 122 III 124 E. 2d; BGE 100 II 153 E. 4c; BGE 99 II 292 E. 5; BGER 5C.271/2004 E. 2. Anılan tutumun eleştirisi için bkz. LÖRTSCHER, s. 110. Yazar'a göre, birden çok anlama gelme kuralının talî olarak kullanılması reddedilmelidir. Zira hükmün bağımsız anlamı elde edilemiyorsa o zaman taraflar bağlayıcı bir anlaşma meydana getirmemişlerdir. Keza güven teorisi çerçevesinde genel işlem koşulunun birden çok anlama gelmesi söz konusuysa ve taraflar da ilgili hükmü fiilen farklı anlam veriyorlarsa artık, iradeler arasında gizli uyuşmazlığın bulunduğu ve sözleşmenin kurulmadığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. LÖRTSCHER, s. 110 dn. 18.

⁸⁰ GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, § 13 N 52; BGE 122 III 124 E. 2d.

⁸¹ SCHMIDT, § 305c N 60; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 458; KAPLAN, (2013), s. 77; AYDOĞDU, (2014), s. 122-123; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 9-10, 17.

⁸² BASEDOW, § 305c N 47; SCHMIDT, § 305c N 60; ATAMER, (2001), s. 140-141; KELLER, s. 321; AYDOĞDU, (2014), s. 119-121; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 8, 12. krş. SCHMIDT, § 305c N 61. Hiçbir anlam elde edilemeyen genel işlem koşulunun yazılmamış sayılacağı

Nitekim § 307/I BGB hükmü, bu durumda açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşulunun geçersiz olduğunu düzenlemiştir⁸³. Anılan sebeplerle TBK m. 23 düzenlemesinin isabetli olmadığı söylenebilir⁸⁴.

4. Daraltıcı Yorum (*restriktive Auslegung*)

Daraltıcı yorumun genel işlem koşullarının yorumlanmasında uygulanıp uygulanamayacağından önce, daraltıcı yorum ile birden çok anlama gelme kuralı arasındaki ilişkinin izah edilmesi gerekir. Bu noktada bir görüş; daraltıcı yorumun, birden çok anlama gelme kuralı ile ilişkili olduğunu iddia etmektedir⁸⁵. Buna karşın diğer görüş ise daraltıcı yorumu, birden çok anlama gelme kuralı üst başlığı kapsamında değerlendirmemekte ve anılan kavramlar arasında bir ilişki bulunmadığını savunmaktadır⁸⁶.

Birden çok anlama gelme kuralının aksine, kanun koyucu tarafından açıkça öngörülmemiş olan daraltıcı yorumun uygulanabilirliği şüphelidir. Bu bakımdan iki temel görüşten bahsedilebilir:

Öğretide; genel işlem koşullarını kullanan tarafın, ekonomik açıdan güçlü olmasının taraflar arasında eşitsizliğe yol açtığı belirtilerek muhatap aleyhine olan genel işlem koşullarının mümkün olduğunca dar yorumlanması ve böylece uygulama alanlarının sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁷. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bilhassa tamamlayıcı kanun hükümlerinden ayrılan genel işlem koşullarını dar yorumlamayı tercih ederek muhatabı korumayı amaçlamıştır⁸⁸. Bu görüşü savunanların da kabul ettiği

yönünde bkz. SCHMIDT, § 305c N 60. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 11/V hükmünün bu hâlde geçersizlik sonucunu öngördüğü yönünde bkz. AYDOĞDU, (2014), s. 120; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 12. § 305c/II BGB hükmünün sadece yoruma ilişkin olduğu ve genel işlem koşulunun geçerliliğini etkilemeyeceği yönünde bkz. STADLER, § 305c N 7.

⁸³ Alman hukuku bakımından açık ve anlaşılır olmayan bir genel işlem koşulunun, § 307/I BGB hükmünün ikinci cümlesindeki “*Transparenzgebot*” ile içerik kontrolü aşamasında geçersiz kılınabileceği yönünde bkz. STADLER, § 305c N 7; BASEDOW, § 305c N 48. krş. AYDOĞDU, (2014), s. 118-119; AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 6, 8-9, 17.

⁸⁴ Aynı yönde bkz. AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 2, 17.

⁸⁵ SCHWENZER, N 45.11.

⁸⁶ LOCHER, s. 60.

⁸⁷ KOLLER, N 23.80; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 447; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 244, 267; KRAMER/PROBST, N 241; KAPLAN, (1991), s. 55. krş. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1235.

⁸⁸ BGE 115 II 479 E. 2d; BGE 130 III 689-690 E. 4.3.1; BGE 107 II 163-164 E. 6c. Aynı doğrultuda bkz. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 267, 270; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 447.

üzere daraltıcı yorum yapılması, bir ölçüde gizli içerik kontrolü (*verdeckte Inhaltskontrolle*) yapılması anlamına gelmektedir⁸⁹.

Öte yandan bilhassa Alman hukukunda kabul gören karşıt görüş ise daraltıcı yorumun, gizli içerik denetimi yapılması anlamına gelmesi sebebiyle uygulanmasını reddetmektedir⁹⁰. Kanun koyucu, yorum ve içerik denetimi aşamalarını birbirinden ayırmıştır⁹¹. Buna rağmen daraltıcı yorum yapılması, yorum ile içerik denetimi aşamalarının birbirine karışmasına sebebiyet verir⁹². Tarafların iradelerinin açık olduğu ve anlamı üzerinde yorum uyumsuzluğu bulunmayan genel işlem koşuluna farklı bir anlam yüklemeye çalışmak doğru olmaz⁹³.

Kanaatimizce genel işlem koşullarının yorumlanmasında daraltıcı yorum yoluna başvurulabilir⁹⁴. Özellikle tamamlayıcı kanun hükümlerinden sapan genel işlem koşullarının dar yorumlanması ve anılan koşulların anlamının muhatabın lehine olacak şekilde sınırlandırılması yerinde olur⁹⁵.

⁸⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 270.

⁹⁰ LOCHER, s. 60; BASEDOW, § 305c N 41; SCHMIDT, § 305c N 62; STADLER, § 305c N 8; ATAMER, (2001), s. 141.

⁹¹ STADLER, § 305c N 8. Keza aşırı kaydın yasal ya da caiz sınıra indirilmesi (*geltungserhaltende Reduktion*) kurumundan yararlanılmasının da açıkça yorum ile içerik denetimi arasında ayırım yapan kanun koyucunun iradesine aykırı olduğu yönünde bkz. BASEDOW, § 305c N 41.

⁹² BASEDOW, § 305c N 41; RUSCH, s. 205. Yorum denetiminin, örtülü içerik denetimi olduğu yönünde bkz. AYDOĞDU, (2018), m. 23 N 2.

⁹³ krş. LOCHER, s. 60; ATAMER, (2001), s. 141-142.

⁹⁴ JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 447; KOLLER, N 23.80; KAPLAN, (1991), s. 56 (Yazar, sürelerle ilişkin kayıtların ise muhatabın lehine olması için geniş yorumlanmasını da önermektedir). Daraltıcı yorum ilkesinin, genel işlem koşullarında genel bir şekilde ifade edilmiş hususlara, tarafların genel bir anlam biçmediği varsayımına dayandığı yönünde bkz. KOLLER, N 23.81. Tam tersine tarafların sadece tipik bir meseleyi düzenlemek istedikleri, bu sebeple genel işlem koşulunun içerdiği genel hükmün kapsamının daraltılması gerektiği yönünde bkz. KOLLER, N 23.80-23.81; BGE 91 II 348 E. 2a. Şayet somut olayda tarafların gerçekten genel anlamı istemiş oldukları ispatlanabilirse daraltıcı yorumun uygulanamayacağı yönünde bkz. KOLLER, N 23.81. Genel işlem koşulu içermeyen sözleşmelerde de daraltıcı yorumun uygulanabileceği yönünde bkz. KOLLER, N 23.82; BGE 87 II 87 E. 3b; BGE 60 II 436 E. 4.

⁹⁵ SCHWENZER, N 45.11; KOLLER, N 23.80; BGE 117 II 621 E. 6c; BGE 115 II 479 E. 2d. krş. KRAMER/PROBST/PERRIG, N 266; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1235. Genel işlem koşullarıyla genel olarak formüle edilmiş bir sorumsuzluk kaydının, özel olarak temin edilmiş bir özelliğin bulunmaması hâlini kapsamayacağı yönünde bkz. KRAMER/PROBST, N 241; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 497; KAPLAN, (1991), s. 59. Genel işlem koşullarında yer alan teknik ifadelerin, muhatabın o alanda uzman olmaması

5. Diğer Yorum Kuralları

Her ne kadar TBK m. 23 hükmünde açıkça öngörülmüş olmasa da öğretide, genel işlem koşulları sebebiyle muhatabın maruz kaldığı olumsuz durumu, yorum yoluyla giderebilmek amacıyla çeşitli özel yorum yöntemleri geliştirilmiştir⁹⁶.

Bu bağlamda örneğin; şüphe hâlinde sözleşmeyi geçersiz kılmayan, yani sözleşmeyi ayakta tutan yoruma üstünlük tanınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁷. Keza şüphe hâlinde sözleşmedeki hükümlerin de kanuna uygun bir şekilde yorumlanması ve böylece kanunda yer alan tamamlayıcı kanun hükümlerine yakın düşen bir sonuca ulaşılması gerektiği öne sürülmektedir⁹⁸. Ayrıca borçlu taraf için daha makul olan anlamın (*in dubio mitius*) esas alınması gerektiği şeklindeki yorum kuralının, genel işlem koşulu içeren sözleşmelere de uygulanabileceği belirtilmektedir⁹⁹. Benzer şekilde sözleşmenin bir bütün olduğu ve yorum yapılırken bu hususun dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁰.

SONUÇ

Genel işlem koşullarının yorumlanabilmesi için öncelikle; genel işlem koşulu içeren bir sözleşmenin bulunması, tarafların genel işlem koşulunun düzenlediği hususta bireysel bir anlaşma yapmamış olmaları ve genel işlem koşulunun anlamı hususunda uyuşmazlık bulunması gerekir. Genel işlem koşullarının, sübjektif görüş çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu bakımdan yorum aşamasında olağan sözleşmelerden farklı bir muameleye tâbi tutulmaması gerekir.

Genel işlem koşulu bakımından TBK m. 23 hükmünün öngördüğü birden çok anlama gelme kuralına göre, birden çok anlama gelen genel işlem koşulunun muhatabın lehine, yani kullananın aleyhine olacak şekilde

sebebiyle günlük hayattaki anlamlarının esas alınacağı yönünde bkz. KAPLAN, (1991), s. 55.

⁹⁶ KRAMER/PROBST, N 241.

⁹⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1235; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 441 vd. Anılan yorum ilkesinin ikincil nitelikte olduğu yönünde bkz. JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 446.

⁹⁸ KRAMER/PROBST/PERRIG, N 266; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1235.

⁹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1235; JÄGGI/GAUCH, Art. 18 N 448; KRAMER/PROBST/PERRIG, N 264. krş. BGer 4A_453/2009 E. 4.3.

¹⁰⁰ KAPLAN, (1991), s. 56.

yorumlanması gerekir. Birden çok anlama gelme kuralı, talî nitelikte olup öncelikle mutad yorum yöntemleriyle yorum uyumsuzluğunun çözümlenmesine çalışılmalıdır. Ancak anılan yöntemlerle sonuç elde edilemezse birden çok anlama gelme kuralına başvurulabilir. Öte yandan genel işlem koşulunun açık ve anlaşılır olmaması hâlinde ise artık koşula bir anlam yüklenemeyeceği için muhatabın lehine bir yorum yapılabilmesi mümkün değildir. Burada açık ve anlaşılır olmayan genel işlem koşulunun geçersiz kabul edilmesi daha isabetli gözükmektedir. Genel işlem koşullarının yorumunda daraltıcı yorum yoluna da başvurulabilir.

KAYNAKÇA

AKÇAAL, Mehmet: “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2014, Cilt XVIII, Sayı 1, s. 49-69.

ATAMER, Yeşim: **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2001. [ATAMER, (2001)]

ATAMER, Yeşim: “Genel İşlem Koşullarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 291-331. [ATAMER, (2004)]

ATAMER, Yeşim: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi- TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu**, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012, s. 9-73. [ATAMER, (2012)]

ATAMULU, İsmail: “Genel İşlem Şartlarında Şahsî (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2018, Cilt XIII, Sayı 1, s. 101-147.

AUER, Eugen: **Die richterliche Korrektur von Standardverträgen**, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1964.

AYDOĞDU, Murat: **Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014. [AYDOĞDU, (2014)]

- AYDOĞDU, Murat: **Genel İşlem Koşulları Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. [AYDOĞDU, (2018)]
- BASEDOW, Jürgen: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil**, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2019 (Herausgeber: SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG, Bettina).
- BAUER, Walo: **Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht**, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1981.
- BERGER, Bernhard: **Allgemeines Schuldrecht**, 2. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012.
- BÜHRER, Marc P.: **AGB-Kollisionen, “the battle of the forms” und weitere Probleme beim Verweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1987.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne aussvertragliches Haftpflichtrecht**, Band I, 10. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf, 2014.
- GUHL, Theo/KOLLER, Alfred/SCHNYDER, Anton K./DRUEY, Jean Nicolas: **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.
- HAVUTÇU, Ayşe: **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2003.
- HUGUENIN, Claire: **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf, 2014.
- HUGUENIN, Claire/MEISE, Barbara: **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015 (Herausgeber: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang).

JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1b, Art. 18 OR**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1980.

KAPLAN, İbrahim: “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt XVI, Sayı 2, Yıl 1991, s. 51-89. [KAPLAN, (1991)]

KAPLAN, İbrahim: **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uyarlanması**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013. [KAPLAN, (2013)]

KAŞAK, Esra: “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 sayılı TBK m. 21/2)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, Yıl 2012, s. 415-429.

KELLER, Max: “Die Auslegung obligationenrechtlicher Verträge”, **Schweizerische Juristen-Zeitung**, 57. Jahrgang, Heft 20, 15. Oktober 1961, s. 313-322.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hüküm**, Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

KOLLER, Alfred: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Handbuch des allgemeinen Schuldrechts**, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.

KRAMER, Ernst A./PROBST, Thomas: **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013.

KRAMER, Ernst A./PROBST, Thomas/PERRIG, Roman: **Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Stämpfli Verlag, Bern, 2016.

KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno: **Berner Kommentar, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Stämpfli Verlag, Bern, 1986 (Herausgeber: MEIER-HAYOZ, Arthur).

KUT, Ahmet: **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**,

- Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf, 2016 (Herausgeber: FURRER, Andreas/SCHNYDER, Anton K.).
- LOCHER, Horst: **Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1990.
- LÖRTSCHER, Thomas: **Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht unter besonderer Darstellung von Haftungsbeschränkungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1977.
- OĞUZ, Cemal: **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1993.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- RAISER, Ludwig: **Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg vor der Höhe, 1961.
- RUSCH, Arnold F.: “Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen”, **Aktuelle Juristische Praxis**, 23. Jahrgang, Jahr 2014, Ausgabe 2, s. 203-208.
- SCHMIDT, Hubert: **Beck’scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch**, 48. Edition, Verlag C.H. Beck, München, 2018 (Herausgeber: BAMBERGER, Heinz Georg/ROTH, Herbert/HAU, Wolfgang/POSECK, Roman). (<https://beck-online.beck.de> erişim: 19.02.2019)
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 1a, Art. 1-17 OR**, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1973.
- SCHULER, Alois G.: **Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1978.
- SCHWENZER, Ingeborg: **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2016.

- STADLER, Astrid: **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch**, 17. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2018 (Herausgeber: STÜRNER, Rolf).
- STUCKI, Marius: **AGB-Kontrolle im schweizerischen Recht und im UN-Kaufrecht unter besonderer Betrachtung des revidierten Art. 8 UWG**, Editions Weblaw, Bern, 2013. (https://www.ziv.unibe.ch/unibe/portal/fak_rechtwis/c_dep_private/ziv/content/e7688/e50302/e159370/e205850/e459290/e459292/files648611/Stucki_Weblaw_ger.pdf, erişim: 24.02.2019)
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- WIEGAND, Wolfgang: “Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, **Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2004, s. 331-343.
- YELMEN, Adem: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ZELLER, Ernst: **Auslegung von Gesetz und Vertrag**, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1989.

KISALTMALAR

- ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811 (Avusturya Medeni Kanunu)
- AGBG Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. Dezember 1976
- ALR Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5. Februar 1794
- BGB Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896 (Alman Medenî Kanunu)
- BGE Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
- BGer Schweizerisches Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)
- bkz. bakınız
- CCF Code civil du 21 Mars 1804 (Fransız Medenî Kanunu)

CCI	Il Codice Civile Italiano R.D. 16 marzo 1942 (İtalyan Medenî Kanunu)
CCS	Código Civil de 25 de julio de 1889 (İspanyol Medenî Kanunu)
CESL	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law
CISG	The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
dn.	dipnot
eTKHK	23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı (Eski) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Avrupa Ekonomik Topluluğu)
HD	Hukuk Dairesi
m.	madde
N	Note, Randnote, Randnummer (Kenar Notu)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (İsviçre Borçlar Kanunu)
PECL	Principles of European Contract Law (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)
RL	Richtlinie (Direktif)
s.	sayfa
TBK	11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCO	Turkish Code of Obligations
TKHK	07.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (Haksız Rekabet Kanunu)
vd.	ve devamı
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Sigorta Sözleşmesi Kanunu)

ROMA HUKUKUNDA ŞARTIN ÖZEL BİR GÖRÜNÜMÜ: GLADYATÖR MÜSABAKALARINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇ

Duygu TAHAN ORHAN*

ÖZ

Gladyatör oyunları, şiddetin oldukça ön planda olduğu, ölüm ya da yaralanma ile sonuçlanması muhtemel müsabakalardır. Temelini dini törenlerden alan bu oyunlar, zaman içerisinde toplumsal eğlence anlayışının önemli bir parçası haline gelmiştir. Politik amaçlarla kullanılabileceği erken dönemde keşfedilen oyunlara hukukun müdahalesi de gecikmemiştir. Oyunların düzenlenmesi ve sınırlandırılması gibi hususlarda, muhtelif hukuki müdahaleler gerçekleşmiştir. Bunun yanı sıra, bireysel bir noktadan, ölene kurban vermekten ayrılıp, organize faaliyetler haline gelen müsabakalar kapsamında, müsabakanın sonucu, müsabakayı düzenleyenler ile gladyatör okulları arasındaki hukuki ilişkinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda, müsabakaya katılan gladyatörlerin ölmesi veya ağır yaralanması, ya da yara almadan veya hafif yaralarla müsabakadan ayrılması, organizatörler ile lanista arasındaki hukuki ilişkiyi tespit eden unsuru teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: gladyatör, lanista, alım satım, locatio conductio, şart

A SPECIFIC FORM OF CONDICIO UNDER ROMAN LAW: THE LEGAL RESULT ATTACHED TO THE GLADIATORIAL COMBATS

ABSTRACT

Gladiatorial combats are games where violence is quite apparent and thus have a possible result of death or injuries. These games, originating from religious ceremonies, became an important part of social entertainment in time. To these games, which were found out to be appropriate to use for political reasons in early times, legal intervention was not late. A variety of legal interventions made about the organizations and limits of the games. Along with that, the result of the combat, which evolved from being a part of funerals to organized events, had a great importance regarding the relationship between the organizers and gladiator schools. In this context, the death, injuries or leaving the combat without any injuries was the factor determining the legal relationship between the lanista and the organizers.

Key Words: gladiator, lanista, emptio venditio, locatio conductio, condition

* Dr., Ankara Barosu Avukatı. e-posta: duygutahan@gmail.com

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609103

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/03/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/07/2019

GİRİŞ

Antik Roma'dan söz edildiğinde, bugün halen ilgi çeken hususlardan biri, gladyatör müsabakalarıdır. Günümüz popüler kültüründe dahi etkisi bu derece gözle görülebilir büyüklükteyken, iletişimin ve eğlence araçlarının bugüne kıyasla son derece sınırlı olduğu Roma toplumunda, gladyatör müsabakalarının uyandırdığı ilgiyi öngörmek güç olmayacaktır.

Roma eğlence anlayışının önemli bir unsurunu teşkil eden bu gösterilere hukukun müdahalesi kaçınılmaz olmuştur. Kimi suçluların gladyatör okullarına mahkum edilmesi¹, gladyatör oyunlarının çeşitli nedenlerle sınırlandırılması² ya da bazı kişilerin müsabakalardan yasaklanması³, hukukun bu organizasyonlara müdahalesinin örneklerini teşkil eder.

Bunun ötesinde, gladyatörler temelde köledir ve kölelerin birbirleri ile fiziki mücadele içine girdiği bu tip oyunlarda, muhtemel sonuç taraflardan birinin hayatını kaybetmesi ya da en azından yaralanmasını içerir. Teorik olarak, kölenin eşya olduğu gözetildiğinde, eşyanın uğradığı zararlar dolayısıyla sorumluluğun doğacağı öngörülebilir. Fakat gladyatörler açısından böylesi bir durumda, farklı bir hukuki ilişkinin varlığı gözetilmelidir. Gladyatörlerin maruz kaldıkları yaralanma ve ölümler, gladyatör okulları ile organizatörler arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Çalışmamız kapsamında, bu doğrultuda, gladyatörlerin hukuki statüsü ve *lanista*⁴ ve organizatörlerin arasındaki hukuki ilişki ile, bu çerçevede ortaya çıkan hukuki sonuçlar değerlendirilecektir.⁵

¹ BAUMAN, s. 122-123; BUCKLAND, s. 277, 404-405; “*Servus poenae: Ölüme veya müebbet küreğe mahkum edilmek neticesinde hürriyet durumunu (status libertatis) kaybeden ve bu suretle köle durumuna düşen kimse.*”, UMUR, s. 198.

² Ziyafet ve cenaze törenleri için yapılacak harcamaları kısıtlayan *lex Cornelia de Sumptuaria* gibi, BERGER, s. 550.

³ Yüksek toplumsal statüde bulunan kişilerin *auctorati* olarak müsabakalara katılmalarını engelleyen M.Ö. 46, 38 ve 22 tarihli emirnameler gibi, KYLE, (2007), s. 318.

⁴ *Lanista*, gladyatör okulu sahibine verilen isimdir, WACKE, s. 283.

⁵ Çalışmada kullanılan metinlerin incelenmesinde, Watson (IUSTINIANUS-1998), Birks/McLeod (IUSTINIANUS 1987), Poste (POSTE), Hyamson (Ed.: HYAMSON) ve Umur'un (IUSTINIANUS -1955) çevirilerinden faydalanılmıştır.

I. GLADYATÖRLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

Din, Roma toplumunda pek çok kurumu etkilediği gibi, eğlence anlayışı üzerinde de etkili olmuştur. Ataya tapmanın görüldüğü Roma'da, ev tanrıları büyük önem taşır⁶. Bu nedenle, cenaze törenleri, dikkatle şekillendirilen dini törenler olmuştur. Bu törenler kapsamında, ölünün ruhunu kurban kanıyla teskin etmek ihtiyacı ve köle ve hayvanların ölümlere mezarlarında da dünyada olduğu gibi hizmet edeceği düşüncesi⁷, Romalıları hayvan ya da ucuz köle kurban etmeye yönlendirmiştir. Zaman içerisinde, bu kurban etme törenleri, yerini, ucuz kölelerin birbiri ile fiziki müsabakaya girdiği gladyatör dövüşlerine bırakmıştır. Cenaze töreni ile ortaya çıktığı kabul gören gladyatör oyunları, Cumhuriyet Dönemi itibarıyla, gündelik hayatın bir parçası olarak, eğlenceye yönelik organizasyonlara dönüşmüştür⁸.

Gladyatör müsabakalarının düzenlenmesi hayli maliyetlidir. Öncelikle, müsabakalara katılmak üzere, uygun kölelerin temin edilmesi gerekir. Müsabakaların henüz organizasyonu aşamasında, bu kölelerin önemli bir kısmının arenadan ölümlere ya da ağır yaralanarak ayrılacağını öngörmek güç değildir. Esasında, gladyatör müsabakalarında ölüm, organizasyonda ulaşılabilecek eğlencenin en üst noktası olarak görülmektedir⁹. Ancak bütün bu yüksek maliyetlere rağmen, politik amaçlar doğrultusunda müsabakaların düzenlenmesi önem arz etmiştir. Hatta, bireysel adanmışlıklar ile ortaya çıkan bu müsabakalar, politikacıların kalabalık halkı gösterişi ile etkilemek, güç sahibi olduğu izlenimini bırakmak, halkın desteğini arkasına almak ve sıradan bireyleri şiddet gösterileri ile oyalayarak sıkıntılarını unutturmak amaçlarıyla kullanılan politik araçlar haline gelmiştir¹⁰.

Bu işleyişin merkezinde yer alan aktörler, pek tabii ki gladyatörler olmuşlardır. Etraflarında gerçekleşen karmaşık politikalar bir yana, arenada ölümüne mücadele içinde bulunanlar gladyatörlerdir. Gladyatörler, onurlu bir şekilde ölüme giden savaşçılar olarak görülmektedir¹¹. Ancak arenada buldukları süre boyunca kendilerine saygı duyulsa da, esasında gladyatörler çok büyük oranda kölelerden ibarettir.

⁶ De COULANGES, s. 35 vd.

⁷ De COULANGES, s. 18-19.

⁸ UZUNASLAN, s. 19, 22.

⁹ EDWARDS, s. 46.

¹⁰ MEIJER, s. 15, 31.

¹¹ MEIJER, s. 40, 41.

Savaş esirleri, gladyatörlerin ilk örneklerini teşkil etmektedir¹². M.S. I. yüzyıldan itibaren, savaş esirlerinin yanı sıra, kimi ağır suçların yaptırımı olarak da gladyatör okullarına mahkumiyete hükmedildiği görülmektedir. Gladyatör okullarına mahkûm olanlar, *servus poenae*¹³ olarak adlandırılırlar. Esasında, nihayetinde “ölümüne” bir fiziki mücadeleye girilecek olsa da, bu, doğrudan doğruya verilecek bir idam cezasına kıyasla çok daha arzu edilir bir cezadır. Nitekim, bir idam cezasının infazı, cezanın verildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içerisinde gerçekleşirken, gladyatör okuluna mahkumiyette, çok nadir de olsa, kişinin tekrar özgürlüğünü kazanması ihtimali dahi mevcuttur¹⁴. Bu haliyle, ani ve kesin bir ölüm karşısında, yaşama ve hatta özgürlüğüne kavuşabilme ihtimalinin, en azından çok kişi açısından daha cazip olacağı açıktır.

Coll. 11.7. 4 (Ulp. lib. 8 de officio proconsulis): “...Est autem differentia inter eos qui ad ludum damnatur: nam ad gladium damnati confestim concumuntur uel certe intra annum debent consumi : hoc enim mandatis continetur. Enimuero qui in ludum damnatur, nun utique consumuntur sed etiam pilleari et rudem accipere possunt post interuallum, siquidem post quinquennium pilleari post triennium autem rudem induere eis permittitur.”

Coll. 11.7. 4 (Ulp. lib. 8 de officio proconsulis): “...Ne var ki, kılıç cezasına mahkûm edilenler ile ludus’a mahkûm edilenler arasında fark vardır; ilk gruptakiler gecikmeksizin öldürülürler, ya da her halükarda bir yıl içerisinde öldürülmek zorundadırlar, ve bu talimat hükümde yer alır.

¹² MEIJER, s. 40; FUTTRELL, s. 121; ANDERSON, s. 6; TEKİN, s. 258.

¹³ “Ölüme veya müebbet küreğe mahkûm edilmek neticesinde hürriyet durumunu (*status libertatis*) kaybeden ve bu suretle köle durumuna düşen kimse.”, UMUR, 1983, s. 198; *Servus poenae*, mahkûm edildikleri cezanın kölesi olarak kabul edilirler, KARADENİZ ÇELEBİCAN, (2014), s. 133; BUCKLAND, s. 277, 404-405; *Iustinianus*’un *Institutiones*’inde, *servus poenae* olmak bir *capitis demunito maxima* hali olarak geçmektedir, *Ius. Ins. 1. 16. 1.*: “*Maxima est capitis demunitio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit. quod accidit in his, qui servi poenae efficiuntur atrocitate sententiae...*”; “*Capitis demunito maxima*, bir kişi özgürlüğünü ve vatandaşlığını birlikte kaybettiğinde olur, çok ağır bir ceza olan *servi poenae* cezasına mahkûm edilmesinde olduğu gibi...”

¹⁴ MEIJER, s. 41; Umur, *servus poenae*’nin maliksiz olarak kabul edildiğini, bu nedenle azat edilmelerinin mümkün olmadığını ifade etmektedir, UMUR, s. 198. Ancak, zaten gladyatörler açısından söz konusu olan, efendisinin iradesi ile özgürlüğüne kavuşması anlamına gelen azatlanmak [TAHIROĞLU, s. 524] değil, kendi özgürlüklerini satın almaktır.

Ancak *ludus*'a mahkûm edilenler mutlaka öldürölmek zorunda değildir; hatta belki, bir süre sonra, özgürlükleri iade edilebilir, ya da bir gladyatör olmak yükümlülüğünden kurtulabilirler; zira, üç yılın sona ermesi ile gladyatör oyunlarında yer almamalarına ilişkin izni alabilirlerken, beş yıl sonra, özgürlükleri iade edilebilir.”

Savaş esirleri ve gladyatör okullarına mahkûm edilenlerin dışında, eski gladyatörlerden olan azatlıların da, bir *auctoramentum*'a taraf olarak, *auctorati* olarak gladyatör okullarına girdikleri görölmektedir¹⁵. *Auctorati*, bir ücret karşılığında, kendini, tehlikeli faaliyetlerde bulunmak üzere bu tarz faaliyetlere yönelik iş yapan işletmelere bağlayan kişiler için kullanılan bir ifadedir. Umur, *auctorati*'lerin, özgürlüklerini korurken, ehliyetlerinin pek çok açıdan sınırlandığını ifade etmektedir¹⁶. Kyle ise, *auctorati* olarak, kazanç elde etmek amacıyla gladyatör okullarına kaydolan azatlı eski gladyatörlerin, özgürlüklerinden geçici olarak vazgeçtikleri kanaatinde¹⁷. Nitekim, Kyle, *auctoramentum*'u, ücret, hizmet ya da müsabakaya çıkma şartlarının belirlendiği, *auctorati*'nin kendilerini gladyatör olarak kiraladıkları bir akit olarak nitelemektedir¹⁸.

Her ne kadar, muhtelif dönemlerde gladyatör müsabakalarına katılabilecek kişiler açısından çeşitli sınırlamalara gidilmiş olsa da, özgürlerin ve hatta toplumda yüksek statüde bulunan kişilerin dahi müsabakalara katıldığı görölmektedir. Bir yeminin ifası, ya da savaş becerilerinin sergilenmesi, ya da yalnızca istek, özgür bir Roma vatandaşının gladyatör müsabakasına katılmasının nedeni olabilir¹⁹.

Özgür kişilerin müsabakalara katılabilmeleri için akitle kendilerini bir gladyatör okuluna bağlamaları zorunlu değildir. Münferit olarak müsabakalara çıkmaları mümkündür. Bununla birlikte, özgür Roma vatandaşları arasında da, gladyatör okullarına *auctorati* olarak kaydolanların varlığı bilinmektedir²⁰. Bunun nedenini, her ne kadar hayati mücadeleye atılıyor olsalar da, güçlü sağlık hizmetleri, iyi beslenme gibi göz ardı edilemeyecek gladyatör

¹⁵ KYLE, (2007), s. 317.

¹⁶ UMUR, s. 26.

¹⁷ KYLE, (2007), s. 317.

¹⁸ KYLE, (1998), s. 87.

¹⁹ KYLE, (2007), s. 318-319.

²⁰ KYLE, (2007), s. 318-319.

hayatı şartlarında aramak mümkündür²¹. Toplumun büyük kesiminin düşük standartlarda hayatını idame ettirmeye çalıştığı düşünülürken, bu okullara kayıt, cazip bir mesleğe dahil olmak anlamına gelmektedir. Yine, gladyatör olmanın getirdiği şöhret ve yaşadığı süre ile sınırlı olsa da gladyatörlere duyulan hayranlık, özgür Roma vatandaşlarının gladyatör okullarına kaydolması nedenlerinden bir kısmını teşkil eder. Müsabakalardan zafer ile ayrılan gladyatörler, yemek ve para ile ödüllendirilmektedir²². Bunun ötesinde, eski ve başarılı bir gladyatör olarak topluma geri dönmek, sıradan bir Romalının saygınlığını artıracak bir durum teşkil eder. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, ortalama yaşam süresinin oldukça kısa olduğu Roma'da, hayat mücadelesi içindeki sıradan Romalılar için, gladyatör okullarına kaydolmak ücret karşılığında müsabakalara katılmak, iyi bir alternatif teşkil etmektedir²³.

II. GLADYATÖR MÜSABAKALARINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇ

Yukarıda da izah edildiği üzere, bir gladyatör müsabakasının olası sonucu, katılımcıların ölmesi ya da yaralanmasını içerir. Yine, yukarıda değinildiği üzere, gladyatör müsabakalarının katılımcıları, köleler ya da özgür Roma vatandaşları olabilir. Dolayısıyla, muhtemel yaralanma ya da ölümler içeren müsabaka sonuçlarını, köle gladyatörler ve özgür katılımcılar açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

Roma hukuku kapsamında, kölelerin belirli açılardan insan oldukları gözetilmiş olmakla beraber, özü itibarıyla köleler eşyadır²⁴. Dolayısıyla kölelerin yaralanması ya da ölmesi, mala verilen zararlar kapsamında değerlendirilmeli; hukuka aykırılığa etki eden özel durumlar, bu haksız fiil kapsamında incelenmelidir. Ne var ki, gladyatör köleler açısından durum farklıdır.

Gladyatör kölelerin uğradıkları zararlar değerlendirilirken, gladyatörlerin bağlı oldukları okullar ile, müsabakaları düzenleyen organizatörler arasındaki hukuki ilişki esas alınmıştır.

²¹ ANDERSON, s. 7; JONES, s. 275.

²² ANDERSON, s. 7.

²³ ANDERSON, s. 7.

²⁴ KARADENİZ ÇELEBİCAN, (2014), s. 135; köleler, *ius civile*'de, Klasik Hukuk Dönemi boyunca önem arz eden en temel ayırım çerçevesinde, *res mancipi*'ler arasında sayılmıştır, KARADENİZ ÇELEBİCAN, (2015), s. 44-45.

Gai. Ins. 3. 146.: “Item [quaeritur] si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint pro sudore denarii xx mihi darentur, in eos uero singulos qui occisi aut debilitati fuerint denarii mille quaeritur utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam uideri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta quiusque uenditione an locatione. Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res ueniri aut locari possint.”

Gai. Ins. 3. 146.: “Eğer şu şartlarda bir grup gladyatör temin edilirse; yani, arenayı sağ salim terk eden her birinin performansı için 20 *denarii* ödenecektir ve ölen veya sakatlanan her biri için 1000 *denarii* ödenecektir, denirse, bunun bir *locatio conductio* mu yoksa alım satım mı olduğu hususu ihtilafıdır; ancak hakim görüş, bunun yaralanmadan gelenler için bir *locatio conductio*, ölenler ya da malul olanlar hakkında bir alım satım akti olduğu görüşüdür: Akitler şarta bağlıdır, her bir gladyatör için şartlı bir satış ya da *locatio conductio* vardır, ki satım akti de *locatio conductio* da şarta bağlı olarak yapılabilir.”

Roma hukuku kapsamında, günümüz hukuk düzenlerinde hizmet akdi, eser akdi ve kira akdi olarak düzenlenen akitler, *locatio conductio* çatısı altında, birlikte ifade edilmektedir²⁵. Taraflardan birinin bir hizmetin ifasını, diğer tarafın ise bunun karşılığında ücret ödemeyi taahhüt etmesi, *locatio conductio operae*, yani hizmet akdini ifade eder²⁶. Hizmet akdi çerçevesinde, *operae* için aranan ifa yükümlülüğü sportif faaliyetler açısından söz konusu değildir²⁷. Dolayısıyla, metinde işaret edilen *locatio conductio*'nun, hizmet akdini ifade ettiği söylenemez. *Locatio conductio operis*, bir eserin meydana getirilmesi borcunun üstlenildiği, karşı tarafın da bunun karşılığında ücret ödeme borcu altına girdiği eser akdini ifade eder²⁸. Bu nedenle, metinde işaret edilen eser akdi olmadığı sonucuna ulaşmak da kolaydır.

Akdin taraflarından birinin ücret ödeme borcu karşısında, diğer tarafın bir eşyanın belirli süreyle kullanımını temin etmeyi taahhüt etmesi *locatio conductio rei*, yani kira akdini oluşturur²⁹. Bu çerçevede yapmış olduğumuz

²⁵ Du PLESSIS, s. 12; RADO, s. 133; ERDOĞMUŞ, s. 96.

²⁶ RADO, s. 138; ERDOĞMUŞ, s. 101.

²⁷ KARADENİZ, s. 42; SOMER, (2008), s. 53.

²⁸ RADO, s. 133; ERDOĞMUŞ, s. 102.

²⁹ RADO, s. 134; ERDOĞMUŞ, s. 96.

değerlendirmeler kapsamında da açıkça anlaşılacağı üzere, metinde ele alınan *locatio conductio*, *locatio conductio rei*'ye işaret etmektedir. Kaynaklarda, kölenin hizmetlerinin kiralanması için "*locatio conductio operarum servi*" ifadesi de kullanılmaktadır. Bununla birlikte, kölenin işi kölenin semeresi niteliğindedir ve semere eşyadan bağımsız şekilde kiralanamaz. Dolayısıyla, kölenin hizmetinin köleden ayrı şekilde kiralanamayacağı sonucuna ulaşmak güç değildir. Açıklanan bu nedenlerle, her halükarda kira akdinin konusunu bizatihi eşya olarak kölenin kendisi teşkil etmektedir³⁰.

Görülebileceği üzere, gladyatör müsabakaları sonucunda meydana gelecek zararlar, akdin niteliğini belirleyecek bir şart olarak değerlendirilmiştir. Buna ilişkin tartışma, gladyatör okulu ile organizatör arasındaki hukuki ilişkinin kira akdi mi yoksa alım satım akdi mi olduğu üzerinde şekillenmektedir. *Gaius*, metin kapsamında yer verilen akdin şarta bağlı kurulduğuna işaret eder. Bu bağlamda, müsabakadan zarar görmeden ayrılan gladyatörler ile, yaralanan ya da ölenler arasında bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrım çerçevesinde, müsabakadan zarar almadan ayrılan gladyatörler açısından kira akdi; yaralanan ya da ölen gladyatörler açısından ise alım satım akdi söz konusu olacaktır. Buradan hareketle, müsabaka sona erene kadar, gladyatörlerin fiziki durumlarında bir değişiklik meydana gelmediği gözetilerek, bir *locatio conductio*'ya konu edildikleri sonucuna varmak mümkündür. Müsabaka sonucunda ise, zarar görmeyen gladyatörler değerlendirildiğinde, bozucu şart gerçekleşmemiş olacaktır. Dolayısıyla, zarar görmeden ayrılan gladyatörler açısından *locatio conductio* varlığını korur. Ölen ya da ağır şekilde yaralanan gladyatörleri ele aldığımızda ise, *locatio conductio* açısından bozucu şartın; alım satım akdi açısından ise kurucu şartın gerçekleşmesi söz konusu olur. Dolayısıyla, artık bu gladyatörler, *locatio conductio*'nun değil, alım satım akdinin konusunu teşkil ederler.

Bu ikinci ihtimal kapsamında, organizatör, gladyatörlerin arenada yaralanması ya da ölmesi riskini üstlenmiştir. Bir başka ifade ile, *lanista* ve organizatör arasındaki akit, bu doğrultuda şarta bağlanmıştır³¹. Şu halde, bir gladyatörün müsabakada ölmesi halinde, ölü bir gladyatörün alım satım akdine konu edildiği sonucuna varmak gerekir. Peki bu durum, borcun konusunun imkansız olamayacağı ilkesine aykırılık teşkil eder nitelikte midir? Wacke, bunun borcun konusunun imkansız olamayacağı ilkesine aykırılık teşkil

³⁰ KARADENİZ, s. 48-50.

³¹ WACKE, s. 284.

etmediği kanaatindedir; zira, organizatörün akit ile amaçladığı, hayatta kalan gladyatörlerin satın alınması değildir. Bir başka ifade ile, organizatörün *lanista* ile yapmış olduğu akitten doğan alacak hakkı sağ kalan gladyatörlere ilişkin değildir³². Gerçekten de, organizatör “eğer ölürse ya da maluliyet derecesinde yaralanırsa köleyi satın alacağı” şartı ile akde taraf olmaktadır.

Bu şartın, organizatörün tamamen aleyhine bir şart olduğunu söylemek son derece kolaydır. Nihayetinde, organizatör, hiçbir amaca yönelik kullanamayacağı, ekonomik bir değer taşımayan, ölü ya da ağır yaralı köleleri satın almaktadır. Ancak bu şartın varlığını açıklamak da aynı ölçüde kolaydır. Roma’da, gösteriler, önemli siyasi propaganda araçlarıdır. Gösterişli oyunlar düzenleyen politikacılar, bu oyunları bir üst makama gelmekte önemli bir araç olarak kullanırlar³³. Oyunları büyük oranda kendi bütçelerinden karşılayan *magistra*’lar, organizasyon konusundaki becerilerini sergilemekle kalmayıp, muhtemel ekonomik sıkıntılarda yardıma koşacak cömert devlet görevlileri oldukları yönünde önemli bir mesaj verme şansını da elde etmiş olurlar³⁴. *Gracchus*’un arenaya inşa ettirilen ve para karşılığı kiralanacak olan özel izleme tribünlerini şahsen ortadan kaldırarak, *tribunus plebis*’lik makamına giden yolculuğunda haklı desteğini arkasına alması³⁵ ya da gladyatör müsabakalarına bilet sağlanmasının seçimlere hile karıştırmanın önlenmesi çerçevesinde yasaklanması³⁶ gibi gerçekler gözetilirse, siyasi çıkarların bununla da sınırlı kalmadığı anlaşılacaktır. Özet bir ifade ile, müsabakaların devam etmesi, satın alınan kölenin sağ ve sağlıklı olmasından çok daha fazla organizatörün menfaatine hizmet eder. Dolayısıyla, esasında, organizatör, son derece aleyhine görünen bir şartı akde dahil ederek, bütün durumu lehine çevirmektedir. Gladyatörlerin ölmesi, organizatörün üstlendiği ve hatta desteklediği bir risktir.

Wacke’nin bu metne ilişkin ele aldığı diğer bir husus, hasarın alıcıya ait olduğu kuralıdır. Wacke, şarta bağlı alım satım akitlerinde, *periculum emptoris est* kuralının uygulanmayacağını ifade etmiş, devamlı, *Gaius*’a ait metinde yer alan şartın, şarta bağlı bir akit söz konusu olmasaydı uygulama

³² WACKE, s. 284.

³³ MAHONEY, s. 71; GÜRTEEN, (2016), s. 144, dn. 739; TÜRKOĞLU, s. 255; SOMER, (2017), s. 47, 48; ANDERSON, s. 6; KYLE, (2007), s. 251-252.

³⁴ FUTRELL, s. 3.

³⁵ UZUNASLAN, s. 23.

³⁶ MEIJER, s. 72, dn. 98; GÜRTEEN, (2017), s. 71.

alanı bulacak olan kuralı karşılamak üzere taraflarca uygulamaya konulduğunu belirtmiştir. Bir başka ifade ile, taraflar, akdin şarta bağlı olması dolayısı ile, uygulanamayacak olan hasarın alıcıya ait olması kuralına, aralarında yaptıkları anlaşma ile uygulama alanı yaratmaktadırlar³⁷. Esasında bu düşüncenin teorik kurgusunu devam ettirmek için, bir bütün olarak şu değerlendirmenin yapılması gerekir: *Lanista* ile organizatör, özünde hiçbir şartın söz konusu olmadığı bir alım satım akdi gerçekleştirirlerse, ölen gladyatörler dolayısıyla ortaya çıkan hasar alıcı olan organizatörün üzerine kalacaktır. Buraya kadar, metinde amaçlanan sonuca ulaşılır. Fakat ölmeyenler açısından durum nasıl değerlendirilebilir? Akdin doğrudan doğruya bir alım satım akdi olduğundan söz edebilmemiz için, “Her bir gladyatör için X *Sesters* ödenecektir” kurgusunun yapılmış olması gerekir. Şu durumda, ölmeyen gladyatörler de alım satım akdine konu edilmiş olur ki metinden bunun amaçlanmadığı, ya da sistemin bu şekilde kurgulanmadığı görülmektedir. Akdin, daha olası bir şekilde, *locatio conductio rei* olarak gerçekleştirildiği varsayımında ise, hasara katlanması gereken kişi kiraya veren, yani *lanista* olacaktır ki, bu da metin çerçevesinde arzu edilmediği açıkça görülen bir husustur. Ancak Wacke, şarta yüklediği bu işlevden hareketle, organizatörün esasında yaralanan ya da ölen gladyatörleri satın almak niyetiyle hareket etmediğini, yalnızca riski üstlendiğini ifade etmektedir. Nitekim, yaralanan kölelerin tedavisi ve ölen kölelerin defni işlemleri, *lanista*'nın sorumluluğundadır. Dolayısıyla, esasında, burada, Romalı hukukçularca, kira ve alım satım akdi arasında şarta bağlı bir akit geliştirerek, değerli gladyatörlerin zarar görmesinden kaynaklanacak kayıp ve masraflar karşısında, organizatörün riski üstlendiği bir teminat ile, bir çeşit sigorta akdine benzer sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir³⁸.

Yukarıda izah edildiği üzere, özgür Roma vatandaşlarının, hatta zaman zaman toplumda yüksek statüde bulunan kimselerin de gladyatör müsabakalarına katılmaları mümkündür. Müsabakalara katılan özgür Roma vatandaşları açısından yapılacak değerlendirme, elbette ki köleler için yapılan değerlendirmeden farklı olacaktır. Bu durumda, ilk olarak, metinde yer verilen *locatio conductio* teriminden hareket edilebilir. *Locatio conductio*'ların, kapsamında, kira, hizmet ve eser akitlerinin var olduğu gözetilerek, özgür Roma vatandaşları açısından hizmet akdinin söz konusu olduğu düşünülebilir.

³⁷ WACKE, s. 285.

³⁸ WACKE, s. 285. Benzer şekilde Kyle, bu durumu, doğrudan, gladyatörlerin sahiplerinin, değerli gladyatörlerinin kaybına karşı kullandıkları bir güvence politikası olarak nitelendirmektedir, KYLE, (2007), s. 317.

Ne var ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, sportif faaliyetler, açık bir şekilde hizmet akdinin kapsamı dışında kalmaktadır³⁹. Bunun yanı sıra, metinde alım satım akdinin de değerlendirildiği gözetildiğinde, özgür Roma vatandaşları açısından metinde yer alan açıklamanın yetersiz kaldığı görülmektedir. Ayrıca, metinde akde taraf olan kişi, müsabakaya katılan gladyatör değil, gladyatörlerin teminini sağlayan *lanista*'dır.

İkinci ve daha tutarlı ihtimal, özgür Roma vatandaşlarının gladyatör müsabakalarına katılmaları söz konusu olabilse bile, bu durumun onları tüm unsurları ile “gladyatör” sıfatı altına sokmayacağına düşünülmesidir. Bu durumda, gladyatör müsabakalarına bağlanan sonuçların değerlendirildiği *Gaius*'a ait metin yerine, diğer sportif faaliyetler açısından günümüzde yansımaları rıza çatası altında kabul edilen risk olarak gördüğümüz, *volenti non fit iniuria*'nın değerlendirildiği metinlere gidilmesi uygun olacaktır. Bu kapsamda, muhtemel zararları öngörerek bu gibi müsabakalara katılan özgür kimselerin, bu müsabakalar kapsamında uğradıkları zararların tazminini talep etmeleri mümkün olmayacaktır; zira rızanın olduğu yerde, hukuka aykırılıktan söz edilemez⁴⁰.

Auctorati'lerin özgürlük durumu hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Umur, *auctorati* olarak hizmetlerini tehlikeli faaliyetlere sunan kimselerin, ehliyetlerinde belirli kısıtlamalar olmakla beraber, özgürlüklerini yitirmeyecekleri kanaatinde⁴¹. Bu görüşten hareket edildiğinde, *auctorati* olarak gladyatör oyunlarına kendi hizmetlerini bir akitle bağlayan kişiler açısından, yukarıda özgür Roma vatandaşlarının katıldığı müsabakaların sonuçlarının geçerli olacağını söylemek gerekir. Bununla birlikte, bu kişiler açısından, yine *lanista* ile organizatör arasındaki bir hukuki ilişkiden söz edilmesinin gerekeceği kanaatindeyiz. Nihayetinde, *lanista*'nın bünyesinde yer alan ve emeklerini bu işe özgüleyen katılımcılar söz konusudur. Ancak bu durumu izah etmek, kölelerin durumunu izah etmek kadar kolay değildir. Bu noktada, Kyle'ın açıklamaları bizi daha tutarlı bir sonuca ulaştıracaktır. Kyle, *auctorati* olarak gladyatör okullarına kaydolanların, geçici süreyle özgürlüklerini kaybedeceğini ifade etmektedir⁴².

³⁹ KARADENİZ, s. 42; SOMER, (2008), s. 53.

⁴⁰ *D. 47. 10. 1. 5. (Ulp. lib. 56 ad. edictum)*: “... quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.” *D. 47. 10. 1. 5. (Ulp. lib. 56 ad. edictum)*: “... zarara uğrayanın rızasının olduğu yerde, iniuria yoktur.”, GÜNEŞ PESCHKE, s. 874.

⁴¹ UMUR, s. 26.

⁴² KYLE, (2007), s. 317.

Kyle'ın bu açıklamasından hareket ettiğimizde, *auctorati* olarak gladyatör müsabakalarına katılanlar hakkında yukarıda yer alan *Gaius*'a ait metnin uygulanacağını söylemek gerekir.

SONUÇ

Gladyatörler, yaşamları boyunca saygı duyulan, ölmekten korkmayan, popüler, güçlü ve cesur savaşçılar olarak bilinseler de, esasında, temelde, politikacıların halkın desteğini almak ya da halkı manipüle etmek için kullandıkları, birbirleri ile ölümüne mücadele içine soktukları kölelerdir. Bu ölüm kalım mücadelesi, çoklukla katılımcılardan birinin ölümü ya da ağır derecede yaralanması ile sonuçlanmaktadır. Dolayısıyla, özünde bir eşyanın zarar görmesi olarak niteleyebileceğimiz bu husus, hukukçular tarafından incelenerek, zarar ile sonuçlanan müsabakalara ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır.

Köle olan gladyatörler açısından bu değerlendirme *Gaius* tarafından açık bir şekilde yapılmıştır. Gladyatör okulları, *lanista*'lar, ile müsabakaları düzenleyenler arasındaki hukuki ilişki, müsabakadan önemli yaralar almadan ayrılan gladyatörler açısından kira akdi, ölen ya da maluliyet derecesinde yaralanan gladyatörler açısından ise alım satım akdi olarak tespit edilmiştir. Gladyatörün müsabakadan ne şekilde ayrıldığı, akdin niteliğini tespit edecek şart olarak *lanista* ile organizatör arasındaki hukuki ilişkiye eklenmektedir.

Özgür Roma vatandaşlarının katıldığı gladyatör müsabakalarının, köleler için öngörülen hukuki sonuçlar çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, özgür Roma vatandaşları açısından, diğer sportif unsurlar içeren faaliyetler ve bunların ötesinde kalan çok geniş bir yelpazede uygulama alanı bulan *volenti non fit iniuria* ilkesi söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

ANDERSON, Jack: **The Legality of Boxing – A Punch Drunk Love**, 1. Baskı, Birkbeck Law Press, Oxon Oxon, 2007.

BAUMAN, Richard A.: **Human Rights In Ancient Rome**, Yeniden basım,

Routledge, Londra, 2000.

BERGER, Adolf: **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, The American Philosophical Society, Philedelphia, 1991.

BUCKLAND, W. W.: **Roman Law of Slavery, The Condition of the Slave in Private Law From Augustus to Justinian**, Cambridge University Press, Cambridge, 1908.

De COULANGES, Fustel: **Antik Site, Yunan'dan Roma'ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar**, (Çev.: KILINÇ, İ.), Birinci Baskı, Epos Yayınları, Ankara, 2011.

Du PLESSIS, Paul J: **Letting and Hiring in Roman Legal Thought, 27 BCE-284 CE**, 1. Baskı, Brill, Boston, 2012.

EDWARDS, Catherine: **Death in Ancient Rome**, Yale University Press, New Heaven ve Londra, 2007.

ERDOĞMUŞ, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

FUTTRELL, Alison: **The Roman Games Historical Sources in Translation**, 1. Baskı, Blackwell Publishing, Malden, 2006.

GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ: "The Reflection of Volenti Non Fit Iniuria in Personality Rights in Modern Laws", **Principios Generales Del Derecho. Antecedentes Históricos Y Horizonte Actual**, (Koordinatör: Fernando Reinoso Barbero), 1. Baskı, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, s. 869-876.

GÜRTEN, Kadir: **Roma Hukuku'nda Crimen Kavramı**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

GÜRTEN, Kadir: "Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 75, S: 2017/3, Ankara, 2017, s. 53-79.

IUSTINIANUS: **Institutiones**, (Çeviren: UMUR, Ziya), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1955.

IUSTINIANUS: **Justinian's Institutiones**, (Çeviri ve Giriş: BIRKS, Peter ve McLEOD, Grant, Latince Metin: KRUEGER, Paul), 1. Baskı, Cornell University Press, New York, 1987.

- IUSTINIANUS: **The Digest of Justinian**, (Çeviri Düzenlemesi, WATSON, Alan), Gözden Geçirilmiş Baskı, University of Pennsylvania Press, Cilt 4, Pennsylvania, 1998.
- JONES, Peter: **Geldim, Gördüm, Yendim, Romalılar Hakkında Bilmek İsteyeceğiniz Her Şey**, (Çev.: F. Sezer), 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2016.
- KARADENİZ, Özcan: **Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: **Roma Eşya Hukuku**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: **Roma Hukuku, Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, 17. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- KYLE, Donald G.: **Spectacles of Death in Ancient Rome**, 1. Baskı, Routledge, New York, 1998.
- KYLE, Donald G.: **Sport and Spectacle in the Ancient Roman World**, 1. Baskı, Blackwell Publishing, Malden, 2007.
- MAHONEY, Anne: **Roman Sports and Spectacles, A Sourcebook**, 1. Baskı, Focus Publishing, Malden, 2001.
- MEIJER, Fik: **Gladyatörler, Tarihin En Ölümcül Sporu**, (Çev.: D. GÜNENÇ), 1. Baskı, Homer Kitabevi, İstanbul, 2008.
- POSTE, Edward: **Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius**, Edward Poste M.A. Çevirisi ve Yorumu ile, E. A. Whittuck, M.A., B.C.L., Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, A.H.J. Greenidge’in Tarihi Girişi İle, Oxford, 1904.
- RADO, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- SOMER, Pervin: **Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar**, 1. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul, 2008.
- SOMER, Pervin: “Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve *Ambitus*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, Yıl: 2017, Cilt: 23,

Sayı: 3, s. 33-54.

TAHİROĞLU, Bülent: “Roma Hukukunda Azad Etmenin Tahditleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 1973, Cilt: 38, Sayı: 1-4, s. 521-546.

TEKİN, Oğuz: **Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş**, 9. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015.

TÜRKOĞLU, Gökçe: “Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2009, Cilt: 11, Sayı: 2, s. 251-289.

UMUR, Ziya: **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.

UZUNASLAN, Abdurrahman: “Antik Roma’da Gladyatör Oyunları”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 2005, Sayı: 12, s. 15-58.

WACKE, Andreas: “Accidents in Sport and Games in Roman and Modern German Law”, **Tydskrif Vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Journal of Contemporary Roman-Dutch Law)**, Yıl: 1979, Cilt: 42, Sayı: 1, Butterworths, s. 273-287.

Elektronik Kaynaklar

Mosaicarum et Romanarum legum Collatio, (Ed.: M. Hyamson), Londra, 1913, <https://archive.org/details/cu31924029129876> (Son erişim tarihi: 17.12.2018).

TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARININ VE TELEVİZYON PROGRAMLARININ TELİF HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI

Sefa ER*

ÖZ

Ticari işletme faaliyeti olan televizyon yayıncılığı, reklam gelirleri ile faaliyetlerini sürdürmekte ve bu durum televizyon kanalları arasında rekabet ortamının oluşmasına sebep olmaktadır. Ayrıca bu rekabet ortamı, seyirci tarafından benimsenen bazı program formatlarının taklit edilmesine veya yeni program formatı arayışına girilmesine sebep olmaktadır. Özellikle televizyon program formatları ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar “format” kavramının hukuki niteliğinin saptanmasını gerektirmektedir. Televizyon program formatlarının ve televizyon programlarının “fikri ürün” olduğu ve herhalde genel hükümler çerçevesinde korunacağı tartışılmazdır. Asıl sorun bu fikri ürünlerin ayrıca telif hukuku kapsamında korunup korunamayacakları noktasında toplanmaktadır. Başka deyişle televizyon program formatlarının ve televizyon programlarının 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde eser olarak kabul edilebilmesi için gereken şartları taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: telif hakkı, soyut fikir, televizyon programı, televizyon programı formatı, format uyarılama

PROTECTION OF TV PROGRAM FORMATS AND TV PROGRAMS IN THE SCOPE OF COPYRIGHT LAW

ABSTRACT

Television broadcasting, a commercial activity, continues to operate with advertising revenues, which creates competition between television channels. In addition, this competition environment prepares for the imitation of some program formats adopted by the audience or for the search for new program formations. In particular, the disputes that arise in relation to television program formats require the determination of the legal nature of the format concept. It is unquestionable that television program formats and television programs are idea product and will in any case be protected under general provisions. The real problem is that this idea product can also be protected under copyright law. In other words, it is necessary to determine

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi. e-posta: sefaer@hotmail.com. Orcid: 0000-0002-5738-8224
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609104

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/02/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/07/2019

whether the television program formats and television programs have the necessary conditions to be accepted as works under the Law on Intellectual and Artistic Works numbered 5846.

Key Words: *Copyright, abstract idea, television program, television program format, format adaptation*

GİRİŞ

Gelişen teknoloji ve ekonomik büyüme karşısında tüketici konumundaki seyirlerin televizyona ayırdıkları zamanın her geçen gün biraz daha arttığı görülmektedir. Ticari bir işletme olan televizyon yayıncılığı, reklam gelirleri ile faaliyetlerini sürdürmekte ve televizyon kanalları reklam gelirlerinden daha fazla pay alabilmek için seyircilerin diğer kanallara nazaran kendi kanallarını izlemeleri için program arayışlarına girmektedirler. Bu durum televizyon kanalları arasında rekabet ortamının oluşmasına ve seyirci tarafından rağbet gören program formatlarının taklit edilerek birçok kanalda yayınlanmasına sebep olmaktadır. Ayrıca televizyon kanalları farklılık yaratmak için yeni programlara ihtiyaç duymakta, bunun için de program formatları hazırlatarak bunları değerlendirme yoluna gitmektedir. Bazen de yurt dışından program formatları lisans sözleşmeleri ile alınmakta ve bu formatlar uyarlanarak yeni program şeklinde seyircinin beğenisine sunulmaktadır.

Özellikle yurt dışında denenmiş ve başarılı olmuş televizyon programlarının formatlarının alınarak Türk televizyonlarına uyarlanmasıyla oluşan programların gün geçtikçe artması ve bu durumun yol açtığı uyumsuzlukların çokluğu program formatı kavramının hukuki niteliğinin tartışılmasına sebep olmaktadır. Ayrıca yurt içinde de başarılı olmuş programların formatları birkaç unsur değiştirilerek yayınlanmaya başlanmış, böylece program formatını oluşturanın kişinin, hangi hukuki müesseselerle korunacağı ve özellikle telif hukuku kapsamında koruma görüp göremeyeceği tartışılmaya başlanmıştır. “Fikri ürün” olduğu tartışmasız olan televizyon program formatlarının ve televizyon programlarının genel hükümler çerçevesinde her halükarda korunacağı sabit olduğuna göre, bu noktada bu fikri ürünlerin telif hukuku kapsamında korunup korunamayacakları, yani FSEK kapsamında eser olup olmadıkları çözülmesi gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARI VE ESER NİTELİĞİ

A. FORMAT KAVRAMI VE UNSURLARI

Televizyon programları, genellikle eğlence veya bilgilendirme amacı taşıyan veya içeriğinde bu ikisini birlikte barındıran ve kendi başına bir bütün oluşturan haber, yarışma, televizyon dizisi, belgesel, show programları gibi yayınlardır¹. Bu programlar formata dayalı olarak oluşturuldukları için programın her bir bölümünde değişen şeyler programın temel unsurları haricinde sınırlıdır. Program formatı ise, yapılması amaçlanan programın fikrini içeren ve temel unsurlarını barındıran ayrıca bu unsurları detaylandırıp birleştirerek oluşturulan televizyon programının temel yapısıdır². Bu temel yapının fikri bir ürün olduğu konusunda şüphe bulunmamakla birlikte, telif hukuku kapsamında eser olarak korunabilmesi için program fikrinin, bunu oluşturan kişinin düşüncesinin somutlaşması, yani dışarıdan algılanabilir olması gerekmektedir³. Bir fikri ürünün telif hukuku kapsamında korunabilmesi için hususiyet ilkesi bağlamında fikri ürünü oluşturan kişinin düşünce ve duygu dünyasının eserde kendini göstermesi gerekmektedir⁴. Zira, soyut fikirler telif hukuku kapsamında korunmamaktadır⁵. Bu noktada program formatlarının hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için soyut fikir seviyesini aşır aşmadığının tartışılması ve bunun için de her şeyden önce program formatı kavramının tanımlanması gerekmektedir.

Program formatı kavramının kanunlarda tanımı olmamakla birlikte doktrin ve uygulamada da üzerinde uzlaşmış bir tanım bulunmamaktadır. Program formatı, televizyon dizisi, yarışma programı, şov programı gibi bir televizyon programının karakteristik özelliklerini içeren ve programın her bir bölümünde farklılıklarla içi doldurulan temel bir yapı olup, televizyon programının nasıl oluşturulacağı ve ne şekilde yapılacağını düzenleyen genel nitelikli bilgileri içeren bir tarifname olarak tanımlanabilir⁶. Buna göre, program formatı, televizyon programının her bir bölümünde farklı içerik barındırır da değişmeyen temel unsurlardan oluşan ve yayın akışı ile biçimi

¹ KARABAĞ, s. 37.

² TOSUN, s. 173.

³ ATEŞ, s. 31.

⁴ BOZGEYİK, s. 170.

⁵ NAL/SULUK/KARASU, s. 53.

⁶ ATEŞ, s. 28.

sayesinde izleyicinin kolayca tanıyabilmesini sağlayan genel bir çerçeve oluşturmaktadır⁷. Fakat her halükarda telif korumasından yararlanması için yaratıcı bir içerik ile sahibinin hususiyetini taşıması ve programla ilgili fikrin detaylı çalışmaları sonucunda kapsamlı bilgiler içermesi gerekmektedir⁸.

Bu itibarla, televizyon program formatı, programın her bir bölümünün nasıl olacağını ve programın ne şekilde ilerleyeceğini gösteren, programın adı, program sunucusunun davranışları, stüdyonun dizaynı, konukların yerleşimi, kamera ve ışık hareketleri, kullanılacak sloganlar ve müzikler gibi programın karakteristik özelliklerini içeren⁹ ve her şeyden önce sahibinin hususiyetini taşıyan değişmez unsurlar içinde, değişebilen unsurları da kapsayan taslak olarak da tanımlanabilir¹⁰. Bu tanımlardan, program formatının genel bir tarifname olmadığı ancak programa temel oluşturacak ve sahibinin hususiyeti ile oluşturulan temel karakteristik unsurlar arasında içeriğin detaylandırılması anlaşılmalıdır.

Bir televizyon programı, programın türüne göre o programa şeklini veren bir çok temel karakteristik unsurdan oluşmaktadır. Örneğin, başlık, konu, ortam, dizayn, dekor, müzik, orkestra, sunucu, konuk sanatçılar, katılımcıların özellikleri, karakter oyuncular, oyuncuların ilişkileri, semboller, sloganlar, ışıklandırma, program süresi gibi hususlar televizyon program formatının karakteristik unsurları olarak sayılabilir¹¹. Bu sayılanlar haricinde programın türüne göre başka hususlarda programın karakteristik unsurları arasında yer alabilmektedir.

B. PROGRAM FORMATLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Televizyon programlarının ve formatlarının gün geçtikçe uluslararası ticarete büyük bir öneme sahip oldukları görülmektedir. Bugün artık dünyada “uluslararası format ticareti” olarak adlandırılan bir sektörün varlığından bahsedilmektedir¹². Özellikle de seyirci tarafından benimsenen programlara yönelik talep arttıkça bu programlar takip edilerek bunlara benzer formatta programlar üretilmekte veya yapımcılara bu tür programlar

⁷ FRAPA (Report 2017), s. 3.

⁸ KARABAĞ, s. 50.

⁹ FRAPA (Report 2017), s. 3.

¹⁰ ARIKAN, (2012), s. 15.

¹¹ KARABAĞ, s. 65.

¹² TOSUN, s. 173.

sipariş edilmektedir. Bu nedenle genellikle yurt dışında denenmiş ve başarılı olmuş program formatları uyarlanarak benzer formatta fikri ürünlerin ortaya konulduğu görülmektedir¹³.

Bazı programların yüksek izlenme oranlarına ulaşması bu programların formatlarının başka televizyon kuruluşları tarafından izinsiz kullanılmasını, diğer bir deyişle format taklitçiliğini beraberinde getirmektedir¹⁴. Bu durumda, formatı taklit edilen kişinin haksız rekabet, haksız fiil gibi genel hükümler çerçevesinde korunacağı kabul edilse dahi, bu kişinin telif hukuku kapsamındaki korumadan da yararlanıp yararlanamayacağını tartışılması gerekir. Bu noktada televizyon program formatının FSEK anlamında eser niteliğine sahip olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁵. Televizyon program formatlarının eser niteliği kabul edilecekse dahi bunların FSEK’te sınırlı olarak sayılan eser gruplarından hangisinin kapsamına girdiğinin değerlendirilmesi bir başka sorunu oluşturmaktadır¹⁶.

Program formatlarının telif hukuku kapsamında korunup korunamayacağı Türk hukukunda olduğu gibi Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Common Law hukuk sistemlerini benimseyen ülkelerde de tartışmalıdır¹⁷. Fransız Hukuku’nda format kavramı fikri mülkiyet mevzuatında yer almamakla birlikte Fransız uygulamasında program formatlarının “sahibinin kişiliğini ifade etmesi” yani “orjinallik” kriterini yerine getirmeleri durumunda Fransız Fikri Mülkiyet Kodu (CPI) anlamında eser niteliğine sahip oldukları kabul

¹³ “Televizyon formatlarının uluslararası piyasada korunması için 2000 yılında FRAPA (The Format Recognition And Protection Association-Format Tanıma ve Koruma Derneği) adıyla uluslararası bir yapılanmaya gidilmiştir. Bu kuruluş, program format önerilerinin belgelenmesini, format intihal iddialarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda danışmanlık yapılmasını; format endüstrisinde uygun rekabet kurallarının oluşturulmasını ve formatların korunmasına ilişkin yasal düzenleme yapılması için uluslararası girişimlerde bulunulmasını amaçlamaktadır. FRAPA tarafından küresel format endüstrisi hakkında 2003, 2009, 2011 ve 2017 yıllarında kapsamlı raporlar hazırlanmıştır. 2017 yılında hazırlanan raporda; TV formatının temel bileşenlerini tanımlanmış ve bunların korunma yollarını listelenerek format yapımcılarının telif hakkı, haksız rekabet gibi alanlarda yasal haklarına yönelik bir rehber sağlamak için 30 ayrı ülkede vaka incelemeleri yapılmıştır.” Bkz. (<https://www.frapa.org/wp-content/uploads/2017/03/FRAPA-BakerMcKenzie-Report-final-preview.pdf> erişim. 15.02.2019)

¹⁴ ÇOLAK, s. 12.

¹⁵ ÇOLAK, s. 23.

¹⁶ KARABAĞ, s. 76.

¹⁷ ÇOLAK, s. 15; KARABAĞ, s. 74.

edilmektedir¹⁸. Ancak bu durumda da soyut fikirlerin ayrıntılı bir biçimde tespit edilmedikleri sürece telif hukuku korumasına konu olamayacağı evrensel ilkesini aramaktadırlar.

İngiliz telif hakları hukuku kural olarak müteşebbisin emeğini korumasına rağmen, format koruması ile ilgili olarak İngiltere’de de herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamakta olup formatların kanunla korunmasına ilişkin düzenleme çabaları da sonuçsuz kalmıştır¹⁹. İngiliz hukukuna göre, telif koruması için yetenek ve emek unsurlarını taşıyan fikri ürünün edebi, artistik, dramatik eserlerle müzik eserleri kategorisinden birine girmesi gerekmektedir²⁰. Program formatlarının kanuni düzenlemesine yönelik teklif, program formatlarını edebi eserler kategorisine eklemek üzere düzenlenmiş, ancak bu teklif kanunlaşmamıştır. Bu nedenle, İngiliz hukukunda da program formatları somut olayın özelliğine göre detaylandırılarak soyut fikrin ötesine geçerek somutlaştığı ve bir bütünlük oluşturduğu zaman telif korumasına hak kazanmaktadır²¹.

Program formatı kavramı Alman hukuk sisteminde hukuki bir terim niteliğinde olmayıp, herhangi bir kanunda da kullanılmamaktadır. Ancak, Alman Telif Hakları Kanununa göre, edebi, bilimsel ve artistik eserlerin telif korumasından yararlanacağı belirtilerek eser türleri örneksime yoluyla sayılmıştır²². Bu durumda, Alman Hukukunda eser türleri sınırlayıcı olmadığına göre, bir program formatı algılanabilir bir biçimde ifade edilip sahibinin hususiyetini taşıdığı zaman telif korumasından yararlanmaktadır.

Formatların televizyon sektöründe en çok kullanılan ülke olan Amerika Birleşik Devletlerinde ise format kavramına dikkatle yaklaşılarak bu kavrama hiçbir yasal tanım verilmemiştir²³. Amerikan hukuk sisteminde, fikri bir ürünün telif korumasından yararlanabilmesi için sınırlı olarak sayılan eser türlerinden birine dahil olması, orijinal olması ve somut bir ortamda tespit edilmiş olması gerekmekte olup, kavramlar, ilkeler ve keşifler telif korumasından yararlanamamaktadır²⁴. Bu nedenle fikirle ifade arasında ayırım

¹⁸ KARABAĞ, s. 75.

¹⁹ ARIKAN, (2009), s. 166.

²⁰ KARABAĞ, s. 74.

²¹ ÇOLAK, s. 21.

²² ÇOLAK, s. 16.

²³ TOSUN, s. 174.

²⁴ ÇOLAK, s. 22.

yapma anlayışının formatlar için de kabul edilerek genel olarak program formatları da koruma görmemektedir²⁵.

FSEK'in 1/B-a maddesi gereğince eser, "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Kanun tarafından yapılan bu tanım genel bir çerçeve çizmiş, ancak eser kavramının şekillenmesi doktrin ve uygulama tarafından geliştirilen kriterlerle elde edilmiştir. Buna göre, doktrinde ve uygulamada, bir fikri ürünün FSEK kapsamında eser olarak kabul edilebilmesi için somut bir biçimde ifade edilen ve eser sahibinin hususiyetini taşıyan yani bireysel zekası ile şekillenen fikri bir içeriğin bulunmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir²⁶. Buna göre fikri ürün olduğu tartışmasız olan program formatlarının da FSEK kapsamında eser olarak korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması, bu hususiyetin ifade edilecek şekilde somutlaşmış olması ve FSEK'te belirlenen eser kategorilerden birine girmesi gerekmektedir²⁷.

1-PROGRAM FORMATI VE SOYUT FİKİR

WIPO telif hakları sözleşmesinde ve TRIPS anlaşmasında açıkça belirtildiği üzere telif hakkı koruması fikirleri ve yöntemleri kapsamamaktadır²⁸. Yani telif hukukunda korunan "soyut fikir" değil "fikrin ifade ediliş biçimi"dir²⁹. Buradaki "ifade ediliş biçimi" kavramı hem hususiyet unsurunu hem de eser türü bakımından öneme sahiptir. Program formatlarının hukuki niteliği incelenirken de karşımıza çıkan en önemli sorunlardan birisi formatların soyut fikir boyutunu aşp aşmadığı sorunudur³⁰. Eğer program formatları soyut fikir olarak değerlendirilecekse zaten telif korumasından yararlanamayacaktır. Çünkü soyut fikir, düşüncenin eser olma sürecindeki ilk aşamadır. Aksine, program formatları soyut fikir olarak değerlendirilemeyecek ise hangi noktadan sonra somutlaştığının ve tamamlandığının tartışılması gerekmektedir³¹.

²⁵ ÇOLAK, s. 22.

²⁶ TEKİNALP, s. 105.

²⁷ TEKİNALP, s. 109.

²⁸ ÇOLAK, s. 26.

²⁹ BOZGEYİK, s. 179.

³⁰ ÇOLAK, s. 26.

³¹ ARIKAN, (2009), s. 152.

Telif hukukunun evrensel ilkelerinden birisi soyut fikirlerin telif hakları kapsamında korunamayacak olmasıdır. Yani, şekillenmemiş soyut fikirler FSEK kapsamında korunamayacaktır³². Örneğin, bir cami projesi çizmeyi düşünen bir mimarın, cami projesiyle ilgili düşüncelerini bir kağıda yazsa hatta bunu notere onaylatsa veya bir başkasına anlatsa veya görüntülü olarak anlatımını kaydetse dahi ortada mimari bir proje olmadığı sürece bu düşünce eser olarak korunamaz. Çünkü, mimari projenin nasıl olacağına dair anlatım mimarın hususiyetini taşımamakta ve mimari proje hala soyut fikir aşamasında bulunmaktadır³³. Fikirleri anlatan yazı, ses, görüntü geçici araç niteliğinde olup, soyut fikir hala biçim kazanmamıştır. Bu nedenle bu araçlarla ifade edilen fikirler telif korumasından yararlanamaz. Çünkü telif hukuku bir fikri üründeki fikri değil fikirlere verilen biçimleri korumaktadır.

Program formatları genel olarak yazılı metin şeklinde oluşturulmakta ve hak sahipliğinin ispatı açısından notere onaylatılmaktadır. Bu metinlerde genel olarak, yapılması düşünülen programın türü ve ana hatları belirlenmekte, programın nasıl sunulacağı, yarışma kuralları, puanlanması, değerlendirilmesi, sunucunun özellikleri, dekor gibi unsurlar yer almaktadır³⁴. Bu durumda, format olarak adlandırılan bu yazılı metinlerin program düşüncesini anlatan geçici araç olup olmadığı akla gelmektedir. Bu hususu tartışan bazı yazarlar, program formatlarının soyut fikir düzeyinde kaldıklarını ve bu nedenle somutlaşma şartını sağlamadıkları için FSEK kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadırlar³⁵. Bu yazarlara göre, program formatları üst düzeyde düşünsel çabanın ürünü olsalar ve fiziki olarak tespit edilseler dahi soyut birer fikir olmaktan kurtulamazlar³⁶.

Bazı yazarlar³⁷ ise, program formatlarının salt fikir olarak değerlendirilecek kadar basit yapılar olmadığını, bu nedenle soyut fikir olarak değerlendirilemeyeceğini, program formatının, soyut fikir ile tamamlanmış somut ürün olan televizyon programı arasında bir yerde yer aldığını savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre, program formatı hem her bir bölümün oluşturulması için esas unsurları hem de bölümlerde değişmeden tekrar eden

³² TEKİNALP, s. 108.

³³ TEKİNALP, s. 108.

³⁴ FRAPA (Report 2017), s. 3.

³⁵ ÇOLAK, s. 26.

³⁶ ÇOLAK, s. 26.

³⁷ ARIKAN, (2009), s. 159.; KARABAĞ, s. 50; ATEŞ, s. 282.

ve programın kişiliğini oluşturan içeriksel unsurları ihtiva etmesi durumunda bir fikirden daha öte bir şey olup, bu koşulların bulunması durumunda FSEK kapsamında korunabilecektir.³⁸

Kanaatimizce de, soyut fikir, düşüncenin eser olma sürecindeki başlangıç noktası olduğuna göre, program formatı soyut fikirden giderek uzaklaşarak tamamlanmış eser olan televizyon programına yaklaşan bir görüntü arz etmektedir. Gerçekten de bir fikri ürünün FSEK kapsamında koruma görmesi için tamamlanmasına gerek yoktur. Eserin oluşturulmasına yönelik tüm aşamalar yeterli somutlaşmayı sağladığı sürece korunması gerekmektedir. Başka deyişle, belli bir seviyeye gelmesine rağmen henüz tamamlanmayan fikri ürünler, sahibinin hususiyetini taşıyorsa tamamlandığı haliyle eser olarak korunmaktadır³⁹. Örneğin müsveddeler, taslaklar, krokiler eserin somutlaşması anlamını taşır ve bu aşamada eser olarak korunurlar⁴⁰.

Program formatları aslında tamamlanmış televizyon programının bir taslağı veya tarifnamesi olduğuna göre temelindeki soyut fikrin hangi aşamada somutlaşmaya başladığı önem kazanmaktadır. Gerçekten, format, metin haline gelmeye başladığında genel bir aşamada bulunuyorsa hala soyut fikir düzeyinde olup, telif korumasından yararlanamaz⁴¹. Ancak, somutlaşan fikri ürün ile tamamlanmış ürün arasında görünürde ve doğrudan bir bağlantı varsa ve bu bağlantı seyirci tarafından rahatlıkla anlaşılıyorsa fikri ürünün somutlaştığının kabulü gerekir⁴².

³⁸ ARIKAN, (2009), s. 159.; KARABAĞ, s. 50; ATEŞ, s. 282.

³⁹ BOZGEYİK, s. 179-180.

⁴⁰ TEKİNALP, s. 101.

⁴¹ Yargıtay kararlarında da kabataslak olarak hazırlanan program formatlarının soyut fikir düzeyinde olduğu kabul edilmektedir. “ Davacı vekili; müvekkilinin amatör ve profesyonel olarak kısa film çeken herkesin katılabileceği ve çekilen filmlerin internete yüklenerek izlenme oranlarına ve ünlü yönetmen senarist ve oyuncuların oluşan bir jüri tarafından verilen puanlara göre kazananın belirlendiği “kısa film dünyası” adıyla bir televizyon program formatı oluşturduğunu ve formatın notere onaylatıldığını, davalıların ATV logolu kanalda “çek bakalım” adıyla yayınladıkları program formatının müvekkilinin formatı ile birebir aynı olduğunu, bu durumun müvekkilinin FSEK’ten kaynaklanan haklarına tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek FSEK 68. maddesi kapsamında maddi tazminat talep etmiş, Yargıtay tarafından, davacıya ait program formatının “soyut bir düşünce” niteliğinde olduğu ve soyut düşüncenin telif hukuku kapsamında korunamayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin davanın reddine dair kararının onanmasına karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. HD. 21.01.2016 tarihli ve 2015/2356 E, 2016/577 K)

⁴² BOZGEYİK, s. 179.

Program formatının, soyut fikirden, fikrin somutlaşması aşamasına geçebilmesi için, formatın temel karakteristik unsurları arasındaki ilişkinin ve içeriğinin detaylandırılması gerekmektedir⁴³. Başka deyişle, format oluşturulurken formatın temel karakteristik unsurlarını bir bütünlük içinde açıklayarak birbirine bağlayan unsur, içeriğin detaylandırılması durumudur. Dolayısıyla, formata dayalı televizyon programlarında temel yapı taşı format olarak kabul edildiğine göre, formattaki temel yapı taşı da içeriğin detaylandırılmasıdır⁴⁴. Bir fikri ürünün eser olabilmesi için sahibiyile arasında bir aidiyet bağının yani bir hususiyetin olması gerekmektedir⁴⁵. Program formatlarında ise bu hususiyet içeriğin detaylandırılmasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla alelade ele alınmış bir format, fikri ne kadar özgün ne kadar algılanabilir olursa olsun belirgin bir hususiyetle şekillenmedikçe yani içerik detaylandırılmadığı sürece eser olarak değerlendirilemeyecektir⁴⁶. Buna karşılık, formatta yer alan unsurların içeriğinin detaylandırılmasıyla oluşturulan fikri ürün programa çekim aşamasında bir harita görevi görecek ve FSEK kapsamında korunacaktır. O halde, formatın telif hukuku kapsamında korunabilmesi için sahibinin hususiyetiyle içeriğinin detaylandırılması ve seyircilerde televizyon programına yönelik fikirler uyandıracak bir özelliğe bürünmüş olması yeterlidir.

Nitekim Yargıtay tarafından yakın zamanda verilen bir kararda da yeterince somutlaştırılan ve içeriğin detaylandırıldığı program formatının eser olarak korunması gerektiği belirtilmiştir⁴⁷. Söz konusu kararda “*davacıya ait “who wants to be a millionarie (kim milyoner olmak ister)” adlı 249 sayfalık format metninde yarışma programının baştan sona bütün detaylarıyla belirlendiği, programın çerçevesinin çizildiği, program sırasında seyircilerin, yarışmacının ve sunucunun oturacağı yerin, sunucunun reklam arası verirken kullanacağı sözcüğün, kamera ışıklarının konumunun, çekim tekniklerinin, soru sayısı ve ödüllerin, sunucunun ne şekilde davranacağıının, internet ve*

⁴³ KARABAĞ, s. 55.

⁴⁴ KARABAĞ, s. 65.

⁴⁵ BOZGEYİK, s. 179.

⁴⁶ Yargıtay 11. HD'nin 02.02.2009 tarihli ve 2007/11738 E, 2009/1043 K. sayılı kararında “5846 sayılı Yasa'nın aradığı şekilde eser kavramına girmeyen, sahibinin hususiyetini gösterecek biçimde şekillendirilmemiş, program sırasında değişkenlik gösterebilen, senaryolaştırılması mümkün olmayan, ancak program sunucusu, sunucunun tavrı, fon, seyircinin konumu, ışıklar, renkler gibi asli unsurların dışında formüle edilemeyen program formatlarının ancak şartları mevcut olduğu takdirde haksız rekabetle korunabileceği” belirtilmiştir.

⁴⁷ Bkz. Yargıtay 11. HD'nin 29.03.2016 tarihli ve 2015/7276 E, 2016/3447 K.

SMS bağlantılarının, soruların ekranda görüntülenme biçiminin ve kullanılan renklere kadar tüm ayrıntıların öngörülerek anlatıldığı, bu durumda davacı formatının FSEK 2. maddesi anlamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunması gerektiği” şeklinde karar verilmiştir. Buna göre, bir formatın eser korunmasından yaralanıp yaralanamayacağı her somut olayda ayrıntılı olarak incelenecek ve formatın temel karakteristik unsurlarının detaylandırılmış olup olmadığına göre formatın niteliği belirlenecektir.

2. PROGRAM FORMATININ ESER NİTELİĞİ

Fikri ürünlerin FSEK kapsamında korunması için fikirlerin belirli bir araç yardımıyla tespit edilmesi koşulu aranmamakta olup, fikirlerin algılanabilecek şekilde ifade edilerek somutlaşması yeterlidir⁴⁸. Program formatları, genellikle ispat kolaylığının yaşanması açısından yazılı metin halinde yapılmakta ve uygulamada çoğunlukla notelere tescil ettirilmektedir. Ancak, bir fikri ürünün FSEK kapsamında eser olarak korunabilmesi için sahibinin hususiyetiyle somutlaşmasının⁴⁹ yanında ayrıca FSEK’te sayılan dört eser grubundan birisine dahil olması gerekmektedir⁵⁰.

FSEK’in 1/B-1-a maddesi gereğince, sınırlı sayı ilkesine bağlı olarak bir fikri ürünün eser olabilmesi için ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri şeklinde sayılan dört temel eser grubundan birine dahil olması gerekmektedir. Eser gruplarının sınırlı sayı ilkesine bağlı olarak belirlenmesi ve örnekleyici tarzda olmaması ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni fikri ürünlerin eser korunması kapsamına alınmasında problemler oluşturmaktadır⁵¹. Gerçekten de sahibinin hususiyetini barındıran ve bu hususiyetin algılanabilir bir şekilde somutlaştığı bir fikri ürün, sınırlı sayı ilkesine göre belirlenen eser gruplarından birisine dahil olmadığı için FSEK kapsamında eser korunmasından yararlanamamaktadır.

⁴⁸ BOZGEYİK, s. 179.

⁴⁹ Yargıtay 11. HD’nin 19.01.2016 tarih ve 2015/2310 E, 2016/483 K. sayılı kararında “davacının kadın erkek ilişkileri üzerine bilimsel anlayış ve gülmeceyi birleştirerek, çözüm önerilerinin de sunulduğu “Ah Şu Kadınlar Ah Şu Erkekler/Ateşle Barut” adıyla notere tescil ettirilen televizyon program formatının FSEK kapsamında eser niteliği taşımadığı, FSEK kapsamında korunamayacağı ve davalı tarafından ihlal edilen bir hakkın söz konusu olmadığı, haksız rekabet oluşturacak nitelikte format veya iş ürünü benzerinin kullanılmadığı, haksız rekabet kabulünü doğuracak bir emek sömürüsü bulunmadığı, iki çalışma arasındaki temel kurguda bir benzerlik olmakla birlikte, bu temel kurgunun zaten daha önce çeşitli yarışmalara konu olduğu, genel nitelikte harcı alem bir ürün oldukları” belirtilmiştir.

⁵⁰ TEKİNALP, s. 109.

⁵¹ ARIKAN, (2009), s. 162.

FSEK’te belirtilen eser gruplarında sınırlı sayı ilkesi benimsenmesine rağmen, eser grupları içinde yer alan eserlerde sınırlı sayı ilkesi benimsenmemiş, örnekleyici tarzda eserler sayılmıştır⁵². Örneğin, FSEK’in 2/1 maddesinde ilim ve edebiyat eserleri açıklanırken, “Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları” ifadeleri kullanılmış, bazı eserlerde ismen sayılmıştır. Kanunda geçen “herhangi bir şekilde” ve “her biçim altında” ibareleri daha sonraki madde bendinde sayılan eserlerin örnek teşkil edeceğini açıklamaktadır⁵³. Ancak, herhangi bir eser türü altında sayılan eserlerin örnekleyici tarzda sayılması yine de ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni fikri ürünler açısından yeterli olmayacak ve fikri ürün hiçbir eser türüne girmeyebilecektir.

Program formatı, metin haline gelmeye başladığında genel bir aşamada bulunuyorsa yani herhangi bir özellik taşımadan kabataslak yazılmış ise hala soyut fikir düzeyinde olup, FSEK korumasından yararlanamayacaktır⁵⁴. Ancak, formatın temel karakteristik unsurlarını ve bunların detaylarını da içine alarak belirten ve temel unsurlar arasında ilişki kurarak yazılı metin olarak somutlaşan formatlar sahibinin hususiyeti çerçevesinde oluşturulduğu müddetçe, FSEK’in 2. maddesi gereğince “herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade edilen eser” kapsamında değerlendirilerek⁵⁵, ilim ve edebiyat eseri türünde eser korumasından yararlanmalıdır⁵⁶. Gerçekten, FSEK’in 2. maddesinde bilgisayar programlarının hazırlık tasarımlarının ilim ve edebiyat eseri kabul edileceği açıkça belirtilmesi karşısında, bir televizyon programının detaylandırılmış tarifnamesi olan program formatının da bu eser türü altında ismen sayılmasa da “herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade edilen eser” kapsamında korunması gerekecektir⁵⁷. Aksi takdirde FSEK kapsamında

⁵² TEKİNALP, s. 114.

⁵³ ATEŞ, s. 283.

⁵⁴ ATEŞ, s. 283.

⁵⁵ Yargıtay 11. HD’nin 06.06.2013 tarih ve 2011/8810 E, 2013/11841 K. sayılı kararında “televizyon program formatlarının yazılı bir metin halinde ve sabit olarak tekrarlanabilir şekilde tespit edilmesi, özgün olması ve buna bağlı olarak hususiyet taşıması koşullarıyla FSEK’nın 2. maddesi anlamında bir ilim ve edebiyat eseri sayılabileceği, somut olayda davacı tarafından metin haline getirilerek oluşturulmuş yazılı bir format belgesinin bulunmadığı, dolayısıyla davacının televizyon program formatına dayalı olarak eser sahipliği iddiasıyla talepte bulunamayacağı” belirtilmiştir.

⁵⁶ ARIKAN, (2009), s. 162.

⁵⁷ ATEŞ, s. 282.

eser olarak korunmayan formata dayalı bir televizyon programının diğer bir televizyon kanalı tarafından taklit edilmesi ve yayınlanması halinde FSEK'in eser koruması hükümlerine gidilemeyecek sadece genel hüküm niteliğinde olan TTK'nın haksız rekabet hükümlerine göre koruma sağlanabilecektir⁵⁸.

Nitekim Yargıtay tarafından yakın tarihte verilen bir kararda, program formatlarının hukuki niteliğiyle ilgili önemli hususlara değinilmiştir. Söz konusu kararda⁵⁹; *“davacının ‘‘pocoyo’’ adlı çizgi film program formatının davalılar tarafından benzer biçimde kullanılarak ‘‘pepe’’ adıyla yayınlandığı, davacının ‘‘pocoyo’’ isimli televizyon program formatının ilim ve edebiyat eseri olduğu, bu nedenle ‘‘pepe’’ adlı televizyon program formatının davacının program formatının uyarlanmış olması nedeniyle davacının format sahipliğinden kaynaklanan hakkının ihlal edildiğine’’* karar verilmiştir.

Bu noktada, program formatının sinema eserlerinin senaryosuna benzeyip benzemediği ve FSEK'in 5. maddesi gereğince sinema eserine benzeyen televizyon programının taslağı olarak ele alınıp, sinema eserinin korumasından yararlanıp yararlanamayacağını tartışılması gerekmektedir. Senaryo, kişinin düşündüğü sinema filminin ‘‘soyut fikir’’ halinden uzaklaşarak somut olarak ifade edildiği bir evredir⁶⁰. Bir film senaryosunda, çekilecek hikayenin bütün detaylarının bulunması gerekirken, formatta ise televizyon programının temel unsurlarını belirleyen ve sahibinin hususiyetini taşıyan çerçeve belirlenecektir⁶¹. Bu itibarla formatta yer alan içeriğin detaylandırılması, senaryo kadar net bir yaklaşım sergilememektedir⁶². Çünkü formattaki temel karakteristik unsurların ve içeriğinin detaylandırılması, klasik anlamda bir senaryo olmayıp, televizyon programlarının özellikleri gereği hiçbir zaman da senaryodaki gibi sahne sahne detaylandırılmamakta sadece detaylıca işlenen karakteristik unsurlar çerçevesinde doğaçlama olarak oluşturulmaktadır⁶³. Ayrıca, her bölümde yer alan konuşmaların değişmesi, önceden belirlenen metnin olmaması, kişilerin doğaçlama olarak gerçekleştirdikleri konuşmalar formatı senaryodan uzaklaştırmaktadır⁶⁴. Bu bağlamda, format ile senaryo

⁵⁸ TOSUN, s. 188.

⁵⁹ Bkz. Yargıtay 11. HD'nin 15.05.2017 tarihli ve 2015/13096 E, 2017/2901 K.

⁶⁰ TOSUN, s. 18.

⁶¹ TOSUN, s. 178.

⁶² ATEŞ, s. 282.

⁶³ FRAPA, (Report 2017), s. 23.

⁶⁴ TOSUN, s. 178.

arasında ki bu yapısal fark nedeniyle format kavramı, senaryonun bir aşaması olan sinopsis⁶⁵ veya treatman⁶⁶ olarak da değerlendirilmemelidir. Bu nedenle, program formatı kendi özellikleri kapsamında senaryo olarak sinema eserinin korunmasından yararlanması mümkün değildir⁶⁷.

Ancak, program formatlarının programa çekilmeden önce yazılı ve sözlü hâllerinin yanı sıra filme çekilmiş hallerinin de olabileceği ve bu tip çekimlerin “birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi” şeklinde olduğu ölçüde sinema eseri olarak korunması gerekmektedir⁶⁸. Çünkü hareketli görüntülerden oluşan ve bir tanıtım filmi niteliğinde olan program formatı, televizyon programının ne şekilde, nasıl, hangi temel karakteristik unsurlarla oluşacağını gösteren “teknik mahiyetini içeren bir film” olarak değerlendirilebilir⁶⁹. Bu durumda diğer şartları da sağladığı sürece FSEK’in 5. maddesi kapsamında korunabilir.

C. FORMAT UYARLAMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Format uyarlamaları, gelişen yayın teknolojisi, büyüyen ekonomi ve televizyon kanallarının sayısında artışa bağlı olarak dünya çapında başvurulan bir yöntem olarak varlığını artarak sürdürmektedir⁷⁰. Bu durum, başka ülkelerde rağbet gören program formatlarının lisanslarının alınıp satılması olarak tanımlanabilecek, format ticaretinin gelişmesine sebep olmaktadır. Bu bağlamda, bazen maliyeti daha ucuz olduğu için bitmiş bir program aynen alınmakta veya program formatının genel özellikleri korunarak ülkenin kendine özgü yapısına göre yeniden uyarlanmaktadır⁷¹.

Televizyon kanallarında yer alan ve özellikle yurt dışı kaynaklı programların formatlarının alınarak Türk televizyonlarına uyarlanmasıyla oluşan program türlerindeki artış ve bu durumun yol açtığı uyumsuzluklar,

⁶⁵ “Film senaryosunun ilk aşaması olan, öykünün en kısa haliyle anlatıldığı metindir. Sinopsis bir filmin birkaç cümle ile anlatımı biçiminde olduğu gibi, daha uzun da olabilir. Fakat prensip, en temel aşamalarının fazla ayrıntıya girilmeden anlatılmasıdır. Başka deyişle sinopsis, bir filmin konusunun kısa özeti ya da senaryonun taslağıdır.” Bkz. www.sinematek.org, s.e.t. 15.02.2019

⁶⁶ “Treatman, senaryo ile sinopsis arasında yer almakta olup, senaryonun kısa halidir. Senaryodan farkı, diyalog detaylarına fazla girilmemesidir. Sinopsisden farkı ise filmde neyin nasıl anlatılacağına belirtilmiş olmasıdır.”Bkz. www.sinematek.org, s.e.t. 15.02.2019

⁶⁷ Aksi görüş, bkz. ARIKAN, (2009), s. 162.

⁶⁸ KARABAĞ, s. 88.

⁶⁹ KARABAĞ, s. 88.

⁷⁰ ÇOLAK, s. 12.

⁷¹ KARABAĞ, s. 88.

format uyarlaması olarak adlandırılan olgunun hukuki niteliğinin tespitinin önemini göstermektedir⁷².

Ekonomik açıdan daha ucuz olduğu için önceleri programların aynen alınıp alt yazı ya da dublaj yöntemi ile yayınlanma yoluna gidilmiş, ancak bu programlar gösterildiği ülkede beklenen seviyede ilgiye ulaşmamıştır⁷³. Çünkü televizyon seyircisi alt yazı okumaktan veya dublajdaki yapaylıktan sıkılmış ve program, ithal edildiği ülkedeki kadar ilgi görmez olmuştur. Ayrıca, programlarda konuşulan konular, yapılan espriler veya program gündemleri televizyon izleyicisinin kültürüne ve gündemine tamamen yabancı gelmektedir⁷⁴. Bu nedenle televizyon seyircisinin dil, etnik kimlik, giyim, espri anlayışı, tarihi bilgiler ve paylaşılan güncel konular açısından kendilerine mümkün olduğunca yakın olan televizyon programlarının daha çok izlenmesi format uyarlamalarını ortaya çıkarmıştır. Bu durumda, televizyon yayıncıları program formatını kendi sosyal ve kültürel yapılarına uyarlayıp, yeni bir program olarak yayınlamaya başlamışlardır⁷⁵. Format uyarlaması yapılırken, formatın genel özelliklerinin aynı kalmasına dikkat edilerek ülkenin kendine özgü yapısına göre yeniden şekillendirilmiştir⁷⁶. Bu noktada, asıl formatın işlenmesiyle ortaya çıkan ve bağımsız olmayan bir program formatı mı oluşturulduğu, yoksa asıl formattan esinlenerek yeni bir program formatı mı oluşturulduğunun tartışılması gerekmektedir.

FSEK'in 1/B-c maddesinde işlenme eser; “diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri” şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıca FSEK'in 6. maddesinde de işlenme eser türleri örnekleme yoluyla sayılmış olup, işlenme eser tanımı çerçevesinde değerlendirilebilen diğer fikri ürünlerde işlenme eser için kabul edilen korumadan yararlanabilecektir⁷⁷. Bu durumda, asıl esere bağlı kalınarak, sahibinin hususiyetini taşıyan, asıl eserle ilişkili ve ondan bağımsız olmayan eser, FSEK'in 6. maddesinde sayılmasa dahi işlenme eserdir⁷⁸.

⁷² TOSUN, s. 174.

⁷³ KARABAĞ, s. 89.

⁷⁴ BALCI, s. 55.

⁷⁵ TOSUN, s. 191.

⁷⁶ TOSUN, s. 191.

⁷⁷ ATEŞ, s. 306.

⁷⁸ ATEŞ, s. 306.

Program formatının başka bir ülkede uyarlanması durumunda, ülkenin kültürüne göre bazı küçük eklemeler veya çıkartmalar yapılsa da, asıl formatın zorunlu kıldığı temel kurallara aykırı değişiklikler yapılmamaktadır. Bu durum eseri işleyen kişinin asıl esere sadık kalmasıyla aynı anlama gelmektedir. Daha öncede değinildiği üzere, detaylı bir şekilde ele alınıp gerekli hususiyeti taşıyan program formatları, ilim ve edebiyat eseri kapsamında korunması gerektiği⁷⁹ için, format uyarlaması sonucu elde edilen yeni formatın da işleme eser kapsamında korunması gerekecektir⁸⁰. Yani, asıl formatın değişmez unsurlarına bağlı kalınarak belirli bir hususiyetle uyarlanan format, asıl format sahibinden izin alınarak oluşturulmalıdır⁸¹. Gerçekten, FSEK'in 21. maddesi gereğince “bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” Başka bir deyişle, bir eser, sahibinin onayı olmadan işlenemez. O halde, program formatlarının, bir ülkenin sosyal, ekonomik ve kültürel özelliklerine göre uyarlanması halinde, asıl format sahibinin izni gerekmekte olup, uyarlama neticesinde ortaya çıkan fikri ürün bağımsız bir eser olarak değil işleme eser olarak korunacaktır.

Bir program formatının uyarlanması yoluyla ortaya çıkan ve asıl formata bağımlı olan format uyarlaması ile asıl formattan esinlenerek oluşturulan ve eser niteliğine sahip olan yeni formatın birbirine karıştırılmaması gerekir. Çünkü, format uyarlamasında asıl formata bağlılık söz konusu olup, asıl format ön plana çıkmakta ve asıl format sahibinin izni gerekmektedir⁸². Ancak, esinlenme durumunda ise esinlenme yoluyla ortaya çıkan yeni format asıl formattan bağımsız olarak ayrı bir eser olmakta ve esin kaynağı olan asıl format sahibinin izni gerekmemektedir⁸³.

⁷⁹ ATEŞ, s. 283.

⁸⁰ Yargıtay 11. HD'nin 22.10.2012 tarih ve 2012/11945 E. 2012/16772 K sayılı kararında “... davacının eser sahibi olduğu (X) adlı treatmandan istifade edilmek suretiyle oluşturulan “Güneşe Yolculuk” adlı sinema eseri senaryosunun davalılardan Y.U.'nun hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat eseri olduğunun belirlenmesine karşın, işleme eserin niteliği gereği asıl esere nispetle bağımsız olmayan bir fikir ve sanat eseri olması nedeniyle, anılan senaryonun davacının treatmanından istifadesiyle meydana getirilmesinin 5846 sayılı FSEK'in 21, 6, ve 70. maddeleri uyarınca davacının mali ve manevi haklarına tecavüz oluşturduğu...” belirtilmiştir.

⁸¹ ATEŞ, s. 305.

⁸² TEKİNALP, s. 134.

⁸³ Doktrinde bu duruma serbest kullanım denilmekte olup, bir eserin diğerine düşünce yapısı şeklinde yansıyıp, şekli ve içerik olarak yansımadağı hallerde söz konusudur. Bkz. TEKİNALP, s. 134.

II. TELEVİZYON PROGRAMI VE ESER NİTELİĞİ

A. FORMAT VE PROGRAM ARASINDAKİ İLİŞKİ

Televizyon programı, Türk Dil Kurumu tarafından “televizyonda sunulan, haber, müzik, eğlence gibi kendi başına bir bütün oluşturan yayınlardan her biri” şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁴. Bu itibarla, gelişen teknoloji karşısında televizyon programı, belirli içeriklerin kamuoyuna veya seyircilere karasal yayın, kablolu yayın, uydu veya internet yoluyla ve televizyon, bilgisayar, cep telefonu veya benzer teknik araçlarla ulaştırılmasıdır. Televizyon programları, haber ve söyleşi programları gibi eser niteliği tartışmalı olan türlerden ya da bir sinema eseri gibi eser niteliği tartışmasız olan ürünlerinden oluşabileceği gibi, belli bir format ile oluşturulan müzik, film, röportaj, belgesel, açık oturum, yarışma, spor müsabakaları ve her türlü eğlence programı şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir⁸⁵.

Televizyon programları, teknik hazırlıklar, ön yapım aşaması, çekim aşaması ve çekim sonrası aşamalar şeklinde farklı yapım aşamalarından oluşmaktadır⁸⁶. Televizyon programı bu aşamalardan sonra ortaya çıkan en son üründür. Bütün fikri ürünlerde olduğu gibi televizyon programların temelinde de programın temelini oluşturan fikirler vardır ve bu fikirlerin temel karakteristik unsurları arasında yapılan detaylandırılmış çalışmalar program formatını oluşturur. Bir fikrin program formatı haline gelebilmesi için zaman, mekân, dekor ve karakterlerle ilgili detaylı bilgiler vermelidir⁸⁷.

Televizyon programı, bir programın temel düşüncesini oluşturan program formatlarından farklı olarak, söz konusu formattan yola çıkarak oluşturulan nihai bir üründür. Çünkü televizyon programı, detaylandırılmış temel karakteristik unsurları içeren program formatına uygun olarak çekilir ve dolayısıyla format ve formata dayalı çekilen program birbirinden farklı kategorilerde fikri ürün ortaya çıkar⁸⁸. Böylece, formatın değişmeyen unsurlarına bağlı kalınarak hareketli görüntüler oluşturulması sonucunda formata bağlı televizyon programları oluşturulur⁸⁹. Bu noktada, belirli

⁸⁴ www.tdk.gov.tr. s.e.t. 15.02.2019

⁸⁵ KARABAĞ, s. 38.

⁸⁶ KARABAĞ, s. 38.

⁸⁷ ARIKAN, (2012), s. 155.

⁸⁸ TOSUN, s. 191.

⁸⁹ TOSUN, s. 191.

özelliklere sahip program formatları ilim ve edebiyat eseri kategorisinde korunurken, bu format temel alınarak oluşturulan televizyon programları ise sinema eserleri kategorisinde korunmaktadır⁹⁰. Çünkü hususiyetle oluşturulan ve programın oluşması için maddi gereklilik olan tespit edilme şartını gerçekleştiren program, hususiyeti yansıtacak şekilde somutlaşmış olduğundan FSEK kapsamında sinema eseri niteliğinde değerlendirilebilir.

B. TELEVİZYON PROGRAMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir televizyon programının hukuki niteliğinin tespit edilmesi ve FSEK kapsamında eser korumasından yararlanabilmesi için öncelikle televizyon programını oluşturan fikrin hususiyetle şekillenmesi ve bir vasıta üzerinde somutlaşması, ayrıca kanunda sayılı eser türlerinden birine dahil edilmesi gerekmektedir⁹¹. Bu noktada, televizyon programları, FSEK’te sayılan eser türlerinden sinema eserlerine benzese de her program, bir fikrin ötesine geçecek kadar somutlaşmayabilir veya hususiyet ortaya çıkmayabilir⁹².

Televizyon programları ister formata bağlı olsun ister olmasın genel olarak hususiyet, programı oluşturan fikrin özgünlüğünde değil, bu fikrin işlenişiyile ortaya çıkmaktadır⁹³. Program formatı soyut fikir düzeyinde kalmaktaysa, programın formata dayalı olmayan bir program olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu tür bir programı benzerlerinden ayırt eden nokta ise, formatta öne çıkan hususiyet değil programda öne çıkan hususiyettir⁹⁴. Başka deyişle, programı benzerlerinden ayırt edecek sahibinin hususiyetini gösterme alanları formata dayalı olmayan programlarda değişiklik göstermektedir. Bu nedenle, bu tür programların hukuki nitelikleri incelenirken her bir televizyon programının ayrı ayrı incelenmesi ve eser olması için gereken şartların bulunup bulunmadığının detaylı şekilde araştırılması gerekir.

⁹⁰ ATEŞ, s. 278.

⁹¹ NAL/SULUK (KARASU), s. 42.

⁹² Yargıtay 11. HD’nin 21.01.2016 tarihli ve 2015/2356 E, 2016/577 K sayılı kararında”... davacının çalışması ile davalının programı arasındaki benzerliklerin dava konusu programın (çek bakalım) özelliğinden ve işin mahiyetinden kaynaklandığı, daha önceki tarihlerde de benzer nitelikte yapımların gerçekleştirildiği, çeşitli yarışmacıların kısa filmlerinin gösterimi ve tanıtımı ile bir jüri tarafından değerlendirme yapılmasından oluşan bir televizyon yarışma programının “soyut bir düşünce” niteliğinde olduğu, soyut düşüncelerin telif hukuku kapsamında korunamayacağı,...” belirtilmiştir.

⁹³ NAL/SULUK (KARASU), s. 43.

⁹⁴ KARABAĞ, s. 43.

Formata dayalı televizyon programlarında ise formatın temel unsurlarına göre program hazırlandığı için formatın sahip olduğu hususiyet, aynı zamanda bu formata dayalı hazırlanan programı da etkileyecektir⁹⁵. Başka bir deyişle, formata dayalı hazırlanan programı benzerlerinden ayırt eden şey, detaylandırılmış format fikrinin programın belirli bir yönetim etrafında kullanılan tüm unsurlarının birbiriyle ilişkisinin sağlanmasıyla seyircilere ulaştırılmasıdır. Yani formata dayalı programın hususiyeti, formata bağlı olmayan programlardaki gibi öne çıkan unsurda değil, detaylandırılmış unsurların bütünsel olarak izleyicide bıraktığı etkide aranmalıdır⁹⁶.

Formata dayalı televizyon programlarında, programın genel olarak tüm yönleriyle ilgilenen ve bu programa emek harcayan birçok kişinin işini yaparken talimat aldığı bir yönetmen bulunduğuna göre, televizyon programlarının hususiyetin belirlenmesinde de sinema eserlerinde olduğu gibi bir ekip tarafından meydana getirildiği gözetilerek FSEK'in 8/3 maddesine paralel olarak eser sahiplerinin belirlenmesi gerekmektedir⁹⁷. Bu noktada, televizyon programlarının eser sahipleri arasında da yönetmen, özgün müzik bestecisi, önceden belirlenmiş diyalog varsa diyalog yazarı, program senaryoya dayalı çekilmekteyse senaryo yazarı, formata dayalı çekilmekteyse format yazarı eser sahipleri arasında sayılabilmelidir⁹⁸. Bu bağlamda FSEK'in 1/B-a maddesinde belirtilen "sahibinin hususiyeti" şartı televizyon programlarında anılan eser sahiplerinin hususiyetlerinin algılanabilir şekilde somutlaşması ile oluşacaktır⁹⁹.

Belli bir formata dayansın veya dayanmasın televizyon programları görsel ve işitsel öğelerden meydana gelmesine rağmen, Türk hukukunda görsel ve işitsel eserler için fonogramın tanımlandığı madde haricinde herhangi bir

⁹⁵ BOZGEYİK, s. 211.

⁹⁶ KARABAĞ, s. 41.

⁹⁷ TOSUN, s. 178.

⁹⁸ Format yazarının eser sahipliği yapımçı firma ve televizyon kuruluşu bünyesinde çalışıp çalışmadığına göre bir ayrıma tabi tutularak değerlendirilmelidir. Eğer format yazarı yapımçı firma veya televizyon kuruluşu bünyesinde çalışmakta ve programı yaratan ekiple birlikte hareket etmekteyse format yazarı programın da eser sahipleri arasında yer almalıdır. Eğer format yazarı söz konusu ekipten bağımsızsa bu durumda televizyon programının yapım sürecine bir etkisi olmayacağından dolayı ancak tamamlanmış televizyon programının fikir taslağının sahibi olarak değerlendirilmelidir. Aynı zamanda yapımçı firmanın da eser sahipleri arasında değil sadece mali hak sahibi olarak tanımlanması gerektiğini belirtmek gerekir. Bkz. KARABAĞ, s. 43.

⁹⁹ KARABAĞ, s. 43.

hüküm yer almamaktadır. Bu durumda, FSEK’te görsel ve işitsel eser veya televizyon programlarını kapsayıcı ayrı bir korumaya yer verilmediği için televizyon programları, görünüş itibarıyla en yakın olan sinema eserleri kategorisinde değerlendirilebilir¹⁰⁰. Gerçekten FSEK’in 5. maddesinde sinema eserleri “*her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir*” şeklinde tanımlamıştır. Bu itibarla, sinema eserleri tanımında yer alan “*birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi*” kavramı, televizyon programları ile sinema eserlerinin ilişkilendirilmesinin en önemli sebebidir¹⁰¹.

Görsel ve işitsel öğelerden meydana gelen televizyon programlarının seyirciler tarafından algınabilmesi için tıpkı sinema eserlerinde olduğu gibi görüntülerin tekrarlanabilecek şekilde tespit edilmesi ve belli bir araç ile kayıt altına alınmış olması gerekmektedir¹⁰². Bu zorunluluk, eser sahiplerinin hususiyetini taşıyan ve belirgin bir çekim tekniği ile oluşturulan televizyon programlarının, sinema eserleri kategorisinde incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Birbiri ile ilişkili hareketli görüntülerden oluşan ve sinematografiye¹⁰³ benzer yöntemlerle çekilen bir televizyon programının sahibinin hususiyetini taşıması durumunda FSEK’in 5. maddesi kapsamında sinema eseri olarak değerlendirilmesi yapılırken, sinema eser şartlarının katı bir şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Çünkü sinema eserlerinde bulunması gereken senaryo unsuru, formata dayalı televizyon programlarında tartışma yaratacak niteliktedir¹⁰⁴. Televizyon programları her ne kadar formata dayalı olarak oluşturulsa da daha önce belirtildiği gibi format kavramı senaryo ile örtüşmemektedir. Çünkü senaryonun temel özelliği olan çekilecek filmin tuvali gibi olma vasfının formatta bulunduğunu söylemek güçtür¹⁰⁵. Fakat

¹⁰⁰ ATEŞ, s. 278.

¹⁰¹ TOSUN, s. 181.

¹⁰² NAL/SULUK (KARASU), s. 72.

¹⁰³ “Sinema filmi için görüntü kaydederken ışıklandırma ve tercihleri yapma disiplindir. Birçok açıdan fotoğraf sanatıyla yakından ilgili olup, kamera ve görüntü elemanlarının hareket halinde olduğu durumlarda bir takım ek özellikler de gösterir.”Bkz. www.wiki-zero.net, s.e.t.15.02.2019

¹⁰⁴ TOSUN, s. 178.

¹⁰⁵ TOSUN, s. 179.

program formatları FSEK'in 2. maddesi kapsamında ilim ve edebiyat eseri türünde yer alan senaryo niteliğinde olmasa da bir senaryoda işlenen hikayenin bütünsellikle anlatılışı, televizyon programının her bölümünde yer alan karakteristik unsurların detaylandırılmasıyla oluşan metin arasında ortak bir payda olarak değerlendirilebilir¹⁰⁶. Ayrıca, televizyon programının her bölümünde yer alan diyalogların değişmesi, önceden belirlenmiş bir metnin olmaması, kişilerin doğaçlamaya dayanarak gerçekleştirdikleri diyaloglar format kavramının, senaryo kavramından uzaklaşmasına sebep olmaktadır¹⁰⁷. Ancak, bir fikri üründe diyalogların bulunması sinema eseri olarak kabul edilmenin şartlarından birisi olmadığına göre¹⁰⁸, önceden hazırlanmış diyalog içermeyen ya da diyalogların doğaçlama olarak oluşturulduğu, görsel ve işitsel öğelerden meydana gelen televizyon programı diğer şartlara sahipse sinema eseri olarak korunabilmelidir¹⁰⁹.

SONUÇ

FSEK kapsamında bir fikri ürünün korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması, hususiyeti ortaya çıkaracak kadar somutlaşmış olması ve FSEK'te sınırlı olarak sayılan eser kategorilerinden birine dahil edilmesi gereklidir. Bu durumda, televizyon program formatlarının ve televizyon programlarının eser olarak korunup korunamayacağına buna göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Televizyon program formatları ve televizyon programları FSEK'te sınırlı olarak sayılan eser kategorileri arasında sayılmadığı için program formatlarının ve televizyon programlarının telif hukuku kapsamında korunup korunmayacağı belirsizdir. Program formatlarının eser olarak nitelendirilmesinde en önemli problem formatların soyut fikir olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Kanaatimizce, program formatı, metin haline gelmeye başladığında genel bir aşamada bulunuyorsa yani herhangi bir özellik taşımadan kabataslak yazılmış ise hala soyut fikir düzeyinde olup, FSEK korumasından yararlanamayacaktır. Ancak, formatın temel karakteristik unsurlarını ve bunların detaylarını da içine alarak belirten ve temel unsurlar arasında ilişki kurarak yazılı metin halinde somutlaşan formatlar, sahibinin hususiyeti çerçevesinde oluşturulduğu müddetçe,

¹⁰⁶ KARABAĞ, s. 86.

¹⁰⁷ TOSUN, s. 178.

¹⁰⁸ BOZGEYİK, s. 210.

¹⁰⁹ TOSUN, s. 178.

FSEK'in 2. maddesi gereğince "herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade edilen eser" kapsamında değerlendirilerek, ilim ve edebiyat eseri türünde eser korumasından yararlanmalıdır. Ancak bu konuda en köklü çözüm, televizyon formatlarının FSEK'in 2. maddesinde yapılacak bir düzenleme ile ilim ve edebiyat eserleri arasına dahil edilmesidir.

Ayrıca program formatlarının bir ülkenin sosyal, ekonomik ve kültürel özelliklerine göre uyarlanması halinde, asıl format sahibinin izni gerekmekte olup, uyarılma neticesinde ortaya çıkan fikri ürün bağımsız bir eser olarak değil işlenme eser olarak korunacaktır. Fakat, esinlenme durumunda ise esinlenme yoluyla ortaya çıkan yeni format asıl formattan bağımsız olarak ayrı bir eser olmakta ve esin kaynağı olan asıl format sahibinin izni gerekmemektedir.

Televizyon programları, gerek hareketli görüntülerden oluşuyor olmaları gerekse algılanabilir olmalarının tespit edilmelerine bağlanması karşısında sinema eseri kategorisinde değerlendirilebilir. Fakat bu yapılırken, sinema eser şartlarının katı bir şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Çünkü televizyon programının her bölümünde yer alan diyalogların değişmesi, önceden belirlenmiş bir metnin olmaması, kişilerin doğaçlamaya dayanarak gerçekleştirdikleri diyaloglar format kavramının, senaryo kavramından uzaklaşmasına sebep olmaktadır. Ancak, bir fikri üründe diyalogların bulunması sinema eseri olarak kabul edilmenin şartlarından birisi olmadığına göre, önceden hazırlanmış diyalog içermeyen ya da diyalogların doğaçlama olarak oluşturulduğu, görsel ve işitsel öğelerden meydana gelen televizyon programı diğer şartlara sahipse sinema eseri olarak korunabilmelidir.

Nihayetinde bir hususiyete sahip ve bu hususiyeti yansıtacak düzeyde somutlaşmış fikri ürünlerin, eser olarak korunabilmeleri için karşımıza çıkan temel sorun, bu fikri ürünlerin FSEK kapsamında sayılan eser kategorilerinden birine dahil edilememeleridir. Bu nedenle, bu problemin çözülebilmesi için kanuni bir düzenleme yapılması ve eser türleri gelişen teknoloji ve sosyo ekonomik dinamiklere göre geniş kapsamlı üst eser başlıkları altında yeni fikri ürünlere yer açılmalıdır.

KAYNAKLAR

ARIKAN, Mustafa (2012): **Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması**, 1. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2012.

ARIKAN, Mustafa (2009): “Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, C. 17, Sa. 2, s. 129-170.

ATEŞ, Mustafa: **Fikri Hukukta Eser**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

BALCI, Ercan: “Televizyon Program Formatları: “Çarkifelek” ve “Kim 500 Milyar İster” Programları Üzerine Bir İnceleme”, **Ankara Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültür ve İletişim Dergisi**, 2009, Sa.12/2, s. 47-78.

BOZGEYİK, Hayri: “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, **Batıder**, 2009, C. XXV, Sa. 3, s. 169-222.

ÇOLAK, Uğur: “Televizyon Program Formatlarının Korunması”, **FMR**, 2004, C. IV, Sa. 3, s. 11-34.

KARABAĞ, Tuğçe: **Televizyon Programları ve Televizyon Program Formatları**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

NAL, Temel/SULUK, Cahit/KARASU, Rauf: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

TEKİNALP, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TOSUN, Yalçın: **Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları**, 2. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2013.

(<https://www.frapa.org/wp-content/uploads/2017/03/FRAPA-BakerMcKenzie-Report-final-preview.pdf> erişim. 15.02.2019)

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ VE ENGELLİLERE YÖNELİK DÜZENLEMELER

N. Münci ÇAKMAK*

ÖZ

Engellilerin istihdam, ayrımcılık ve erişilebilirlik sorunları vardır. Bu sorunların etkili bir şekilde çözülebilmesi konusunda öncelikli olarak devlet görevli ve yetkilidir. Devlet engellilere kamu hizmetleri ile ulaşır. Devletin yanında özel sektör de engellilere hizmetler sunma konusunda faaliyet göstermektedir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile idari teşkilat yeniden oluşturulmuştur. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, engellilere yönelik hizmetler ve uygulamalarla ilgili bazı konuları yeniden düzenlemiştir. Yönetim sisteminin merkezileşmesi karşısında engellilere sunulan hizmetlerde bürokrasinin artması ihtimali söz konusudur. Bürokrasinin artması engelli haklarına ulaşmada eksikliğe neden olacaktır. Bürokrasinin azalması yolunda çeşitli tedbirler alınmıştır. Sistemin yeni olması nedeniyle bürokrasinin gelecekte nasıl olacağı ise henüz belirsizdir.

Anahtar Kelimeler: Engelli, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Engellilik, Dezavantajlılar, İdari Teşkilat

PRESEDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM AND THE REGULATIONS ABOUT DISABLEDS

ABSTRACT

Disabled people have employment, discrimination and accessibility problems. Primarily, state has duty and authority about solving these problems effectively. State reaches disabled people with its public services. Beside state, private sector has also activity in services for disabled people. By the Presidential Government System, administrative organization has been newly established. Some of the subjects about disability services and activities have been rebuilt by Presidential Government System. There is a risk about rising of bureaucracy in disability services because of the centralization of the administration. Increase in bureaucracy causes lack of accessibility in reaching disability rights. Some preventions have been taken for the reduction of bureaucracy. As the system is new, there is an uncertainty about the future of bureaucracy.

Key Words: Disabled, Presidential Government System, Disability, Disadvantaged, Administrative Organization

* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: munci.cakmak@hbv.edu.tr

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609105

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/04/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 19/07/2019

I- Giriş

Yapılan son değişikliklerle Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi adı verilen yeni bir modele geçilmiştir. Yeni modelle birlikte merkezi idare bütünüyle yeniden oluşturulmuştur. Bu yeni oluşum engellilere yönelik proje ve politika üreten, hizmet veren kamu kurumlarının da görev ve yetki alanlarının yeniden belirlenmesini gerektirmiştir. Yaşanılan köklü değişim henüz yeni olduğu için bu sistem, zaman içerisinde engellilere yönelik uygulamalarda yaşanacak sorunların neler olduğu hakkında yeterince bilgi vermemektedir. Buna karşılık klasik kamu yönetimi anlayışının ve idare hukuku kurallarının işlev gördüğü idare teşkilatına ilişkin bugüne kadar tecrübe edilmiş bulunan teorilere dayanılarak yorum yaptığımız takdirde, bazı konularda sorunlar yaşanma olasılığının yüksekliği hemen fark edilmektedir.

II- Engelli Tanımı ve Türkiye’de Engellilik

Engellilik insanlığın bir parçası olup herkes hayatının bir döneminde geçici veya kalıcı bir yetersizlik yaşayabilir veya yaşam fonksiyonlarında giderek artan zorluklarla karşılaşabilir.¹

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un 3/c maddesinde engelli; “fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duysal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey” olarak tanımlanmaktadır.

Engelliler, ayrımcılığa maruz kalmaktadırlar. Ayrımcılığın önlenmesi eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı başta olmak üzere çeşitli hukuki kuramlarla aşılmaya çalışılmaktadır. Bu konuda dikkat edilmesi gereken ise “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kapsamında engelli bireye engelli değilmiş gibi davranılması yerine, kişinin engelliliği dolayısıyla karşılaştığı sorunları kişisel değil, toplumsal olarak algılamak ve mevcut kural, kurum ve yapıların engellilerin farklılıkları ile uyumlu hale getirilmesini sağlamaktır.”² Yani hukuken sadece kanun önünde eşitliği kabul eden şekli eşitlik anlayışı yerine, eşitliğin, farklılıkları gözetmekle sağlanabileceği konusunda bir farkındalık üzerine inşa edilen maddi eşitlik anlayışının esas alınması gerekmektedir.³

¹ BİLSİN/BAŞBAKKAL, s. 65.

² ERTÜRK vd., s. 391.

³ ERTÜRK vd, 2014, s. 381.

Engelliler toplumda yaşayan en dezavantajlı grup olarak nitelendirilirler ve sürekli olarak sosyal hayatın tüm alanlarında engellerle karşılaşırılar.⁴ Sosyal yaşama katılımda fiziki, sosyal, siyasal ve teknik birçok engel bulunmaktadır.⁵ Başlıca engeller “hukuki düzenlemelerin yetersizliği, hukuki düzenlemelerin etkin şekilde uygulanmasının sağlanamaması, fiziki çevrede gerekli düzenlemelerin yapılmaması, toplumsal zihniyet ve bakış açısı, eğitim, çalışma, bakım ve tedaviye ilişkin eksiklik ve aksaklıklar vb.” şeklinde sıralanabilir.⁶

Toplum içerisinde engellileri çok sık görmesek de özellikle kentlerin farklılığı ve çeşitliliği içinde azımsanmayacak miktarda ve oranda engelli bireyler mevcuttur.⁷

Engelliler için istihdam problemi önemli bir konudur. Engelli bireylerin çalışma hayatına girebilmeleri 20. yüzyılın başlarına dayanmaktadır.⁸ Buna rağmen henüz yeterli seviyede engelli istihdam edilmemektedir. Mevcut istihdamların bir kısmı ise devlet tarafından yapılan zorlamalarla gerçekleştirilmektedir. Eğer devletin istihdam politikaları olmasa engellilerin istihdam edilme oranları ciddi seviyede azalacaktır.

Türkiye’de memur olarak istihdam edilen engeli sayısı 2002 yılında 5777 kişiye, 2018 yıl sonu itibarıyla bu sayı 53,017’ye ulaşmıştır.⁹ 2002 yılında kamuda 16,668, özel sektörde 28,953 engelli işçi çalışırken bu sayı 2018 yılı sonunda (2018 Kasım) kamuda 15,746, özel sektörde ise 106,963’e yükselmiştir.¹⁰ Rakamlar engelli çalışan sayısının arttığını göstermektedir. Bu da engelliler ve yakınları açısından sevindirici, henüz iş arayan engelliler için de umut vericidir. Ancak çalışan engellilerin artması, gerek iş yerlerinde gerekse işe ulaşımında yaşanan erişilebilirlik sorunlarının ortadan kalktığını göstermemektedir. Erişilebilirlikle ilgili çalışmaların sürekli bir şekilde devam etmesi gerekmektedir.

⁴ KESGİN, s. 1

⁵ KESGİN, s. 4.

⁶ ERTÜRK vd., s. 391.

⁷ KESGİN, s. 3.

⁸ ŞEN, s. 130.

⁹ Engelli ve Yaşlı Bireylere İlişkin İstatistikî Bilgiler, İstatistik Bülteni, 2019 Ocak, T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Araştırma Geliştirme ve Proje Dairesi Başkanlığı, s. 5.

¹⁰ Engelli ve Yaşlı Bireylere İlişkin İstatistikî Bilgiler, İstatistik Bülteni, 2019 Ocak, T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Araştırma Geliştirme ve Proje Dairesi Başkanlığı, s. 2.

Engellilerle ilgili her konuda, “sosyal politika” ve “sosyal devlet” kavramları etkin bir konuma sahiptir. Gün geçtikçe engelli sayısının artması, engellilere yönelik olarak düzenlenen ve düzenlenecek olan sosyal politikalara ayrıca önem kazandırmaktadır.¹¹ Devlet, “engellilerin korunması, toplumun içinde herkesle birlikte ve toplumsal yaşamın ekonomik, sosyal, siyasi, kültürel ve kamusal olmak üzere tüm alanlarında aktif olarak yer alması, ekonomik kalkınmanın nimetlerinden toplumdaki diğer bireylerle birlikte eşit bir şekilde yararlandırılması görevini sosyal devlet ilkesi gereğince yerine getirmelidir.”¹²

Devlet engelliler konusunda ya doğrudan kendisi hizmet verir (merkezden yönetim içerisinde veya yerinden yönetim kuruluşları ile) ya da toplumsal hayatı (özel sektör istihdamı, ayrımcılık vb konularda) engellilerin haklarının kaybolmaması/çiğnenmemesi için denetler ve düzenler. Her iki durumda da faaliyetler devlet kurumları tarafından yerine getirilir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte devlet yapılanmasında önemli değişiklikler olmuş, engellilere yönelik faaliyetleri yerine getiren kurumlar ve bu kurumların yapılanmasında yeni gelişmeler hayata geçirilmiştir.

III- Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Getirdiği Düzende Engellilere Yönelik Hizmet Teşkilatı

Her ülkenin, en iyi yönetime ulaşmak için, kendi tarihsel, siyasal, sosyal ve kültürel yapısına ve konjonktürel şartlara göre şekillendirdiği hükümet sistemlerinin dinamik bir yapı arz etmesi olağan bir durumdur.¹³ Bu nedenle ülkelerin yönetim biçimlerinde bazı değişiklikler olması normaldir. Değişiklikler bazı kurum teşkilatlanmalarında veya görevlerde/yetkilerde meydana gelebileceği gibi bütünüyle tüm kurum ve teşkilatlanmayı etkileyecek biçimde de olabilir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti de bu şekilde sistemin tamamının farklı bir şekilde teşkilatlanmasına yol açan önemli değişikliklere maruz kalmıştır.

6771 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliği, 1982 Anayasasında yapılan en ciddi değişikliktir.¹⁴ Değişiklikle birlikte yeni bir modele geçilmiştir. Sistemin başkanlık mı yoksa kendine özgü bir hükümet sistemi mi olduğu ise

¹¹ ŞEN, s. 150.

¹² ŞEN, s. 150.

¹³ GÜLER, s. 300.

¹⁴ YILDIZ, s. 511.

tartışmalıdır.¹⁵ “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak sunulan bu özgün hükümet sistemi; yürütme erkini bir organlar topluluğu olmaktan çıkarmakta ve Cumhurbaşkanlığı makamında yürütme yetkilerini toplamakta, yürütmenin yasamadan doğan bir organ olmasına son vermekte ve yasama yürütme ilişkilerini yeniden tanımlamaktadır.”¹⁶ Hükümetin var olmadığı bu sistemde yürütmeye ilişkin tüm yetkiler Cumhurbaşkanında tocessüm etmektedir.¹⁷

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Merkez Teşkilatı, Cumhurbaşkanının şahsı ile İdari İşler Başkanlığından meydana gelirken onaltı adet bakanlık Cumhurbaşkanlığına bağlanmış; Cumhurbaşkanına bağlı Politika Kurulları ile Ofisler kurulmuş; bağlı kurum ve kuruluşlar ise yeniden belirlenmiştir.¹⁸ Cumhurbaşkanlığına bağlı başkanlıklar ve ofisler ile daha dinamik bir yönetim yapısı oluşturulmak istenmiştir.¹⁹ Kamu yönetimi ve kamu bürokrasisi, yürütmenin başı ve tek sorumlusu olan Cumhurbaşkanına bağlanmış ve ona karşı sorumlu olan mekanizmalar oluşturulmuştur.²⁰

A- Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine göre (m. 20/1) Politika Kurulları:

- a) Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu
- b) Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulu
- c) Ekonomi Politikaları Kurulu
- ç) Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu
- d) Hukuk Politikaları Kurulu
- e) Kültür ve Sanat Politikaları Kurulu
- f) Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu
- g) Sosyal Politikalar Kurulu
- ğ) Yerel Yönetim Politikaları Kurulu’ndan oluşmaktadır.

¹⁵ GÖZLER, s. 114 vd.; GÜLER, s. 311.

¹⁶ ARDIÇOĞLU, s. 23.

¹⁷ ARDIÇOĞLU, s. 25.

¹⁸ TURAN, s. 60.

¹⁹ GÜLER, s. 319.

²⁰ GÜLER, s. 319.

Politika kurullarının kurulma amacı ilgili konularda politikalar üretmek ve üretilen politikaların uygulanma süreçlerini izlemektir.²¹

Cumhurbaşkanının başkanlık ettiği bu kurullar en az üç üyeden oluşmakta ve bu üyeler Cumhurbaşkanınca atanmaktadırlar.²²

Politika Kurullarının genel olarak görev ve yetkileri 1 sayılı CBK m. 22/1'inci maddesinde belirlenmiştir.²³ Her bir politika kurulunun görev ve yetkileri ise 1 sayılı CBK'nın devam eden maddelerinde sayılmıştır. Bu politika kurulları içerisinde öncelikli olarak engellilere yönelik olarak görev ve yetkilendirilmiş olan kurullar:

1- Sosyal Politikalar Kurulunun görev ve yetkileri: “Toplumun ihtiyaç sahibi kesimlerine yönelik yapılan çalışmaların etkinliği için politika önerileri oluşturmak”²⁴; “sosyal refahın oluşturulmasına yönelik politika önerileri geliştirmek”²⁵; “dezavantajlı gruplara yönelik politika önerileri oluşturmak.”²⁶

2- Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulunun görev ve yetkileri: “Sağlık sisteminin geliştirilmesi amacıyla politika önerileri geliştirmek”²⁷; “önleyici sağlık hizmetlerinin artırılarak sağlık hizmeti veren kuruluşların yüklerinin azaltılması ve etkinliklerinin artırılmasına yönelik araştırmalar yapmak ve

²¹ TURAN, s. 63.

²² 1 sayılı CBK m. 21/1 ve 2.

²³ 1 sayılı CBK m. 22/1: “a) Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmek. b) Geliştirilen politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak. c) Küresel rekabetin getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri geliştirmek. ç) Görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek. d) Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak. e) Cumhurbaşkanını programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak. f) Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin davet edilmesi suretiyle genişletilmiş kurul toplantıları yapmak. g) Görev alanına giren konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak ve/veya yaptırtmak. ğ) Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak.”

²⁴ 1 sayılı CBK m. 29/1/a.

²⁵ 1 sayılı CBK m. 29/1/d.

²⁶ 1 sayılı CBK m. 29/1/e.

²⁷ 1 sayılı CBK m. 29/1a.

önerilerde bulunmak”²⁸; “tıbbi teknolojiler ve ilaç sanayinin yerleştirilmesi için politika önerileri oluşturmak”²⁹; “sağlık hizmetleri ve teknolojilerinde uluslararası gelişmeleri takip ederek, sonuçları raporlamak”³⁰; “toplumda artan hastalıkların önlenmesi ve azaltılmasına yönelik politika önerileri oluşturmak”³¹ olarak belirtilmiştir.

Görev ve yetkiler incelendiğinde toplumun ihtiyaç sahibi kesimleri ile dezavantajlı gruplar ifadelerinin yer aldığı maddeler dışında engellilere doğrudan yönelik olarak belirlenmiş hedefler yer almamaktadır. Hükümler çok geneldir. İstihdam, erişilebilirlik ve ayrımcılıkla ilgili çok daha etkili ve kapsamlı hükümler olması yerinde olurdu. Her ne kadar maddelerde yer alan genel ifadelerle istihdam, erişilebilirlik ve ayrımcılıkla ilgili uygulamalar dahil edilebilirse de doğrudan getirilecek açık hükümler daha faydalı olacaktır. Bu kurullar vatandaşların şikayet veya başvuruları ile harekete geçen kurullar olmayıp doğrudan Cumhurbaşkanına bağlı olarak çalıştığından ve ayrıca bakanlıklarla aralarında hiyerarşi ilişkisi olmadığından dolayı engelliler konusunda toplumsal hayata biraz daha uzak kalabilirler. Bu uzaklık, kurulların ürettiği politikalara mutlaka yansiyacaktır.

Diğer politika kurulları içerisinde engellilerin hukuki, sosyal ve ekonomik durumlarını ilgilendiren maddelere de rastlanmaktadır. Bunlar:

- Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulunun görevleri; “bilim ve teknoloji alanındaki araştırma ve geliştirme politikalarının ekonomik kalkınma, **sosyal gelişme** ve milli güvenlik hedefleri doğrultusunda tespit edilmesi, yönlendirilmesi ve koordinasyonunun sağlanması amacıyla altyapı, **insan kaynağı** ve diğer tüm kaynakların geliştirilmesine yönelik araştırmalar yaparak öneriler oluşturmak”³²; ve “internet ortamının ekonomik, ticari ve **sosyal hayat** ile bilim, eğitim ve kültür alanında etkin, yaygın, kolay erişilebilir olarak kullanımını teşvik edecek politika ve strateji önerileri hazırlamaktır.”³³ İlk bakışta bilim ve teknoloji kavramları engellilikten uzakmış gibi görünmesine rağmen aslında son derece yakından ilgilidir. Bilim ve teknoloji denince ağırlıklı olarak gündelik yaşamda kullandığımız elektronik aygıtlar

²⁸ 1 sayılı CBK m. 29/1/e.

²⁹ 1 sayılı CBK m. 29/1/f.

³⁰ 1 sayılı CBK m. 29/1/g.

³¹ 1 sayılı CBK m. 29/1/ğ.

³² 1 sayılı CBK m. 23/1/d.

³³ 1 sayılı CBK m. 23/1/i.

aklımıza geldiğinden bilim ve teknolojinin başka yönlerden topluma hizmet eden kısımları unutulmaktadır. Halbuki çoğu engel grubu teknolojik yönden ileri aygıtlar kullanarak yaşamlarını kolaylaştırmaktadır. Elektronik protezler (el, diz...), elektrikli tekerlekli sandalyeler vb. ürünler teknolojik yönden ilerledikçe daha verimli çalışmaktadırlar. Bunların teknolojisinin ilerlemesi için politikalar üretilmelidir. Üstelik bu aygıtların neredeyse tamamı ithal ürün olduğu için ithal edilmeleri nedeniyle ekonomi de zarar görmektedir. Yerli teknoloji ilerlediği takdirde ekonomik anlamda büyük kârlar edilecektir. Teknolojinin ilerlemesi ile yurtdışına teknoloji satabilen bir konuma gelindiği zaman ekonomi bundan fayda görecek; yerli üretim de artarsa bu ürünler ucuzlayacak, sosyal yardım alamadığı için teknolojik yönden ileri olan aygıtlara ulaşamayan kitleler de bu ürünleri temin edebilir hale gelecektir.

- Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulunun görevlerinden “kalite, **eşitlik** ve etkililik ilkeleri ile milli ve toplumsal değerlere dayalı bir eğitim sistemi oluşturmak amacıyla politika önerileri geliştirmek”³⁴; “ülkenin **işgücü** planlamasını dikkate alarak eğitim ve öğretim konusunda politika önerileri oluşturmak”³⁵ ve “mesleki ve teknik eğitim programlarının uygulandığı **her tür ve derecedeki** örgün, yaygın ve çıraklık eğitimi, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları ile işletmelerde yapılacak mesleki eğitimin; planlaması, geliştirilmesi ve değerlendirilmesi konularından politika önerileri geliştirmek,”³⁶ Buradaki eşitliği iki şekilde anlamamız gerekmektedir. Birincisi engellilerin de engelsizlerle aynı ortamda aynı haklarla eğitim olanaklarına sahip olabilmesi, ikincisi ise özel eğitime ihtiyacı olan engellilerin eğitim standartlarının da engelsizlere verilen eğitimden farklı olmamasıdır. Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulunun politika üretirken engellilerin durumlarını mutlaka dikkate alması gereklidir.

- Hukuk Politikaları Kurulunun görevlerinden “adalet, **hak ve özgürlükler, eşitlik ilkesi**, hukukun üstünlüğü ve çoğulcu demokrasinin geliştirilmesine yönelik politika önerileri oluşturmak”³⁷; “**ulusal ihtiyaçlar ve evrensel ilkeler** göz önünde tutularak hukuk sisteminin iyileştirilmesi ve mevzuatın güncellenmesine yönelik reform önerilerinde bulunmak”³⁸; “**haklar**

³⁴ 1 sayılı CBK m. 24/1/ç.

³⁵ 1 sayılı CBK m. 24/1/e.

³⁶ 1 sayılı CBK m. 24/1/g.

³⁷ 1 sayılı CBK m. 27/1/a.

³⁸ 1 sayılı CBK m. 27/1/c.

ve hak ihlalleri ile ilgili araştırmalarda bulunmak ve ihlallerin önlenmesine yönelik çözüm yolları aramak ve önerilerde bulunmak³⁹ olarak sıralanabilir.

Hukuk Politika Kurulu, engellilerin hukuki durumlarını gözeten politikalar uygulamalıdır. Özellikle mevzuatın uygulanmasının denetlenmesi yönünde politikalar üretmelidir.

B- Cumhurbaşkanlığı Ofisleri

1 sayılı CBK'ya göre (m. 525/1) Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip “Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi” kurulmuştur.

Ofislerden beklenen, politikalara temel olacak projelerin geliştirilmesinde kritik işlevler üstlenmeleridir.⁴⁰

Doğrudan engellileri veya geniş anlamda düşünürsek sosyal ve kültürel hayatı görev edinmiş bir ofis ismine rastlamamaktayız. Ofislerin isimlerine bakıldığında toplumsal, sosyal ve kültürel amaçlara yönelik olmaktan ziyade piyasaya ve ekonomiye yönelmiş oldukları fark edilmektedir. Ofisler daha ziyade ekonomik politikalara yönelik olarak kurulmuş gibidir. Elbette ki engellilerin ekonomik hayattaki yerleri veya aldıkları bazı hizmetler dolaylı olarak bu ofislerin görev alanına girmektedir ancak toplumsal politikaların tamamını içine alacak şekilde bir ofisin kurulmasının daha faydalı olacağı kanaatindeyiz.

C- Bakanlıklar

Yeni sistemde Bakanlar Kurulu olmadığından ve Anayasaya göre yürütme organı sadece Cumhurbaşkanı olduğundan, yasama organına karşı siyasi sorumluluğu olmayan bakanlar “atandıkları kamu hizmeti örgütlenmesinin başında yer alan ve siyasal kimlikleri bulunmayan kamu görevlileridir.”⁴¹

1- Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı

Engellilerin her türlü ihtiyaçlarına yönelik olarak hizmet veren temel bakanlık Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'dır. Bakanlığın engellilere yönelik görev ve yetkileri: “Sosyal hizmetler ve yardımlara ilişkin ulusal düzeyde politika ve stratejilerin geliştirilmesi amacıyla gerekli çalışmalar

³⁹ 1 sayılı CBK m. 27/1/ç.

⁴⁰ TURAN, s. 74.

⁴¹ ARDIÇOĞLU, s.31.

yapmak, uygulamak, uygulanmasını izlemek ve ortaya çıkan yeni hizmet modellerine göre güncelleyerek geliştirmek⁴²; “engellilerin ve yaşlıların her türlü engel, ihmal ve dışlanmaya karşı toplumsal hayata ayrımcılığa uğramadan ve etkin biçimde katılmalarını sağlamak üzere; belirlenen ulusal politika ve stratejilerin uygulanmasını koordine etmek, engellilere ve yaşlılara yönelik sosyal hizmet ve yardım faaliyetlerini yürütmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak, engellilerin mesleki rehabilitasyonunu sağlayacak tedbirler almak⁴³; “toplumun sosyal yardım ve korumaya ihtiyaç duyan kesimlerine yönelik yardım faaliyetlerini düzenli ve etkin bir biçimde yürütmek; yoksullukla mücadeleye ilişkin ulusal politika ve stratejilerin belirlenmesi amacıyla gerekli çalışmaları koordine etmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak⁴⁴, “... korunmaya, bakıma ve yardıma muhtaç çocuk, kadın, engelli ve yaşlıların tespiti, bunların korunması, bakımı, yetiştirilmesi ve rehabilitasyonlarını sağlamak üzere gerekli hizmetleri yürütmek, bu hizmetler için gündüzlü ve yatılı sosyal hizmet kuruluşları kurmak ve işletmek⁴⁵, “kamu kurum ve kuruluşları, gönüllü kuruluşlar ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yürütülen sosyal hizmetler ve yardımlara ilişkin ilke, usul ve standartları belirlemek, bu çerçevede denetimini yapmak, bu alanda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların taşınması zorunlu olan nitelikleri ve bunlara rehberlik edecek programları geliştirmek⁴⁶, “sosyal hizmet ve yardım faaliyetleriyle bunlardan yararlananlara ilişkin bilgileri merkezi bir sistemde oluşturulacak veri tabanı aracılığıyla işlemek, kontrol etmek, izlemek ve geliştirilecek politika, strateji ve önlemler bağlamında değerlendirmek⁴⁷, “sosyal hizmetler ve yardımlar alanındaki uluslararası gelişmeleri ve faaliyetleri izlemek, bunlara katkı vermek ve yürütülecek çalışmalarda yararlanmak üzere değerlendirmek, bu alanda taraf olduğumuz uluslararası sözleşme ve anlaşmaların ulusal düzeyde uygulanmasını sağlamak⁴⁸ ve “sosyal adalet ve sosyal refahın gerçekleşmesi için gerekli tedbirleri almak.”⁴⁹

⁴² 1 sayılı CBK m. 65/1/a.

⁴³ 1 sayılı CBK m. 65/1/d.

⁴⁴ 1 sayılı CBK m. 65/1/f.

⁴⁵ 1 sayılı CBK m. 65/1/g.

⁴⁶ 1 sayılı CBK m. 65/1/h.

⁴⁷ 1 sayılı CBK m. 65/1/i.

⁴⁸ 1 sayılı CBK m. 65/1/i.

⁴⁹ 1 sayılı CBK m. 65/1/r.

Bakanlığın teşkilatında engellilere yönelik faaliyet gösteren hizmet birimi Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğüdür. Genel Müdürlüğün görev ve yetkileri 1 sayılı CBK'nın 71. maddesinde sayılmaktadır. Bu görev ve yetkiler arasında engellilere ilişkin olan şunlardır: “Bakanlığın engellilere ve yaşlılara yönelik koruyucu, önleyici, eğitici, geliştirici, rehberlik ve rehabilite edici sosyal hizmet faaliyetlerini yürütmek ve koordine etmek”⁵⁰, “engelliliğin önlenmesi ile engellilerin eğitimi, istihdamı, rehabilitasyonu, ayrımcılığa uğramadan insan haklarından yararlanarak toplumsal hayata katılmaları ve diğer konularda ulusal düzeyde politika ve stratejilerin belirlenmesi amacıyla gerekli çalışmaları koordine etmek, belirlenen politika ve stratejileri uygulamak, uygulanmasını izlemek ve değerlendirmek”⁵¹, “engellilerin sorunlarını ve çözüm yollarını araştırmak, bu konuda uygulamanın geliştirilmesine yönelik öneri ve programlar hazırlamak ve uygulamak”⁵², “engellilerle ilgili konularda inceleme ve araştırmalar yapmak, projeler hazırlamak ve uygulamak”⁵³, “münhasıran engellilere tanınan haklar ve sunulan hizmetlerden yararlanmada kullanılmak üzere hazırlanan engelli kimlik kartlarına ilişkin işleri yürütmek”⁵⁴, “yaşlıların ve bakıma muhtaç engellilerin, yaşamlarını evlerinden ve sosyal çevrelerinden ayrılmadan sürdürebilecekleri sosyal desteklerin verilmesi için gerekli mekanizmaları kurmak, var olanları standardize etmek, uygulamaları takip etmek ve denetlemek”⁵⁵, “kamu kurum ve kuruluşları, gönüllü kuruluşlar ile gerçek ve tüzel kişilerce engellilere ve yaşlılara yönelik yürütülen sosyal hizmet faaliyetlerine ilişkin ilke, usul ve standartları belirlemek ve bunlara uyulmasını sağlamak.”⁵⁶

1 sayılı CBK'nın 88. maddesinde Bakanlığın bütün genel müdürlüklerinin ortak görevleri düzenlendiğinden, burada sayılan konularda da Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü görevli ve yetkilidir.

2- Gençlik ve Spor Bakanlığı

Spor Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında “engelli bireylerin spor yapabilmelerini sağlamak ve yaygınlaştırmak üzere; spor tesislerinin engellilerin kullanımına uygun olmasını sağlamak, spor

⁵⁰ 1 sayılı CBK m. 71/1/a.

⁵¹ 1 sayılı CBK m. 71/1/b.

⁵² 1 sayılı CBK m. 71/1/c.

⁵³ 1 sayılı CBK m. 71/1/ç.

⁵⁴ 1 sayılı CBK m. 71/1/d.

⁵⁵ 1 sayılı CBK m. 71/1/g.

⁵⁶ 1 sayılı CBK m. 71/1/h.

eğitim programları ve destekleyici teknolojiler geliştirmek, gerekli malzemeyi sağlamak, engelli bireylere yönelik bilgilendirme ve bilinçlendirme çalışmaları ile yayınlar yapmak, spor adamları yetiştirmek, engelli bireylerin spor yapabilmesi konusunda ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği yapmak”⁵⁷ ve “dezavantajlı gençlere ve gençlerin hareketliliğine yönelik projeleri öncelikli olarak desteklemek”⁵⁸ yer almaktadır.

3- Milli Eğitim Bakanlığı

“Kız öğrencilerin, engellilerin ve toplumun özel ilgi bekleyen diğer kesimlerinin eğitime katılımını yaygınlaştıracak politika ve stratejilerin geliştirilmesi amacıyla gerekli çalışmaları yapmak, belirlenen politikaları uygulamak ve uygulanmasını koordine etmek”⁵⁹ Milli Eğitim Bakanlığının görev ve yetkileri arasında yer almaktadır.

4- Sağlık Bakanlığı

“Bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıklar ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bunlarla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek ve gerekli önlemleri almak”⁶⁰ Halk Sağlığı Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır.

4- Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı

Strateji Geliştirme Başkanlığı görev ve yetkilerinden birisi “engellilerin ulaştırma ve haberleşme altyapılarını kolay kullanabilmeleri ve bu hizmetlerden yeterli seviyede yararlanabilmeleri için Bakanlık ilgili hizmet birimleri ve kuruluşlarıyla ortak çalışmalar yapmak ve koordinasyonu sağlamaktır.”⁶¹

Özetle bakanlıkların görev ve yetkileri engellilere yönelik uygulamalar ve hizmetler açısından yeterli görünmektedir. Ancak hukuk kurallarının yani mevzuatta bakanlıkların görev ve yetkilerinin sayılması yeterli değildir, bunların hem uygulamaya geçmesi hem de uygulanıp uygulanmadıkları konusunda gereken denetimlerin yapılması gerekmektedir.

⁵⁷ 1 sayılı CBK m. 189/1/ç.

⁵⁸ 1 sayılı CBK m. 190/1/g.

⁵⁹ 1 sayılı CBK m. 301/1/d.

⁶⁰ 1 sayılı CBK m. 361/1/c.

⁶¹ 1 sayılı CBK m. 488/1/b.

Ç- Merkezden ve Yerinden Yönetim Açısından Yeni Sistemin Değerlendirilmesi

Devletler içinde buldukları sosyal, kültürel ve ekonomik yapılarına göre merkeziyetçi ya da yerinden yönetim niteliğine sahip olurlar.⁶² Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde karar alma ve uygulama şeklinin merkezileştiği görülmektedir. Merkezden yönetim, somut haliyle ifade edersek yetkilerin merkezi idare teşkilatında tek bir makamda toplanması sert bir şekilde uygulanırsa bazı süreçlerin aksama ihtimali yüksektir. Merkezden yönetimin en önemli sakıncalarından birisi bürokrasiye sebep olarak kırtasiyeciliği artırması, bunun sonucunda da kamu hizmetlerinin yavaşlaması ve gecikmesidir.⁶³ Merkezden yönetimin bu sakıncası, görev ve yetkilerin hiyerarşi kademelerinde paylaşılması gibi yöntemlerle aşılabılır olarak görülse de en etkili yöntem yerinden yönetim kuruluşlarının etkinliğinin sağlanmasıdır. Merkezi yönetimlerin uygulama boşluklarını doldurmada özellikle belediyelerin yaptığı çalışmalar (engelliler açısından) devletin sosyal sorumluluğu anlamında önem kazanmaktadır.⁶⁴

D- Bürokrasi Açısından Yeni Sistemin Değerlendirilmesi

Bürokrasi kavramı, “kamu yönetimi kapsamında mevcut olan kurum ve kuruluşlardaki idari faaliyetler ile siyasilerin almış olduğu kararların yürütülmesini sağlayan bir çeşit yapılanmadır.”⁶⁵ Bürokrasi, vatandaşın gözünde devletin somutlaştığı nokta olup devlet, üstlendiği kamu hizmetlerini bürokratik aygıt vasıtasıyla yerine getirmektedir.⁶⁶ Günümüzde bürokrasinin yok olmadığı, aksine daha da büyüüp geliştiği görülmektedir.⁶⁷

Yeni sistemden önceki değerlendirmelerde Türk kamu bürokrasinin sorunları;“otorite hiyerarşisinin katılığı, yetkilerin üst basamaklarda toplanması, gizlilik, siyasi-idari güç ile uzmanlık gücü arasındaki çatışma, kuralların yoğunluğu, takdir yetkisinin daraltılması, rekabetin yokluğu, kendi kendini yenileyememe ve dolayısıyla verimsizlik” olarak nitelendirilmekteydi.⁶⁸ Yeni

⁶² GÜLEÇ, s. 489.

⁶³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 134.

⁶⁴ KESGİN, s. 11.

⁶⁵ AKÇAKAYA, s. 276.

⁶⁶ ÇEVİKBAŞ, s. 78.

⁶⁷ ÇEVİKBAŞ, s.93; AKÇAKAYA, s. 294.

⁶⁸ ÇEVİKBAŞ, s. 93-94.

modelde merkeziyetçiliğin güçlendirildiği dikkate alınırsa eski yorumların aynen geçerli olacağı düşünülebilir.

Cumhurbaşkanının, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının kuruluş ve görevlerinde değişiklik yapabilme imkânına sahip olduğu için bizatihi bürokrasinin konumunu etkileyebileceği iddia edilmektedir.⁶⁹ Bu bakış açısına göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile gereken düzenlemeler yapıldığı takdirde bürokrasinin azaltılabileceği aklımıza gelebilir. Teşkilatta yer alan kurum ve kuruluşların işleyiş biçimleri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebildiği için bürokrasiye sebep olan aşamalar, birimler, merciler ve işlemler kaldırılarak bürokrasi azaltılabilir. Bürokrasinin bu yolla azaltılması engellilerin haklarına daha kolay ulaşmalarını sağlayacaktır.

Bürokrasinin mevcut teşkilattaki merkezi idarenin düzenleniş biçimine göre artıp artmayacağını zaman gösterecektir. Kurumlar arası ilişkiler henüz tam olarak yerine oturmamıştır. Yeni sistem doğrudan her birimi ve yetkiyi Cumhurbaşkanına bağlamak üzerine kurulmuştur. Bürokrasiye neden olacak işlemlerin tesis edildiği makamlar ile bu makamların Cumhurbaşkanlığı ile ilişkileri henüz birbirine alışma aşamasındadır.

Cumhurbaşkanı, bürokrasinin azaltılması yönünde 2018/13 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi⁷⁰ yayınlamıştır. Bu Genelge, bürokrasinin azaltılması ve hizmetlerin/işlemlerin hızlandırılması konusunda bir adsız düzenleyici işlemdir. Ancak metnin içeriği incelendiğinde Genelgenin sadece başvurulara yoğunlaştığı görüldüğünden bürokrasiye sebebiyet veren bütün aşamaları kapsar nitelikte olmadığı fark edilmektedir.

⁶⁹ GÜLER, s. 313.

⁷⁰ 2018/13 sayılı ve 11 Ekim 2018 tarihli Cumhurbaşkanlığı Genelgesi (RG: 12 Ekim 2018 – 30563):

“Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sorun çözen, çözüm üreten, sonuç ve vatandaş odaklı devlet anlayışı ile bürokrasinin azaltılması Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin öncelikli hedeflerindedir. Kamu hizmetlerinde hantallığa sebebiyet veren hususların ortadan kaldırılması, milletimize hizmetlerin süratli ve en iyi şekilde sunulması, devlet ve millet bütünleşmesini zedeleyen davranışlardan kaçınılması gerekmektedir.

Bu itibarla; kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan tüm başvurularda, talebin sonuçlandırılması başka bir idari makamın görev alanında kalsa dahi, başvurular anında incelenerek takip edilecek, talebin ilk başvuru yerinde neticelendirilmesine özen gösterilecek, başvuru sahibine yapılan işlemler hakkında gecikmeksizin nihai ve kesin bilgi verilecek, başvuruların süratli ve doğru sonuçlandırılması amacıyla gerekli tüm tedbirler alınacaktır.”

Engellilerin elde edeceği haklar (özellikle yardımlar) konusunda bürokrasinin artması demek engellilerin bu haklardan süresinde yararlanamaması anlamına gelmektedir. Yeni sistemde gereken düzenlemelerin yapılması, bürokrasinin uzun sürmesine neden olan aşamaların ve sürelerin özel olarak tespit edilerek yeniden düzenlenmesi/ortadan kaldırılması gerekmektedir. Yeni sistem şu haliyle bürokrasinin azalması yolunda yoğun işaretler vermemektedir. Teorik açıdan yaklaşırsak, karar alma ve uygulama görev ve yetkilerinin merkezde tek bir makamda toplanıyor olması bürokrasiyi uzatacakmış gibi görünmektedir. Her ne kadar Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile aldığı kararları hızlı bir şekilde uygulamaya sokabilse de bu durum soyut ve genel nitelikte uygulamalar için geçerlidir. Bakanlıkların görecekleri hizmetlerde ve özellikle bireyler hakkında tesis edilecek birel işlemler hakkında yazışma aşamaları olması halinde bürokrasi artacaktır. Merkezîyetçi yapının güçlendirilmesi demek, merkeze bağlı olan tüm teşkilattaki yöneticilerin kendilerini merkeze danışma ihtiyacı hissetmelerine neden olacaktır.

Konumuz açısından Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de değinmekte fayda vardır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusu, kanunla düzenlenmesi Anayasada açıkça öngörülmeyen sosyal ve ekonomik haklardır.⁷¹ Ancak bu konularda dahi eğer “Anayasanın açık hükmü varsa veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek bir konu, kanunla düzenlenmiş ise”, bu konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamaz, “örneğin 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmadığı sürece, Anayasa m. 104/17’nin dördüncü cümlesinde yer alan “kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü uyarınca bu konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.”⁷² Bu maddeden ulaşacağımız sonuç, engelliler hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile hiçbir düzenleme yapılamayacağıdır. Bu konuda sadece yeni bir kamu kurumu kurulabilir veya var olan bir kurum veya bakanlığın kuruluş hükümlerinde, veya görev ve yetkilerinde değişikliğe gidilebilir. O halde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile engellilere yönelik hizmetlerin kanunda yazan kısımlarında eğer bürokrasiye neden olan düzenlemeler varsa, bu düzenlemeleri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile aşmak mümkün değildir. Özetle, engellilere yönelik bir hizmetle ilgili olarak her hangi bir kanunda düzenleme varken aynı konuda Cumhurbaşkanı Cumhurbaşkanlığı

⁷¹ ARDIÇOĞLU, s. 40.

⁷² ARDIÇOĞLU, s. 40.

kararnamesi ile yeni bir düzenleme getiremediğinden, sözkonusu kanunda bürokrasiye neden olan faaliyetler/hizmetler aynen uygulanmaya devam edecektir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkileri yönünden ele alındığında, yürütme yetkisinin ötesine geçip yasama yetkisine girdikleri takdirde anayasaya aykırı olacaklardır.⁷³

Kamu yöneticileri kamu menfaati, hukuk, medya, mesleki standartlar, toplumsal değer ve standartlar, demokratik kurallar ve vatandaşları kapsayan grup ve standartlardan oluşan karmaşık gruplaşmaların etkisi altındadır ve bu konularda sorumlulukları da bulunmaktadır.⁷⁴ Bu çoklu sistemde karar alma mekanizmalarının etkili ve verimli bir şekilde işletilmesi gereklidir. Bürokrasiyi azaltmayı istemek her zaman yararlı olmayabilir; bürokrasiyi azaltmak uğruna hukuk çiğnenmemelidir. Günümüzde yönetim ile hukuk arasındaki bürokratik ve yasal kurallar hatta ilişkiler sorgulanır hale gelmiştir.⁷⁵ Kıta Avrupası ülkelerinde ekonomik ve hukuksal rasyonelliğin yerini yönetimsel rasyonelliğin almasından beri, kamu hukuku ve onun temel odak noktaları, kurumları ve ilkeleri yeniden tanımlanmıştır.⁷⁶ Böylelikle yeni kamu yönetimi kavramı açığa çıkmıştır. Yeni Kamu Yönetimi anlayışı ile birlikte uygulanmaya başlayan özelleştirme, özerkleştirme, esnek istihdam, taşeronlaşma gibi politikalar kamu kurumlarındaki bürokrasiyi ve kırtasiyeciliği azaltmayı hedeflemiştir.⁷⁷ Devlet içerisinde kamu kurumlarının büyümesi, çeşitlenmesi, sayıca artması sebebiyle meydana gelen hantallık, merkeziyetçilik, verimsizlik, aşırı kurallara bağlılık gibi olumsuz sonuçları olan durumlar esnetilmek istenmiştir.⁷⁸

Kamu kurum ve kuruluşlarının, değişen teknolojik şartlara, rekabete, küreselleşen dünya pazarlarına uyum sağlamak ve ayakta kalabilmek için esneklik, bilgi ve iletişim teknolojileri odaklı bir yapılanma içerisine girmeleri gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁹ Esnek Uzmanlaşma olarak anılan Post-Fordist

⁷³ ARDIÇOĞLU, s. 42.

⁷⁴ ÜTÜK, s. 61.

⁷⁵ ÖZER, s. 5.

⁷⁶ ÖZER, s. 5.

⁷⁷ ATEŞ/ÇÖPOĞLU, s. 98.

⁷⁸ ATEŞ/ÇÖPOĞLU, s. 98.

⁷⁹ ATEŞ/ÇÖPOĞLU, s. 112.

dönem, ekonomik hayatın her alanında etkisini göstermiş; toplumsal yapıda, devlet anlayışında, kamu yönetiminde, kültürde ve hayatın hemen her yönünde köklü etkiler meydana getirmiştir.⁸⁰ “Merkezi devletin ekonomi üzerindeki yetkilerini özerk kurumlara devretmesi ve bu kurumlar aracılığıyla bir tür hakem sayılabilecek düzenleme yaklaşımlarını benimsemesi, ekonomik faaliyetlerin tamamen özel alanda, rekabet şartları altında, verimlilik ilkesine göre ve esnek üretim rejiminin avantajlarını sağlayacak biçimde yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir.”⁸¹ Katı hiyerarşik ve merkeziyetçi bürokratik yapının yerini daha esnek, ademi merkeziyetçi ve profesyonel yöneticilik anlayışına dayalı yeni kamu yönetimi anlayışına bırakması gerektiği iddia edilmektedir.⁸²

Engelliler, Refah Devleti uygulamalarının hakim olduğu 1945-1980 yılları arası dönemde sosyal uygulamalara hak temelli olarak ulaşırken son yıllarda Neo-liberal paradigmanın etkisi ile sosyal uygulamaların en önemli muhataplarından birisi olmuşlardır.⁸³

Buna karşılık yeni kamu yönetimi anlayışı müşteri odaklı bir yaklaşımı benimsediğinden⁸⁴ engellilerin müşteri olma tehlikesi vardır. Kamu hizmetindeki müşteri kavramı ile özel sektördeki müşteri kavramının birbirinden farklı olduğu unutulmamalıdır.⁸⁵ Yeni kamu yönetimi piyasa vurgusu ile geleneksel hiyerarşik yapıyı, müşteri vurgusuyla da vatandaşlık kavramını değiştirmiştir.⁸⁶

Türkiye'nin geçtiği yeni model yürütmeyi tek bir kişide toplamış, merkezi olma zihniyetini güçlendirmiştir. Bürokrasinin ise klasik mi yoksa yeni kamu yönetimi anlayışında olduğu gibi mi şekilleneceği henüz belirsizdir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile kamu bürokrasisinde daha önce yaşanan oligarşik işleyişlerin (kamu personelleri açısından) ortadan kalkmasıyla bürokrasi açısından olumlu sonuçlar beklense de⁸⁷ henüz tam bir netlik yoktur. İdare etme gücünün tek bir makamda toplanmasının engelliler

⁸⁰ SAKLI, s. 108.

⁸¹ SAKLI, s. 123.

⁸² ÖZER, s. 43.

⁸³ KESGİN, s. 2.

⁸⁴ SEZER, s. 148.

⁸⁵ AKÇAKAYA/AKSAKALOĞLU, s. 46.

⁸⁶ ARSLAN, s. 29'dan aktaran AKÇAKAYA/AKSAKALOĞLU, s. 60.

⁸⁷ AYDIN/AKINCI, s. 1029.

açısından karşımıza çıkaracağı sonuç şöyle olacaktır: Cumhurbaşkanı engellileri gözetmediği takdirde hizmetler kaliteli, hızlı ve çeşitli olacak, gözetmediği takdirde ise bu konular zayıf kalacaktır.

Sonuç

Geçmişten günümüze sosyal riskleri paylaşarak azaltmaya çalışmada, birey, aile, sivil toplum, devlet ve piyasa gibi güçler etkin olsa da⁸⁸, engellilere yönelik hizmetler ve engellilerin korunması konusunda devletin daha ağır basması, bazı hizmetleri piyasalara bırakmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Engelliler için hazırlanan sosyal politikalar ülkenin sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyi ile doğru orantılı olup kurum yöneticilerinin engellilerin problemleri üzerindeki farkındalıkları, engelli bireyleri faydası olmayan, yardıma muhtaç, güçsüz ve korumasız insanlar oldukları anlayışından uzaklaştırarak onları sosyal dışlanmanın yıkıcı etkisinden kurtarabilmektedir.⁸⁹

İdarenin engellilere yönelik hizmetleri görmesi konusunda sadece teşkilatlanması yetmemekte, kanunların uygulanmasını sağlayacak yönetmeliklerin çıkarılması ve uygulamayı yürüten kurumların da uygun bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir.⁹⁰

KAYNAKÇA

AKÇAKAYA, Murat, “Weber’in Bürokrasi Kuramının Bugünü ve Geleceği”, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Özel Sayı Aralık 2016, s. 275-295.

AKÇAKAYA, Murat – Yağız AKSAKALOĞLU, “Kamu Hizmeti Kapsamında Yeni Kamu Yönetiminin Vatandaşlık Anlayışı”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 19/1, 2017, s. 42-71.

AKYILMAZ, Bahtiyar - Murat SEZGİNER - Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, Eylül 2018.

⁸⁸ KESGİN, 2014, s. 7.

⁸⁹ KÜÇÜKALİ, Adnan, “Engellilere Uygulanan Sosyal Politikaların Değerlendirilmesi: Atatürk Üniversitesi Örneği”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1, Ocak 2014, s. 83.

⁹⁰ BİLSİN/BAŞBAKKAL, 2014, s. 75.

- ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/3, s. 19-51.
- ARSLAN, N. T., “Klasik – Neo Klasik Dönüşüm Süreci: “Yeni Kamu Yönetimi””, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, 11/2, 2010, s. 29’dan aktaran AKÇAKAYA/AKSAKALOĞLU, 2017, s. 60.
- ATEŞ, Hamza – Mustafa ÇÖPOĞLU, “Kamu Yönetimi ve Çalışma Hayatında Esneklik”, **Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi**, 2015, Cilt X, Sayı 1, s. 97-113.
- AYDIN, Abdullah – Berat AKINCI, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi’nde Kamu Personel Yönetim Sisteminin Dönüşümü: Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Atanması”, **Route Educational and Social Science Journal**, Volume 5(10), August 2018, s. 1024-1033.
- AYVAZ, M. Erkut, “Devlet Başkanı ve Siyasi Parti İlişkisi Üzerine”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Cilt 23, Sayı 91-92, Yıl 2018, s. 113-142.
- BİLSİN, Elif – Zümrüt BAŞBAKKAL, “Dünyada ve Türkiye’de Engelli Çocuklar”, **Ege Üniversitesi Hemşirelik Fakültesi Dergisi**, 30(2), 2014, s. 65-78.
- ÇEVİKBAŞ, Rafet, “Bürokrasi Kuramı ve Yönetimsel İşlevi”, **Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Aralık 2014, s. 75-102.
- Engelli ve Yaşlı Bireylere İlişkin İstatistik Bilgiler, İstatistik Bülteni**, 2019 Ocak, T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Engelli ve Yaşlı Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Araştırma Geliştirme ve Proje Dairesi Başkanlığı.
- ERTÜRK, Korhan Levent – A. Aslı ŞİMŞEK – Damla Gülseren SONGÜR – Gökhan ŞENGÜL, Türkiye’de Engelli Farkındalığı ve Engelli Bireylerin Adalete Web Erişilebilirlikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Bilgi Dünyası**, 2014, 15(2), s. 375-395.
- GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi Mi, Başkanlık Sistemi Mi, Yoksa Neverland Sistemi Mi? 16 Nisan’da Neyi Oylayacağız?” bkz. www.anayasa.gen.tr/neverland.htm (Erişim: 19 Mart 2019).
- GÜLEÇ, Yasin, “Sosyal Hizmetlerin Yeniden Yapılandırılmasında Yerel Yönetimlerin Önemi ve İşlevi, Bağcılar Engelliler Sarayı Örneği”, **Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi**, Yıl 2, Sayı 1, Mart 2014, s.

486-500.

- GÜLER, Tahsin, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Kamu Yönetimine Etkileri”, **Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 21, Sayı 39, Yıl 2018, s. 299-322.
- KESGİN, Bedrettin, “Engellilere Yönelik Yerel Sosyal Politikalar”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Cilt 23, Sayı 4, Ekim 2014, s. 1-15.
- KÜÇÜKALİ, Adnan, “Engellilere Uygulanan Sosyal Politikaların Değerlendirilmesi: Atatürk Üniversitesi Örneği”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1, Ocak 2014, s. 59-86.
- ÖZER, M. Akif, “Günümüzün Yükselen Değeri: Yeni Kamu Yönetimi”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 59, Ekim – Aralık 2005, s. 3-46.
- SAKLI, Ali Rıza, “Fordizm’den Esnek Üretim Rejimine Dönüşümün Kamu Yönetimi Üzerindeki Etkileri”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Kış 2013, Cilt 12, Sayı 44, s. 107-131.
- SEZER, Özcan, “Kamu Hizmetlerinde Müşteri (Vatandaş) Odaklılık: Türkiye’de Kamu Hizmeti Anlayışı Açısından Bir Değerlendirme”, **ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 4, Sayı 8, 2008, s. 147-171.
- ŞEN, Mustafa, Türkiye’de Engellilere Yönelik İstihdam Politikaları: Sorunlar ve Öneriler”, **Sosyal Güvenlik Dergisi**, Cilt 8, Sayı 2, Yıl 2018, s. 129-152.
- TURAN, A. Menaf, “Türkiye’nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, **Social Sciences Research Journal**, Vol. 7, Issue 3, September 2018, s. 42-91.
- ÜTÜK, Utku, “Denhardt ve Denhardt’ın Yeni Kamu Hizmeti Kuramına Bakış”, **Sayıştay Dergisi**, Sayı 99, Ekim – Aralık 2015, s. 47-70.
- YILDIZ, Abdülkadir, “Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı İle Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması”, **ERÜHFD**, C. XIII, S. 1, 2018, s. 509-534.

HUKUK KLİNİKLERİ: BEKLENTİLER, UYGULAMALAR VE KKTC HUKUK FAKÜLTELERİ AÇISINDAN OLANAKLAR

Duygu HATİPOĞLU AYDIN*

ÖZ

Hukuk kliniği, hukuk eğitiminin geleneksel biçimine alternatif bir yaklaşım sunan, birbiriyile bağlantılı iki önemli amaca yönelmiş bir eğitim ve öğretim metodudur. Hukuk eğitim modelinin katı ve şekilci yaklaşımının sonucunda, hukuk fakültesinden mezun olan öğrenciler, hukuk uygulaması hakkında bilgi sahibi olmadan mezun olup, meslek hayatına atılmaktadır. Hukuk kliniklerinin pedagojik hedefi meslek öğretmek ve her türlü deneyime dayalı, uygulamalı ve katılımcı eğitimidir. Öğrencilerin çeşitli beceriler ve değerler kazanmaları amaçlanırken, bu hedeflerin sağlanması, hukuk hizmetini alacak kişilere kaliteli bir hizmetin verilmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla iyi ve etkili bir hukuk eğitimi, sunulacak adalet hizmetinin kalitesini de belirleyecektir. Bu amaçlara yönelmiş hukuk klinikleri farklı biçimlerde sürdürülmektedir. Klinik çalışmalarının farklı yapılmasında o bölgenin sosyo-ekonomik ve kültürel koşulları, dolayısıyla hukuksal bağlam önem arz etmektedir. Türkiye’de hukuk klinikleri, hukuk eğitimindeki aksaklıkların çözümü bağlamında, son yılların önemli konu başlıklarından biridir. Türkiye’de hukuk eğitiminin geleneksel biçimine karşı, hukuk kliniklerinin “deneyimsel öğrenme” yaklaşımı farklı hukuk fakültelerinde hayata geçirilmektedir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin hibrid hukuki yapısı ve farklı kültürlerden beslenen sosyal karakteri, adada öğrenim gören hukuk fakültesi öğrencileri açısından, farklı bir hukuk kliniği deneyimi sağlayabilir ve kliniklerden beklenen faydayı artıran unsurlar olarak değerlendirilebilir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk eğitimi, hukuk klinikleri, deneyim, hukuk uygulaması, adalete erişim.

LEGAL CLINICS: EXPECTATIONS, PRACTICES AND, POTENTIALS FOR TRNC LAW FACULTIES

A legal clinic is an alternative to traditional legal education. Because of the formalist approach of legal education model, students graduated from law faculty have a minimum idea about the practice and go into professional life. The pedagogical scope of legal clinics comprises technical education and applied and participatory training based on all kinds of experience. Students gaining various skills and values will improve the quality of the legal service. Therefore, a good and useful law education will determine the quality of the justice service to be offered. Legal clinics directed

* **Dr. Öğretim Üyesi,** Uluslararası Final Üniversitesi Hukuk Fakültesi. **e-posta:** duygu.hatipoglu@gmail.com, duygu.aydin@final.edu.tr.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609106

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 05/03/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/05/2019

to these purposes are carried out in different ways. In the different structuring of clinical studies, the socioeconomic and cultural conditions of the region and thus, the legal context are essential. In Turkey, legal clinics are one of the important topics of legal education in the context of troubleshooting of the educational system. Against traditional forms of legal education in Turkey, the “experiential learning” approach of legal clinics are being implemented in different law schools. The hybrid legal structure and the rich social character of Turkish Republic of Northern Cyprus can have many advantages for the law students on the island and can increase the expected benefit from legal clinics.

Key Words: *Legal education, legal clinics, experience, law in action, access to justice*

GİRİŞ

Hukuk klinikleri, düşünce olarak 1900’lerin başında ortaya çıkmış ve zamanla gelişmiş, günümüzde dünya çapında yaygın, pek çok farklı uygulaması bulunan ve Türkiye’de hukuk fakültelerinde verilen eğitimin yeni ve önemli başlıklarından biri olarak hukuk eğitiminde dikkate değer bir yaklaşımdır.

Bu çalışmada hukuk kliniklerinin doğuşu ve gelişimi üzerine kısa bir girişten sonra, Türkiye’deki hukuk eğitimi, hukuk klinikleri uygulaması ve hukuk kliniklerinin KKTC’de uygulanabilirliği üzerine bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu bağlamda çalışmanın çıkış noktası, hukuk eğitimindeki, sadece ders anlatma biçimine indirgenemeyecek problemlerin varlığıdır. Peki hukuk klinikleri, hukuk eğitimindeki mevcut krize bir alternatif olabilir mi? Eğitime farklı yaklaşımıyla Türkiye’deki mevcut klinik uygulamaları, beklentileri ne şekilde karşılamaktadır? Bu değerlendirmeler ışığında, Kuzey Kıbrıs’ta bir hukuk kliniği çalışması gerekli midir ve neler yapılabilir?

Bu sorular cevaplandırılırken çalışma birkaç bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde, hukuk kliniklerinin ortaya çıkış koşulları ve gelişimi, farklı ülke uygulamaları ile özetlenecektir. Hukuk klinikleri, biçim olarak ilhamını tıp eğitiminden alan ve hukuk eğitiminin geleneksel yöntemlerine karşı alternatif bir yaklaşım sunan, birbiriyle ilişkili iki önemli amaca yönelmiş bir eğitim ve öğretim metodudur. Pek çok önerme bulunan bu cümleyi unsurlarına ayırırsak, farklı başlıklar hakkında tespitler yapmak gereklidir. Buna göre, öncelikle, hukuk eğitiminde geleneksel yöntemlerin ne olduğu, hukuk kliniklerinin

hangi ihtiyaca yönelik olarak önerildiği ve tıp eğitimi ile nasıl bir ilişki içinde olduğu sorularına cevap verilecektir. Farklı ülke uygulamalarından ve örnek klinik modellerinden bahsedilecektir. İkinci bölümde Türkiye’de mevcut hukuk eğitiminin tarihsel süreç içindeki gelişimine bakılacak ve hukuk klinikleri ihtiyacı ve uygulamaları bu bağlamda değerlendirilecektir. Türkiye uygulamasından örnekler verilerek, Kuzey Kıbrıs’ta hukuk kliniği çalışmalarının avantaj ve dezavantajları üzerinde durulacaktır. Bu çalışma ile hukuk klinikleri konusunda genel bir değerlendirme yapılması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’ndeki üniversiteler için öneriler getirilmesi, bir hukuk kliniği çalışması için temel oluşturulması amaçlanmaktadır.

HUKUK KLİNİKLERİ: NEDEN VE NASIL?

Hukukun ayırıcı özelliklerinden biri, hukukun yalnız bilgi değil, duygu olarak da ele alınmasıdır. Hukukun konusu “yalnız insan düşüncesine değil, yüreğine de yerleşmiştir.”¹ Hukuk eğitimi de hukuk alanının özgül ihtiyaçlarına göre düzenlenmiştir ve onun özelliklerini taşır. Bunun anlamı, hukuk sosyal olguya dayanmakla birlikte, hukuk kuralı, bu sosyal olgunun ve korunması amaçlanan değer olabildiğince soyutlanarak bir kural haline getirilmesidir. Hukuk eğitimi de bu soyut sonuca, yani norma odaklanmıştır. Cahit Can, normu, içeriğinden soyutlanmış (kendisel) ve normun içerik kazandırılmış hali (materyal norm) olarak ikiye ayırır ve bir kuralın hukuku yansıtabilmesi ya da hukuk kuralı sayılabilmesi için, başta adalet olmak üzere, toplumsal yaşamın birtakım değerlerine uygun olması gerektiğini belirtir.² Hukukun dışsallaştırılmasının bir aracı olarak hukuk normu³ anlatılırken, o normun doğumuna sebep olan tarihsel ve toplumsal koşullar, olgunun bir norm haline gelmesi için duyulan ihtiyaç ve o normun konulmasıyla korunması amaçlanan değer ve normun değeri ayrıntılı şekilde açıklanmaz. Bunun farklı sebepleri olduğu söylenebilir. Örneğin konunun genişliği nedeniyle, her normun ayrıntısına girilmesi beklenemez. Bu pratik değildir. Bunun dışında, hukuk, soyut kurallar sistemi olarak kendi fikri dünyasını yaratır, kendi başına bir varlıkmiş, kendi başına bir sistemmiş gibi ele alınır. Onu yaratan koşullardan ve ortamdan soyutlanarak aktarılır. Hukuk ilim olarak değerlendirildiğinde, pozitif bilimler gibi soyut, kesin, genel geçer kuralları hukuk öğrencisine belletilir. Burada eğitim, içeriğinden soyutlanmış hukuk normuna/kuralına

¹ V. KRİCHMANN, s. 194.

² CAN, s. 25.

³ CAN, s. 26–28.

ve mevzu hukuka odaklanmaktadır. Haliyle, hukuk kuralının uygulanması aşamasında, yani “gerçek hayatta” işler farklılaşmaktadır. İnsana dair, toplumsal değerleri içeren ve karmaşık bir değerler ve kurallar bütününden süzölmüş normun uygulaması da oldukça karmaşık ve çok yönlü olmaktadır. Bu noktada sözü, Mariano D’Amelio’ya bırakmak gerekiyor. Hukuk kliniklerine dair makalesinin çevirisi 1936 yılında yayınlanmıştır. Yazdıkları, 1900’lerin başında hukuk algısına ve eğitimine dair çok şey söylemektedir⁴:

“(…) hukuk bir iyilik ve hakkaniyet sanatıdır: Ars boni etaequi. Fakat hakikatte bu tarife uygun olan hukuk değil, mahkeme içtihatlarıdır (giurisprudenza). İçtihatların teessüsüne hizmet etmeyen ve insanlar arasında adaletin en iyi şekilde tatbikini kendisine hedef almamış olan Hukuk beyhudedir. Aristokratik bir fikir yorgunluğundan başka bir şey değildir. Bunun içindir ki Hukukçuların realitelerle, ve işlerin her günkü hareketlerinden, gösterdikleri krizlerden bu işler üzerinde çıkan ihtilaflardan, mahkemelerdeki faaliyetlerden, avukat ve noter bürolarında cereyan eden hadiselerden müteşekkil olan “Ameli hukuk hayatı” ile temasa gelmeleri zarureti duyulmaktadır. Bu yorucu, maddi ve mütevazı “ameli hayat” içinde büyük ve meşhur Üniversitelerde öğrenilen nazariyeler mefhumlar, uzak, gayri maddi ve hayali bir alemden gelen seslere benzemektedir. İşte mektepten yeni çıkmış bir gencin bulunduğu vaziyet budur.”

D’Amelio’nun vurguladığı “hukukun bir sanat (esasında zanaat) olması fikri”, hukuk eğitiminin de gündeminde. Otto Kahn Freund’a göre hukuk eğitiminin bir amacı, mezunlarının hukukçu olmasına yetecek teknik bilgi edinmesi ama diğer yandan hukuk formasyonu almalarıdır. Ancak bu sayede hukukçu olabilirler.⁵ Peki bu noktada eğitimciler ne yapacaktır? Kahn-Freund, hukuk eğitimindeki “otoriteleri” eleştirerek, buradaki öğrenmenin “kitabî” olduğunu, öğrencilerin kitabın içeriğini ezberleyip, kitaptan çıkarımlar yapmaya çabaladığını belirtir. Kitabın kendisini sorgulamak, ne öğrencinin ne de hocanın işidir. Kahn-Freund, bunun aslında hukukun karakteri olduğunu söyler.⁶ Tuğrul Ansay, Kahn-Freund’un bahsettiği teknik bilginin “ilim olarak hukuka”, hukuk formasyonunun da “san’at olarak hukuka” denk düşüğünü vurgular.⁷

⁴ D’AMELIO, s. 71.

⁵ KAHN-FREUND, s. 123.

⁶ KAHN-FREUND, s. 124.

⁷ ANSAY, s. 278.

Görüldüğü gibi hukuk klinikleri modeline duyulan ihtiyacın temelinde, hukukun dogmatik karakteriyle bağlantılı dogmatik bir eğitim modelinin benimsenmiş olması vardır. Her ne kadar hukuk klinikleri fikri oldukça eskiye götürülebilirse de⁸, modelin, başlangıçta istisnai olduğundan bahsedilebilir. Hukuk klinikleri modelinin yaygın şekilde benimsenmesi için başka koşulların varlığı da gerekmiştir. Dünya değiştikçe hukuk da değişmiş, farklı bir eğitim yaklaşımının cevap verebileceği farklı ihtiyaçlar ortaya çıkmış ve özellikle 60'lı yıllardan itibaren hukuk klinikleri yaygınlaşmaya başlamış ve artık 1990'lara gelindiğinde görmezden gelinemeyecek ya da istisna olarak nitelendirilemeyecek bir akım halini almıştır.

Bu noktada eğitim modelinin katı ve şekilci yaklaşımı, bunun sonucu olarak da hukuk öğrencilerinin pratikte olup biten hakkında fikir sahibi olmaksızın mezun olmaları her dönem açısından neredeyse sabit bir veridir. Kliniklerin yaygınlaşması, boşluk problemi denilen, normatif düzenlemeler ile uygulamaları arasındaki farklılığın görmezden gelinemeyecek bir hal olarak tartışıldığı bir süreçle eş zamanlı olmuştur. Bu süreç aynı zamanda, mevzuatın karşılayamadığı yeni ihtiyaçların ortaya çıkışıyla da bağlantılıdır. Burada kritik noktalardan biri “adalete erişim”in anlamındaki değişimdir. Refah devletinin yükselişiyle “sistemin herkes için eşit şekilde erişilebilir olması” ve “sistemin bireysel ve toplumsal olarak adil sonuçlara yol açması” temel amaçlarına odaklanan ve devletin genel himayesi altında olan adalet sisteminin⁹ uyuşmazlıkları adil şekilde çözebileceği iddiasının somutlaşmış biçimi adalete erişimdir. Ancak zaman içinde adalete erişim de, toplulukların adalet ihtiyaçlarının niteliği de, dolayısıyla bu hizmeti verecekler de değişmiştir.

Roderick A. Macdonald, adalete erişime dair tartışmalardaki değişiklikleri beş dalga halinde tarifler. İlk dalgada adalete erişim, yani 1960'larda mahkemelere ve avukatlara erişim olarak anlaşılır. İkinci dalgada, adli yardımın yetersizliklerinin de görülmesiyle mahkemelerin performansı sorgulanmaya başlanmış, bu da üçüncü dalgadaki “adalete erişimde eşitlik” prensibinin güçlenmesine neden olmuştur. 90'larla birlikte önleyici hukuk hedefi ön plana çıkmış, işte bu noktada klinikler, semt adalet merkezleri, anlaşmazlıkları önleyici gayri resmi kuruluşlar ve uzlaştırma ön plana çıkmıştır. Artık adalete erişim, yasaların uygulandığı kadar, oluşturulduğu ve yürütüldüğü kurumlara

⁸ Hukuk eğitiminde farklı yöntemlerin ABD'de 1870'lerde ortaya çıkışı ve geldiği nokta hakkında bir değerlendirme için bkz. MINOW, s. 2279–97.

⁹ CAPPELLETTI ve GARTH, s. 182.

kamunun katılımını içerecek şekilde geniş anlaşılmaya başlanmıştır. Nihayet beşinci dalga adalete erişim, hukuk sistemi içindeki tüm birimlere ve otoritelere tam kapasite ulaşılabilmesi, dışlanmışlar için eşit fırsatlar olarak algılanmaktadır¹⁰. Hukuk kliniklerinin iki önemli amaç ve hedefinden biri olan dezavantajlı grupların adalete erişimlerinin güçlendirilmesi, adalete erişim algısının böyle bir süreç içinde değişmesi sonucu bir ihtiyaç olarak ortaya konmuştur. Gerçekten, hukuk klinikleri ilk olarak adli yardım hizmeti olarak başlamıştır. Bunda, hem profesyonel hukukçuların hem de hukuk akademisyenlerinin, hukuk önündeki sistemik eşitsizliği vurgulamak amacıyla adalete erişim hareketine katılmaları etkili olmuştur. Profesyoneller ve akademisyenlerin bu ortak kaygısı, dünya çapında adli yardım ve klinik hukuk eğitimi arasında düzenli ve somut ilişkiler kurulmasına yol açmıştır.¹¹ Böylelikle, hukuk klinikleri bir yandan hukuk eğitiminin dogmatik biçimine karşı bir eleştiri olurken, diğer yandan da dezavantajlı grupların adalete erişim süreçlerini kolaylaştıracak, hatta bu grupların hukukla temas etmesine vesile olacak bir model olmuştur. Tekrar vurgulamak gerekirse, hukuk kliniklerinin ikili bir işlevi vardır. Bir tarafı, hukuk eğitiminin eksikliklerine bir cevap, diğeri de adalet mekanizmalarına çeşitli sebeplerden erişemeyen bazı kırılgan ve dezavantajlı grupların hukuki bilgiye erişimini sağlamaktır.

Hukuk eğitimiyle adalete erişim arasında ilişki, hukuk eğitiminin hedefleriyle birlikte düşünülünce daha açık hale gelir. Hukuk klinikleri, öncelikli pedagojik hedefini “avukatlık mesleğini öğretmek” olarak belirlemiş, her tür deneyime dayalı, uygulamalı ve katılımcı eğitimi ifade eder. Bu hedef profesyonelliğin gelişimi ile orantılı olarak yetenekler ve değerler alanı içermektedir. Bunlar, hukuki sorunları çözebilme kabiliyeti, eksiksiz temsil, etik ikilemleri tanıma ve çözüme ulaştırma, adaletin savunucusu olma, adil olma ve ahlaktır.¹² Genel olarak hukuki hizmetler diyebileceğimiz hukuk alanında verilecek çeşitli hizmetler belirli bir grup insana özgülenmiştir ve bu kişilerin hukuk eğitimi almaları zorunludur. Avukat, hakim, savcı, bilirkişi, arabuluculuk gibi farklı hukuki hizmetleri sağlayacak hukuk öğrencilerine, birtakım beceri ve değerlerin hukuk eğitimi sürecinde kazandırılması gerekir. Bu beceri ve değerlerin artırılması için hukuk eğitiminin eksikliklerinin giderilmesi gerekir.

¹⁰ MACDONALD, s. 23-25.

¹¹ BLOCH ve NOONE, s. 156.

¹² WILSON, s. 79.

Hukuk klinikleri hukuk eğitiminin uygulamadan kopuk olma, bilgi verme ancak beceri geliştirememeye şikayetlerine bir cevap olarak ortaya çıkmıştır. Çünkü “hukukçular ne yaparsa yapsınlar adaletin sunulmasında vazgeçilmez rol oynarlar. Sağlıklı yargı sisteminin en önemli göstergelerinden biri hukukçuların kalitesi ve dürüstlüğüdür.”¹³ Dolayısıyla iyi ve etkili bir hukuk eğitimi, sunulacak adalet hizmetinin kalitesinin de belirleyicilerindedir.

Hukuk kliniklerine gösterilen ilgideki artış, adli yardım pratiklerindeki zayıflamayla da bağlantılıdır. Adli yardım, adalete erişim sürecinin önemli unsurlarından biridir. Esas olarak doğru hukuki bilgiye ve hukuksal temsile erişimi kapsar. Ancak dünya genelinde adli yardım hizmetlerinin ciddi bütçe kesintileri yoluyla azaltılması söz konusudur. Bu aynı zamanda refah paradigmasının zayıflaması sürecinde ve ortadan kalktığı yeni düzende, devletin doğrudan sorumlu olduğu adli yardım hizmetlerinin daraltılması, refah devletinin taşıyıcı sütunlarından birinin zayıflaması olarak değerlendirilmiştir.¹⁴ Sosyal refah devletinin dönüşümü, özelleştirme, deregülasyon, refah haklarının zayıflaması ve adalete erişimde yeni yönelimler olarak kendini göstermeye başlamıştı.¹⁵ İşte böyle bir durumda hukuk klinikleri ile devletin yükümlü olduğu bir alanın, eğitimciler ve özel kurumlar tarafından doldurulmasının söz konusu olduğu söylenebilir. Tek başına hukuk kliniklerinin bu boşluğu doldurması mümkün olmamakla birlikte, ilgilileri açısından adalete erişim yollarının değişmesi ve çeşitlenmesi söz konusudur. Türkiye açısından Adalet Bakanlığı Stratejik Planında yer alan hedeflerden biri “adalete erişim ile mağdurlara ve dezavantajlı gruplara yönelik uygulamaları geliştirmek”tir. Bu hedef kapsamında hukuki yardım sigortası sisteminin geliştirilmesi, zaman yönetimi uygulamasının yerleştirilmesi, çocuk adaleti sisteminin güçlendirilmesi, dezavantajlı gruplara duyarlı bir sistem oluşturulması, koruyucu hukuk uygulamalarının geliştirilmesi gibi alt hedeflerin yanında, “hukuk kliniği yöntemlerinin geliştirilmesi” hedefi belirlenmiş¹⁶ ve hukuk kliniklerinin yaygınlaşmasına ilişkin stratejiler saptanmıştır. Adalet Bakanlığı’nın 2015 tarihli Yargı Reformu Stratejisinde, hukuk klinikleri, bir yandan öğrencilerin uygulama ile bağını güçlendirirken, diğer yandan dezavantajlı grupların adalete erişimini kolaylaştıran bir

¹³ CHODOSH, s. 329.

¹⁴ HOWARD.

¹⁵ EDGEWORTH, s. 175.

¹⁶ Adalet Bakanlığı, Stratejik Plan, s. 92.

yöntem olarak tanımlanmıştır.¹⁷ Bu tarif, hukuk kliniklerinin ikili amacını özetlemektedir.

Hukuk kliniğinin yöntemi, “deneyimsel öğrenme” olarak tarif edilebilir. Bu öğrenme yönteminde, öğrencilerin öğrendikleri şeyler üzerine kafa yorması amaçlanır. Öğrenciler, hem toplum hakkında öğrendiklerini ve hukukun toplumdaki rolünü hem de kendileri hakkında öğrendiklerini ve bunların arasından kendilerini bir gün iyi bir avukat yapacak şeylerin neler olduğunu düşünmeye davet edilmektedirler:¹⁸

Öğrencilere avukatlık becerileri adını verdiğimiz pek çok beceriyi öğretmeye çalışıyoruz. Müvekkille görüşme: bir müvekkille nasıl görüşülür, nasıl danışmanlık yapılır, müvekkile nasıl tavsiye verilir; mesleki sorumluluk: bir avukatın ilişkilerini yönlendiren etik kurallar nelerdir; savunma: mahkemede nasıl inandırıcı bir savunma yaratılır; müzakere: nasıl müzakere edilir; eleştirel düşünme: tamam, kanun böyle söylüyor, sanki kanun bize karşı gibi görünüyor, haydi araştıralım, deneyip başka bir şey yapabilir miyiz bir bakalım; problem çözme: problemleri nasıl çözeriz, avukatın hayatı devamlı problem çözmektir; taslak hazırlamak: belgeleri nasıl hazırlarız; belgeleri tasarlamamanın önemi: yanlış yere nokta veya virgül koyamazsınız, size milyonlara mal olur; iletişim becerileri: nasıl konuşuyorsunuz, nasıl yazıyorsunuz, nasıl iletişim kuruyorsunuz, telefonunuzu nasıl kullanıyorsunuz ve ayakta nasıl düşünüyorsunuz.

Deneyimsel öğrenme, hukuki hizmetlerin kapsamı düşünüldüğünde, büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk uygulaması, hukukun yöneldiği adalet değeri ile de bağlantılı şekilde, öncelikle insanların sorunlarına, çoğu zaman mutsuzluk kaynaklarına dairdir. Çoğu hukuk öğrencisi, eğitim sürecini tamamladıktan sonra birdenbire, kendilerinden “adalet” yani çözüm bekleyen kişilerin mutsuzlukları ve sorunlarıyla başbaşa kalıyor. Travma yaşayan birinin problemini dinleyip onu hukuken sınıflandırmak ve çözüm için bir yol önermek görevi sırasında, o travmaya saplanıp kalabiliyor. Krizi yönetmeye dair hiçbir fikirleri olmuyor, insanlarla nasıl konuşulur, yaptıkları iş, verdikleri hizmet hakkında nasıl bilgi verirler, söyledikleri karşı tarafta nasıl yankılanır, onu dahi bilemiyor olabiliyorlar. Mezun öğrencilerin, bütün bu yüklerle ilk kez karşılaştıkları ve bunları tek başlarına yükledikleri bir kurgudan ziyade, henüz öğrenciyken gerçek insanların gerçek problemleriyle

¹⁷ Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu, s. 92.

¹⁸ McQUOID, s. 10–31.

bir grup içinde, bir öğretim üyesinin denetiminde ve desteğiyle karşılaşmaları sonucunda, meslek hayatlarında karşılaçıkları travmalarla başa çıkmaları daha kolay olacaktır. Öğrenciler mezun olduklarında bu sorunlarla tek başlarına karşılaşmaktansa, bunu henüz öğrenciyken görürler ve kriz çözüme, insanlarla konuşma ve benzeri konularda deneyim kazanırlar. Klinik uygulaması öğrencilere böylesi bir deneyim sağlar. Ayrıca hukuk eğitiminde kliniklerin işlevini öğrencilerin eğitim süreci bakımından da değerlendirmek gerekir. Örneğin öğrenciler ortalama iki aylık periyodlarla sınavlara girip değerlendiriliyorlar. Çalışırken yalnızlar. Ama klinik çalışmaları grup çalışmasıdır. Öğrenciler birlikte düşünme ve eyleme pratiği kazanırlar. Avukat, hakim veya savcı olarak, problemlerin çözümünde birlikte çalışma kültürünün ne kadar önemli olduğu açığa çıkacaktır çünkü adaletin tesis edilmesi ekip işidir. Ayrıca, mesleğe başladıklarında tek başlarına yüklenmek zorunda kalacakları çeşitli problemleri, önceden görüp, bir öğretim üyesiyle ve diğer arkadaşlarıyla birlikte deneyimlerler.¹⁹

Hukuk kliniği eğitiminde esas olan deneysel öğrenme, tıp eğitimine benzer. Bu bağlamda, hukuk fakültelerinin/ okullarının tıp fakültelerinden öğrenecekleri çok şey olduğu tespiti, klinik fikri kadar eskidir.²⁰ Klinik düşüncesinin temelinde bu ihtiyaç ve benzerlik yatar. Nasıl ki tıp okullarında öğrenciler eğitim hastanelerinde gerçek hastalarla iletişim kuruyor, gerçek hastalıkları görüyorlarsa, hukuk öğrencileri için de bu geçerli olabilir. Eğitim hastanelerinde hastalar yardım alır, öğrenciler bilgilerini artırır, becerilerini geliştirir ve teoriyi pratikte uygulayarak yeterlilik sahibi profesyoneller olarak çalışırken, yetkin doktorlar da geçerli kalite standartlarının korunmasından sorumludur.²¹ Böylesi bir benzeşme olmasının sebebi, hem hukukun hem tıbbın konusunun insan olması ve her iki alanın da insanın sorunlarına odaklanmasıdır. Jerome Frank, klinikler sayesinde öğrencilerin mahkemelerin düşüncesi ve hukukçuların pratiği arasındaki ilişkiyi doğrudan gözlemlemeyi öğrenebileceklerini belirtir. Öğrenciler, jürilerin nasıl karar verdiğini, kararlarına etki eden unsurları; olguların belirsiz karakterlerini/özelliklerini; yasal hakların nasıl tanıkların hafıza bozukluklarına, önyargılarına ve yalan beyanlarına bağlı olduğunu; hakimlerin yorgunluğunun, açıkgozlüğünün, politik ilişkilerinin, rüşvet almasının, tembelliğinin, vicdanlı olmalarının, sabır veya sabırsızlıklarının, önyargılı ya da açık fikirli olmalarının etkilerini;

¹⁹ AZAPAĞASI et al. (Richard Grimes konuşması), s. 30.

²⁰ FRANK, s. 917.

²¹ GRIMES, s. 72.

anlaşma biçimlerini ve uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerini; bunların yanında “adalet sisteminin işleyişinin insani yönünü görebilirler”.²²

Hukuk kliniklerinin her birinin çıkış noktasının farklı olduğunu ve yerelin özgün dinamikleri ile şekillendiğini belirtmek gerekiyor. Bunun sebebi her eğitim sisteminin ve adalet sisteminin farklı ihtiyaçları olmasıdır. Bu nedenle farklı yerlerdeki klinik çalışmaları kendi özgünlükleri ile gelişirler. Ancak dünyada üzerinde ortaklaşılan bir kaç klinik tipi olduğu söylenebilir²³:

1. *Kurum içi klinikler*: Burada genelde fakülte içinde bir danışma biriminde, öğrencilerin hukuki görüş bildirmeleri söz konusudur.

2. *Dışa açık yöntem*: Bu yöntemde okul klinikten sorumludur ama kliniğin fiziksel mekanı okul dışındadır. Bir toplum merkezi ya da başka bir kurumun odası kullanılmaktadır.

3. *Yerleştirme*: Öğrencilerin bir kuruma yerleştirilip burada staj yapmaları sağlanmaktadır.

4. *Street Law (halka açık hukuk okur yazarlığı, gündelik hayatta hukuk)*: Öğrenciler halkın hakları ve sorumlulukları hakkında bilgilendirme çalışmaları yaparlar. Bunun için genelde belirli bir grup belirlenir; çocuklar, kadınlar, cezaevindeki mahkumlar gibi. Öğrenciler bu grubun hakları ve yükümlülükleri ile ilgili araştırma yapar, sonra da bunu ilgili topluluklara anlatırlar. Bunun oldukça etkili bir öğrenme yöntemi olduğu belirtilmektedir.

Bu hukuk kliniklerinin hepsinde ortak payda hukuki hizmetlerin münferit müvekkillere veya toplumsal gruplara veriliyor olması ve hukuk öğrencilerinin müvekkillerle mülakat yapma, ilgili hukuki görüşleri araştırma gibi temel sorumlulukları üstlenmesidir. Sonuçlar ve teklif edilen öneriler hukuki olarak geçerlilikleri ve uygunlukları kontrol edildikten sonra, klinik müvekkile istenen yardımı sunmaktadır.

Bundan başka iki klinik tipi de yaygın olarak kullanılmaktadır. Bunlardan biri yasal reform projeleridir. Burada öğrenciler kanun önerileri hazırlar veya değişiklik önerilerini değerlendirir. Simülasyon ise, hukuk ilkelerinin uygulanması konusunda öğrencilerin pratik kazanmasını sağlamak amacıyla kurgusal senaryolar çerçevesinde rol yapma esasına dayanan bir yöntemdir.²⁴ Bu modellerin Türkiye uygulamalarına aşağıda değinilecektir.

²² FRANK, s. 918.

²³ GRIMES, s. 75–76.

²⁴ AZAPAĞASI et al., Richard Grimes konuşması, s. 95-96.

Klinik çalışmalarını yerelin özgün dinamiklerinin şekillendireceği kabulünün yanında, bir yandan da küresel bir klinik hareketinden bahsedilebilir. Bu, kliniklerin, hukuk öğrencilerinin ve dolayısıyla geleceğin hukukçularının gündelik-pratik hukuk faaliyetine ilişkin becerilerinin geliştirilmesi ve öğrencilerin etik ve profesyonel sorumluluklarının artırılması hedefinden öte bir noktayı tarifliyor. Hukuk öğrencilerinin dikkatini yalnızca etik yükümlülükler ve sorumluluklara değil, hukukun ve hukukçuların toplumdaki gücüne ve değiştirici etkisine çekebilen bir klinik hukuk eğitiminin, yeni nesil hukukçuların dünyada bir fark yaratmasını sağlayabileceği, küresel bir klinik hareketinin de bu amaç doğrultusunda çalışabileceği vurgulanıyor.²⁵

TÜRKİYE'DE HUKUK EĞİTİMİ

Türkiye'de kurumsal olarak hukuk eğitimi, İstanbul Üniversitesi'nde başlamıştır. 1933 yılında, üniversite reformu kapsamında Darülfünun kapatılmış, İstanbul Üniversitesi adını almış ve bir üniversite olarak yapılandırılmaya çalışılmıştır. Bu değişikliğin sebebi, üniversitenin her şeyden önce spekülatif düşüncenin odak noktası ve kaynağı olması, bunu hayata geçireceklerin de bilim insanları olması gerektiği düşüncesidir. Ernst Hirsch, bunun gerekçesini “bu sebeple bir meslek yüksekokulu değil, Türkiye’de Batı Avrupa üniversitelerinin ayarında, gerçeği araştıran ve derinleştiren, bilgiyi toplayan, düzenleyen, çoğaltan ve yayan bir bilim yuvası niteliğinde bir bilim kurumu kurmak amacı” olarak belirtir.²⁶ Yeni adıyla İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Darülfunundan kalma İslam Hukuku öğretme geleneğinin pek de kırılmaması, öte yandan memlekette görev yapacak daha çok hakim in yetiştirilmesi için Ankara Hukuk Mektebi kurulur.²⁷ Tuğrul Ansay, Ankara Hukuk Mektebi’nin kuruluşunu ve gelişmelerini anlattığı

²⁵ BLOCH ve MENON, s. 270.

²⁶ HIRSCH, s. 211.

²⁷ 1926’ya kadar, Medrese’de öğretilen hukuk olan İslam hukuku, insanlar arası ilişkileri ve gündelik hayatın işlerini kurallara bağlama ve düzenleme konularında, özünde İslamın öğretilerince belirlenmişti. Hirsch, 1926’da resepsiyon sonrası, yürürlükten kaldırılan hukukun de facto olarak varlığını sürdürdüğünü, çünkü yürürlüğe konulan yeni kanunların de facto uygulanmadığını vurgular. Ne zaman ki halk ve hukukçular bu kanunları uygulayacaklar, o zaman kanunların ifade ettiği ideal düzen gerçek olabilecekti. Yeni kanunların kabul ettirilmesi açısından hukuk öğretiminin ve hukuk öğretisinin taşıdığı merkezi önem de yeterince kavranmamıştı. Hirsch, hukukta radikal değişiklikler olurken, İstanbul Hukuk Fakültesi’nin, sadece yeni kanunları müfredat programına almakla yetindiğini, oysa çok daha fazlasına ihtiyaç olduğunu vurgulayarak, Ankara Hukuk Mektebi’nin kuruluşunu bu sebebe de bağlar. HIRSCH, s. 226–28; Benzer bir tartışma için bkz. AKÇAOĞLU, s. 373–74.

1965 tarihli makalesinde, teorik ve pratik eğitim modelinden bahsetmektedir. 1941 yılında Ankara Hukuk Mektebi'nde eğitim yılı 4 yıla çıkarılmış ve ilk kez "ameli" dersler kabul edilmiştir. Ameli derslerin amacı ise "talebelerin ders programına dahil mevzuları bizzat incelemeleri ve bu suretle muhakeme kabiliyetlerini geliştirmelerini temin" olarak açıklanmaktadır. Programa dahil olan mevzularla alakalı kanun metinlerinin şerhi, mahkeme içtihatları ile müelliflerin fikir veya tenkitlerinin izahı, muhtelif dersler arasındaki alaka ve irtibatın mütalaası ve bu mevzularda talebeye münakaşalı konferanslar verdirilmesi gibi mesailer de kapsama alınıyor.²⁸

O dönem müfredatı zenginleştiren ameli derslerin bugünkü karşılığı "pratik kur çalışması"dır. Farklı hukuk derslerinde öğrenciler varsayımsal bir olay üzerinden, teorik olarak öğrendikleri konu veya kanun maddelerini olaya uygularlar. Böylece ilgili konu pekiştirilir. Bunun dışında hukuk fakültelerinde ders yöntemi "takrir"dir; yani anlatma, ders verme.²⁹ Pratik kur çalışmaları yöntemi, Alman hukuk eğitiminde mevcut olan ve Ankara Hukuk Mektebi tarafından benimsenen bir model olmuştur.³⁰ Esasen hukuk eğitiminde teorinin ve pratiğin birbirinden ayrılması 1870'lerde Alman sisteminde hukuk eğitimi ve tatbikatın ayrılmasıyla gerçekleşmiştir. Ve uygulama/tatbikat hukuk fakültelerinden sonraya bırakılmıştır. Türkiye'de genel olarak Alman sisteminden etkilendiği söylenebilir. Akademik aşamada pratik oldukça zayıftır.³¹

Tuğrul Ansay'ın 1965 tarihli makalesinde bahsettiği hususların günümüzde hala geçerli olduğunu belirtmek gerekiyor. Şöyle ki, hukuk fakültelerinde eğitim "takrir usulü" (anlatma/ders verme) ile verilir. Pratik çalışmalar varsayımsal olaylar üzerine kuruludur. Üstelik hâlâ, pratik çalışmaların yapılıp yapılmaması, dersi veren öğretim üyesinin takdirindedir. Bunun dışında 1940'larda hukuk eğitiminin anlatma/ders vermeye dayalı olması anlaşılırdır. Her şeyden önce bilgiye erişimin kısıtlı olduğu bir dönemden bahsediyoruz. Bu halde, öğrencilere mevzuatın ve birtakım ilkelerin "belletilmesi" gerekiyordu. Çünkü bu öğrenciler, mezuniyetlerinden sonra ülkenin çeşitli yerlerine gidecekler, hakim/savcı veya avukat olacaklar ve önemli kararlara imza atacaktardı. Ne kadar çok şey bilirlerse, o kadar iyi

²⁸ ANSAY, s. 264.

²⁹ ANSAY, s. 268.

³⁰ ANSAY, s. 307.

³¹ LONBAY ve TOPRAK, s. 215.

kararlar verebilirlerdi. Yani buradaki motivasyon, kısa sürede olabildiğince çok bilgiyi öğrenciye vermektir. Bunun yolu da, kısıtlı ders kitaplarını ve yazılı kaynakları hesaba katarsak, konuyu “belletmekten” geçiyordu. Peki bu yöntemin şimdiki zamanda karşılığı nedir? Küreselleşmenin hukuk mesleğine ve hukuk eğitimine yansımalarının olması kaçınılmazdır.³² Bilgiye erişim kaynaklarının değişmesi, çeşitlenmesi de, bilgiye erişimde algı değişikliği yaratmıştır. Oysa hukuk fakültesini kazanan öğrencilere söylenen iki şey vardır, “o kadar şeyi nasıl ezberleyeceksin?” ve “o kadar kalın kitapları nasıl okuyacaksın?”. Hukuk eğitiminin ezbere dayalı olmasına dair algı, eğitimin tekniğinden kaynaklanmaktadır.

Yükseköğretim sisteminden kaynaklanan sorunlar da, Türkiye’de hukuk eğitiminin kalitesini etkilemektedir. Örneğin büyük devlet üniversitelerindeki 600-1000 kişilik devasa kontenjanlar, asgari eğitici kadrosuna sahip olmayan fakülteleere kontenjan verilmesi, ikinci öğretim sistemi, hukuk eğitiminde beklenen sonuçlara erişmeyi zorlaştırmaktadır.³³ Türkiye’de hukuk fakültesindeki kontenjan artışı çok çarpıcıdır. 2010 yılında devlet üniversiteleri kontenjanı 5930, vakıf üniversiteleri kontenjanı 2780, toplam kontenjan 8710 iken, yedi yıl sonra 2017 yılında devlet üniversitesi kontenjanları %81 artışla 10731, vakıf üniversiteleri kontenjanları %104 artışla 5689 olmuştur. Toplam kontenjan 16420’ye varmış ve artış oranı %89 olarak gerçekleşmiştir.³⁴ Hukuk fakültelerinde zorunlu olarak yığın eğitimi yapılmakta, bu da ezbere dayalı sistemden, takrir usulünden vazgeçmeyi zorlaştıran bir unsur olmaktadır. Böylesi bir durumda pratik çalışmalardan beklenen verimin alınması da zordur. Öğrencilerin çoğu, kitap veya hoca yüzü görmeden, derslere katılmadan mezun olmaktadır. Bırakalım etik davranışların benimsenmesini, ortalama bir tartışma, fikirlerin muhakeme edileceği bir alandan dahi yoksundurlar. Yılda birkaç kere girilen sınavlarla bilgi ölçme sistemi de, bilgiye erişim süreçlerindeki problemler sebebiyle, ezberci eğitim modelinin devamı niteliğinde olmaktadır. Takrir yöntemi yalnızca Türkiye’ye özgü bir model değildir. Yukarıda bahsedildiği şekilde, belirli kitaplardaki ve eskiden gelme hukuki bilgilerin tekrar edilmesi, böylece hukuk öğrencisinin eğitilmesi ABD ve Avrupa’da da en yaygın yöntemdir. Bu noktada hukuk eğitiminin ne hedeflediğinden söz etmek gerekir.

³² GÖZLER, s. 3021–30.

³³ ERKUT, s. 7–8.

³⁴ ERKUT, s. 6.

Hukuk fakültesinden mezun olduktan sonra, yapılacak işe göre meslek içi eğitim alınır. Avukatlık için bir yıllık baro stajı, hakimlik/savcılık için kural olarak iki yıllık meslek içi eğitimde, mesleğin detayları, meslek ilkeleri ve etik ilkeler meslek adayına aktarılır. Bu bağlamda, hukuk eğitiminin meslek eğitimine hazırlık olarak görüldüğü söylenebilir. Ancak meslek eğitimi ile hukuk eğitimi birbirinden farklıdır. Bu noktada hukuk eğitiminin, mezunlara kazandırması beklenen bazı beceriler ve değerler vardır. Hamide Topçuoğlu, hukukçunun, hukuku yalnız uygulamaması gerektiğini, aynı zamanda sebepleri, sonuçları, amaçları ve işlevleriyle bilmesi gerektiğini belirtir. Böylece “hukukçular, başını ve sonunu karıştırmaya mezun olmadıkları bir kitabı okur gibi, sırf mevzu hukuk normlarının muhtevalarını tetkike mahkûm olmaktan ancak bu sayede kurtulabilmişlerdir.”³⁵ Kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesiyle koca kütüphaneler okkalık kağıt haline gelebileceğinden³⁶, hukukçular, mevzu hukukun ötesine odaklanmış bir eğitimle, muhakeme yapabilir, etik değerleri içselleştirebilir hale gelebilirler. Böylece “adil kişiliği ortaya çıkarıcı ve adalet talep eden, adalet arayan hukukçunun inşası”³⁷ mümkün olabilir ve hukukçular adaletin sağlanmasına katkı sunabilirler.

Hukuk eğitiminde geliştirilmesi gereken değerler ve yetilerin başında “hukukçu gibi düşünmek” gelir. Burada öğrencilerin mevcut bir uyuşmazlıkla ilgili olguları inceleme, hukukla ilişkilendirme, hukuk dilinde ifade etme ve hukuki çözüm bulmayı içerir. Ancak bu işin yalnızca “teknik kısmıdır” ve hukuk öğrencilerinin teknik becerilerinin geliştirilmesi yanında insani yönlerinin de geliştirilmesi gerekir. Bu noktada belirli etik değerlerin hukukçulara kazandırılması gerekecektir.³⁸ Hukukun insana dair bir meşgale olduğu gerçeği, salt teknik hukuk bilgisinin, hukuki uyuşmazlığı adalete uygun şekilde çözmeye yetmeyeceğine işaret eder. Yasaların lafzının ve uygulamasının sorgulanması, iyileştirilmesi ve hukukun kapasitesinin zorlanması, hukukçular için bir hedef olmalıdır ki, hukukçular bir teknikerden, yalnız kuralları uygulayan “makinelere” olmaktan kurtulabilsinler. Bunun yolu da etik değerlerin benimsenmesinden geçer.

Dolayısıyla, meslek içi eğitimden farklı olarak, (ki meslek içi eğitim hem pratiğe hem de meslek etiği ilkelerine yönelik bir eğitimidir³⁹), hukuk

³⁵ TOPÇUOĞLU, s. 6.

³⁶ V. KRICHMANN, s. 198.

³⁷ İŞIKTAÇ, s. 281.

³⁸ UYGUR (2008), s. 167–68.

³⁹ Hukuk fakültesi öğrencileri arasında, özellikle son sınıflarda, bir avukatın yanında çalışmak

fakültesinde verilen eğitimin de hedefleri olmalıdır. Staj bir meslek içi eğitim vazifesi gördüğünden⁴⁰, staj öncesi bir hazırlık aşaması, hukuk eğitimidir.

Hukuk öğrencilerinin geliştirilmesi gereken yetileri ve bunlarla ilişkili değerleri bağlamında, üç yeti ön plana çıkmaktadır: sokratik sorgulama, dünya vatandaşlığı ve empati. Sokratik sorgulama yetisi, hukukçunun önüne gelen kuralları sadece otorite bunlar emrettiği için ve alışkanlık sebebiyle değil, haklı gösterme ve tutarlılık süzgecinden geçirerek benimsemeyi içerir. Öğrencilerin kendilerini insanlığın bir üyesi veya insanlığa ait olarak görebilmeleri, dünya vatandaşlığı yetisidir. Kendisinden farklı insanlar gibi düşünebilmek, karşısındaki kişinin duygularını, isteklerini anlayabilmek ise empati yetisine tekabül eder.⁴¹ Bu yetilerin geliştirilmesi, salt bir teknik bilgi aktarımına indirgenemez. Hukuk eğitimindeki bu hedeflerin, hukukun yöneldiği adalet değerinin içeriği tartışmalı ve farklı olsa da, ortaklaşması sebebiyle evrensel olduğu söylenebilir. Amerikan Barolar Birliği'nin 1992 yılında hazırladığı rapora dayanan ve hemen her ülke için geçerli olabilecek beceri ve değerler, ayrıntılı olarak şu şekilde sıralanmıştır:⁴²

Beceriler:

1. Hukuki problemi doğru teşhis etme ve farklı çözümlere yönelik strateji belirleme,
2. Hukuki analiz, muhakeme ve gerekçelendirme,
3. Kurallara, kurumlara ve kavramlara ulaşma konusunda araştırma,
4. Maddi vakıalara ilişkin iyi soruşturma yapma ve elde ettiği bilgiyi iyi değerlendirme,
5. Sözlü ve yazılı iletişim, özellikle hukuki kavramları farklı algı düzeylerindeki sıradan insanlara açık bir şekilde aktarabilme,
6. İyi danışmanlık hizmeti verebilme,

yayıncıdır. Ancak burada denetim olmadığından, öğrenciler ciddi bir emek sömürsü ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Meslek içi eğitim açısından da, staj eğitiminin tek tip ve yeknesak olmaması, özellikle avukatlık stajlarının içeriğinin baro inisiyatifinde düzenlenmesi, ya da ikinci altı aylık avukat yanı stajının etkili olmaması gibi durumlar neticesinde, “fason stajlar” yapılabilmektedir.

⁴⁰ YÜRÜK.

⁴¹ UYGUR (2008), s. 169–70.

⁴² YÜRÜK.

7. Etkili müzakere yöntemlerini kullanma,
8. Hukuki sorunun çözümüne ilişkin süreci iyi organize etme,
9. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında etkin olma,
10. Etik sorunları belirleme ve doğru çözüm üretme.

Değerler:

1. Liyakatlı temsil,
2. Adalet, hakkaniyet ve ahlak için mücadele etmek,
3. Mesleği geliştirmek için çaba göstermek,
4. Mesleki kişisel gelişimi gerçekleştirmek.

Öğrenciler, gerçek problemlerle karşılaştıklarında ister istemez etik konularla yüzyüze gelirler. karşılaşırlar. Ve bunları analiz edip doğru davranışı sergilemek konusunda öğrencileri hazırlamak gerekir. Farklı klinik çalışmalarının farklı çıktıları olacaktır elbette. Ama belirli standartları hedeflemek gerekiyor: Gizlilik ile ilgili kurallar; akıl yürütme becerisi (yani alternatif hareket tarzlarını geliştirebilmek ve bunları değerlendirebilmek -ahlaki muhakeme- için kural ve kanunların nasıl uygulanacağı konusunda akıl yürütme kabiliyetine sahip olunmalıdır) ve profesyonel kimlik, yüreklilik, kararlılık, yaratıcı sorun çözme becerilerinin geliştirilmesi.⁴³

Bu noktada klinikler, hukuk fakültesi öğrencilerinin okulda teorik olarak öğrendikleri kavram ve kuralları gerçek hayatta uygulamaya yönelik olarak gerekli becerileri edindikleri bir öğretim yöntemi veya öğrenim süreci olarak tanımlanır.⁴⁴ Yukarıda belirtilen beceri ve değerlere yalnızca takrire dayalı bir eğitimle ulaşılamayacağı bir gerçektir. Pratik çalışmalar ise, öğrencilerin muhakeme becerilerinin vb. gelişmesi beklentilerini karşılamaya yetmemektedir.⁴⁵ Buna öğrencilerin lise eğitimleri ve altyapıları eklenince,

⁴³ AZAPAĞASI et al., Leah Wortham sempozyum konuşması, s. 81 vd.

⁴⁴ YÜRÜK

⁴⁵ A ve B arasındaki hukuki olay sonucu ortaya çıkan cezai ya da hukuki sorumluluğun irdelenmesine ilişkin pratik çalışmalar, olayı kavramsallaştırma, hukuki ilişkiyi tarifleme vb. açılardan elbette faydalıdır. Ancak örneğin A, avukatken sizin karşınıza geldiğinde kanlı canlı bir insandır. Size durumu bu kadar açık bir şekilde ifade edemeyebilir. Ya da travma sonrası stres bozukluğu yaşıyordur ve sadece ağlıyordur. Sizin olayı karşı tarafa anlattırmanız, hukuki olarak sınıflandırmanız, yol göstermeniz gerekir. Bir insana bir bilgiyi doğru ve onun anlayacağı şekilde iletmenin sorumluluğunu üstlenirsiniz gerçek insanlar

donanımlı hukukçular yetiştirmek için hukuk eğitiminde alternatif metotlar Türk hukuku eğitimi veren fakülteler için de gündeme gelmiştir.

TÜRKİYE'DE HUKUK KLİNİKLERİ UYGULAMALARI

Eğitimde pratiğin eksikliği her zaman dile getirilen bir sıkıntıdır.⁴⁶ Çoğu hukuk öğrencisi, dava dosyası görmez, yine bir çoğu mezun olduktan sonra adli sicil belgesi almaya adliyeye gitmiştir. Elbette ki hukuk yaşam alanının farkında olanlar, ailesinde hukukçu olanlar vardır ama bunlar azdır ve genel eğitimde yaşayan uygulama eksikliğini giderecek oranda değildir.

Türkiye’de de pek çok hukuk fakültesinde hukuk kliniği çalışmaları başlamıştır ve sürmektedir. Burada öne çıkan üç klinik çalışmasının genel hatlarından bahsedeceğim.⁴⁷ Bilgi Üniversitesi hukuk fakültesi kliniği, Türkiye’de kurulan ilk hukuk kliniği olma özelliğini taşımaktadır. Turgut Tarhanlı, öğrencilerin sınıf gibi korunaklı ve yapay bir ortamda değil, bizzat yaşayarak öğrenmesini sağlamamayı amaçladıklarını belirtmektedir.⁴⁸ Bilgi Üniversitesi bünyesinde iki tip klinik vardır. İlki “gündelik hayatta hukuk kliniği” denilen ve esasında “street law” modeline dayanan klinikdir. Bu klinik faaliyetleri çerçevesinde, hedef gruplara sahip oldukları haklar ve temel hukuk bilgisi eğitimi verilmiştir. İlköğretim 8. Sınıf öğrencileri ile başlayan eğitimler, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerle devam etmiştir. Aynı kapsamda özellikle dar gelirlili ve yoksul insanlarla çalışan sivil toplum örgütlerinin personeline de temel hukuk bilgisi eğitimleri verilmiş. Diğer klinik çalışması uygulamalı hukuk kliniğidir. Burada hukuki yardım alma ve hukuki bilgiye erişme imkanları kısıtlı kişilere hukuki bilgi verilmektedir. Öğrenciler bu klinikte, kliniğe başvuran kişiyle mülakat yapmakta, vakayı öğrenmekte, kayda geçirmekte, hukuki sorunu tespit etmekte, vaka üzerinde hukuki araştırma yapmakta, yazılı görüş hazırlamaktadır. Yazılı görüş, dersi veren öğretim üyesi tarafından incelendikten sonra ilgili kişiye ulaştırılmaktadır. Genelde aile hukuku, iş ve sosyal güvenlik hukuku, borçlar hukuku ve tüketici hukuku konularında hukuki görüş verildiği belirtilmiştir.

söz konusu olduğunda. Dolayısıyla mesele sadece bilmek değil, bunu doğru, eksiksiz ve anlaşılır şekilde karşı tarafa iletme ve sorunu çözmektir.

⁴⁶ 1969 ve 2010 tarihli iki eserde odak konuların benzerliği dikkat çekicidir. ANSAY; ÖZTOPRAK SAĞIR.

⁴⁷ Belirtilen klinik çalışmalarında dair bilgiler, derli toplu bilgi sunması ve yeni tarihli olması sebebiyle Uluslararası Hukuk Klinikleri Sempozyumu’ndaki sunuşlardan alınmıştır. AZAPAĞASI et al.

⁴⁸ AZAPAĞASI et al., Turgut Tarhanlı sempozyum konuşması, s. 136–49.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Kliniği, öğrenciyi uygulamanın içine yerleştirme odaklı, öğrencinin uygulamadan iyi şekilde bilgilenmesini sağlamayı amaçlayan bir çalışma olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹ Bu bağlamda farklı klinikler açılmıştır. Gündelik hayatta hukuk kliniği, yurttış kliniği, toplumsal cinsiyet, tüketici hakları, borçlar hukuku, uluslararası hukuk, arabuluculuk, çocuk suçluluğu ve adaleti, adli yazışma, cezaevi projesi gibi klinikleri mevcuttur. Örneğin Anadolu Üniversitesi'ne Erasmus programı ile gelen pek çok yabancı öğrencinin varlığı ve bu öğrencilerin bir şekilde hukuki sorunlarla temas etmeleri (ev kiralama, elektrik su abonelikleri ve benzeri) sonucu, yabancı öğrencilere yönelik bir klinik çalışması yapılmıştır. Bu klinikte, beş farklı dilde Türk Hukuku'nu anlatan bir broşür yazılmış ve bir danışma birimi kurulmuştur. Bu birimde yabancı öğrencilerin sorunları ile birebir ilgilenilmektedir. Yine flört şiddetinin üniversite öğrencileri arasında çok yaygın olduğu tespitiyle, flört şiddetine dair broşür hazırlanmış ve dağıtılmıştır. Öğrencilerin talebiyle çocuk adaleti (juvenile justice) konusunda bir yasa metni hazırlanmıştır. Bu klinik bir yasama kliniği örneğidir. Öğrenciler önce çocuk suçluluğuna ilişkin mevzuatı taramış, diğer ülke örneklerini incelemişlerdir. Daha sonra baro ile, hakimler, savcılar, polisler ve STK'larla çocuk koruma konusunda görüşmüşler, araştırma ve inceleme yapmışlar, bunları raporlamışlar ve ilgili mercilere sunmuşlardır.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi klinik çalışması ise üç aşamalı bir çalışmadır.⁵⁰ Öğrenciler 2., 3., ve 4. sınıfta bu klinik çalışmasına dahil olmaktadır. Birinci aşamada temel kavramlar ve mevzuat bilgisine dayalı teorik düzeyde bir çalışma yürütülmektedir. Hukuk ve etik, meslek etikleri, toplumsal cinsiyet, hukuk ve edebiyat gibi dersleri alan öğrenciler, klinik çalışması için teorik bir temele sahip olmaktadır. İkinci aşamada öğrenciler zorunlu olan hukuk felsefesi ve sosyolojisi derslerini alıp, yanında hukuk ve edebiyat, aile mahkemeleri, kadın hakları ve hukuka felsefeyle bakmak adlı farklı grup çalışmalarına katılmaktadır. Bu grup çalışmaları genellikle gündelik hayatta hukuk/street law prensibiyle işlemektedir. Üçüncü aşama ise hukuk klinikleridir. Farklı hukuk klinikleri farklı çalışmalar yürütmektedir. Bireysel başvuru, engelliler, ev içi şiddet, fikri haklar, hapisaneler, hasta hakları, kentsel dönüşüm, mülteciler, Türkiye'de işçi olmak ve toplumsal cinsiyet klinikleri mevcuttur. Örneğin hapisaneler kliniği kadın cezaevini ziyaret edip kadın hükümlülerin hukuki problemleriyle ilgilenmektedir.

⁴⁹ AZAPAĞASI et al., Ufuk Aydın sempozyum konuşması, s. 161–71.

⁵⁰ AZAPAĞASI et al., Gülriz Uygur sempozyum konuşması, s. 125–34.

Üç yıllık programa dahil olan öğrenciler bir sertifika almaktadır. Ankara Üniversitesi'ndeki klinik uygulamasının diğerlerinden ayrılan bir yönünün, klinik çalışmasında da özellikle vurgulanan bir konu olduğu söylenebilir: öğrencilere etik farkındalık kazandırmak. Hukuk öğrencisi, somut olayı yorumlarken adaletsizliği görebilmelidir. Adaletsizliği görmenin önünde çeşitli engeller vardır, önyargılar, mantık hataları ve klişeler gibi. İşte hukukçuların belirli erdemlere sahip olması gerektiğini öngören bu klinik çalışmasında, erdemlerin, Aristoteles'e atıfla yapa yapa öğrenileceği kabul edilir. Hukukçular için hukuki akıl yürütmede ilk iş keşfetmek, ikincisi ise adaleti gerçekleştirmeyi istemektir. Bunun için de hukukçu “dertlenerek ilgilenmelidir”. Yani yalnızca adaletsizliği görmek yetmez, adaletsizliği giderici şekilde çözüm bulmak da gerekir⁵¹. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi klinik çalışması adaletsizliği görmek ve dertlenerek ilgilenmek prensipleri üzerinden aşamalı bir çalışma yürütmektedir.

Belirtilenler dışında Türkiye'de pek çok fakültede irili ufaklı klinik çalışmaları yürütülmektedir. Özellikle barolarla yapılan işbirlikleri yaygındır. Her birini tek tek incelemek ve eğitim çıktılarını tespit etmek bu çalışmanın kapsamını aşacağından önemli örneklere yer verilmiştir.

Klinik çalışmaları hukuk eğitiminde popüler konu başlıklarından biri olsa da, uygulamada en büyük aksaklıklardan biri kalabalık öğrenci topluluklarında, klinik çalışmasına katılabilecek ya da çalışmanın etki edebildiği öğrenci sayısının azlığıdır. Ayrıca, avukatlar cephesinden de klinik çalışmalarına olumsuz tepkiler vardır. Bağlantılı şekilde, hukuk kliniklerinin yasal statüsünün olmaması ve mevcut yasal düzenlemelere aykırı olarak yorumlanabilen faaliyetleri nedeniyle, olumsuz görüşler mevcuttur. Avukatlık Kanunu'nun 35. Maddesine göre “(...) kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir”. Kliniklerin, haksız rekabet teşkil edebilecek faaliyetler gerçekleştiren rakip kurumlar olarak görülmesi söz konusudur. Bu hüküm esas alınarak, kliniğe gelen gerçek kişilere hukuki problemler hakkında görüş vermenin avukatlık tekeline aykırılık anlamına geldiği gerekçesiyle klinik çalışmaları eleştirilmektedir. Bir başka husus, avukatlık mesleğinin kamu hizmeti yönü ve meslek sırrı gibi özel kuralları

⁵¹ UYGUR (2013), Gülriz Uygur bu eserde, hukukta adaletsizliğin nasıl görülebileceğini ve adaleti gerçekleştirmeyi istemenin somut adımlarını ayrıntılı şekilde anlatmaktadır.

olan bir meslek olmasıdır. Hukuk fakültelerinde kişilere verilecek hizmetin meslek sırrı başta olmak üzere avukatlık meslek ilkeleriyle bağdaşmayan unsurları, disiplin hukukunu ilgilendiren yönleri olabilir.⁵² Hukuk kliniklerine karşı avukatlar cephesinden gelen eleştirilere, özellikle disiplin hukuku ve meslek ilkeleri bağlamında kulak vermek gerekir. Gizlilik, meslek sırrı gibi konulara dikkat edildiği ve öğrenciler bu süreçlerde tek başına bırakılmadığı ve her aşamanın profesyoneller tarafından denetlendiği bir uygulama sağlıklı olacaktır. Yine de klinik çalışmalarının, hukuk eğitiminde bu şekilde gündeme gelmesi ve kurumsallaşma konusunda ciddi adımlar atılması, geleceğe dair umut vericidir.

KUZEY KIBRIS'TA HUKUK KLİNİKLERİ: NE YAPILABİLİR?

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) köklü ve karmaşık tarihi, hukuk sistemine de yansımıştır ve KKTC hukukunun esas olarak Anglo-Sakson hukukuna dayanan, fakat ülkenin şartlarına uydurulmuş bir hukuk mozayığı olduğu belirtilmektedir.⁵³ KKTC'de hali hazırda 10 hukuk fakültesi⁵⁴ vardır. Bu fakültelerde 1000'den fazla öğrenci eğitim görmektedir. Hukuk fakültelerinde verilen eğitim Türk hukukudur. Kıbrıslı öğrenciler ise Kıbrıs hukukuna dair dersler alarak, KKTC'de hukuk mesleklerini icra edebilmektedirler.

KKTC'de hukuk kliniği yürütmek ilk bakışta dezavantajlı görünebilir. Mahkeme ziyareti ve benzeri gibi, doğrudan hukuk uygulamasına yönelik çalışmaların karşılıksız kalacağı intibayı oluşabilir. Her şeyden önce klinik çalışması, yalnızca mahkeme ziyareti ya da adliye pratiğine indirgenemeyecek bir modeldir. Önemli olan öğrencilerin etik farkındalık kazanması, adaleti tesis etme noktasında erdem sahibi olmaları ve güven geliştirmeleri, hukuki problem çözme becerilerinin gelişmesidir. Bu noktada bu hibrid hukuk sisteminin avantajlı olduğu düşünülebilir.⁵⁵ Çünkü öğrenciler farklı bir hukuk uygulamasına şahit olurlar ve bu da hukuk kültürü açısından ufuklarını açma potansiyeline sahiptir. Bunun dışında yasama klinikleri uygulaması her

⁵² ÖZTOPRAK SAĞIR, s. 77-79.

⁵³ TURHAN, s. 281.

⁵⁴ Yükseköğretim Kurulu.

⁵⁵ ERGİNEL, s. 9. Taner Erginel, KKTC'nin iki hukuk sistemi açısından bakıldığında son derece ilginç bir konumda olduğunu, bu konumun avantajının dünyada uygulanan iki hukuk sisteminden birini uygularken, diğerini de tanıma olanağına sahip olmasından kaynaklandığını belirtir.

durumda yapılabilir. Türk hukukuna dair her konu hakkında yasa yapım ya da yasa değerlendirme çalışmaları, ilgili konunun anlaşılması, yorumlanması bakımından ve hukuk metodolojisi açısından oldukça etkili bir öğrenme ortamı sağlayabilir. Ayrıca birtakım konular hukuk sistemleri ayırımı aşar; mültecilerin durumu, toplumsal cinsiyet eşitsizliği, çocuk hakları gibi. Bu konularda öğrenciler gündelik hayatta hukuk kliniği çalışması yapabilirler. Yani belirli konularda araştırma ve görüşmeler yapıp, ilgili topluluklara öğrendiklerini anlatabilirler. Hukuk edebiyat kliniği, edebi metinler üzerinden hukuku görmeyi ve tartışmayı amaçlar. Ayrıca belirli gruplara yönelik çeşitli broşür çalışmaları yapılabilir. Bu sayede öğrenciler kültürel farklılıkların farkında olmayı öğrenip, empati yetilerini geliştirebilirler. Bu da, kendi kültürel, sosyal geçmişlerinden farklı sosyalliklere sahip müvekkillerle daha iyi çalışmalarına yardımcı olabilir. Araştırma ve tartışma, muhakeme becerilerini artırabilirler. Çok kültürlü yapısıyla KKTC’de dünyanın çok farklı yerlerinden insanlarla, öğrencilerle temas eden hukuk öğrencisi, vizyonunu da geliştirebilir. Öğrencileri pratikle buluşturmayı istedikten ve hukuk eğitiminde öğrencilere belirli beceri ve değerleri kazandırmak amacıyla olduktan sonra sınırların ya da hangi hukuk sisteminin uygulandığının çok da önemi olmayacaktır. Ayrıca hukuk fakültelerindeki öğrenci sayısı, özellikle Türkiye’deki devlet üniversiteleriyle karşılaştırıldığında azdır. Bu da, öğrencilerle birebir çalışmalar yapmayı kolaylaştırmaktadır.

SONUÇ

Hukuk kliniklerinin her yerde ve her durumda aynı şekilde uygulanabilecek bir formül olmadığını daha önce belirtmiştim. Farklı ihtiyaçlar, farklı klinik modellerinin oluşumuna sebep olmuştur. Tekrar vurgulamak gerekir ki, klinik ihtiyacı, mevcut eğitim modelinin eksikliklerine bir cevap olarak ortaya çıkmıştır. Kliniklerin bugünkü yaygınlığı ve popülerliği, değişen dünyaya, değişen hukuk ve adalet algısına, bu değişimin yarattığı ihtiyaca tekabül edebilmesindedir. Eğer, hukuk eğitimi ve adalete erişimi, hakkında konuşulduğu kadar etkileyebilirse, ihtiyaçlara yanıt verebildiği ölçüde eskiyecek ve yenilenecektir. Bu, konu edindiği hukukun, toplumsal gelişmeleri takip etme özelliğinden kaynaklanmaktadır. Türkiye’de hukuk kliniklerinin uygulanması kısmında, hukuk kliniklerinin kısıtlarına değinilmiştir. Mevcut kısıtlarına rağmen, klinik modelinin, hukuk eğitimindeki krizi azaltmak ve belki de çözmek yolunda önemli bir adım olduğu söylenebilir. Elbette tek başına yeterli olması mümkün değildir. Hukuk uygulaması da, hukuk eğitimi de, çok boyutlu ve çok taraflı süreçlerdir. Dolayısıyla hukuk kliniklerinin tek

başına eğitim modelinde bir devrim yaratması ya da dezavantajlı grupların adalete erişim sürecindeki problemleri çözmesi olanaklı değildir. Yine de, düzgün, prensiplere bağlı bir şekilde işleyen bir hukuk kliniği çalışması, her öğrencide bir bilinç yaratabilir. Adaleti değerlendirebilen, muhakeme becerisine sahip, grup çalışmasını bilen, etik ilkelerden haberdar ve onları aktif şekilde uygulama sorumluluğu almış, hukukun yöneldiği adaleti ve diğer değerleri yaşamında gerçekleştirmeye niyetli bir çok hukukçu adayının hal ve hareketlerinin adalet mekanizmalarına olumlu yanısıyacağı da aşıkardır.

Türkiye’de hukuk eğitiminin mevcut sorunlarını çözmek için de kıymetli bir alternatif öğrenme metodu olan hukuk klinikleri, Türkiye hukuk fakültelerinde yaygınlaşmaktadır. KKTC’nin hukuksal yapısı ve sosyal karakteri ise, hukuk öğrencileri için, bir klinik çalışmasından umulan potansiyel faydayı artırıcı unsurlar olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, **Adalet Bakanlığı Stratejik Planı (2015-2019)**. (<http://www.adalet.gov.tr/stratejikplan/adaletBakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1StratejikPlan%C4%B12010-2014.pdf>., erişim 17.01.2019)
- Adalet Bakanlığı, **Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi 2015**. (http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi_reformu_stratejisi.pdf., erişim 17.01.2019)
- AKÇAOĞLU, Ertuğrul: “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşu ve İlk Günleri.” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 21, S. 80, Ocak-Şubat 2009, s. 367–79.
- ANSAY, Tuğrul: “Hukuk Eğitiminde Reform (Bir Deneme).” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 1–2, 1969, s. 261–321.
- AZAPAĞASI, Alpaslan/ İNAN, Kubilay/ YILMAZ, Jale/ TOKAR GÜNEŞ, Zuhâl (editörler): **Uluslararası Hukuk Klinikleri Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2017.
- BLOCH, Frank S./ MENON, N.R. Madhava: “The Global Clinical Movement.”, **The Global Clinical Movement- Educating Lawyers for Social Justice**, ed. BLOCH, Frank S., New York, Oxford University Press, 2011, s. 267-277.

- BLOCH, Frank S./NOONE, Mary Anne: “Legal Aid Origins of Clinical Legal Education”, **The Global Clinical Movement- Educating Lawyers for Social Justice**, ed. BLOCH, Frank S., Oxford University Press, 2011, s. 153-166.
- CAN, Cahit: **Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi**, 3. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2011.
- CAPPELETTI, Mauro/ GARTH, Bryant: “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective”, **Buffalo Law Review**, C. 27, s. 181-292.
- CHODOSH, Hiram: “Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar ve Stratejiler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1–2, 2001, s. 327–36.
- D’AMELIO, Mariano: “Hukuk Kliniği”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, S. 2, 1936, s. 70–74.
- EDGEWORTH, Brendan: **Law, Modernity, Postmodernity: Legal Change in the Contracting State**, Ashgate, 2003.
- ERGİNEL, Taner: **Kusursuz Yargı Oluşturma Çabaları**. Okman Printing Ltd., 2017.
- ERKUT, Erhan: **Yükseköğretimde Kontenjan Balonu**, Ocak 2019. (<http://erhanerkut.com/wp-content/uploads/2019/01/KontenjanBalonu.pdf>., erişim 21.01.2019)
- FRANK, Jerome: “Why Not a Clinical Lawyer-School?”, **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register**, C. 81, S. 8, 1933, s. 907–23.
- GÖZLER, Kemal: “Küreselleşme Sürecinde Hukuk Eğitimi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 6, S. 69, Eylül 2008, s. 3021–30.
- GRIMES, Richard: “Accessing Justice: The Role of Law School Legal Clinics in Conflict-Affected Societies”, **Asian Journal of Legal Education**, C. 1, S. 2, 2014, s. 71–87.
- HİRSCH, Ernst E: **Anılarım/ Kayzer Dönemi, Weimar Cumhuriyeti, Atatürk Ülkesi**, 13. baskı, Tübitak Yayınları, Ankara, 2017.

- HOWARD, Emma: “Legal Aid Cuts: ‘The Forgotten Pillar of the Welfare State’ – a Special Report”, **The Guardian**, 25 Eylül 2014. (<http://www.theguardian.com/law/2014/sep/25/-sp-legal-aid-forgotten-pillar-welfare-state-special-report-impact-cuts.>, erişim 19.01.2019)
- İŞIKTAÇ, Yasemin: “Hukuk Öğretim ve Eğitiminde Etiğin Yeri.” **Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2016.
- KAHN-FREUND, Otto: “Reflections on Legal Education”, **The Modern Law Review**, C. 29, S. 2, 1966, s. 121–86.
- LONBAY, Julian/ TOPRAK, Musa: “Legal Clinics in Turkey”, **Clinical Legal Education in Asia/ Accessing Justice for the Underprivilege**, ed. PROSUN SARKER, Shuvro, New York, Palgrave Macmillan, 2015, s. 215-227.
- MACDONALD, Roderick A.: “Access to Justice in Canada Today- Scope, Scale, Ambitions”, **Access to Justice for a New Century: The Way Forward**, ed. BASS et al., The Law Society of Upper Canada, 2004, s. 19-112.
- McQUOID, David: “The History and Purpose of the Clinical Legal Education/ Hukuk Kliniği Öğretiminin Tarihçesi ve Amacı”, **Hukuk Öğretiminde Yeni Yaklaşımlar: Hukuk Klinikleri Uluslararası Sempozyum**, ed. AKBAŞ, Kasım/ İNCE, Asuman, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2013, s. 10-31.
- MINOW, Martha: “Marking 200 Years of Legal Education: Traditions of Change, Reasoned Debate, and Finding Differences and Commonalities”, **Harvard Law Review**, C. 130, S. 9, 2017, s. 2279–2297.
- ÖZTOPRAK SAĞIR, Meral: **Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hukuk Eğitimi**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2010.
- TOPÇUOĞLU, Hamide: **Hukuk Sosyolojisi**, 3. baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969.
- TURHAN, Turgut: “Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 2, 2008, s. 253–86.
- UYGUR, Gülriz: “Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi Gereken Yetiler, Hukuk

Felsefesi Öğretimi ve Alternatif Metotlar”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 18**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 166-176.

UYGUR, Gülriz: **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2013.

V. KRICHMANN, Julius Hermann: “İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1, 1949, s. 181–212.

WILSON, Richard J.: “Gelişmekte Olan ve Yeni Demokratikleşen Ülkelerde Adaletin Sağlanmasını Geliştirmede Araç Olarak Uygulamalı Hukuk Eğitimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 3, 1997, s. 79–94.

Yükseköğretim Kurulu, **Yükseköğretim Program Atlası**. (<https://yokatlas.yok.gov.tr/>, erişim 20/01/2019)

YÜRÜK, Ayşe Tülin: “Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Klinik Hukuk Eğitimi Süreci Nasıl Başladı, Nasıl Devam Edecek?” **Hukuk Öğretiminde Yeni Yaklaşımlar: Hukuk Klinikleri Sempozyumu**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eskişehir, 2013.

AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA ENGELLİ BİREYLERİN HAKLARINA İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Ayşe ÖZKAN DUVAN*

ÖZ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi “engelli” terimini içermemesine karşın, eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümleriyle engelli bireyler için önemli güvenceler sağlamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin engelli birey haklarına yönelik yaklaşımı 14. maddedeki düzenleme ve ayrımcılık yasağını genelleştiren 12. Protokol’le sınırlı değildir. Engelli bireylere ilişkin uyumsuzluklarda yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, evlenme hakkı, seçme hakkı, özel yaşama saygı hakkı, mülkiyet hakkı, eğitim hakkı ve kötü muamele yasağı gibi haklar da bazen ayrımcılık yasağı bağlamında, bazen de ayrımcılık yasağından bağımsız olarak değerlendirilmiştir. Mahkemenin Poirrez/Fransa, Glor/İsviçre, Çam/Türkiye, Guberina/Hırvatistan ve Şahin/Türkiye kararlarında ise ayrımcılık yasağı ekseninde engelli bireylerin hakları koruma altına alınmıştır. Mahkeme bu içtihadında Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi gibi spesifik olarak engelli birey haklarını düzenleyen kaynaklara sıkça atıf yapmış, ulusal ve uluslararası hukuk düzleminde emsal teşkil eden kararlara imza atmıştır.

***Anahtar Kelimeler:** Ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, engelli birey hakları, 14. madde.*

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISIONS ON THE RIGHTS OF DISABLED PERSONS IN THE CONTEXT OF NON-DISCRIMINATION

ABSTRACT

Although the European Convention on Human Rights does not include the term “disability” it provides important safeguards for individuals with disabilities with its provisions regulating the right to equality and non-discrimination. The European Court of Human Rights’ approach to the rights of persons with disabilities is not limited to Protocol 12, which generalizes the prohibition of regulation on non-discrimination in Article 14. Rights such as the right to life, the right to liberty and security, the right to a fair trial, the right to marry, the right to vote, the right to respect for private life, the right to protection of property, the right to education and the prohibition of torture for persons with disabilities are sometimes considered in the context of the non-

* **Dr. Öğr. Üyesi,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** ayse.duvan@istanbul.edu.tr

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609118

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25/07/2019

discrimination and sometimes independent of the context of non-discrimination. In the decisions of the Court like Poirrez/France, Glor/ Switzerland, Çam/Turkey, Guberina/Croatia and Şahin/Turkey, the rights of persons with disabilities are protected under the prohibition of discrimination. In this case law, the Court frequently referred to resources specifically regulating the rights of persons with disabilities, such as the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and has made precedent judgements in terms of national and international law.

Key Words: *Prohibition of discrimination (non-discrimination), European Court of Human Rights, rights of disabled persons, Article 14.*

GİRİŞ

Tüm insanların temel hak ve özgürlüklerden faydalandırılması düşüncesinin ürünü olan eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, insan hakları hukukunun tarihsel açıdan en eski olarak nitelendirilebilecek ilkelerinin uzantısıdır. Türk Anayasasında eşitlik, 10. maddede devlet yönetiminin dayanağı olan bir genel esas olarak, devletin varlık nedenleri arasında kabul edilmiştir¹. Eşitlik normunun kapsamı ve koruma güvenceleri bakımından 1982 Anayasasının en kapsamlı düzenlemeyi getirdiği kabul edilmektedir.² Eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı kabul edilmemiş, “benzeri sebeplerle” de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiştir.³ Uluslararası hukukta ise eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, birçok sözleşmede farklı bağlamlarda kendine yer bulmuştur. Birleşmiş Milletler Şartı’nın 3. maddesi ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 1. maddesinde yer alan eşitlik hakkı ve 2. maddesindeki ayrımcılık yasağı düzenlemeleri mevcuttur. Birleşmiş Milletler bünyesindeki Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 2. maddesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 2. maddesi, Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nın 2. maddesi eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağını konu alan temel düzenlemelerdendir. Eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, 1993 yılında Viyana Deklarasyonuna da konu edilmiş ve Dünya İnsan

¹ ÖZBUDUN, s. 113.

² GÜLMEZ, s. 59.

³ Anayasa Mahkemesi, 1986/11 E, 1986/26 K, 04.11.1986, p. 4.

Hakları Konferansında “uluslararası insan hakları hukukunun temel kuralı” olarak nitelendirilmiştir. Ayrımcılık yasağının uluslararası buyurucu kural (*jus cogens*) niteliğinde olduğu, uluslararası kamu hukukunun çekince konulamaz temel amir hükmü haline geldiği kabul edilmektedir⁴.

Doksanlı yıllardan itibaren engelli bireylerin haklarının güçlendirilmesine hizmet edeceği anlayışıyla literatürde insan hakları temelli yaklaşım esas alınmaya başlamıştır. Evrensel insan hakları temelinde engelli bireylerin ötekileştirilmesine karşı geliştirilen düşünce akımı, engelli bireylerin ayrımcılığa karşı korunması anlayışını getirmiştir.⁵ Bu süreçte spesifik olarak engelli bireylerin haklarını konu alan ulusal ve uluslararası düzenlemeler yapılmıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 23. maddesi Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek Protokol’ün 18. maddesi bu kategoridedir. Son otuz yıldan beri Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinde de olduğu gibi, engelli haklarına ilişkin spesifik düzenlemelerin engelli bireylere odaklanması tercih edilebilmektedir. Spesifik düzenlemeler kategorisinde yer almayan ulusal ya da uluslararası belgelerde ise ırk, dil, din, cinsiyet temellerinin yanında “benzeri nedenler” ifadesi kullanılmak suretiyle engellilik temelinde de ayrımcılık yasağını kapsadığı kabul edilen düzenlemelere yer verilmektedir.⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu kapsamdaki insan hakları düzenlemeleri arasında yer almaktadır. Usul yönünden farklılık gösterse de her iki türdeki düzenlemelerin engellilik temelinde ayrımcılık yasağının uygulanması yönünden temel bir farklılık gösterdiğini söylemek mümkün değildir.

Uzun süre engelli bireyler hak süjesi olarak değil, merhamet objesi olarak görülmüştür. Bu anlayışın değişmesinde önemli katkısı olan ve 2008 yılında yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, engellilik temelinde ayrımcılık yasağını temel alan ilk insan hakları sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Engelli Hakları Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden önce Birleşmiş Milletler bünyesinde yürütülen çalışmalar 1970’li yıllardan

⁴ AKILLIOĞLU, s. 295.

⁵ CLEMENTS / READ, s. 6-7.

⁶ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5: Persons with Disabilities, E/1995/22, 09.12.1994, p. 6.

itibaren *soft law* olarak nitelenen bildirgelerle⁷ sürdürülmüştür.⁸ Buna karşın Engelli Hakları Sözleşmesinin hükümleri, insan hakları hukukuna engellilik temelinde ayrımcılık yasağı anlayışını güçlendiren kaynaklar arasında yer almış ve engelli bireylerin merhamet nesnesi olarak görülmek yerine hak süjesi olarak tanınmaları yönündeki anlayışı geliştirmiştir. Bu yönüyle Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi, ulusal mevzuatlarda engelli bireylere yönelik köklü değişimlerin yaşanmasına da aracılık eden bir paradigma değişiminin ilk işareti olarak değerlendirilebilir.⁹

Engellilik temelinde ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS, Sözleşme) hükümlerinde lafzî olarak yer almamaktadır. AİHS ne temel metninde ne de ek protokollerinde, “engelli” terimine yer vermemiştir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM, Mahkeme), taraf devletlerde doğrudan bağlayıcılık gücüne sahip olan içtihadıyla, gerek engelli bireylere yönelik ayrımcılık yasağını (14. madde), gerekse spesifik olarak diğer birey haklarını tam olarak ve etkin şekilde koruma altına aldığı kabul edilmektedir.¹⁰ Bu yönüyle ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı hükümlerinin engelli bireylere sağladığı güvencelerin etkin şekilde işletilmesine ilişkin iyi bir örnek oluşturmaktadır. AİHM içtihatlarının, engellilik temelinde ayrımcılık yasağının uygulanması hususunda ulusal ve uluslararası düzeyde emsal teşkil etmesi bakımından da oldukça geniş bir etki alanı bulunduğu ifade edilebilir.

I. Ayrımcılık Hukukunda Temel Kavramlar

Eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağının uygulama alanında başvuru alanı pek çok kavram mevcuttur. Gerek mevzu hukukta gerekse içtihat hukukunda kullanılan bu kavramların bir bölümü genel ayrımcılık yasağı bağlamında, diğer bölümü ise engellilik temelinde ayrımcılık yasağı bağlamında tanımlanmıştır. Bu bölümde ayrımcılık hukukunun temel kavramları çeşitli hukuk kaynakları esas alınarak tanıtılmaktadır.

⁷ UN General Assembly Resolution, Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons, 2856 (XXVI), 20.12.1971; UN General Assembly Resolution, Declaration on the Rights of Disabled Persons, 3447 (XXX), 09.12.1975; UN General Assembly Resolution, Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, A/Res/48/96, 20.12.1993.

⁸ CLEMENTS / READ, s. 15.

⁹ FREDMAN, s. 98; ÇELİK, s. 237; ÇAĞLAR, (2011), s. 150-151.

¹⁰ CLEMENTS / READ, s. 16.

A. Genel Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Temel Kavramlar

Ayrımcılık karşıtı hukuk belgeleri olarak niteleyebileceğimiz uluslararası ve ulusal düzenlemelerde, Türkiye'nin 2008 yılında taraf olduğu Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinde¹¹ ve 2005 yılında kabul edilen Engelliler Hakkında Kanun¹² hükümlerinde ayrımcılık hukukunun temel kavramlarına ilişkin tanımlara yer verilmiştir. Bu bölümde, Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi bünyesindeki yargısal ve yargı dışı mekanizmalarda kabul gören, aynı zamanda bazıları 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunda tanımlanmış bulunan temel ayrımcılık hukuku kavramlarını açıklamaya çalışacağız.

Ayrımcılık yasağı pek çok hukuksal düzenlemede eşitlik hakkı ile birlikte düzenlenmiş veya tanımlanmıştır. Genellikle birbirinin yerine kullanılabilen bu iki kavram, aynı temel prensibin pozitif ve negatif ifadelendirilmesi olarak tarif edilmektedir.¹³ Yasaların genel ve soyut nitelikte olup herkese eşit uygulanmayı öngörmesi şekli eşitlik anlayışını; şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yetkilerde ve yükümlülüklerde eşit davranma zorunluluğunun uygulanması maddi eşitlik anlayışını ifade etmektedir.¹⁴ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinde de ayrımcılık yasağı eşitlik hakkı ile bir arada tanımlanmıştır. Sözleşmenin “Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı” başlıklı 5. maddesinde ve 5378 Sayılı Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde çeşitli ayrımcılık tanımlarına yer verilmiştir.

Ayrımcılık kavramı insan hakları hukuku kaynaklarında temel olarak, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlaştırması çerçevesinde işlenmiştir. Doğrudan ayrımcılık (*direct discrimination*) bireylerin ya da birey gruplarının kendileriyle karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla temel hak ve özgürlüklerinden eşit şekilde yararlanmasını engelleyen, kısıtlayan veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade etmektedir.¹⁵ Örneğin salt engellilik durumu nedeniyle bireyin işten çıkarılması, aynı işi yapan kadına erkekte daha az ücret verilmesi durumunda doğrudan ayrımcılık söz konusudur. AİHM pek çok kararında, objektif ve makul bir gerekçe olmaksızın benzer

¹¹ 5825 Sayılı Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Uygun Bulunmasına Dair Kanun, Resmi Gazete, Sayı 27084, Tarih 18.12.2008.

¹² 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun, Resmi Gazete, Sayı 25868, Tarih 07.07.2005.

¹³ MOECKLI, s. 190.

¹⁴ ÖZBUDUN, s. 113.

¹⁵ FREDMAN, s. 153.

durumda bulunanlara farklı muamele edilmesini doğrudan ayrımcılık olarak kabul etmiştir.¹⁶ Doğrudan ayrımcılığın uzantısı olarak nitelenebilecek olan dolayısıyla ayrımcılık ise, bireyin kendisiyle bağlantılı bir başka kişinin niteliklerinden dolayı ayrımcılığa uğratılmasıdır.¹⁷ Örneğin eşinin ya da çocuğunun engelli olması nedeniyle bireyin işinden ayrılmaya zorlanması durumunda doğrudan ayrımcılığın türü olan dolayısıyla ayrımcılığın meydana geldiği kabul edilir.¹⁸

Dolaylı ayrımcılık (*indirect discrimination, discrimination in outcome*) görünüşte eşitliği gözeten düzenlemenin belirli bir gruba mensup kişileri bu gruba mensup olmayan kişilere kıyasla dezavantajlı durumda bırakmasıdır. Kuşkusuz engelli bireyler bakımından dolaylı ayrımcılık uyuşmazlıklarının daha yoğun olarak gerçekleştiği vakıadır.¹⁹ AİHM içtihadında ve Avrupa Birliği hukukunda kabul gören anlayışa göre dolaylı ayrımcılık, farklı durumda bulunan kişilere aynı şekilde muamele edilmesi sonucunda ortaya çıkan ayrımcılıktır. Dolaylı ayrımcılık konseptinin ilk kez Amerikan Yüksek Mahkemesinin içtihadında yer aldığı kabul edilmektedir.²⁰ Avrupa Birliği²¹ ve AİHM²² ilk kez 2000 yılında farklı durumda bulunan kişilere eşit muamelede bulunulmasının ayrımcılık oluşturabileceğini kabul etmiş, 2007 yılına ait bir AİHM kararında²³ da dolaylı ayrımcılığın AİHS'nin 14. maddesi kapsamındaki ayrımcılık yasağına dahil olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.²⁴ Birleşmiş Milletler bünyesinde ayrımcılıkla ilgili çalışmalar yapan komitelerin faaliyetlerinde de dolaylı ve doğrudan ayrımcılık kavramlaştırmasına yer verilmiştir. Avrupa Birliği hukukunda başvurulan ayrımcılık kavramlarının ise ilgili direktiflerde tanımlanması yoluna gidilmiştir. Avrupa Birliği özellikle

¹⁶ ECHR, Willis v. the United Kingdom, App. No. 36042/97, 11.06.2002, p. 48, ECHR, Okpiz v. Germany, App. No. 59140/00, 25.10.2005, p. 33.

¹⁷ GÜL / KARAN, s. 17.

¹⁸ European Court of Justice, S. Coleman v. Attridge Law/Steve Law, Case C-303/06, 17.07.2008, p. 56.

¹⁹ FREDMAN, s. 171.

²⁰ FREDMAN, s. 177.

²¹ European Council Directive 2000/43/EC 29 of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal of the EU, L 180, s. 22-26.

²² ECHR, Thlimmenos v. Greece, App. No. 34369/97, 06.04.2000, p. 38.

²³ ECHR, DH and Others v. the Czech Republic, App. No. 57325/00, 13.11.2007, p. 175.

²⁴ MCCOLGAN, s. 10; DEVROYE, s. 81; ARNARDOTTIR, (2017), 151.

dolaylı ayrımcılık kavramının gelişiminde önemli rol oynamıştır.²⁵ Ortopedik engelli bireylerin bir eğitim ya da sağlık kuruluşuna erişimini sağlayabilecek engelli rampası ya da asansörünün bulunmaması durumu dolaylı ayrımcılığa örnektir.

Anayasamızın 10. maddesinde de yer bulan ve engelli bireyleri de kapsayacak şekilde, bazı dezavantajlı gruplara mensup bireyler lehinde uygulanacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırılık meydana getirmeyeceği yönünde 2010 yılında getirilen hükümlerle pozitif ayrımcılık düzenlenmiştir. Esasında engelli bireyler lehinde yapılacak ayrımcılığın eşitliğe aykırı olmadığı, daha önce Anayasa Mahkemesi içtihadında yer bulmuş olan bir husustur.²⁶ Pozitif ayrımcılık (*positive discrimination, affirmative action*), dezavantajlı gruplara mensup bireyler lehinde uygulanacak tedbirlerle eşitliğin fiilen sağlanmaya çalışılmasıdır. Kamu kurumlarında yüzde 4, özel işyerlerinde yüzde 3 oranında engelli işçi çalıştırma kotasının uygulanması²⁷ pozitif ayrımcılık örneğidir.

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde geçen çoklu ya da kesişen ayrımcılık (*multiple discrimination*), aynı anda birden fazla temelde yapılan ayrımcılıktır. 6. madde engelli kadınların hem cinsiyetleri hem de engelliliği yönünden ayrımcılığa uğratılmasını konu etmiştir. Ayrımcılık hukukunun ihtilafli konularından biri olan tersine ayrımcılık (*reverse discrimination*) ise, şekli eşitlik ilkesinin ihlal edilmesidir.²⁸ Kavram olarak tersine ayrımcılık, pozitif ayrımcılıkla korunması amaçlanan dezavantajlı gruplara bir süre pozitif ayrımcılık tedbirlerinin uygulanması durumunda, toplumun geri kalan kesimleri bakımından ortaya çıkabilecek olan ayrımcılıktır. Örneğin zihinsel ya da ruhsal engelli olmadığı halde “korunmalı işyeri”ne²⁹ iş başvurusu yapan işsiz bireyin engelli olmaması

²⁵ MARC, s. 95; FREDMAN, s. 179; GÜL / KARAN, s. 15-16.

²⁶ Anayasa Mahkemesi, engelli kotasının angarya yasağı ve sözleşme serbestisine aykırı olduğu iddiasıyla açılan davayı reddetmiştir. İtiraz yoluyla önüne gelen uyuşmazlığı, sistematik yorum yöntemiyle değerlendiren Anayasa Mahkemesi pek çok anayasal hükme dayanarak pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır; Bkz. ŞİRİN, s. 91-92.

²⁷ 4857 Sayılı İş Kanunu 30. maddesi, Resmi Gazete, Sayı 25134, Tarih 10.06.2003.

²⁸ FREDMAN, s. 232.

²⁹ “Korunmalı işyeri” kavramı 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre korunmalı işyeri, “iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engellilere mesleki rehabilitasyon sağlamak ve istihdam oluşturmak amacıyla devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak

nedeniyle işe alınmaması durumunda tersine ayrımcılık mağduru olduğu iddiasında bulunması mümkündür.³⁰

B. Engellilik Temelinde Ayrımcılık Yasası Bağlamında Temel Kavramlar

AIHM'nin de pek çok kararında esas alınan bir başka kavram "engellilik temelinde ayrımcılık" kavramıdır. Mahkemenin AIHS'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine hükmettiği bazı kararlarında engellilik temelinde ayrımcılık yapıldığı gerekçesine başvurulmuştur. Engellilik temelinde ayrımcılık, 14. maddenin lafzında yer almadığı halde Mahkeme içtihadıyla genel ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde ve 12. Protokol çerçevesinde Sözleşmenin koruma kapsamında değerlendirilmiştir. Kavram olarak engellilik temelinde ayrımcılık yasağı, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinin "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde tanımlanmıştır. Aynı tanımlama 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunun aynı başlıklı 3. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre; siyasi, iktisadi, sosyal, kültürel, hukuksal ya da başka herhangi bir alanda temel hak ve özgürlüklerin tam olarak ve diğer bireylerle eşit koşullar altında kullanılması veya bunlardan yararlanılması önünde engellilik durumuna dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü ayırım, dışlama ve kısıtlama, engellilik temelinde ayrımcılık oluşturmaktadır.³¹ Engellilik temelinde ayrımcılık yasağı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının "ayrımcılık yasağı" başlıklı 21. maddesinde de düzenlenmiştir.³²

Engellilik temelinde ayrımcılık yasağının uygulanmasını ilgilendiren ve AIHM kararlarında kullanılan bazı kavramlara da değinmekte yarar bulunmaktadır. Engelli birey kavramı bunların başında gelmektedir. Engelli birey (*disabled person*); fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde meydana gelen çeşitli düzeydeki kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen kişidir.³³ Engellilik durumu (*disability*) ise bireyin engelliliğini ve engellilikten kaynaklanan özel gereksinimlerini, uluslararası

düzenlenen işyerini" ifade etmektedir.

³⁰ EMENS, s. 52.

³¹ 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun 3. maddesi, Resmi Gazete, Sayı 25868, Tarih 07.07.2005.

³² Charter of Fundamental Rights of the European Union (200/C 364/01), Journal of the European Communities, C 364/1, 18.12.2000, s. 13.

³³ 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 3. maddesi, (c) fıkrası.

yöntemleri temel alarak belirleyen derecelendirmeler, sınıflandırmalar ve tanılamalardır. Engellilik durumu geçici ya da kalıcı olabilir.³⁴ Engelliliği bulunan bireyler bakımından önem arz eden bir diğer kavram “erişilebilirlik”tir (*accessibility*). Genel anlamıyla ekonomik, sosyal ve kültürel çevreye ulaşabilme, bu çevrelerde verilen hizmetlerden yararlanma ve katkıda bulunma olanaklarına sahip olmayı ifade eden erişilebilirlik, engelli bireyler bakımından farklı bir anlama sahiptir. Çünkü kamusal ve bireysel yaşam alanları toplumun çoğunluğuna göre tasarlandığı için engelli olmayan bireyler açısından engel teşkil etmeyen ulaşım ve mekansal özellikler, engelli kişilerin haklarını kullanmalarını önleyen birer bariyer niteliğinde olabilmektedir.³⁵ Bu bağlamda erişilebilirlik, binaların, açık alanların, ulaşım ve bilgilendirme hizmetleri ile bilgi ve iletişim teknolojisinin, engelli bireyler tarafından da güvenli ve bağımsız olarak ulaşılabilir ve kullanılabilir olmasını ifade etmektedir.³⁶ Dolayısıyla erişilebilirlik engelli bireyler bakımından temel haklarının kullanılabilmesindeki araç ve ön şart olarak nitelenebilir.³⁷ Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Komitesinin çalışmalarında erişilebilirlik bağımsız bir hak olarak kabul edilmiştir.³⁸

Engellilik temelinde ayrımcılık yasağına ilişkin içtihat hukukunda kullanılan diğer bir kavram “makul uyumlaştırma”dır (*reasonable accommodation*). 5378 Sayılı Kanunda makul düzenleme adıyla kullanılan makul uyumlaştırma kavramı; engelli bireylerin tüm insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam olarak ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve tedbirleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır.³⁹ Makul uyumlaştırmanın amacı, kurum ve kuruluşların genel hüküm ve ölçüleri uygularken engelli bireyler üzerinde oluşabilecek olumsuz etkilerin hesaplanması ve bu etkilerin azaltılmasıdır. Bu suretle dezavantajlı bireyler lehinde toplumsal yaşama katılım düzeyini

³⁴ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5: Persons with Disabilities, E/1995/22, 09.12.1994, p. 3.

³⁵ ÇAĞLAR, (2012), s. 542.

³⁶ 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 3. maddesi, (f) fıkrası.

³⁷ ÇAĞLAR, (2012), s. 543.

³⁸ United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Day of General Discussion on “Article 9 of the CRPD- The Right to Accessibility” 07 October 2010, Fourth session 04-08 October 2010.

³⁹ United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities article 2.

yükseltecek kolaylıklar sağlanması beklenmektedir. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi makul uyumlaştırmanın reddedilmesini engellilik temelinde ayrımcılık yasağının ihlali olarak nitelemektedir.⁴⁰

Habilitasyon ve rehabilitasyon, korumalı işyeri, umuma açık hizmet veren bina terimleri de engellilik temelinde ayrımcılık yasağını düzenleyen hukuk kaynaklarında yer alan temel kavramlardır. 5378 Sayılı Kanunda habilitasyon ve rehabilitasyon kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Kanunun 3. maddesine göre habilitasyon “engellinin bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarını karşılayabilmesini ve yaşamını bağımsız bir şekilde sürdürebilmesini sağlamayı amaçlayan fiziksel, sosyal, zihinsel ve mesleki beceriler kazandırmaya yönelik hizmetler”dir. Aynı maddenin) k fıkrasında tanımlanan rehabilitasyon ise “herhangi bir nedenle oluşan engelin etkilerini mümkün olan en az düzeye indirmeyi ve engellinin hayatını bağımsız bir şekilde sürdürebilmesini sağlamayı amaçlayan fiziksel, sosyal, zihinsel ve mesleki beceriler geliştirmeye yönelik hizmetler” olarak ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinin “Habilitasyon ve Rehabilitasyon” başlıklı 26. maddesinde iki kavram birlikte ele alınmış, taraf devletlere habilitasyon ve rehabilitasyon hizmetini sunmada izleyecekler yol gösterilmiştir.⁴¹

Tersine ayrımcılık kavramını tanımlarken kullandığımız “korumalı işyeri” kavramı, “iş gücü piyasasına kazandırılmaları güç olan zihinsel veya ruhsal engellilere mesleki rehabilitasyon sağlamak ve istihdam oluşturmak amacıyla devlet tarafından teknik ve mali yönden desteklenen ve çalışma ortamı özel olarak düzenlenen işyeri” olarak tanımlanmıştır.⁴² “Umuma açık hizmet veren yapı” denildiğinde anlaşılması gereken ise “kamu hizmeti için kullanılan resmî binalar, ibadet yerleri, özel eğitim ve özel sağlık tesisleri; sinema, tiyatro, opera, müze, kütüphane, konferans salonu gibi kültürel binalar ile gazino, düğün salonu gibi eğlence yapıları; otel, özel yurt, iş hanı, büro, pasaj, çarşı gibi ticari yapılar; spor tesisleri, genel otopark ve buna benzer umuma ait binalar”dır.⁴³ Umuma açık hizmet veren yapı kavramının bu tanımlaması, erişilebilirlik hususunda sunulacak hizmetlerin ve dolayısıyla

⁴⁰ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5: Persons with Disabilities, E/1995/22, 09.12.1994, p. 15.

⁴¹ United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities article 26.

⁴² 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 3. maddesi i) fıkrası.

⁴³ 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 3. maddesi l) fıkrası.

bu alanda devletin üstlendiği pozitif yükümlülüğün kapsamını belirlemede başvurulabilecek bir somutlaştırma ölçütü olarak değerlendirilebilir.

II. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde “ayrımcılık yasağı” başlığı altında yer almaktadır. Buna karşın düzenlemede “yasa önünde eşitlik” kavramına başvurulmamıştır. 14. maddeye göre, “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır”. Maddenin “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma”da ayrımcılığı yasaklaması, ilk planda bağımsız bir eşitlik ilkesi getirilmediğini ortaya koymaktadır. Bu anlamda Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 26. ve 27. maddeleri hükmüyle karşılaştırıldığında AİHS 14. madde hükmünün lafzı bakımından daha zayıf bir koruma getirdiği ifade edilebilir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 26. maddesi genel eşitlik ilkesini düzenlemekte, 27. maddesi de azınlıklara yönelik ayrımcılığı yasaklamaktadır. İki Sözleşme hükümleri karşılaştırıldığında İnsan Hakları Sözleşmesindeki 14. maddenin getirdiği ayrımcılık gütmeye yasağının daha sınırlı bir uygulama alanını karşıladığı anlaşılmaktadır.⁴⁴ Çünkü hükmün lafzında kullanılan ilk bölüm getirilen ayrımcılık yasağını doğrudan Sözleşmenin diğer maddelerine bağlı kılmaktadır. Nitekim 4. Protokol’ün hazırlık çalışmaları esnasında Danışma Meclisi genel eşitlik ilkesini Sözleşmeye dahil etmek istemiş ancak bu teklif Uzmanlar Komitesi tarafından ertelenmiş ve Sözleşmede tanınan haklarla sınırlı ayrımcılık yasağının ön plana çıkarılması gerektiği üzerinde uzlaşmıştır⁴⁵.

AİHM içtihadında belirli bir döneme kadar 14. maddenin bağımsız karakterde bir hüküm olmadığı, dolayısıyla ayrımcılık yasağı ihlalinin ancak Sözleşmedeki bir başka hakkın ihlal edilmiş olduğu durumlarda mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Mesela AİHM bir devletin azınlık konularına değinen derneklerin kurulmasını yasaklaması durumunda AİHS’nin dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi dolayısıyla 14. maddesi ihlal edilmiş kabul edilmektedir. Ayrımcılık yasağının diğer Sözleşme hükümleriyle bağlantılı olması koşuluyla ihlal edildiğine hükmedilebilecek olması doğrultusundaki bu yaklaşım, zaman içinde değişime uğramıştır.

⁴⁴ HARRIS / O’BOYLE / WARBRICK, s. 577-578.

⁴⁵ İNCEOĞLU, s. 56.

*Belgian Linguistic*⁴⁶ davasında verdiği kararda İnsan Hakları Mahkemesi, diğer hükümlerden birinin ihlal edilmemiş olması halinde dahi 14. maddeden ihlallerin değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Eğer açık şekilde eşitsiz muamele, uyuşmazlık konusu vakanın temel boyutlarından birini oluşturuyorsa, diğer Sözleşme hükümleriyle birlikte 14. maddeden de ihlal değerlendirmesi yapılabilmekte; ancak ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş sayılmasında diğer Sözleşme hükümlerinden birinin ihlal edilmiş olması ön şart olarak değerlendirilmemektedir.

AİHS metninde 14. maddenin bağımsız nitelikte düzenlenmemiş olmasına karşın Komisyon ve Mahkeme 14. maddeyi geniş yorumlamak suretiyle hükmün kapsamını genişletmişlerdir. Güncel içtihadında Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta 14. madde ile başka bir maddenin ihlalini bir arada incelemekte ve ayrımcılık yasağının ihlali sonucuna varabilmek için diğer bir maddeden ihlal gerçekleşmiş olması şartını aramamaktadır.⁴⁷ 14. maddenin diğer Sözleşme maddelerinin ihlalinden bağımsız olarak değerlendirilmesi hususu,⁴⁸ 12. Protokol'ün 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle bir başka boyut kazanmıştır.⁴⁹ Ayrımcılık yasağını kurala bağlayan bu Protokol, 14. maddeye göre Sözleşmede korunan haklarla sınırlı ayrımcılık yasağını genelleştirmiştir. Böylece Sözleşmede korunmayan haklarla ilgili olarak da ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla AİHM'ye başvuru yapılabileceği hususu açıklık kazanmıştır. 12. Protokol eşitlik ilkesine tam koruma sağlamakla AİHS koruma sistemini, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Birliği koruma sistemlerine uyumlaştırmış olmaktadır. Buna göre davacılar herhangi bir hakkın ihlal edilmiş olduğunu veya kamu makamlarının herhangi bir eylem ya da işleminden dolayı iç hukuk yollarına başvurarak tatmin edici bir sonuca ulaşamazlarsa AİHM'ye ayrımcılık yasağı ihlali iddiasıyla başvuru yapabileceklerdir.

14. madde bağlamında AİHM içtihadında başvuru yapılan uygulama ilkeleri, ayrımcılık tanımı ekseninde şekillenmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi ayrımcılığı, içtihatlarında “nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi” şeklinde

⁴⁶ ECHR, *Belgian Linguistic Case* “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium, App. No. 1474/62;1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, s. 24.

⁴⁷ MC CRUDDEN / PRECHAL, s. 57.

⁴⁸ ECHR, *Sommerfeld v. Germany*, App. No. 31871/96, 08.07.2003, p. 84.

⁴⁹ AKILLIOĞLU, s. 298.

tanımlamıştır⁵⁰. Buna göre Mahkemenin ayrımcılık yasağına ilişkin uyumsuzlukları dört aşamalı bir değerlendirme sürecinde çözümlendiği belirtilebilir. Birinci aşama, iddia konusu ihlallerin Sözleşme kapsamındaki hükümlerin koruma alanına girip girmediğinin değerlendirilmesidir. İkincisi, 14. maddede sıralanan ayrımcılık kategorileri sınırlı sayılı olmadığı için, farklı muamelenin hangi temelde gerçekleşmiş olabileceğini değerlendirme kapsamına almaksızın farklı bir muamele mevcut mudur değil midir sorusuna cevap bulunmasıdır. Üçüncü adım, uyumsuzluk konusunun muhatabı ile benzerlerinin karşılaştırılabilir pozisyonlarda bulunup bulunmadıklarına karar verilmesidir. Dördüncü adım karşılaştırılabilir pozisyonda bulunan muhataplardan başvuru olana farklı muamelede bulunmuş olması halinde, bu muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeyle haklı kılınabilir mahiyette olup olmadığının değerlendirilmesidir.⁵¹

İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının, toplumun menfaatlerinin korunması ile Sözleşmede güvence altına alınan haklara ve özgürlüklere saygı arasında adil bir denge kuran muamele farklılıklarını yasaklamadığına karar vermiştir. Mahkeme *Belgian Linguistic*⁵² kararında somutlaştırdığı, ayrımcılık yasağının uygulanmasına ilişkin ölçütleri demokratik hukuk devleti anlayışından yola çıkarak belirlemeye yöneldiğini ifade etmiştir. Buna göre “fark gözetme”nin makul ve nesnel bir gerekçeyle haklı kılınmaması durumunda eşit muamele ilkesinin ihlal edileceği belirtilmiştir. Mahkeme makul ve nesnel gerekçelerle haklı kılınan farklı muamelenin olup olmadığını da ölçmek için bu yolda alınmış tedbirin amacı ve etkisi ile bağlantılı olarak demokratik toplumlarda genellikle geçerli olan ilkeler göz önünde tutularak değerlendirme yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre Sözleşmede yer alan haklardan birinin kullanılmasında uygulanan farklı muamele aynı anda hem meşru bir amaç taşımalı, hem de kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğu açıkça ortaya konulmalıdır. Meşru amaç ile orantılılık unsurlarının gerçekleştiği açık şekilde ortaya konulmadığı takdirde 14. maddenin ihlal edildiği sonucu ortaya çıkacaktır.⁵³

⁵⁰ ECHR, *Zarb Adami v. Malta*, App. No. 17209/02, 20.06.2006, p. 72.

⁵¹ ÖZKAN DUVAN, s. 29.

⁵² ECHR, *Belgian Linguistic Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium*, App. No. 1474/62;1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64,23.07.1968.

⁵³ ECHR, *Glor v. Switzerland*, App. No. 13444/04, 30.04.2009, p. 72; ECHR, *Stec and Others v. the United Kingdom*, App. No. 65731/01, 12.04.2006, p. 51; ECHR, *Petrovic v. Austria*, App. No. 20458/92, 27.03.1998, p. 30; ECHR, *Lithgow and Others v. The United Kingdom*,

12. Protokol öncesi döneme ait olan pek çok Komisyon ve Mahkeme içtihadı esas alındığında, temel olarak yukarıda belirtilen kriterlere göre ayrımcılık yasağı ihlallerinin değerlendirilmiş olduğu görülmektedir. Mahkemenin ayrımcılık anlayışındaki temel bakış, uygulamada ihtilafların çözümünde daha işlevsel olan maddi eşitlik temelinde gerçekleşmektedir⁵⁴. Mahkeme eşit durumda bulunanlara eşit muameleyi kabul etmekte, eşit olmayanlar arasında ayrımcılık yasağı ihlali bulunup bulunmadığını tespit etmede ayrı değerlendirme kriterlerine başvurmaktadır. Eşit olmayanlar arasında ayrımcılık değerlendirmesi kriterlerinden birincisi, uyuşmazlık konusu tasarrufun nedeni ile sonucu arasındaki ilişki; ikincisi ise kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki orantılılık ilişkisidir.

Ayrımcılık yasağının hangi durumlarda eşitler arasında, hangi durumlarda eşit olmayanlar arasında değerlendirileceğine ilişkin ayrıştırmayı yapabilmek için de bazı ölçütlere ihtiyaç bulunmaktadır. Buna göre öncelikle uyuşmazlık konusu durum ile kıyaslama konusu durumun birbirinden farklı mı yoksa birbirine eşit mi olduklarına karar vermek gerekmektedir. AİHM'nin burada kullandığı birinci ölçüt "kıyaslanabilirlik testi" olarak adlandırılmaktadır. Kıyaslanabilirlik testine göre iki durumun birbirine benzeyip benzemediği ölçülür. Mahkemenin başvurduğu ikinci ölçüt "haklı neden testi"dir. Haklı neden testi kıyaslanabilirliği kabul edilen iki durum arasında ayırım yapılmasını gerektirebilecek makul bir neden bulunup bulunmadığının değerlendirilmesidir. Ancak buradaki "makul neden" i meşru amaç kavramıyla karıştırmamak gerekir. Çünkü genellikle uyuşmazlık konusu tasarrufta kamu yararı gibi meşru bir amaç güdülmüş olsa da eğer araç ile bu amaç arasında oranlılık bağı kurulmamışsa "makul neden" unsurunun bulunduğundan söz edilemeyecektir.⁵⁵

12. Protokol, sadece AİHS'de düzenlenen hakların değil, kanunla düzenlenmiş bulunan tüm hakların kullanımı bakımından ayrımcılığı yasaklamıştır. Dolayısıyla sadece AİHS ile teminat altına alınan haklar bakımından geçerli olan AİHS 14. maddesine göre daha geniş bir koruma alanını ifade etmektedir.⁵⁶ Bununla birlikte 12. Protokol'ün yürürlüğe girmesinden sonraki içtihadında AİHM'nin ayrımcılık yasağını uygulamaya

Series A No. 102, 08.07.1986, p.177.

⁵⁴ O'CONNEL, s. 229; ARNARDOTTIR, (2017), s. 152.

⁵⁵ İNCEOĞLU, s. 58.

⁵⁶ ARNARDOTTIR, (2003), s. 40.

yönelik kriterler anlayışı değişmemiştir. Genel ayrımcılık yasağı getirmesine karşın 12. Protokol'e yeni ayrımcılık nedenleri eklenmemiştir. Bunun nedeni, 14. maddeye dayalı içtihatlarda olduğu gibi Mahkemenin yeni kararlarıyla da her halükarda yeni ayrımcılık temelleri tanıyabilecek olduğu anlayışını sürdürme iradesidir. Ayrıca yeni ayrımcılık nedenlerinin Protokol'deki düzenlemeye eklenmesi halinde, ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayılı olarak algılanabilecek olması ihtimalinin önüne geçmek istenmiştir.⁵⁷ Bu anlayış doğrultusunda uyuşmazlık konusu farklı muamele makul ve nesnel bir nedene dayanmıyorsa, meşru bir amaç gütmüyorsa, gerçekleştirmek istenen amaçla kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa ayrımcılık yasağına aykırılık mevcut kabul edilmektedir. Söz konusu üç unsur yerleşik içtihadın kalıcı biçimde geliştirdiği ayrımcılık yorumu olarak değerlendirilmiştir.⁵⁸ *Sejdic ve Finci*⁵⁹ başvurusuna ilişkin kararında Mahkeme, Protokol'ün genel bir ayrımcılık yasağı getirdiğini ancak analiz yöntemlerinin değişmediğini vurgulamıştır.⁶⁰

III. Engelli Birey Haklarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Engellilik temelinde ayrımcılık yasağı, Birleşmiş Milletler Engelli Birey Hakları Sözleşmesinde ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'nin bir örgüt olarak Birleşmiş Milletler Engelli Birey Hakları Sözleşmesine taraf olmasından sonra, Avrupa Birliği Adalet Divanı yaklaşımının, engelliliğe dayalı ayrımcılık hükümlerinin kapsamını yorumlamada Birleşmiş Milletler'in yaklaşımıyla uyum göstermesi ihtiyacı doğmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin metninde engellilik temelinde ayrımcılık yasağı düzenlenmemiştir. Bununla birlikte ikinci bölümde anlatıldığı üzere AİHS 14. maddesinin içerdiği "ayrımcılık yasağı" ve 12. Protokol'ün getirdiği "genel ayrımcılık yasağı" anlayışına AİHM'nin içtihat hukukuyla yaptığı katkılar, engellilik temelinde ayrımcılık yasağını gözeten kararlar ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda prensip ve uygulama bakımından AİHM'nin engelli birey haklarının korunmasına ilişkin yaklaşımının,

⁵⁷ Council of Europe Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.2000. s. 4.

⁵⁸ Opinion of the European Court of Human Rights on draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, Doc. 8608, 06.12.1999.

⁵⁹ ECHR, *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06; 34836/06, 22.12.2009.

⁶⁰ GERARDS, s. 104.

engellilik temelinde ayrımcılık yasağına sözleşme metinlerinde yer veren uluslararası örgütlerin yaklaşımlarından bir farkı bulunmamaktadır.

Bu bölümde engelli birey haklarının korunmasına ilişkin AİHM kararları ikili bir ayırım çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ayırımın birinci grubunda 14. maddenin engelli birey haklarına ilişkin olarak ihlal edildiği yönünde sonuçlanan başvurular ele alınmakta; ikinci grupta AİHS'nin diğer hükümlerinin engelli birey haklarına ilişkin olarak ihlal edildiği yönünde sonuçlanan başvurular ele alınmaktadır.

A. 14. Madde (Ayrımcılık Yasağı) Bağlamında Değerlendirilen Başvurular

Birinci bölümde temel hatlarıyla açıklandığı üzere ayrımcılık yasağına ilişkin uyuşmazlıklarda Mahkeme, 14. maddeyi diğer Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin de ihlal edildiği iddiasıyla birlikte değerlendirme konusu yapmaktadır. Bu bölümde incelenen AİHM kararları da ayrımcılık yasağının diğer Sözleşme hükümleriyle birlikte ihlal edildiğine hükmedilen kararlar olarak seçilmiştir. Kronolojik sıralamaya uygun olarak sırasıyla *Poirrez/Fransa*, *Glor/İsviçre*, *Çam/Türkiye*, *Guberina/Hırvatistan*, *Şahin/Türkiye* kararları incelenmiştir.

1. Koua Poirrez / Fransa Kararı (30 Ekim 2003)⁶¹

Koua Poirrez isimli Fildişi Sahili vatandaşı olan ve bir Fransız vatandaşı tarafından evlat edinilen başvurucu, yedi yaşından itibaren ağır bedensel engelden muzdarip olmuştur.⁶² Fransız yetkililer kendisinin %80 engelli olduğunu belgelemişlerdir. Ancak başvurunun Fransız vatandaşı olmadığı gerekçesiyle ve Fransa ile Fildişi Sahili arasında engelli yetişkin yardımı bakımından ikili bir anlaşma bulunmadığı gerekçesiyle, Aile Yardımı Bürosu 1990 yılında başvurunun bu yardımdan faydalanmasına izin vermemiştir.⁶³ Bunun üzerine yerel mahkeme uyuşmazlığı Avrupa Birliği Adalet Divanı'na götürmüştür. Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan, yerel derece mahkemelerinden ve Paris Temyiz Mahkemesi'nden sonuç alamayan başvurucu mülkiyet hakkıyla (1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi) bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının (14. madde) ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur.

⁶¹ ECHR, Koua Poirrez v. France, App. No. 40892/98, 30.09.2003

⁶² Koua Poirrez v. France, p. 9-10.

⁶³ Koua Poirrez v. France, p. 13-14.

AİHM Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (92) 6 Numaralı Tavsiye Kararında⁶⁴ yer alan, taraf devletlerin engelli bireylerin ekonomik bakımdan ve toplumsal hizmet bakımından belirli bir yaşam standardına erişmesini sağlama yükümlülüğüne vurgu yapmıştır. Bu bağlamda engelli kişilerin spesifik ihtiyaçları nazara alınarak, bireysel otonomi, ekonomik bağımsızlık ve sosyal bütünleşmeyi sağlamaya dönük tedbirlerin alınması devletin pozitif yükümlülüğü olarak değerlendirilmiştir.⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Sosyal Şartı'nın 12. maddesi doğrultusunda Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin Fransa raporuna⁶⁶ dayanarak, yasal olarak ülkede ikamet etmekte olan yabancılar bakımından ikili anlaşma yapılmış olmasını şart koşmayı Avrupa Sosyal Şartı'nın 12. maddesi 4. fıkrasına aykırı bulmuştur.⁶⁷

Başvurucunun iddiası doğrultusunda AİHS'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesine (mülkiyetin korunması) ilişkin değerlendirme yapan Mahkeme, bu hükmün maddi bir hakka yol açabileceğini belirtmiştir. Buna göre Mahkeme, Fransız vatandaşları ile karşılıklı anlaşma imzalamış olan ülkelerin vatandaşlarına ve diğer yabancılar farklı muamele gösterilmesinin hiçbir nesnel ve makul gerekçesi olmadığı kanaatine ulaşmıştır. Bu noktada Fransa'da AİHS'nin 8. maddesiyle uyum sağlama amacıyla kabul edilen 11 Mayıs 1998 tarihli yasa hükümlerinin⁶⁸ de AİHM kararının dayanakları arasında yer aldığını belirtmek gerekir.⁶⁹

Kuoa/Fransa kararında AİHM, kendi içtihat hukukunun yerleşik ilkelere gönderme yaparak 14. maddenin uygulanabilirliğini değerlendirmiştir. Buna göre ayırım güden bir muamelenin ayrımcılık yasağına aykırılık arz etmesi için; objektif ve makul bir gerekçeye dayanmaması, meşru bir amaç gütmemesi veya güdülen amaçla amaca ulaşmada kullanılan araç arasında makul seviyede orantılılık ilişkisi tesis edilmemiş olması gerekmektedir.⁷⁰

⁶⁴ Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation No. R (92) 6, 09.04.1992.

⁶⁵ *Kuoa Poirrez v. France*, p. 27.

⁶⁶ The European Committee of Social Rights, in Conclusions concerning Article 12 of the Charter in respect of France (15th report, reference period 1997-1998; Conclusions XV-1, vol. 1, p. 262, Council of Europe Publishing, 2000)

⁶⁷ *Kuoa Poirrez v. France*, p. 29.

⁶⁸ Council of Europe, European Convention on Nationality, ETS No. 166 Strasbourg.

⁶⁹ *Kuoa Poirrez v. France*, p. 40.

⁷⁰ *Koua Poirrez v. France*, p. 46.

Sonuç olarak bu davada Mahkeme, 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesi ile birlikte ele alındığında Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷¹ Çünkü her ne kadar olayların meydana geldiği tarihte Fransa, Fildişi Sahili ile karşılıklı bir anlaşmayla bağlı değilse de, Fransa Sözleşmeyi onaylayarak, kendi yetki alanı içerisindeki herkesin (Fransa vatandaşı olmayan başvuranın da) Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlüklerinden faydalanmasını sağlamayı taahhüt etmiştir. AİHM'ye göre, engelli başvurucuya ödenmesi talep edilen sosyal yardım aylığına dair Fransa vatandaşı olanlar ile vatandaş olmayanlar arasında uygulanan farklı muamele objektif ve makul gerekçelere dayanmamaktadır.⁷²

2. Glor / İsviçre Kararı (30 Nisan 2009)⁷³

Glor tarafından İsviçre aleyhinde yapılan başvuru sonucunda AİHM ilk kez spesifik olarak “engellilik temelinde ayrımcılık yasağının” ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁷⁴ Bu davada başvurunun iddiası ayrımcılık yasağı ile özel yaşamın korunması hakkının ihlal edildiği temeline dayanmaktadır. Diyabet hastası olan başvurunun sağlık durumu, askeri hekim tarafından yapılan muayene sonucunda % 40' in altında hafif engelli olarak rapor edilmiştir. Glor, askerlik hizmetini yerine getirmeye idare tarafından uygun bulunmadığı halde, askerlikten muaf olanların ödemekle yükümlü bulunmadığı vergileri ödemek zorunda bırakılmasının hafif engelliler ve ağır engelliler arasında ayrımcılık olarak nitelmiştir. Kendisi aleyhinde vergiden muaf tutulma kriteri olarak kullanılan engellilik eşiğinin (%40 bedensel veya zihinsel engel) hiçbir yasal dayanağı bulunmadığını iddia etmiştir. Zürih Kantonu Federal Vergi Temyiz Mahkemesi başvurunun vergiden muaf tutulma talepli davasını reddetmiştir. Yerel mahkemenin ret kararının gerekçesinde, ilgili yasada askerlikten muaf tutulan tüm engelli bireylerin, askerlik yükümlülüğünün karşılığı olan vergilerden de muaf tutulmasının amaçlanmadığı değerlendirilmesine yer verilmiştir. Federal Mahkeme davacının hafif engelliler ile ağır engelliler arasında vergi muafiyeti bakımından fark gözetilmesinin ayrımcılık oluşturduğu iddiasını kabul etmemiştir.⁷⁵

⁷¹ Koua Poirrez v. France, p. 50.

⁷² Koua Poirrez v. France, p. 49.

⁷³ ECHR, Glor v. Switzerland, App. No. 13444/04, 30.04.2009.

⁷⁴ CLIFFORD, S. 20.

⁷⁵ Glor v. Switzerland, p. 20.

Davalı devletin savunmasında başvurduğu argümanlar, yerel mahkemenin kullandığı argümanlarla büyük ölçüde örtüşmektedir. Buna göre davalı idare, başvurunun sağlık durumunun askerlik hizmetini yerine getirmeye uygun olmadığı ve aksine bir uygulamanın tehlike yaratmış olacağı görüşüne dayanmaktadır.⁷⁶ Ayrıca idare, Askeri Hizmet Muafiyeti Vergi Kanununun ilgili hükümlerinin tüm engelli bireylere askerlik muafiyetiyle birlikte vergi muafiyeti sağlamak amacını taşımadığı; bunun aksine bir kabulün vergi yükümlülüğünün değişkenliği prensibini inkar anlamına geleceği ve eşit muamele ilkesine aykırılık meydan getireceği yönünde savunma yapmıştır.⁷⁷

AİHM'nin Glor davasındaki değerlendirmesi de hem 14. madde hem 8. madde bakımından yapılmıştır. 14. madde bakımından esasa ilişkin olarak Mahkeme'nin yaptığı incelemede, sadece AİHS hükmü ve AİHM içtihadı bakımından değerlendirme yapılmamıştır. Mahkeme, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 2003 yılında kabul edilen, engelli kişilerin tam sosyal katılımlarına ilişkin 1592 sayılı Tavsiye Kararına⁷⁸ ve Engelli Bireylerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine⁷⁹ birçok kez atıfta bulunarak, engelli bireyleri ayrımcı muameleye karşı koruma konusunda Avrupa kamu hukukunda ve uluslararası hukukta mutabakat bulunduğunu vurgulamıştır.⁸⁰

Ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddenin Glor davasında ihlal edildiğine ilişkin iddiaya, AİHS'nin diğer hükümlerinden herhangi birinin ihlal edildiği iddiası eşlik etmemiştir. Birinci bölümde açıklandığı üzere, AİHM içtihadına göre başvurunun gündeme getirdiği dezavantaj konusu, Sözleşmeyle güvenceye alınan haklardan birinin kullanılma şeklini teşkil ediyorsa⁸¹; ya da şikayet konusu tedbirler Sözleşmedeki diğer bir hakkın kullanılmasyla ilişkiliyse⁸² 14. madde devreye girebilmektedir. Bu bağlamda başvurunun ayrımcılık iddiası 14. madde dışındaki bir Sözleşme hükmüyle açık şekilde

⁷⁶ Glor v. Switzerland, p. 57.

⁷⁷ Glor v. Switzerland, p. 29.

⁷⁸ Council of Europe Parliamentary Assembly, "Towards full social inclusion of persons with disabilities" Recommendation 1592 (2003).

⁷⁹ United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, A/RES/61/106, 13.12.2006.

⁸⁰ Glor v. Switzerland, p. 53.

⁸¹ ECHR, National Union of Belgian Police v. Belgium, Series A No. 19, 27.10.1975, p. 45.

⁸² ECHR, Schmidt and Dahlström v. Sweden, Series A No. 21, 06.02.1976, p. 39.

ilişkilendirilmemiştir.⁸³ Bu husus davalı idare tarafından 14. maddenin tam otonom bir hüküm olmadığı gerekçesiyle konu bakımından kabul edilebilirlik koşulları yönünden başvurunun reddi talebinde kullanılmıştır.⁸⁴ Davalı taraf başvurucunun ulusal mahkemeler önünde de ayrımcılık yasağının ihlalinin, özel yaşamın korunması hakkının ihlaliyle bağlantılandırıran bir dava açmadığından iç hukuk yollarının da tüketilmemiş sayılması gerektiğini iddia etmiştir. Buna rağmen AİHM, geçmiş içtihadını dayanak göstermek suretiyle⁸⁵ somut olayın gerçeklerinden yola çıkarak resen, askeri hizmetten muafiyet vergisine ilişkin uyuşmazlık konusunun AİHS 8. maddesi bağlamında incelemeyi uygun görmüştür.⁸⁶ Mahkeme, fiziksel engellilik nedeniyle askeri hizmetten muaf tutulmanın, kişinin kendi kontrolü dışındaki bir durum olması nedeniyle kesinlikle özel yaşamın korunması hakkı kapsamında incelenecek bir husus olduğunu belirtmiştir.⁸⁷

Başvurucu, idare tarafından hafif engelli olarak kategorize edilmesine rağmen askeri hizmete alternatif olarak sivil hizmete de uygun bulunmadığını savunmuştur. Vicdani retçiler için alternatif olan sivil hizmetin, kendisi gibi hafif engelliler için alternatif olarak kabul edilmeyerek askerlik bedelini ödemeye zorlanmasının ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Hafif engelli bireylere yönelik ayırım gözetilen muamelenin, ne adalete ne de kamu menfaatine hizmet ettiğini, dolayısıyla meşru bir temeli bulunmadığını ifade etmiştir.

Mahkeme tarafların argümanlarını değerlendirirken yerleşik içtihadına atıf yaparak, farklı muamelenin makul ve nesnel bir gerekçeyle haklı kılınmaması durumunda eşit muamele ilkesinin ihlal edileceğini belirtmiştir. Makul ve nesnel gerekçelerle haklı kılınan farklı muamelenin olup olmadığını bu yolda alınmış tedbirin amacı ve etkisi ile bağlantılı olarak demokratik toplumlarda genellikle geçerli olan ilkeler göz önünde tutularak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Sözleşmede yer alan haklardan birinin kullanılmasında uygulanan farklı muamelenin aynı anda hem meşru bir amaç taşıması, hem de kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin açık şekilde sübut etmiş olması gerekmektedir.⁸⁸

⁸³ Glor v. Switzerland, p. 47.

⁸⁴ Glor v. Switzerland, p. 49.

⁸⁵ ECHR, Guerra and Others v. Italy, App. No. 14967/89, 19.02.1998, p. 44.

⁸⁶ Glor v. Switzerland, p. 48.

⁸⁷ Glor v. Switzerland, p. 54.

⁸⁸ ECHR, Glor v. Switzerland, p. 72; ECHR, Stec and Others v. the United Kingdom, App. No.

Davada uygulanacak temel ilkeleri sıraladıktan sonra Mahkeme, somut olayda karşılaştırılabilir durumdaki bireyler arasında iki boyutlu farklı muamele uygulandığını ve 14. maddedeki ayrımcılık temellerinin sınırlı sayılı olmaması dolayısıyla engellilik temelinde ayrımcılık yasağı kapsamında incelemenin uygun olduğunu kabul etmiştir.⁸⁹ İsviçre yasalarında ağır engelli erkekler dışında, vatandaş olan tüm erkeklerin zorunlu askeri hizmeti askeri ya da ikame sivil hizmet olarak yerine getirmemesi halinde askerlik bedelini ödeme zorunluluğu öngörülmüştür. Ayrıca vicdani retçiler için uygun görülen zorunlu askerlik hizmetini ikame eden sivil hizmet pozisyonları hafif engelli bireyler için uygun olabileceği halde, engellilerin bedelli askerliğe zorlanması bakımından objektif ve makul bir gerekçe tespit edilememiştir. AİHM bu düzenlemenin uygulamada yarattığı sorunu, engelli bireylerin topluma tam katılımı ve entegrasyonu hususunda zorluklar meydana getirmesi şeklinde nitelemiştir.⁹⁰

Glor, hem engelli olması gerekçe gösterilerek askerlik görevine alınmamış ve kendisine alternatif bir kamu hizmeti seçeneği sunulmamış, hem de engeli yeterli görülmediği için engellilere sağlanan bir vergi muafiyetinden yararlandırılmamıştır. AİHM, bedelli askerlikten muaf tutulanlar ile muaf tutulmayan hafif engelliler arasında yapılan ayrımın demokratik toplumlarda geçerli olan ilkeler çerçevesinde meşru bir dayanak bulamamıştır. Mahkeme, yerel makamların toplumun menfaatlerinin korunması ile başvuranın hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi arasında adil bir denge kurmadığı kanaatine vararak, mevcut davada Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alındığında Sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur. Başvurucu aleyhindeki verginin (askerlik bedelinin) ve etkilerinin ışığında, yerel makamlar tarafından, özellikle de hizmeti yerine getirmeye elverişli olmayan ve söz konusu vergiden yükümlü olmayan kişilerle, yine hizmeti yerine getirmeye elverişli olmayan ancak vergiyi ödemeye mecbur olan kişiler arasında yapılan ayrımın nesnel bir şekilde gerekçelendirilebileceği ihtimali, demokratik toplumlarda hakim olan ilkeler karşısında Mahkeme tarafından

65731/01, 12.04.2006, p. 51; ECHR, Petrovic v. Austria, App. No. 20458/92, 27.03.1998, p. 30; ECHR, Lithgow and Others v. The United Kingdom, Series A No. 102, 08.07.1986, p.177.

⁸⁹ ECHR, Stec and Others v. the United Kingdom, App. No. 65731/01, 12.04.2006, p. 50; ECHR, Glor v. Switzerland, p. 80.

⁹⁰ Glor v. Switzerland, p. 84.

makul görülmemiştir.⁹¹ Bu kararıyla AİHM, ulusal ölçütlerin belirlediği sınırlara bağlı kalmaksızın diyabet durumunu dinamik yorumla bir engel olarak kabul etmiş, bu anlamda belirli bir sakatlığın altı ve üstünde kalanlar biçiminde yapılan bir vergi düzenlemesinin ayrımcılık yarattığı sonucuna ulaşmıştır.⁹²

3. Çam/Türkiye Kararı (23 Şubat 2016)⁹³

Engelli bir başvuruçunun şikayeti üzerine AİHM tarafından ayrımcılık yasağı bağlamında değerlendirilen bir diğer dava *Çam/Türkiye* davasıdır. Görme engelli olan başvuruçusu C. E. Çam, İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı'nın giriş sınavını kazanmıştır. Sınavı kazandığını öğrenen başvuruçusu okul idaresi tarafından talep edilmesi üzerine Konservatuvar'da eğitim görmeye uygun olduğunu belgelemek üzere sağlık kuruluşlarına müracaat etmiştir. 2004 yılında tanzim edilen ve başvuruçunun görme engelliliğini teşhis eden sağlık kurulu raporunda, başvuruçunun Konservatuvar'da görme yetisi gerektirmeyen bölümlerde eğitim ve öğretim alabileceği belirtilmiştir.⁹⁴

Konservatuvar Müdürlüğü, sınavı kazanan öğrencinin raporundaki ilgili ibareler uyarınca, okul bünyesinde görme yetisi gerektirmeyen bir bölüm bulunmadığı gerekçesiyle sınavı kazanan başvuruçunun okula kayıt işlemlerini gerçekleştirmeyi reddetmiştir. Buna karşı başvuruçusu, Anayasa'nın 42. maddesini, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 4, 7, 8 ve 27. maddelerini ve 573 sayılı Özel Eğitim hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesini ileri sürerek eşitlik ilkesine aykırılık iddiasında bulunmuştur. Bu iddiayı desteklemek üzere ayrıca aynı Konservatuvar'dan mezun olan görme engelli eski öğrencilerin bulunduğu dikkat çekmiştir.⁹⁵ Eşitlik ilkesine aykırı işlem yapıldığı iddiasıyla idari yargıya başvuran Çam'ın argümanlarına karşı, okul idaresi Konservatuvar bünyesinde Braille alfabesini kullanabilen eğitimcileri ve teknik donanımları olmadığını, görme yetisi gerektirmeyen bölümlerinin de bulunmadığını ileri sürmüşlerdir. 1 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un eğitim alanında ayrımcılığı yasaklayan 15. maddesini dayanak gösteren

⁹¹ Glor v. Switzerland, p. 97-98.

⁹² ÇELİK, s. 229; CLIFFORD, s. 20.

⁹³ Çam v. Turkey, App. No. 51500/08, 23.02.2016.

⁹⁴ Çam v. Turkey, p. 7-11.

⁹⁵ Çam v. Turkey, p. 12-17.

başvurucunun talepleri İstanbul Bölge İdare Mahkemesi tarafından da reddedilmiştir.⁹⁶ 2006 yılında Danıştay'a yapılan temyiz başvurusu sonucunda davalı idarenin kararı onanarak, eşitlik ilkesine aykırılık iddiaları bir kez daha reddedilmiştir.⁹⁷

AIHM, ulusal mevzuatta engelli bireylerin eğitim hakkını ilgilendiren düzenlemeleri nazara almıştır. Buna göre 1739 sayılı Kanun'da yer alan milli eğitimde eşitlik hükmü ve 4. maddesindeki “eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet, engellilik ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır” hükmünü değerlendiren Mahkeme, eğitimde fırsat eşitliği ve özel gereksinimli çocuklara yönelik özel tedbirler alınmasını öngören çeşitli düzenlemelere kararında yer vermiştir. 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un da ilgili düzenlemelerine AIHM kararında yer verilmiştir. 2014 yılında kabul edilen 6518 Sayılı Kanun'un⁹⁸ 73. maddesi ile, 5378 sayılı Kanun'un 15. maddesinde değişiklik yapıldığını belirterek ayrıntılı olarak ilgili yasal düzenlemelere yer vermiştir. Bu düzenlemelerde “Hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim alması engellenemez. Engelliler, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, yaşadıkları çevrede bütünleştirilmiş ortamlarda, eşitlik temelinde, hayat boyu eğitim imkânından ayrımcılık yapılmaksızın yararlandırılır.”; “...Genel eğitim sistemi içinde engellilerin her seviyede eğitim almasını sağlayacak (...) planlamalara yer verilir.”; “... Üniversite öğrencilerinden engelli olanların öğrenime etkin katılımlarını sağlamak amacıyla (...) yükseköğretim kurumları bünyesinde, engellilere uygun araç-gereç ve ders materyallerinin, uygun eğitim, araştırma ve barınma ortamlarının temini ile eğitim süreçlerinde yaşadıkları sorunların çözümü gibi konularda çalışma yapmak üzere Engelliler Danışma ve Koordinasyon Merkezleri kurulur ...”. şeklindeki hükümlere yer verilmiştir.⁹⁹

AIHM'nin kararında atıf yaptığı uluslararası mevzuat kaynaklarından ilki, Türkiye'nin 2007 yılında onayladığı Avrupa Sosyal Şartı olmuştur. Avrupa Sosyal Şartı'nın 15. maddesi taraf devletlere; “... engellilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkını etkili bir biçimde kullanabilmelerini sağlamak üzere mümkün olduğunda

⁹⁶ Çam v. Turkey, p. 18-26.

⁹⁷ Çam v. Turkey, p. 32.

⁹⁸ 6518 Sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile Bazı Kanun ve KHK Hükümlerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”, Resmi Gazete, Tarih 19.02.2014, Sayı 28918.

⁹⁹ Çam v. Turkey, p. 36.

genel plan çerçevesinde, bu mümkün değilse, kamusal ya da özel uzmanlaşmış organlar aracılığıyla yönlendirilmesini, öğrenimini ve mesleki eğitimini sağlamak için gerekli önlemleri almayı...” hedef göstermiştir. Bu suretle Mahkeme engelli bireyler lehinde pozitif tedbirler alınmasını zorunluluk olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁰

AİHM'nin Çam kararında başvurduğu ikinci uluslararası hukuk kaynağı Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesidir. Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinde tanımlanan “engellilik temelinde ayrımcılık”, “makul uyumlaştırma”, gibi kavramlara atıf yapmıştır. Bunun yanı sıra Sözleşmenin “Eğitim” başlıklı 24. maddesine göndermede bulunarak taraf devletlerin engelli bireylerin eğitim hakkını kullanmasına fırsat eşitliği ve ayrımcılık yasağı ilkeleri çerçevesinde gerçekleştireceği uygulamalarla imkan vermesini salık vermiştir.¹⁰¹ 24. maddenin 4. fıkrasında taraf devletler bakımından “... eğitim hakkının hayata geçmesini sağlamak için, engelli olanlar dâhil olmak üzere, işaret dilini ve Braille alfabesini bilen öğretmenlerin işe alınması ve eğitimin her düzeyinde çalışan uzmanların ve personelin eğitilmesi için uygun tedbirler alınmalıdır...” vurgusu yapılmasını da Mahkeme değerlendirmesinde esas almıştır.

Başvurucunun uyumsuzluk kapsamındaki talebi, Konservatuvar'a kaydının yapılması için görme engelinin olmaması yönündeki gerekliliğin kaldırılması yönündedir. Başvurucu bu tür bir gerekliliğin, eğitim hakkının ihlaline meydan verdiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda başvurucu, herkese verilen imkânın engelli olan kişilere sunulması yönündeki pozitif yükümlülüğün devlet tarafından yerine getirilmediği gerekçesiyle Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinin ihlal edildiği yönünde hüküm kurulmasını istemiştir.¹⁰² Bununla birlikte Çam, görme engelli olması nedeniyle Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak ayrımcı bir muameleye maruz kaldığını iddia etmiştir.¹⁰³

Tarafların taleplerine yönelik AİHM'nin yaklaşımı, Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesiyle bağlantılı olarak AİHS 14. maddesi bakımından ihlal gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek yönünde olmuştur.

¹⁰⁰ Council of Europe, Explanatory Report to the European Social Charter (Revised), Strasbourg, 3.V.1996, p. 63-64; Çam v. Turkey, p. 34.

¹⁰¹ Çam v. Turkey, p. 38.

¹⁰² Çam v. Turkey, p. 39.

¹⁰³ Çam v. Turkey, p. 40.

Bu bağlamda Mahkeme, davalı tarafın argümanları dolayısıyla eğitim hakkına ilişkin hükmün uyuşmazlıkta uygulanabilirliğinin kabul gördüğünü belirtmiştir.¹⁰⁴ 14. madde bakımından uygulanabilirlik değerlendirmesinde ise AİHM, gerek doğrudan ayrımcılığın, gerekse dolaylı ayrımcılığın hüküm kapsamında yasaklandığını¹⁰⁵ belirtmiştir.¹⁰⁶ Bunun yanında *Glor/İsviçre* kararına¹⁰⁷ da atıfta bulunmak suretiyle ayrımcılık yasağının engellilik temelinde ayrımcılığı da kapsadığını şüpheye yer bırakmayacak şekilde ifade etmiştir. Bu çerçevede, davalı devletin ulusal mevzuatında da engelli öğrencilere yönelik ayrımcılık yasağı getirildiği sabittir. Bu halde başvurucuya Konservatuvar'da eğitim görme imkanı verilmemesinin sebebi, ilgili kanun hükümleri değil de okulun yönetmeliğidir. Mahkeme, başvurucunun görme engelli olmasının, okul kaydının yapılmamasındaki tek sebep olduğuna kanaat getirmiştir.¹⁰⁸ Oysa Sözleşmede eğitim hakkının soyut ve kuramsal olarak değil, somut ve etkili şekilde korunmasının amaçlandığı vurgulanmış; kaynaştırma eğitiminin (*inclusive education*)¹⁰⁹ uluslararası mevzuatta da, bu yoldaki en elverişli yöntem olarak kabul edildiğine vurgu yapılmıştır.¹¹⁰ AİHM, eğitim alanındaki düzenlemeleri, okullara erişilebilirliği mimari olarak sağlayacak donanımları, öğretmenlerin formasyon görmesi ve uygun müfredatın uyarlanması bakımından gerek maddi gerekse maddi olmayan, eğitsel ve örgütsel gerekliliklerin özenle yerine getirilmesini engellilik temelinde ayrımcılık yasağının bir unsuru olarak değerlendirmiştir.¹¹¹

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda Mahkeme, yalnızca görme engelli olması nedeniyle, objektif ve makul bir gerekçe sunmaksızın, Konservatuvar'ın müzik bölümünde eğitim görme imkanının başvurucuya tanınmadığı kanısına ulaşmıştır. AİHM, 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesi ile birlikte Sözleşmenin

¹⁰⁴ Çam v. Turkey, p. 42-43.

¹⁰⁵ D.H. and Others v. Czech Republic, App. No. 57325/00, 13.11.2007, p. 60, p. 131, p. 161.

¹⁰⁶ Çam v. Turkey, p. 54.

¹⁰⁷ *Glor v. Switzerland*, p. 80.

¹⁰⁸ Çam v. Turkey, p. 60.

¹⁰⁹ Kaynaştırma/bütünleştirme eğitimi, “özel eğitime ihtiyacı olan bireylerin her tür ve kademede diğer bireylerle karşılıklı etkileşim içinde bulunmalarını ve eğitim amaçlarını en üst düzeyde gerçekleştirmelerini sağlamak amacıyla bu bireylere destek eğitim hizmetleri de sunularak akranlarıyla birlikte tam zamanlı ya da özel eğitim sınıflarında yarı zamanlı olarak verilen eğitimi” ifade etmektedir. Bkz. Milli Eğitim Bakanlığı Özel Eğitim Hizmetleri Yönetmeliği 4. madde ö) fıkrası; Resmi Gazete, Tarih 07.07.2018, Sayı 30471.

¹¹⁰ Çam v. Turkey, p. 64.

¹¹¹ Çam v. Turkey, p. 67.

14. maddesinin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Bu sonuç dikkate alınarak, 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesine ilişkin şikayetin ayrı olarak incelenmesine, *Oršuš ve diğerleri/Hırvatistan*¹¹² kararında da olduğu gibi gerek görülmemiştir.¹¹³

4. Guberina / Hırvatistan Kararı (22 Mart 2016)¹¹⁴

Bu dava fiziksel ve mental engelli doğan üçüncü çocuğunun doğumundan sonra evini değiştiren bir babanın başvurusunu konu almaktadır. Başvurucu, engelli çocuğunun doğumu sebebiyle bir apartmanın üçüncü katındaki dairesini satmış ve müstakil bir eve taşınmıştır. Sosyal hizmetler yetkilileri çocuk hakkında %100 engelli tespiti yapmışlardır. Başvurucunun iddiasına göre yeni eve taşınma sebebi, önceki dairede asansör ve benzeri gibi engelli çocuğunun ihtiyaçlarına karşılık verecek olanakların bulunmamasıdır.¹¹⁵ Başvurucunun ulusal mevzuatta yer alan, aile ihtiyaçları için ev satışında geçerli olan vergi muafiyeti düzenlemesinden yararlanma talebi reddedilmiştir. Yerel mahkemelere yaptığı başvurulardan sonuç alamayan Guberina, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla Hırvat Anayasa Mahkemesine müracaat etmiştir. Anayasa Mahkemesi herhangi bir anayasal hak ihlali bulunmadığı gerekçesiyle başvurusunun davasını redetmiştir.¹¹⁶

AİHM, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinin çocuklara yönelik engellilik temelinde ayrımcılık yasağı, bireysel özerklik ve erişilebilirlik hakkı gibi ayrımcılık yasağı unsurlarının düzenlendiği çeşitli kaynaklar bakımından değerlendirme yapmıştır.¹¹⁷ Mahkeme, Ayrıca Birleşmiş Milletler Engelli Birey Hakları Komitesi'nin,¹¹⁸ Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin,¹¹⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar

¹¹² Oršuš and Others v. Croatia, Application No. 15766/03, 16.03.2010, p. 186.

¹¹³ Çam v. Turkey, p. 69-70.

¹¹⁴ Guberina v. Croatia, Application No. 23682/13, 12.09.2016.

¹¹⁵ Guberina v. Croatia, p. 8-10.

¹¹⁶ Guberina v. Croatia, p. 17-19.

¹¹⁷ Guberina v. Croatia, p. 34.

¹¹⁸ United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 2 (2014) on Article 9: Accessibility, CRPD/C/GC/2, 22 May 2014.

¹¹⁹ United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5: Persons with Disabilities, E/1995/22, 9 December 1994; General Comment No. 5 in its General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights, E/C.12/GC/20, 2 July 2009.

Komitesi'nin çeşitli kararlarına¹²⁰ ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21. ve 26. maddelerine de gönderme yapmıştır.¹²¹ Bu doğrultuda AİHM benzer statü kavramına girdiğini değerlendirdiği uyuşmazlıkta, başvuruyu mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağı çerçevesinde incelemiştir.

Mahkeme 14. maddedeki ayrımcılık yasağının, diğer Sözleşme hükümlerinden biriyle birlikte değerlendirilebildiği durumda uygulama alanı bulabildiği, bununla birlikte ayrımcılık yasağının ihlal edilmiş olmasının diğer hükümlerin ihlal edilmiş olması kaydına bağlı olmadığı yönündeki içtihat ilkesini tekrarlamıştır.¹²²

Bu çerçevede AİHM, engellilik durumunun ve bunun benzeri sağlıkla ilişkili statülerin 14. maddedeki ayrımcılık temellerinden olan “diğer nedenler” kapsamında değerlendirildiğini kabul etmiştir.¹²³ Ayrıca başvurucunun kendisinin değil de çocuğunun engellilik durumu dolayısıyla ayrımcılığa uğratılması durumunun 14. madde kapsamında değerlendirildiğini vurgulamıştır.¹²⁴ Makalemizin birinci bölümünde tanımlanan “dolayısıyla ayrımcılık” örneği teşkil eden uyuşmazlık konusunda, başvurucu babanın bakmakla yükümlü olup yakın ilişkide olduğu çocuğunun engelli olması nedeniyle ayrımcılığa maruz kalması durumunu AİHM, engellilik temelinde ayrımcılık yasağının 14. maddenin kapsamında olan bir türü olarak değerlendirmiştir.¹²⁵

AİHM başvurucunun Gayrimenkul Devri Vergileme Yasasında yer alan vergi muafiyetine ilişkin düzenlemeden yararlandırılmaması suretiyle farklı muameleye uğradığını ve yerel yetkililer ile mahkemelerin, engelli çocuğun spesifik ihtiyaçları bulunması nedeniyle evin değiştirildiği gerçeğini göz ardı ettiklerini belirtmiştir.¹²⁶ Yerel yetkililere göre gayrimenkul devrinde vergi muafiyetinden faydalanabilmek için konut devrinin zorunlu ailevi

¹²⁰ Council of Europe Committee of Ministers Recommendation Rec (2006) 5, Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015, of 5 April 2006.

¹²¹ Guberina v. Croatia, p. 40-42.

¹²² Guberina v. Croatia, p. 67.

¹²³ Guberina v. Croatia, p. 76; Glor, p 80; Kiyutin, p. 57; I.B. v. Greece, no. 552/10, p. 73.

¹²⁴ Guberina v. Croatia, p. 78; Efe v. Austria, App. No. 9134/06, 08.01.2013, p. 48.

¹²⁵ Guberina v. Croatia, p. 79.

¹²⁶ Guberina v. Croatia, p. 80-87.

gereksinimlere yönelik yapılmış olması gerekmektedir. Asansörsüz bir konutun fiziksel engelli çocuğu bulunan bir ailenin gereksinimlerine yanıt vermediğini değerlendiren AİHM ise, taraf devletler bakımından makul uyumlaştırma, erişilebilirlik ve ayrımcılık yasağı gibi bağlantılı ilkelerin gözetilmesi yükümlülüğünü yerel yasaların üstünde kabul etmiştir.¹²⁷ Mahkeme, başvurucuya uygulanan farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçeye dayanmadığı sonucuna vardığından¹²⁸ 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği yönünde hüküm kurmuştur.¹²⁹ Bu hükme bağlı olarak 12 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar yönünden ayrıca inceleme yapılması gerekli görülmemiştir.¹³⁰

5. Enver Şahin / Türkiye Kararı (30 Ocak 2018)¹³¹

Bu uyuşmazlıkta başvurucu Enver Şahin, 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlalini ve 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlalini dava etmiştir. Üniversitenin Teknik Fakültesi'ndeki makine öğretim programının ilk yılındayken geçirdiği kaza sonucunda ağır yaralanmış ve fiziki koşulları fakülteye dönmesine olanak sağlayana kadar eğitimini askıya almıştır.¹³² 2007 yılında başvurucu, fakülteden, üniversite binalarının 2007-2008 öğretim yılı boyunca çalışmalarına devam edebilmesi için uyarlanması talebinde bulunmuştur. Bu talebe karşı fakülte idaresinin yanıtı, mimari yapının revize edilmeye uygun olmadığı, buna karşın kendilerinin eğitimine devam etmesinde davacıya yardım etmeye çalışacakları yönünde olmuştur.¹³³

Anayasanın 42. maddesine, 5378 sayılı Engelli Kişilere Dair Kanun'un 15. maddesine ve AİHS'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesine dayanarak, fırsat eşitliği ilkesi gereğince, devletin, vatandaşların eğitim hakkını sağlamakla yükümlü olduğunu iddiasına dayanan Enver Şahin, davalı

¹²⁷ OOMEN, s. 93.

¹²⁸ Guberina v. Croatia, p. 98.

¹²⁹ Guberina v. Croatia, p. 99.

¹³⁰ Guberina v. Croatia, p. 104-107; ECHR, Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, App. No. 27996/06; 34836/06, 22.12.2009, p. 51; ECHR, Savez Crkava "Riječ života" and Others v. Croatia, App. No. 7798/08, 09.12.2010, p. 114-115.

¹³¹ Enver Şahin v. Turkey, App. No. 23065/12, 30.01.2018.

¹³² Enver Şahin v. Turkey, p. 6.

¹³³ Enver Şahin v. Turkey, p. 7-8.

idarenin bütçe ve zaman kısıtlılıklarına dayalı savunmasını kabul etmemiştir.¹³⁴ AİHM uyuşmazlığa ilişkin değerlendirmesinde, 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun'un 3. maddesi f bendindeki "erişilebilirlik" tanımına, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun¹³⁵, fiziksel çevrenin engelliler için ulaşılabilir ve yaşanılabilir kılınması için imar planlarında uyulması gereken standartlarına ilişkin ek hükmüne de gönderme yapmıştır.¹³⁶ Mahkeme Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesine de atıf yaparak "engellilik temelinde ayrımcılık yasağı" anlayışına vurgu yapmıştır. Engelli Hakları Sözleşmesi 2. maddesinde yer alan "makul uyumlaştırma"nın ve 9. maddede yer alan "erişilebilirlik" ilkesinin gereklilikleri ile 24. maddedeki engelli bireylerin eğitim hakkına ilişkin düzenlemeler de AİHM kararına dayanak oluşturan uluslararası mevzuat kökenli gerekçelendirmede yer almıştır.¹³⁷

Buna ek olarak, AİHM, 9 Nisan 1992 tarihli "Özürlü kişiler için tutarlı politikaların izlenmesine dair" Tavsiye Kararında¹³⁸, Bakanlar Kurulu'nun, taraf devletlere "özürlü kişinin bağımsız yaşama hakkını ve engellilere diğer insanlara kıyasla gerçek bir "eşit fırsat" sunmak için "topluma entegrasyon" ve "toplumu bu hakkın sağlanması görevini kabul etmek" için çağrıda bulunmasına vurgu yapmıştır.¹³⁹ Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'nin, 7 Mayıs 1992 tarihli "Özürlü Kişilere Yönelik Rehabilitasyon Politikalarına Dair" Tavsiye Kararında¹⁴⁰ engelli haklarının kullanılabilmesi yolunda taraf devletlerin yükümlülüklerine işaret edilmiştir. Bu bağlamda taraf devletler standartlarını, özürlü insanların özgürlüklerini garanti altına almak için sahip oldukları ihtiyaçlara göre uyarlama görevine" sahiptir. Bu amaçla hükümetler ve yetkili makamlar, "engellilerin hayata etkin ve aktif katılımını sağlamaya ve teşvik etmeye" yönlendirilmiştir.¹⁴¹

¹³⁴ Enver Şahin v. Turkey, p. 9-10.

¹³⁵ 3194 Sayılı İmar Kanunu, Resmi Gazete, Tarih 09.05.1985, Sayı 18749.

¹³⁶ Enver Şahin v. Turkey, p. 22-23.

¹³⁷ Enver Şahin v. Turkey, p. 25.

¹³⁸ Council of Europe, Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation No. R (92) 6, 09.04.1992.

¹³⁹ Enver Şahin v. Turkey, p. 27.

¹⁴⁰ Council of Europe, Parliamentary Assembly Recommendation "Rehabilitation policies for the disabled persons", Rec. 1185 (1992), 07.05.1992.

¹⁴¹ Enver Şahin v. Turkey, p. 27.

Şahin/Türkiye kararında da AİHM ayrımcılık yasağını, diğer pek çok kararında olduğu gibi,¹⁴² 14. maddenin otonom bir hüküm olmadığı ve Sözleşmedeki diğer haklarla birlikte değerlendirildiği yolundaki içtihat ilkesine uygun olarak yorumlamıştır.¹⁴³ Ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesindeki eğitim hakkını değerlendirirken de Mahkeme, belirli bir dönemde mümkün olan yüksek öğrenim kurumlarına erişimin eğitim hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu ve taraf devletlerin yükseköğrenime erişim hakkını etkili bir şekilde tanımakla yükümlü olduklarını belirtmiştir.¹⁴⁴ Mahkeme *Çam/Türkiye* kararında olduğu gibi, ayrımcılık yasağı bağlamında engelli bireylere eşit fırsatlar tanımayı teşvik eden kaynaştırma eğitiminin önemine işaret etmiştir.¹⁴⁵ Engellilik temelli ayrımcılığın makul uyumlaştırma tedbirlerinin alınmasını da kapsadığını belirten Mahkeme,¹⁴⁶ engelli bireye binaya erişim sağlamak üzere Rektörlük tarafından teklif edilen insan yardımını yetersiz bulmuştur.¹⁴⁷ Sonuçta AİHM eğitim hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlalinin ayrıca incelenmesine gerek bulunmadığı yönünde hüküm kurmuştur.¹⁴⁸

B. Diğer Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri Bağlamında Değerlendirilen Yargılamalar

Engelli bireyler söz konusu olduğunda, AİHM içtihadında Sözleşmeyle koruma altına alınan haklara ilişkin uygulama standartlarını yükseltme yolunda insan onuru kavramına başvurulabilmektedir. Genel bir prensip olarak insan onuru kavramı, insan hakları hukukunda engelli bireylerin haklarına yönelik insan hakları temelli yaklaşımın dayanaklarından biri olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte daha etkin bir koruma sistemi

¹⁴² ECHR, *Belgian Linguistic Case v. Belgium*, App. No. 1474/62;1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64,23.07.1968, p. 9; ECHR, *Stec v. The United Kingdom*, App. No. 65731/01, 12.04.2006, p. 39-40; ECHR, *E.B. v. France*, App. No. 4354602, 22.01.2008, p. 48; ECHR, *Sejdic and Finci v. Bosnia*, App. No. 27996/06; 34836/06. 22.12.2009, p. 39.

¹⁴³ *Enver Şahin v. Turkey*, p. 30.

¹⁴⁴ *Enver Şahin v. Turkey*, p. 31; *Leyla Şahin v. Turkey*, App. No. 44774/98, 10.11.2005, p. 136-137; *Mürsel Eren v. Turkey*, App. No. 60856/00, 07.02.2006, p. 41; *İrfan Temel and Others v Turkey*, App. No. 36458/02, 03.03.2009, p. 39.

¹⁴⁵ *Enver Şahin v. Turkey*, p. 62; *Çam v Turkey*, p. 64.

¹⁴⁶ *Enver Şahin v. Turkey*, p. 67; *Ozan Barış Şanlısoy v. Turkey*, App. No. 77023/12, 08 11. 2016, p. 60.

¹⁴⁷ *Enver Şahin v. Turkey*, p. 71.

¹⁴⁸ *Enver Şahin v. Turkey*, p. 75-79.

oluşturmak üzere engelli birey haklarına ilişkin AİHS'ye ek bir protokol kabul edilmesi ihtiyacı bulunduğunu savunan görüşler mevcuttur.¹⁴⁹

AİHS'nin koruma altına aldığı temel hakların pek çoğuna ilişkin olarak engelli bireylerin lehinde verilen ihlal kararları ayrımcılık yasağından soyut olarak değerlendirilmiştir. Engelli bireylerin temel haklarına ilişkin uyumsuzluklarda yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı, evlenme hakkı, oy kullanma hakkı, özel yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, eğitim hakkı ve kötü muamele yasağı gibi haklar da bazen ayrımcılık yasağı bağlamında, bazen de ayrımcılık yasağından bağımsız olarak değerlendirilmiştir. Bu bölümde engelli bireylerin başvurusu olduğu ancak ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmeksizin, AİHS'nin diğer hükümlerinden değerlendirmelerin yapıldığı kararlar ele alınmaktadır. Sözleşmedeki hükümlerin sıralaması esas alındığında 2. maddede düzenlenen yaşam hakkına ilişkin başvurulardan başlamak uygun olacaktır.

Engelli bireylerin yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruların büyük bir bölümü “dolaylı mağdur” sıfatıyla engelli birey yakınları tarafından yapılmıştır. Ancak AİHM'nin yerleşik içtihadıyla da sabit olduğu üzere, yaşam hakkından ihlalin gerçekleştiğine hükmedebilmede mağdurun yaşamını yitirmiş olması bir ön koşul değildir. Dolayısıyla engelli bireylerin “doğrudan mağdur” statüsünde iken de yaşam hakkının ihlali iddiasıyla yaptıkları başvurular kabul edilebilir mahiyettedir.¹⁵⁰

Dolaylı mağdur sıfatıyla yapılan başvurular arasındaki kararlardan biri, işitme ve konuşma engelli bireyin polis tarafından gözaltında tutulması esnasında kaza sonucu yaşamını yitirmesini konu alan *Jasinskis/Letonya*¹⁵¹ davasında verilmiştir. Bu davada Mahkeme, gözaltına alma sırasında tıbbi muayenesi yapılmayan engelli bireyin özel gereksinimlerine uygun tedbirler alınmamış olması sonucunda yaşam hakkının esas bakımından, ölüm soruşturmasının etkili şekilde yürütülmemiş olması nedeniyle de yaşam hakkının usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁵² Dolaylı mağdur sıfatıyla yapılan bazı başvurular, yetimhane, bakımevi veya ruh ve sinir hastalıkları hastanesinde engelli çocukların ve genç bireylerin beslenme, barınma, sağlık bakımı ihtiyaçlarının karşılanmaması sonucunda

¹⁴⁹ DIMAPOULOS, s. 4.

¹⁵⁰ FIALA / LEWIS, s. 135; FENWICK, s. 41.

¹⁵¹ ECHR, *Jasinkis v. Latvia*, App. No. 45744/08, 21.12.2010.

¹⁵² ECHR, *Jasinkis v. Latvia*, App. No. 45744/08, 21.12.2010.

yaşamını yitirmesini konu almaktadır.¹⁵³ AİHM engelli bireylerin ruh ve sinir hastalıkları kurumlarında yaşamını yitirmesi durumlarında, taraf devletlerin ilgili kurumlara aktardığı kaynak yetersizliğini ya da ulusal mevzuatlarının eksikliğini gerekçe göstermesini reddetmekte ve başvuruçuların ölümüne ilişkin soruşturmanın etkili şekilde yürütülmesini aramaktadır.¹⁵⁴

AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenen insanlık dışı ve kötü muamele yasağına aykırılık iddiasıyla engelli bireyler tarafından yapılan başvuruların önemli bir bölümü, engelli bireylerin özel gereksinimlerinin karşılanmamasına bağlı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkindir. *Price/İngiltere*¹⁵⁵ davasında AİHM, ağır engelli bireyin gözaltında tutulduğu esnada kolları ve bacakları bulunmadığı ve tekerlekli sandalyesinden yatağa geçiş yapamadığı bilinmesine karşın nezaret odasının özel gereksinimlerine uygun olarak adapte edilmemiş olmasını kötü muamele yasağının ihlali olarak değerlendirmiştir. 3. maddenin ihlal edildiği yönündeki benzer kararlar, belden aşağısı felçli olup tekerlekli sandalyeye mahkum olan¹⁵⁶, işitme ve konuşma engelli olup işaret dili kullanmayan ve okuma yazma bilmeyen¹⁵⁷, cezaevindeyken çeşitli hastalıklardan tedavisini sürdürürken tekerlekli sandalyeye mahkum olan¹⁵⁸, fiziksel engelli olup sınır dışı edilmek üzere yabancı kabul ve barınma merkezinde tutulan¹⁵⁹, cezaevi yerleşkesinin kendisi gibi ağır engelliler için uyumlaştırılmadığını iddia eden¹⁶⁰ hükümlü veya tutuklular hakkındaki başvurular sonucunda da verilmiştir. Kötü muamele yasağının ihlal edildiği hükmüyle sonuçlanan bazı davalar, ruh ve sinir hastalıkları kuruluşlarında ve sosyal bakım evlerindeki yaşam koşullarının insani standartlara uygunluk taşımamasına dayanılarak verilmiştir.¹⁶¹

¹⁵³ ECHR, *Nencheva and Others v. Bulgaria*, App. No. 48609/06, 18.06.2013; ECHR, *Center of Legal Resources on behalf of Velutin Campeanu v. Romania*, App. No. 47848/08, 17.04.2014; ECHR, *Centre for Legal Resources on behalf of Miorita Malacu and Others v. Romania*, App. No. 55093/09, 27.09.2016.

¹⁵⁴ *FIALA / LEWIS*, s. 139-140.

¹⁵⁵ ECHR, *Price v. UK*, App. No. 33394/96, 10.07.2001.

¹⁵⁶ ECHR, *Vincent v. France*, App. No. 6253/03, 24.10.2006.

¹⁵⁷ ECHR, *Z.H. v. Hungary*, App. No. 28973/11, 08.11.2011.

¹⁵⁸ ECHR, *Arutyunyan v. Russia*, App. No. 48977/09, 10.01.2012; ECHR, *Grimailovs v. Latvia*, App. No. 6087/03, 25.06.2013; ECHR, *Semikhvostov v. Russia*, App. No. 2689/12, 06.02.2014; ECHR, *Farbutis v. Latvia*, App. No. 4672/02, 02.12.2004; ECHR, *D.G. v. Poland*, App. No. 45705/07, 12.02.2013

¹⁵⁹ ECHR, *Asalya v. Turkey*, App. No. 43875/09, 15.04.2014.

¹⁶⁰ ECHR, *Helhal v. France*, App. No. 10401/12, 19.02.2015.

¹⁶¹ ECHR, *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, 17.01.2012.

AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından yapılan yargılamalarda genel olarak Mahkeme, gözaltına alınan veya tutuklu bulunan engelli bireylerin tutulma usulünün yasal hükümlere uygun olup olmadığı yönünden değerlendirme yapmaktadır. 5. maddeden ihlal sonucunun gerçekleştiği bir başka grup uyuşmazlıkta ise zihinsel ya da ruhsal engelli olan ve genellikle kısmi ya da tam vesayet altında bulunan başvuru sahiplerinin, kendi iradelerine başvurulmaksızın kurumlara yerleştirilmiş oldukları gerekçesiyle¹⁶² ya da kendi iradelerine başvurulduktan sonra kuruma yerleştirilmelerine ilişkin karara karşı yargısal itiraz yollarının bulunmaması gerekçesiyle¹⁶³ yasadışı olarak özgürlüğünün kısıtlandığı değerlendirilmiştir.

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddeyle ilgili uyuşmazlıklar, hakkın geniş kapsamlı içeriğiyle orantılı şekilde çeşitlilik arz etmektedir. Adil yargılanma hakkının makul sürede yargılanma unsuruna dayalı ihlal kararları bulunduğu gibi¹⁶⁴; ruhsal engelli bireyin yargılanmanın tarafı olarak sürece katılmamış olması nedeniyle çelişmeli yargılama ilkesinin gözetilmemesine dayalı ihlal kararları da bulunmaktadır.¹⁶⁵ *Stanev/Bulgaristan* başvurusunda, kısmi vesayet altında bulunan ruhsal engelli başvuru sahibi, vesayet kararına yönelik yargısal itiraz yoluna başvurma imkanından yoksun bırakıldığı için mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği yönünde hüküm kurulmuştur.¹⁶⁶

Özel yaşam hakkının ihlal edildiği yönünde sonuçlanan *Botta/İtalya* davası, ilk kez fiziksel engelli bir birey tarafından yapılan başvuru sonucunda görülmüştür.¹⁶⁷ Bu davada Mahkeme fiziksel engelli bireyin tatil yaptığı beldeden uzakta yer alan bir özel yüzme tesisinde engelli rampası bulunmaması şeklindeki donanım eksikliğini 8. maddeden ihlal meydana getirecek şekilde değerlendirmemiştir.¹⁶⁸ Bununla birlikte aynı kararda AİHM Sözleşmeyle korunan haklara ilişkin devletin pozitif yükümlülükleri ile sosyal ve ekonomik hakların korunma alanını birbirinden kesin bir hatla ayırt etmenin mümkün olmadığını hükme bağlayarak genişletici yorumda bulunmuştur.

¹⁶² ECHR, *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, 17.01.2012.

¹⁶³ ECHR, *D.D. v. Lithuania*, App. No. 13469/06, 14.02.2012.

¹⁶⁴ ECHR, *Mocie v. France*, App. No. 46096/99, 08.04.2003.

¹⁶⁵ ECHR, *Shtukaturov v. Russia*, App. No. 44009/05, 27.03.2008.

¹⁶⁶ ECHR, *Stanev v. Bulgaria*, App. No. 36760/06, 17.01.2012.

¹⁶⁷ DIMOPOULOS, s. 88.

¹⁶⁸ ECHR, *Botta v. Italy*, App. No. 153/1996/772/973, 24.02.1998.

Benzer yaklaşım *Price/İngiltere*¹⁶⁹ kararında yargıç Greve tarafından da benimsenmiştir.¹⁷⁰ Ancak bu davada da 8. maddeden değil, 3. maddedeki kötü muamele yasağından ihlal gerçekleştiği sonucuna ulaşılmıştır.

8. ve 3. maddelerden birlikte ihlalin gerçekleştiğine karar verilen bir uyuşmazlık konusu, doğum öncesinde kürtaj karşıtı doktorların manipülasyonu sonucu genetik testlere erişememeye bağlı olarak ortaya çıkmıştır.¹⁷¹ Başvurucunun kürtaj karşıtı olan doktoru, test sonuçlarını yasal kürtaj süresinin aşıldığı tarihe kadar gizlemiş ve anne adayının cenin bozukluğu durumuna ilişkin tercih yapma hakkını kullanma imkanını elinden almıştır. Benzer bir uyuşmazlık Türk Anayasa Mahkemesi önüne geldiğinde, yargısal değerlendirme yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkı bakımından yapılmıştır.¹⁷² Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, anne bakımından gebeliğin sonlandırılabilir olmasına rağmen hekim kusuru nedeniyle kürtaj hakkının kullanılmamış olması gerekçesiyle, %99 engelli doğan bebek bakımından doğum sırasında olduğu gibi doğum sonrasında da ölüm riskinin devam etmesi nedeniyle yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁷³

Bir grup uyuşmazlıkta başvurucuları aleyhinde, yerel mahkemeler tarafından kısıtlılık kararı verilmiş olmasında usul hukukuna aykırılıklar bulunması nedeniyle 8. maddedeki özel yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.¹⁷⁴ *Shtukaturov/Rusya*¹⁷⁵ kararında da ruhsal engelli başvuru aleyhinde yapılan kısıtlılık yargılamasında, başvuru mahkeme tarafından dinlenmemiş olması nedeniyle özel yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. Engelli çocuğun yargılamada temsil edilmemiş olması halinde¹⁷⁶, engelli bireyin tıbbi tedavisinde kendisi ya da vasisinin rıza yokluğu durumunda¹⁷⁷, engelli bireylerin çocukları üzerindeki velayet

¹⁶⁹ ECHR, *Price v. the United Kingdom*, App. No. 33394/96, 10.07.2001.

¹⁷⁰ CLEMENTS / READ, s. 16.

¹⁷¹ ECHR, *R.R. v. Poland*, App. No. 27617/04, 28.11.2011.

¹⁷² Anayasa Mahkemesi, İlker Başer ve Diğerleri Başvurusu, No. 2013/1943, 09.09.2015.

¹⁷³ İlker Başer ve Diğerleri Başvurusu, p. 38.

¹⁷⁴ ECHR, *Ivinović v. Croatia*, App. No. 13006/13, 18.09.2014.

¹⁷⁵ ECHR, *Shtukaturov v. Russia*, App. No. 44009/05, 27.03.2008.

¹⁷⁶ ECHR, *A. M. M. v. Romania*, App. No. 2151/10, 14.02.2012.

¹⁷⁷ ECHR, *Glass v. the UK*, App. No. 61827/00, 09.03.2004.

hakkının alınmasında¹⁷⁸, engelli ebeveynlerin çocuklarına erişimlerine ilişkin uyuşmazlıklarda¹⁷⁹ 8. madde bakımından değerlendirme yapılabilmektedir.

*Dordevic/Hrvatistan*¹⁸⁰ davasında AIHM'nin nihai olmayan değerlendirmesine göre, devletin pozitif yükümlülük anlayışı gereğince, engelli bireylerin müteaddit defalar üçüncü kişilerin tacizine uğraması durumunda etkili önlemler alınması zorunludur. Engelli bir çocuğa ve annesine yönelik fiziksel ve sözlü tacizlerin sürmesine karşın idarenin etkili önlemlere başvuramaması 8. madde kapsamındaki bir ihlal olarak değerlendirilmiştir.

Mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklar AIHM yargılamalarında engelli bireylerin ebeveynlerine ait tazminat ödemelerine¹⁸¹, hak kazanan engelli bireylere bağlanmayan maluliyet aylıklarına¹⁸² ya da engelli yardım aylıklarına¹⁸³, mevzuat değişikliğine bağlı olarak kesintiye uğratan engelli aylıklarına¹⁸⁴ ilişkin olabilmektedir. AIHM önüne engelli bireyler tarafından getirilen uyuşmazlıklar ayrıca eğitim hakkı¹⁸⁵, oy kullanma ehliyeti¹⁸⁶, ehil olmayan bireylerin evlenme hakkı¹⁸⁷ gibi hususları konu almıştır.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında genel ayrımcılık yasağı bakımından çeşitli temellerden ihlal iddiaları değerlendirilmektedir. Engelli bireylerin başvuru olduğu uyuşmazlıklar ise inceleme konusu ve dayanakları bakımından iki gruba ayrılmaktadır. Birinci uyuşmazlık grubundakiler, engelli bireylerin ayrımcılık mağduru olduğu değerlendirilen ve dolayısıyla

¹⁷⁸ ECHR, Kutzner v. Germany, App. No. 46544/99, 26.02.2002; ECHR, Saviny v. Ukraine, App. No. 39948/06, 18.12.2008; ECHR, A.K. and L. v. Croatia, App. No. 37956/11, 08.01.2013.

¹⁷⁹ ECHR, Dmitriy Ryabov v. Russia, App. No. 33774/08, 01.08.2013.

¹⁸⁰ ECHR, Dordevic v. Croatia, App. No. 41526/10, 24.02.2012.

¹⁸¹ ECHR, Maurice v. France, App. No. 11810/03, 06.10.2005; ECHR, Draon v. France, App. No. 1513/03, 21.06.2006.

¹⁸² ECHR, Kjartan Asmundsson v. Iceland, App. No. 60669/00, 12.10.2004.

¹⁸³ ECHR, Kuoa Poirrez v. France, App. No. 40892/98, 30.09.2003.

¹⁸⁴ ECHR, Béláné Nagy v. Hungary, App. No. 53080/13, 10.02.2015.

¹⁸⁵ ECHR, Gherghina v. Romania, App. No. 42219/07, (Inadmissible).

¹⁸⁶ ECHR, Lajos Kiss v. Hungary, App. No. 38832/06, 20.05.2010.

¹⁸⁷ ECHR, Lashin v. Russia, App. No. 33117/02, 22.01.2013; ECHR, Winterworp v. the Netherlands, App. No. 4301/73, 24.11.1979.

diğer AİHS hükümleriyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı bakımından ihlalin incelendiği uyuşmazlıklardır. İkinci uyuşmazlık grubundakiler ise, engelli bireylerin ayrımcılık mağduru olduğu iddiasına dayanmayan ve sadece diğer AİHS hükümlerinden ihlalin değerlendirildiği uyuşmazlıklardır. Engelli bireyler bakımından ayrımcılığın önlenmesi hususunda, diğer temellerde ayrımcılığa uğrayan dezavantajlı grupların durumuna kıyasla alınacak daha çok yol olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁸ Bununla birlikte engelli bireylerin davacı olduğu birinci gruptaki uyuşmazlıklarda AİHM, genel ayrımcılık yasağına ilişkin uyuşmazlıklarda başvurduğu analiz yöntemlerinden ayrılmamıştır.

Bu çalışmada ayrımcılık yasağı bağlamında engelli bireylerin haklarına ilişkin olarak incelenen yargısal kararlar, AİHM'nin yakın tarihli kararlarında spesifik olarak engelli bireylerin haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası mevzu ve içtihadî kaynaklara daha sık başvurduğunu ortaya koymaktadır. Mahkeme aynı zamanda engellilik temelinde ayrımcılık yasağına ilişkin temel kavramları da daha sık kullanmaya başlamıştır. Makul uyumlaştırma, kaynaştırma eğitimi, erişilebilirlik standartları gibi engelli birey haklarının korunmasına mahsus olarak kullanılan kavramların AİHM içtihadında yer edinmesi, içtihat hukukunun dinamizmini ortaya koymaktadır.

AİHS hükümlerinde engellilik temelinde ayrımcılık yasağı spesifik olarak düzenlenmediği halde, dinamik içtihadıyla AİHM engelli bireylerin korunması yönünde aktif bir yaklaşım sergilemektedir. Özellikle Mahkeme'nin engelli bireylerin haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda 2009 yılından itibaren Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinin çeşitli hükümlerini esas alarak değerlendirme yapması,¹⁸⁹ engelli bireylerin ayrımcılık yasağı bağlamında korunmasını güçlendirmeye hizmet etmiştir. Mahkeme kararlarının Avrupa Konseyi üyesi devletlerde doğrudan bağlayıcılık gücüne sahip olması nedeniyle gerek engelli bireylere yönelik ayrımcılık yasağını gerekse spesifik olarak diğer birey haklarını etkin şekilde koruma altına aldığı kabul edilmektedir. Bu suretle Mahkeme ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı hükümlerinin engelli bireylere sağladığı güvencelerin etkin şekilde işletilmesine aracılık etmiş olmaktadır. Bu bağlamda AİHM içtihadının, genel ayrımcılık yasağı hususunda olduğu

¹⁸⁸ CLIFFORD, s. 11.

¹⁸⁹ ECHR, *Glor v. Switzerland*, App. No. 13444/04, 30.04.2009, p. 53; ECHR, *Lajos Kiss v. Hungary*, App. No. 38832/06, 20.05.2010, p. 14; ECHR, *Çam v. Turkey*, App. No. 51500/08, 23.02.2016, p. 53; ECHR, *Guberina v. Croatia*, App. No. 23682/13, 12.09.2016, p. 34-35; ECHR, *Enver Şahin v. Turkey*, App. No. 23065/12, 30.01.2018, p. 19, p. 53.

gibi, engellilik temelinde ayrımcılık yasağının uygulanması hususunda da, ulusal ve uluslararası düzeyde emsal oluşturarak genişleyecek bir etki alanına sahip olması mümkündür.

KAYNAKÇA

AKILLIOĞLU, Tekin: **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayınevi, Ankara 2010.

ARNARDOTTIR, Oddny Mjöll: **Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhof Publishers, Lahey/Londra/New York, 2003.

ARNARDOTTIR, Oddny Mjöll: “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, **Oslo Law Review**, C. 4. Sa. 3, Y. 2017, s. 150-171.

BELL, Marc: “The Right to Equality and Non- Discrimination”, Hervey Tamara/ Kenner Jeff (Der.), **Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights: A Legal Perspective**, Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon 2003, s. 91-110.

CLEMENTS, Luce / READ, Janet: “Life, Disability and the Pursuit of Human Rights”, Luce Clements/Janet Read (Der.), **Disabled People and the Right to Life: The Protection and Violation of Disabled People’s Most Basic Human Rights**, Routledge, Londra/New York 2008, s. 1-29.

CLIFFORD, Jarlath: “The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law”, **The Equal Rights Review**, C. 6, Y. 2011, s. 11-25.

ÇAĞLAR, Selda: “Engelli Hakları Sözleşmesinde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin uyum Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 96, Y. 2011, s. 149-178.

ÇAĞLAR, Selda: “Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişebilirlikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, Sa. 2, Y. 2012, s. 541-598.

ÇELİK, Elif: “Onuncu Yılında Birleşmiş Milletler Engelli Kişilerin İnsan

Hakları Sözleşmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7 Sa. 1, Y. 2016, s. 219-246.

DEVROYE, Jennifer: “The Case of D.H. and Others v. the Czech Republic”, **Northwestern Journal of International Human Rights**, C. 7, Sa. 1, Y. 2009, s. 80-101.

DIMOPOULOS, Andreas: **Issues in Human Rights Protection of Intellectually Disabled Persons**, Routledge/Taylor and Francis Group, Londra/New York 2016.

EMENS, Elizabeth F.: “Disabling Attitudes: U.S. Disability Law and the ADA Amendments Act”, Lennard J. Davis (Der.), **The Disability Studies Reader**, Routledge, 4. Bası, Londra/New York 2013, s. 42-57.

FENWICK, Helen: **Civil Liberties and Human Rights**, Routledge-Cavendish, 4. Bası, UK-USA-Canada 2007.

FIALA, Jan / LEWIS, Oliver: “Human Rights Aspects of Deaths of Institutionalized People with Disabilities in Europe”, Luke Clements/Janet Read (Der.), **Disabled People and Right to Life**, Routledge, New York 2008, s. 127-147.

FREDMAN, Sandra: **Discrimination Law**, Oxford University Press, 2. Bası, Oxford, 2011.

GERARDS, Janneke: “The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights”, **Human Rights Law Review**, Sa. 13, Y. 2013, s. 99-124.

GÜL, İdil Işıl / KARAN, Ulaş: Ayrımcılık Yasağı: **Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, İstanbul, Şubat 2011.

GÜLMEZ, Mesut: Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler, **Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III – Bildiriler: 25-26 Ekim 2011**, Petrol-İş Yayınları, İstanbul 2011.

HARRIS, D. J. / O’BOYLE, M./ WARBRICK, C.: **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, 2. Bası, Oxford-New York 2009.

MCCOLGAN, Aileen: **Discrimination, Equality and the Law**, Hart

Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2014.

MC CRUDDEN, Christopher / PRECHAL: Sacha, **The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach**, European Commission, Kasım 2009.

MOECKLI, Daniel: “Equality and Non-Discrimination”, **International Human Rights Law**, Daniel Moeckli/ Sangeeta Shah/Sandesh Sivakumaran (Der.), Oxford University Press, New York 2010, s. 189-208.

O’CONNEL, Rory: “Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, **Legal Studies: The Society of Legal Scholars**, C. 29, Sa. 2, Y. 2009, s. 211-229.

OOMEN, Barbara: “Fragmentation/Integration of Human Rights Law: a Users’ Perspective on CRPD”, Brems, Eva / Ouald-Chaib, Saïla (Der.), **Fragmentation and Integration in Human Rights Law**, Edward Edgar Publishing, UK/USA 2018.

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 4. Bası, Ankara 1995.

ÖZKAN DUVAN, Ayşe: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa. 2, Y. 2017, s. 17-80.

ŞİRİN, Tolga: “Ulusal ve Uluslararası Anayasa Yargısında Engelli Hakları”, **MÜHF Engelli Hakları Komisyonu Engelli Hukukuna Giriş Sempozyumu**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015.

ELEKTRİK PİYASASI MEVZUATI BAĞLAMINDA ABONELİK SÖZLEŞMELERİ YÖNETMELİĞİ'NE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Hacı Yusuf ÇINAR*

ÖZET

Elektrik piyasası mevzuatı ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bu kanuna dayalı olarak çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, tüketici kavramını farklı tanımlamakta ve birbiriyle çelişen hükümler içermektedir. Elektrik piyasasında tüketicileri korumaya yönelik temel kanuni düzenlemeler olan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, anılan kanunlardan sonra yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre özel kanun niteliğini haizdirler. Her iki kanun da elektrik kullanan tüketiciler için bu tüketicileri korumaya yönelik düzenlemeleri yapma görev ve yetkisini EPDK'ya vermiştir. Bu çerçevede, elektrik piyasası mevzuatı ile Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği arasında ihtilaf bulunması durumunda elektrik piyasası mevzuatı öncelikli olarak uygulanmalıdır.

***Anahtar Kelimeler:** Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, elektrik tüketicisi, abone, elektrik piyasası mevzuatı, özel kanun*

AN ASSESSMENT ON SUBSCRIPTION CONTRACTS REGULATION IN THE CONTEXT OF ELECTRICITY MARKET LEGISLATION

ABSTRACT

The electricity market legislation, the Law on the Protection of the Consumer No. 6502 and the Subscription Contracts Regulation issued on the basis of this law define the consumer concept differently and contain contradictory provisions. The Law on the Electricity Market No. 6446 and the Law on the Organization and Duties of the Energy Market Regulatory Authority No. 4628, which are the basic legal regulations for the protection of the consumers in the electricity market, are special legal arrangements with regard to the Law on the Protection of the Consumer No. 6502 entered into force after the mentioned laws. The Law No. 6446 and The Law No. 4628 entrust EMRA the duty and authority to make regulations to protect these consumers. In this context, in case of any conflict among the electricity market

* Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi. e-posta: fbulkersu@gmail.com.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.609125

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 20/10/2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/07/2019

legislation and the Subscription Contracts Regulation, it is the electricity market legislation that should be applied primarily.

Key Words: *The Subscription Contracts Regulation, electricity consumer, the electricity market legislation, subscriber, special law*

1. Elektrik Piyasasında Tüketici Kavramı ve Tüketicinin Korunması

A. Elektrik Piyasasında Tüketici ve Abone Kavramları

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu (EPK) ve bu kanuna dayalı olarak yayımlanan Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliği (Tüketici Yönetmeliği)'ne göre tüketici "Elektriği kendi kullanımı için alan kişiyi"; serbest tüketici "Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimde bulunması veya iletim sistemine doğrudan bağlı olması veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişiyi"; tüketimi düşük serbest tüketici "Yıllık elektrik enerjisi tüketimi 100.000 kWh'tan düşük olan serbest tüketiciyi"; serbest olmayan tüketici "Elektrik enerjisi ve/veya kapasite alımlarını sadece, bölgesinde bulunduğu görevli tedarik şirketinden yapabilen gerçek veya tüzel kişiyi"; son kaynak tedariki ise "Serbest tüketici niteliğini haiz olduğu hâlde elektrik enerjisini, son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarik lisansı sahibi şirket dışında bir tedarikçiden temin etmeyen tüketicilere elektrik enerjisi tedarikini" ifade etmektedir.¹

Elektrik piyasası mevzuatında tüketici tanımı geniş bir kavramı ifade etmektedir. Elektriği ticari, mesleki ya da kişisel amaçlarla kullanması veya kullanmaması bakımından ayırım yapılmaksızın elektrik kullanan her kişi tüketici kabul edilmektedir.

Serbest tüketicilik içinse dağıtım sisteminden elektrik alanlar için belli bir tüketimi aşma şartı getirilmiş, iletme doğrudan bağlı olanlar içinse bu şart aranmamıştır.

Elektrik piyasası mevzuatına göre elektrik kullanmanın ön şartı tedarikçi ile elektrik kullanmak isteyen kişi arasında sözleşme yapılmasıdır. Serbest tüketicilerle tedarikçileri arasında tesis edilen sözleşme "ikili anlaşma";

¹ Tanımlar için bkz. EPK m. 3 ve Tüketici Yönetmeliği m.4. (<http://www.epdk.org.tr>, erişim: 15.06.2018)

serbest olmayan tüketicilerle serbest olduğu halde tedarikçisini seçmemiş olan kişilerin görevli tedarik şirketleri ile imzalamak zorunda oldukları sözleşme “perakende satış sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır.² Bir önceki cümleyi açmak adına ifade etmek gerekir ki serbest tüketicilerin tamamı tedarikçilerini seçip ikili anlaşma ile elektrik kullanmamaktadır. Bu tüketicilere elektrik, son kaynak tedariki kapsamında görevli tedarik şirketi tarafından sağlanmaktadır.³

Serbest olmayan tüketiciler ile serbest olduğu halde son kaynak tedariki kapsamında enerji alan tüketicilerle tedarikçi (görevli tedarik şirketi) arasında perakende satış sözleşmesi imzalanmak zorundadır. Nitekim Tüketici Yönetmeliği'nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (u) bendi perakende satış sözleşmesini “Bağlantı anlaşması mevcut olan kullanım yeri için, görevli tedarik şirketi ile tüketiciler arasında ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, perakende satış tarifesi veya son kaynak tedarik tarifesiyle elektrik enerjisi ve/veya kapasite temini ile hizmet alınmasına yönelik olarak yapılan faaliyetlere ilişkin koşul ve hükümleri kapsayan sözleşme” şeklinde tanımlamıştır. Tanımda yer alan “perakende satış tarifesi” ile “son kaynak tarifesi” EPDK tarafından belirlenen tarifeler olup bu çalışmada düzenlemeye tabi tarife adı altında birlikte kullanılacaklardır.

Serbest tüketicilerden tedarikçisini seçmiş olanlar ise tedarikçileri ile yaptıkları ikili anlaşmalar kapsamında elektrik kullanırlar. Anılan anlaşmalarla belirlenen tarifeler düzenlemeye değil müzakereye tabi tarifelerdir. Diğer bir deyişle taraflar arasında özgürce belirlenerek uygulanırlar. Dolayısıyla, serbest tüketicilerin tedarikçilerini seçmeleri halinde düzenlemeye tabi tarife ile olan bağları kopmaktadır. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, bu tüketicilerden tedarikçisini seçmemiş olanlara, son kaynak tedarikçisinin bir gereği olarak düzenlemeye tabi tarifeden elektrik verilir.

Elektrik piyasasında “abone” tanımına ise ne EPK'da ne de mer'i Tüketici Yönetmeliği'nde yer verilmemiştir. Buna karşılık abone grupları “Dağıtım Lisansı Sahibi Tüzel Kişiler ve Görevli Tedarik Şirketlerinin Tarife Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar”⁴ kapsamında belirlenmiştir. Anılan usul ve esaslara göre abone grupları sırasıyla sanayi, mesken, tarımsal sulama, aydınlatma ve ticarethane abone grupları şeklinde 5 gruba ayrılmıştır. Mezkur

² Bkz. EPK m. 3 ve Tüketici Yönetmeliği m. 4. (<http://www.epdk.org.tr>, erişim: 15.06.2018)

³ Anılan tüketicilerle de perakende satış sözleşmesi imzalanmakta ve fakat elektrik, son kaynak tarifesi kapsamında temin edilmektedir.

⁴ Düzenleme için bkz. (<http://www.epdk.org.tr>, erişim:15.06.2018)

Usul ve Esaslar'da da abone tanımı bulunmamaktadır. Anılan kavrama ilişkin olarak Mülga Tüketici Yönetmeliği yol gösterici nitelikte bir tanıma yer vermiştir. Buna göre abone “Perakende satış sözleşmesi ile elektrik enerjisi ve/veya kapasite alan gerçek veya tüzel kişiyi” ifade etmektedir.⁵ Diğer bir deyişle elektrik piyasasında “abone” kavramı, ikili anlaşma ile elektrik alan serbest tüketiciler dışındaki tüketicileri kapsayan sınırlı bir kavramdır.

B. Elektrik Piyasasında Tüketicileri Korumaya Yönelik Düzenlemeler

EPK'nın amaç maddesi “(1) Bu Kanunun amacı; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılmasının sağlanmasıdır.” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere amaç maddesi EPK'nın tüketici odaklı bir Kanun olduğunu ifade etmektedir.

EPK'da tüketicileri korumaya yönelik hükümler, genel itibariyle, lisansların sona erdirilmesi veya iptali halinde bir başka tüzel kişiye lisans verilmesine kadarki aşamalarda her türlü tedbirin Kurul tarafından alınmasına yöneliktir. Nitekim EPK'nın

- 5 inci maddenin onbirinci fıkrası “(11) Kurum, tüketicilerin korunması ve piyasa faaliyetlerinin aksamaması için lisansların sona erdirilmesi veya iptali durumlarında gerekli tedbirleri alır.” hükmünü,
- 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendi “d) Kurum tarafından tüketicilerin korunması ve hizmetlerin aksamaması için, lisansı sona erdirilen dağıtım bölgesi için başka bir tüzel kişiye dağıtım lisansı verilene kadar her türlü önlem alınır.” hükmünü ve
- 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendi “b) Kurum tarafından tüketicilerin korunması ve hizmetlerin aksamaması için, lisansı sona erdirilen görevli tedarik şirketinin yerine, son kaynak tedarikçisi olarak başka bir tüzel kişinin belirlenmesine kadar, her türlü önlem alınır.” hükmünü

amirdir.

⁵ Tanım için bkz. Mülga Tüketici Yönetmeliği m.4 (<http://www.epdk.org.tr>, erişim: 15.06.2018)

Elektrik piyasasında tüketicileri koruyan hükümlere esas olarak 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (Teşkilat Kanunu)'da yer verilmektedir. Anılan Kanunun

- 4 üncü maddesinin ikinci fıkrası “Kurum, tüzel kişilerin yetkili oldukları faaliyetleri ve bu faaliyetlerden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini tanımlayan Kurul onaylı lisansların verilmesinden, ... dağıtım ve müşteri hizmetleri yönetmeliklerinin oluşturulmasından, tadilinden ve uygulattırılmasından, denetlenmesinden, ... piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarını tespit etmekten ve bu fiyatlarda enflasyon nedeniyle ihtiyaç duyulacak ayarlamalara ilişkin formülleri uygulamaktan ve bunların denetlenmesinden ve piyasada bu Kanuna uygun şekilde davranılmasını sağlamaktan sorumludur.” hükmünü,
- Kurulun görevlerini sayan 5 inci maddesinin altıncı fıkrasının (c) bendi “c) Tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma” hükmünü,
- Kurumun hizmet birimlerinin görev ve yetkilerini düzenleyen 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasının Elektrik Piyasası Dairesi Başkanlığının görevlerini sayan (a) bendi “Bu Kanun ve diğer kanunlarla Kuruma verilen elektrik piyasası ile ilgili düzenleme, rekabet şartlarını oluşturma, tüketici haklarının korunması ile tüketici şikâyetlerinin incelenmesi çalışmalarını yapmak, her türlü lisans, sertifika, izin ve belgelendirmeye ilişkin iş ve işlemleri yürütme”yi hükmünü

içermektedir.⁶

Görüldüğü üzere Teşkilat Kanunu, tüketicilerle ilgili düzenlemeleri yapma, tüketici haklarını koruma ve tüketici şikâyetlerini incelemeyi Kurumun görevleri arasında saymıştır. Diğer bir deyişle, tüketicilere ilişkin olarak ikincil mevzuatı çıkarmak ile uygulamanın mevzuata uygun yönde cereyan edip etmediğini izlemek ve bu minvalde gelen şikâyetleri incelemek EPDK'nın görevidir.

Elektrik piyasasında düzenlemeye tabi tarifeden elektrik kullanan tüketicilerin haklarını korumak için Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu

⁶ Söz konusu hükümler için bkz. (<http://www.epdk.org.tr>, erişim:15.06.2018)

tarafından bu tüketicilerle imzalanacak perakende satış sözleşmesi 22/11/2018 tarihli ve 8192 sayılı Kurul Kararı⁷ ile standart sözleşme olarak düzenlenmiştir. Bu minvalde, düzenlemeye tabi tarifeden enerji almak zorunda olan serbest olmayan tüketiciler ile serbest olduğu halde tedarikçisini seçmediği için son kaynak tedariki kapsamına giren serbest tüketiciler, görevli tedarik şirketleriyle standart nitelikteki perakende satış sözleşmesi imzalamak zorundadır.

Elektrik piyasasında müzakereye tabi tarifelerden enerji satın almak isteyen serbest tüketiciler ile tedarikçileri arasında imzalanacak olan anlaşmalar EPK'da ikili anlaşma olarak adlandırılmakta ve "Gerçek ve tüzel kişiler arasında özel hukuk hükümlerine tabi olarak, elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin alınıp satılmasına dair yapılan ve Kurul onayına tabi olmayan ticari anlaşmalar" şeklinde tanımlanmaktadır.⁸

Serbest tüketicilerle tedarikçileri arasında yapılan ikili anlaşmalar EPDK tarafından düzenlenmemekte ve geçerlilikleri de EPDK onayına tabi olmamaktadır. Ancak bu kuralın istisnası bulunmakta ve söz konusu istisnayı tüketimi düşük serbest tüketicilerle yapılan ikili anlaşmalar teşkil etmektedir. Tüketici Yönetmeliğinin 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile aynı Yönetmeliğin 9 uncu maddesi, tüketimi düşük serbest tüketiciler ile tedarikçiler arasında kurulacak olan ikili anlaşmalar hakkında mezkur Yönetmeliğin üçüncü bölüm hükümlerinin uygulanacağını amirdir. Tüketici Yönetmeliğinin üçüncü bölümü ise belirli-belirsiz süreli ikili anlaşma türleri, anlaşmalarda bulunması zorunlu hususlar, anlaşmaların kurulması, cayma hakkı, sona erme ve yenileme ile haklı fesih gibi bir çok konuda amir hükümler içermektedir. Diğer bir deyişle tüketimi 100.000 kWh'tan düşük olan serbest tüketiciler ile bu tüketicilere elektrik tedarikinde bulunmak isteyen tedarikçiler arasında imzalanacak olan ikili anlaşmaların Tüketici Yönetmeliği'nin üçüncü bölümüne uygun olarak düzenlenmeleri zorunluluğu bulunmaktadır. Tüketimi düşük serbest tüketiciler dışındaki serbest tüketicilerle yapılacak ikili anlaşmalar ise kapsam dışında bırakılmaktadır.

O halde, kısaca belirtmek gerekirse;

- serbest olmayan tüketiciler ile serbest olduğu halde tedarikçisini seçmediği için son kaynak tedariki kapsamına giren serbest tüketicilerle yapılacak perakende satış sözleşmesi standart sözleşme olarak EPDK tarafından düzenlenmekte,

⁷ Anılan Kurul Kararı için bkz. (<http://www.epdk.org.tr>, erişim:15.06.2018)

⁸ İkili anlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, s. 135 v.d.; CEVLAN, s. 47 v.d.

- tüketimi düşük serbest tüketicilerle yapılan ikili anlaşmalarla ilgili usul ve esaslar Tüketici Yönetmeliği marifetiyle EPDK tarafından düzenlenmekte,
- tüketimi düşük serbest tüketiciler dışındaki tüketicilerle ilgili ikili anlaşmalar ise EPDK tarafından düzenlenmemekte

ve tarafların serbest iradeleriyle teşekkül edilmektedir.

2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Tüketici Kavramı İle Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği

A. Tüketici Kavramı

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Tüketici Kanunu)'a göre tüketici "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade etmektedir.⁹ Söz konusu tanım, elektrik piyasası mevzuatında yer verilen tüketici ve abone tanımları ile karşılaştırıldığında;

- düzenlemeye tabi tarifeden elektrik alanlardan sanayi, ticarethane ve tarımsal sulama abonelerinin
- müzakereye tabi tarifeden elektrik alanlardan da yine ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenlerin

anılan Kanun kapsamına girmediği neticesi ortaya çıkmaktadır.

B. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği

Tüketici Kanununun çok önemli düzenlemelerinden biri ise "Abonelik sözleşmeleri" başlıklı 52 nci maddesidir. Anılan maddeye önemine binaen yer vermek gerekmektedir:

" MADDE 52- (1) Abonelik sözleşmesi, tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir.

(2) Yazılı veya mesafeli olarak kurulan bu sözleşmelerin bir nüshasının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketicie verilmesi zorunludur.

(3) Belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmenin belirlenen süre

⁹ Bir önceki kanunda da tüketici "bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi" olarak tarif edilmiş olup anılan Kanunun esprisinin satım amaçlı olmayan nihai tüketim ve kullanım yapan tüketiciler olduğu belirtilmiştir. Bkz. KADIOĞLU, s. 35.; Anılan tanımın AB mevzuatına uygun olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ASLAN, s. 3.

kadar uzayacağına ilişkin hükümler konulamaz; ancak abonelik sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmenin sona ereceği tarihe kadar tüketicinin talepte bulunması veya onay vermesi hâlinde abonelik sözleşmesi uzatılabilir.

(4) Tüketici, belirsiz süreli veya süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmesini herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin istediği zaman feshetme hakkına sahiptir. Süresi bir yıldan az olan belirli süreli abonelik sözleşmesinde satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme koşullarında değişiklik yapılması hâlinde de tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Fesih bildirimini kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshi için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem belirleyemez.

(5) Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin aboneliğe son verme isteğini yönetmelikle belirlenen süreler içinde yerine getirmekle yükümlüdür. Aboneliğin belirlenen süreler içinde sona erdirilmediği durumlarda, bu sürelerin bitiminden itibaren mal veya hizmetten yararlanılmış olsa dahi, tüketiciden herhangi bir bedel talep edilemez. Satıcı veya sağlayıcı, fesih bildirimini hüküm ifade etmesinden itibaren on beş gün içinde tüketici tarafından ödenmiş olan ücretin geri kalan kısmını kesinti yapmaksızın iade etmekle yükümlüdür.

(6) Satıcı veya sağlayıcı, abonelik sözleşmesinin feshedilmesi ile ilgili bildirim ve taleplere ilişkin işlemleri yerine getirmek üzere gerekli tedbirleri almak ve gerektiğinde uygun bir sistem kurup bu sistemi kesintisiz olarak açık tutmakla yükümlüdür.

(7) Sözleşmenin zorunlu içeriği, tüketici ile satıcı ve sağlayıcının hak ve yükümlülükleri ile diğer uygulama usul ve esasları yönetmelikle belirlenir.”

Anılan hükme dayalı olarak 24/01/2015 tarihli ve 29246 sayılı Resmi Gazetede Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği yayımlanmıştır. Söz konusu Yönetmelik, abonelik sözleşmelerinin şekli ve zorunlu içeriğinden, taahhütlü aboneliğe ve ödeme bildirimlerine kadar bir çok hususta hükümler içermektedir.

Tüketici Kanunu ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, elektrik piyasası açısından istisna içermemektedir. Diğer bir deyişle elektriği ticari veya mesleki amaçlarla kullanmayacak olanlar yapılacak elektrik satışına ilişkin sözleşmeler, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğine tabi olup anılan

Yönetmelikteki şekil ve içeriğe uygun olarak düzenlenmeleri gerekmektedir. Bu çerçevede;

- düzenlemeye tabi tarifeden elektrik alanlardan mesken ve aydınlatma abonelerinin perakende satış sözleşmeleri
- müzakereye tabi tarifeden elektrik alanlardan da yine “ticari veya mesleki amaçlarla” hareket etmeyenlerin ikili anlaşmaları anılan Yönetmeliğin kapsamına girmektedir.

C. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği İle Elektrik Piyasası Mevzuatı Arasındaki Çelişkiler

Kanaatimizce, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği ile elektrik piyasası mevzuatı arasında birçok açıdan tenakuz bulunmaktadır. Aşağıda, anılan Yönetmelikte yer alan düzenlemelerin elektrik piyasası mevzuatı ile çelişen hükümlerinin bir kısmına kısaca değinilecektir:

1) Kullanım Yerinin Enerjilendirilmesi Tarihinin Sözleşmeye Dercedilmesi Bakımından Çelişki

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin sözleşmelerin zorunlu içeriğini düzenleyen 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre “Malın ilk teslim tarihi veya hizmetin ifasına başlama tarihi”nin sözleşmede yer alması zorunludur.

Tüketici Yönetmeliği'ne göre perakende satış sözleşmesi imzalayan bir tüketicinin elektriğinin bağlanabilmesi için görevli tedarik şirketinin, sözleşmenin imzalanmasını müteakiben aynı gün içerisinde dağıtım şirketine bilgi vermesi¹⁰, akabinde de dağıtım şirketinin imar yerleşim alanında 24 saat içerisinde, imar yerleşim alanı dışında 48 saat içerisinde elektriği bağlaması gerekmektedir.¹¹ Dolayısıyla, kullanım yerini enerjilendirmek dağıtım

¹⁰ Tüketici Yönetmeliği “MADDE 22 – (1) Görevli tedarik şirketi, usulüne uygun olarak yapılan ve imzalanan başvuruları aynı gün içerisinde sonuçlandırır ve kayıt altına alınmak suretiyle aynı gün içerisinde dağıtım şirketine bildirir.”

¹¹ Tüketici Yönetmeliği “MADDE 49- (3) Bu madde kapsamında elektriği kesilmiş olan kullanım yerine ilişkin ilgili yükümlülüklerin yerine getirilmesi üzerine tedarikçiyi ilgilendiren hallerde tedarikçi tarafından aynı gün içerisinde dağıtım şirketine bildirimde bulunulur. Bildirimin yapıldığı andan itibaren veya dağıtım şirketine ilişkin yükümlülüğün yerine getirildiği andan itibaren dağıtım şirketi;

a) İmar yerleşim alanında 24 saat içerisinde,

b) İmar yerleşim alanı dışında 48 saat içerisinde,

şirketinin görevi olması hasebiyle perakende satış sözleşmesi imzalanan tüketicinin elektriğinin hangi tarihte bağlanacağı görevli tedarik şirketinin bilgisinde olan bir husus değildir. Oysa, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği ile görevli tedarik şirketinin bilmediği bir tarihin sözleşmeye dercedilmesi zorunlu tutulmaktadır.

2) Tarife İçeriğinin Sözleşmeye Dercedilmesi Hususunda Çelişki

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre “Sözleşme konusu mal veya hizmet bedelinin bir tarife üzerinden hesaplanması durumunda; tüketici tarafından seçilen tarifenin adı, içeriği ve sözleşmenin düzenlendiği tarihteki birim tüketim bedeli ile tüketim dönemi”nin sözleşmede yer alması zorunludur.

Oysa, EPDK tarafından 22/11/2018 tarihli ve 8192 sayılı Kurul Kararı ile standart sözleşme olarak düzenlenerek yayımlanan Perakende Satış Sözleşmesi'nde sadece hangi tarifenin uygulanacağını belirtilmesi zorunlu tutulmuş ve fakat birim bedelin sözleşmeye dercedilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Bu çerçevede, tüketiciye uygulanacak tarifenin Perakende Satış Tarifesi ya da Son Kaynak Tedarik Tarifesi (Düşük Tüketimli Tüketici için / Yüksek Tüketimli Tüketici için) olacağına ilişkin bilgi sözleşmede yer almaktadır.

EPK'nın 17 nci maddesinin 6 ncı fıkrasında düzenlemeye tabi tarifeler arasında dağıtım tarifeleri ve perakende satış tarifeleri yer almaktadır. Anılan tarifeler EPDK tarafından belirlenerek tüketicilere uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle perakende satış sözleşmesi imzalanan tüketiciye uygulanacak tarife, sözleşmenin diğer tarafı olan görevli tedarik şirketi tarafından belirlenmemektedir. EPDK tarafından düzenlenerek yayımlanan ve tüm Türkiye'de aynı uygulanan hususların sözleşmelerde yer almasına gerek yoktur. Bu ve benzeri hususlar sözleşmelerin hacim olarak büyümesine ve tüketiciler tarafından okunmamasına yol açmaktadır.

3) Güvence Bedeli İadesi Hususunda Çelişki

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğinin “ Feshin sonuçları” başlıklı 25 inci maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları, “(3) Satıcı veya sağlayıcı, fesih bildiriminden hüküm ifade etmesinden itibaren on beş gün

elektrik enerjisini bağlar. Yapılacak bağlama işleminden sonra tüketiciye yazılı olarak bağlama bildirimini bırakılır. Bağlama bildiriminde, bağlama tarihi ile saatine ve son endeks değerine yer verilmesi zorunludur. Ayrıca, bulunması halinde kısa mesaj ile de bildirim yapılır.”

içinde tüketici tarafından ödenmiş olan tutarın geri kalan kısmını ve varsa tüketiciden güvence, depozito veya teminat adı altında alınan ücretlerin güncel tutarlarını kesinti yapmaksızın iade etmekle yükümlüdür. (4) Satıcı veya sağlayıcı, fesih bildirimının hüküm ifade ettiği tarihe kadar olan dönem için tüketime konu bedele ilişkin ödeme bildirimini, fesih bildiriminin hüküm ifade etmesinden itibaren on gün içinde tüketiciye göndermek zorundadır. Ancak, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren sağlayıcılar için bu süre dört aya kadar uzatılabilir. (5) Satıcı veya sağlayıcı, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen yükümlülükleri yerine getirirken tüketiciye ilave bir maliyet yüklemeyen mahsuplaşma yöntemini de kullanabilir.” hükümlerini içermektedir.

Elektrik Piyasası Tüketici Hizmetleri Yönetmeliğinin “Güvence bedelinin iadesi” başlıklı 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri;

“(1) Perakende satış sözleşmesinin feshi veya sona ermesi veya eski sayacın ön ödemeli sayaçla değiştirilmesi durumunda güvence bedeli iade edilir ve iade işlemini gerçekleştirmek üzere tüketiciden kimlik bilgileri, güncel iletişim bilgileri ve tüketicinin iadenin elden yapılmasını tercih etmemesi halinde güvence bedelinin iade edileceği hesap bilgileri istenir. Bu kapsamda;

a) Güvence bedelinin tespitinde, görevli tedarik şirketinin işletme kayıtları veya tüketicinin güvence bedeli makbuzu esas alınır. Söz konusu kayıt veya belgenin bulunmadığı hallerde; sözleşmenin güvence bedeli alınmadan yapıldığına dair somut bulgu ve belgenin bulunması haricinde, kullanım yerinin işletme kayıtlarındaki bağlantı gücü ve sözleşme başlangıç tarihi dikkate alınarak tespit edilir. İşletme kayıtlarında projenin ya da bağlantı gücünün bulunmaması halinde; kullanım yerinin mevcut bağlantı gücü ile sözleşmenin başlangıcındaki birim bedeller göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir. Sözleşme başlangıç tarihi tespit edilemeyen tüketiciler için 31/12/2006 tarihi, sözleşme başlangıcı olarak kabul edilir.

b) Tespit edilen nakit güvence bedeli, güncelleme oranı kullanılarak güncellenir. Güncelleme yapılmasını takiben, tüketicinin sonlandırılan perakende satış sözleşmesi kapsamında görevli tedarik şirketine olan tüm borçların ödenmesinden sonra varsa güncellenmiş güvence bedelinin bakiyesi, sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren en geç 5 iş günü içerisinde şirket vekili, posta, elektronik fon transferi veya havale gibi tüketicinin talep ettiği ödeme şekline göre iade edilir. İade için, borcun ödenmesi dışında, herhangi bir koşul ileri sürülemez ve belge istenemez.” hükümlerini amirdir.

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'ne göre satıcı veya sağlayıcının, güvence bedelini fesih bildirimının hüküm ifade etmesinden itibaren on beş gün içinde tüketiciye iade etmesi gerekmektedir. Ayrıca fesih bildiriminin hüküm ifade ettiği zamana kadar olan tüketimler için de ek bildirimde bulunulacağı belirtilmekte ve mahsuplaşma yapılması satıcı veya sağlayıcının takdirine bırakılmaktadır.

Tüketici Yönetmeliği'nin 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında görevli tedarik şirketinin güvence bedelini, sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren 5 iş günü içinde tüketiciye iade etmesi zorunludur. Tüketicinin son dönem faturası da dahil olmak üzere ödenmemiş borçları varsa görevli tedarik şirketi söz konusu borçları güncellenmiş güvence bedeli üzerinden mahsup edebilecektir. Tüketici sözleşmeyi sonlandırma tarihinde kullanım yerini de tahliye etmiş olduğundan sözleşmeyi sonlandırmadan önceki son dönem tüketimleri için tüketicinin kullanım yerine ayrıca bir fatura gönderilerek tüketiciye tekrar bir ödeme süresi tanınmamaktadır. Zira Tüketici Yönetmeliğinin 25 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, görevli tedarik şirketi, güvence bedelini kullanım yerinin değişmesi ve/veya perakende satış sözleşmesinin sona ermesi veya sözleşmenin feshi halinde, tüketicinin elektrik enerjisi tüketim bedelini ödememesi ihtimaline karşılık olarak, borcuna mahsup etmek üzere talep etmektedir. Böylece tüketici ve görevli tedarik şirketi sözleşmeye ilişkin mali borçlarını da ifa ederek sözleşmeyi sonlandırmaktadır. Tüketici Yönetmeliğinde tüketicilere ilişkin işlemler genellikle hem dosya üzerinde hem de sahada eylem ve işlemde bulunulmasını gerektirdiğinden ve işgünlerinde tüketiciye erişim daha kolay olduğundan görevli tedarik şirketi ve dağıtım şirketi için öngörülen sürelerde genellikle "gün" yerine "işgünü" ifadesinin tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede 5 iş günü süre genel olarak tüketici lehine olmakla birlikte uzun süreli resmi tatillerde aksi durum söz konusu olabilmektedir. Ayrıca tüketicinin son kullandığı elektriğin tutarı ile güvence bedeli arasında mahsuplaşma yapılması zorunlu tutulmakta ve görevli tedarik şirketinin takdirine bırakılmamaktadır.

4) Kullanım Yerini Tahliye Etmenin Haklı Fesih Sebebi Olması Bakımından Çelişki

Tüketici Yönetmeliği'nin tüketimi düşük serbest tüketicilerle imzalanan ikili anlaşmalarla ilgili üçüncü bölümünün "Haklı fesih sebepleri" başlıklı 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında; tüketimi düşük serbest tüketicinin, belirli süreli ikili anlaşmayı süresi sona ermeden önce -fıkra da sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte- haklı sebeplerden bir veya birkaçına dayanarak cayma

bedeli ve/veya ceza koşulu ödemeksizin önceden bildirim yapmak suretiyle feshedebileceğini düzenlemektedir. Söz konusu sebeplerden anılan fıkranın (ç) bendinde sayılanlardan biri de “tüketimi düşük serbest tüketicinin başka bir kullanım yerine taşınması ya da başka bir kullanım yerine taşınmaksızın kullanım yerini tahliye etmesi hali(dir.)” Buna göre, tüketicimi düşük serbest tüketicinin kullanım yerini tahliye etmesi hali - başka bir yere taşınınsın ya da taşınmasın- haklı fesih sebebi teşkil eder ve ikili anlaşma cayma bedeli ve/veya ceza koşulu ödemeksizin önceden bildirim yapmak suretiyle feshedilebilir. Oysa Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre taahhütlü aboneliklerde tüketicinin yerleşim yerinin değişmesi ve taahhüt konusu hizmetin tüketiciye yeni yerleşim yerinde aynı nitelikte sunulmasının fiilen imkansız olması durumunda, tüketici aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen tutarları veya herhangi bir bedeli ödemeksizin taahhütlü aboneliğini feshedebilir.

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği kullanım yerinin tahliyesini başlıbaşına yeter sebep saymamakta, sözleşme konusu hizmetin yeni kullanım yerinde aynı nitelikte sunulmaması şartının varlığını da gerekli görmektedir. Tüketici Yönetmeliği ise ikili anlaşma kapsamında enerjilendirilen kullanım yerinin tahliyesini tek başına haklı sebep olarak kabul etmektedir.

5) Elektrik Kesintilerine İlişkin Bildirim Yükümlülüğü Kapsamında Çelişki

Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin “Bildirim” başlıklı 9 uncu maddesi, “Satıcı veya sağlayıcı, bir plan çerçevesinde yapılması öngörülen bakım, kontrol, onarım ve benzeri sebeplerle mal veya hizmet sunumunu durduracak olması halinde, bu durumun başlangıç ve bitiş tarihini en az kırk sekiz saat öncesinden tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ya da basın yayın ve benzeri yollar ile bildirmekle yükümlüdür.” hükmünü içermektedir.

Üretim şirketleri tarafından üretilen elektrik enerjisi, tüketicinin sisteme bağlantı durumuna göre TEİAŞ tarafından işletilen iletim sistemi veya dağıtım şirketleri tarafından işletilen dağıtım sisteminden geçerek tüketicinin kullanım yerine ulaşmaktadır. Nitekim EPK'nın 8 inci maddesine göre TEİAŞ, iletim sistemine bağlı veya bağlanacak olan tüm sistem kullanıcılarına iletim ve bağlantı hizmeti sunmakla; 9 uncu maddesine göre de elektrik dağıtım şirketleri lisanslarında tanımlanan faaliyet bölgelerinde dağıtım sistemine bağlı veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına dağıtım ve bağlantı

hizmeti sunmakla yükümlüdür. Bu minvalde, Elektrik Piyasası Bağlantı ve Sistem Kullanım Yönetmeliği'nin 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, iletim veya dağıtım sisteminin herhangi bir bölümünün veya enterkonneksiyon hattının TEİAŞ veya dağıtım şirketi tarafından test ve kontrolünün, tadilatının, bakımının, onarımının ya da genişletilmesinin gerektirdiği durumlarda kullanıcının tesis ve teçhizatının bağlantısı veya kullanıcının enerjisi TEİAŞ ve dağıtım şirketleri tarafından kesilebilir. Aynı doğrultuda, Tüketici Yönetmeliği'nin 56 ncı maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında, dağıtım veya iletim sisteminde programlanmış bir müdahale nedeniyle meydana gelecek programlı kesintiler hakkında yazılı, işitsel veya görsel basın yayın kuruluşları aracılığıyla ve internet sitesinde, ayrıca isteyen kullanıcılara kısa mesaj veya elektronik posta gönderilmesi suretiyle kesintinin tarih, başlangıç ve sona erme zamanının, kesintinin başlama zamanından en az kırk sekiz saat önce nihai tüketicileri bilgilendirme yükümlülüğü dağıtım şirketlerine yüklenmektedir. EPK ve ilgili mevzuat kapsamında TEİAŞ ve dağıtım şirketleri, yürüttükleri faaliyetler değerlendirildiğinde Tüketici Yönetmeliğine göre "sağlayıcı" olarak nitelendirilebilir. Tüketici, iletim veya dağıtım sisteminden geçerek kullanım yerine ulaşan elektrik enerjisini tedarikçilerden satın almaktadır. Buna karşılık, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesi kapsamındaki tüketicileri bilgilendirme yükümlülüğünün hem sağlayıcı hem de satıcı için getirilmiş olduğu görülmektedir. Ancak elektrik piyasası mevzuatının açıklanan emredici hükümleri uyarınca söz konusu yükümlülüğün sadece elektrik dağıtım şirketlerini kapsaması, bu tür kesintiler konusunda sadece dağıtım şirketlerinin tüketicileri bilgilendirmesinin yeterli olması ve tedarikçilerin de ayrıca bir bilgilendirme yapmasının gerekmediği değerlendirilmektedir.

3. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun İle Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin Genel Düzenlemeler Olması

Elektrik kullanan tüketiciler açısından anılan tüketicileri korumaya yönelik hükümler içeren EPK ve Teşkilat Kanunu özel kanun iken, Tüketici Kanunu ise genel kanun niteliğindedir. Bu savın gerekçelerini şu şekilde sıralayabiliriz:

- EPK'nın amaç maddesi Kanunun amacını; elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için, bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir **düzenleme** ve denetimin yapılmasının sağlanması" olarak belirtmektedir.

- Teşkilat Kanununda, serbest olan-olmayan ayrımı yapılmaksızın tüm tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma Kurulun görevleri arasında sayılmıştır.
- Teşkilat Kanunu, tüketici hizmetleri yönetmeliğinin oluşturulmasını Kurumun görevleri arasında saymıştır.

Anılan Kanunlarda yer alan hükümler Tüketici Kanunu'nda yer alan abonelik sözleşmeleri ile ilgili hükümlere göre özel hüküm niteliğindedir. Söz konusu özel hükümler, serbest olan-olmayan, ticari veya mesleki amaçla kullanan ya da kullanmayan ayrımı yapılmaksızın elektrik piyasasındaki tüm tüketicilere ilişkin düzenlemeleri yapma görev ve yetkisini EPDK'ya vermiştir. Tüketici Kanunu ve bu kanuna dayalı olarak çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, boşluk bulunması halinde uygulanabilecek genel niteliği haiz düzenlemelerdir.

“Gerçekten kanun koyucu bazen mevcut (genel) bir normun kapsamına giren olaylardan (meselelerden) belirli bir kısmını özelliklerinden ötürü ayrıca düzenlemektedir (özel norm). Böyle bir halde kanun koyucu söz konusu olaylara genel normun değil de münhasıran özel normun uygulanmasını irade etmiş olabilir. Bu takdirde kanun koyucunun amacına uygun olarak özel norm genel normu bertaraf eder (lex specialis derogat legi generali)”¹².

Gözler'e göre genel hüküm-özel hüküm niteliğinin tespitinde şu hususlar dikkate alınır.

- Uygulama alanı diğerine göre geniş olan hüküm genel hükümken dar olan özel hükümdür.
- Genel hükmün içeriğine bakıldığında konuyu ana hatlarıyla düzenlediği görülürken özel hüküm genel hükümle düzenlenenin belli bir kısmını, türünü, düzenler veya “düzenlenen şeye yer,zaman, konu ve kişi bakımından istisnalar getirir.”
- Genel hükmün varlığı halinde özel hükmün bulunmaması boşluk çıkarmaz, zira olaya genel hüküm uygulanır.¹³

¹² ÇAĞA, s. 368.

¹³ GÖZLER, (2013), s. 347; Sözer'de bir normun diğerine göre ilave özellikler taşıması halinde özel karakterli olduğunu belirtmektedir. bkz. SÖZER, s. 117.; Çağa'ya göre “Bir hükmün maddi unsurunda daima diğer bir hükmün maddi unsuru ve buna ilaveten diğer bazı vakıa

Elektrik piyasasındaki tüketiciler açısından (mesken ve aydınlatma abone grubundaki) Tüketici Kanunu ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği genel düzenlemeler iken EPK, Teşkilat Kanunu ve Tüketici Yönetmeliği özel düzenlemelerdir. Bu minvalde, EPK, Teşkilat Kanunu ve Tüketici Yönetmeliğinde hüküm bulunmaması halinde Tüketici Kanunu ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, içerdikleri hükümler itibariyle uygulanabilir niteliktedir.

Diğer taraftan, EPK, Tüketici Kanunundan önce yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Hukuki açıdan ifade etmek gerekirse önceki tarihli özel kanun ile sonraki tarihli genel kanun arasında çatışma söz konusudur. Gözler'in de ifade ettiği üzere aynı düzeyde yer alan önceki özel kanun ile sonraki genel kanun arasında çatışmanın hangi ilkeye- *lex posterior*, *lex specialis*- göre çözüleceği konusunda kesin bir kural bulunmamakta, konu doktrinde tartışmalı olmakta, ağır basan görüşe göreyse “önceki tarihli özel kanun(un), sonraki tarihli genel kanun ile yürürlükten kaldırılamayacağı”¹⁴ kabul edilmektedir. Dolayısıyla özel kanun niteliğinde olan EPK ve Teşkilat Kanunu, genel kanun niteliğindeki Tüketici Kanununa göre öncelikle uygulanır.

Diğer bir önemli gerekçemiz de sistematik yorum yapılmasına dayanmaktadır. Buna göre Tüketici Kanunu ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin kapsamına giren tüketiciler mesken ve aydınlatma abone gruplarına dahil olan tüketicilerdir. Anılan tüketiciler için EPDK'nın düzenleme yapamaması ve fakat bu tüketiciler dışındaki tüketicilerden sanayi, ticarethane ve tarımsal sulama abone gruplarında yer alan tüketiciler için aynı kurumun düzenleme yapabileceğinin kabulü kendi içinde açık bir çelişki oluşturmaktadır. Sistematik yoruma göre “tek tek hukuk kurallarının anlamlandırılmasından ziyade, tüm hukuk kurallarının tutarlı bir bütün

veya vakıalar yer alıyorsa bu takdirde birinci hüküm ikincisine nisbetle özel, ikincisi de birincisine nisbetle genel hüküm niteliğindedir” bkz. ÇAĞA, s. 370.

¹⁴ GÖZLER, (2013), s. 350; Çağa'ya göre “Diğer bir deyişle «*lex specialis derogat legi generali*» (özel hüküm genel hükmü bertaraf eder) esası da tıpkı «*lex posterior derogat legi priori*» (Sonraki kanun kendisine aykırı olan önceki kanunu yürürlükten kaldırır) esası gibi bağlayıcı nitelikte bir müsbet hukuk normu olmayıp ancak kanun koyucunun bunu arzu ve irade etmiş olması halinde geçerlidir. Kanun koyucunun kasdının bu yönde olduğu nereden anlaşılacaktır? Kanun bazen bunu direkt veya dolaylı olarak bizzat açıkça ifade eder..... Kanun koyucu maksadını bu suretle (direkt veya dolaylı olarak) açıklamamışsa ve maddenin yazılış tarzından da bu konuda bir sonuca varılamıyorsa bu takdirde kanunun özel hükümle güttüğü amaca bakılmak lazımdır. Genel, hükmün alternatif (seçimlik) olarak uygulanması özel hükümle güdülen amacı akim bırakacaksa özel hükmün (*exclusif* = genel hükmü bertaraf edici) olduğu kabul edilmelidir.” Bkz. ÇAĞA, s. 373-374.

oluşturacak şekilde yorumlanması"¹⁵ esas olduğundan kanaatimizce, EPK ve Teşkilat Kanunu kapsamına giren tüketiciler açısından EPDK'nın özel yetkili makam olduğunun kabulü gerekmektedir. Üstelik, tüketicinin korunmasını gerektiren en önemli nedenler olarak bilgi dengesizliği, piyasa hakimiyetinin ve yoğunlaşmanın artması ile güç dengesizliğinin gösterildiği¹⁶ düşünüldüğünde anılan nedenlerin oluşup oluşmadığı ve bu kapsamda tüketicinin ne zaman ve nasıl korunması gerektiği hususlarında en doğru ve isabetli değerlendirmeleri yapabilecek ve hukuksal çözümleri-koruma mekanizmalarını ortaya koyabilecek olan da EPDK'dır.

4. Sonuç

Elektrik piyasası mevzuatı kapsamında tüketici kavramı Tüketici Kanunu'ndaki tanımdan daha geniş bir içeriğe sahiptir. Elektrik piyasasında kullanım amacına bakılmaksızın elektrik kullanan her kişi tüketici kabul edilmekte iken Tüketici Kanunu'na göre ticari veya mesleki olmayan amaçlarla elektrik kullananlar tüketici olarak tanımlanmaktadır. Bu çerçevede düzenlemeye tabi tarifeden elektrik alanlardan mesken ve aydınlatma abone grubundaki tüketiciler ile müzakereye tabi tarifeden elektrik alanlardan da yine ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmeyenler anılan Kanunun düzenleme alanına girmektedir.

Tüketici Kanuna dayalı olarak Kanun kapsamına giren tüketicileri korumak için çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'ndeki hükümler ile elektrik piyasası mevzuatındaki hükümler arasında çelişkiler bulunmaktadır. Söz konusu çelişkili hükümler tüketicilerle akdedilecek sözleşmelerin içeriği hususunda da farklılıkların oluşmasına neden olmaktadır.

Kanaatimizce, elektrik piyasası mevzuatı kapsamındaki tüketiciler açısından, tüketicileri korumaya yönelik hükümler içeren EPK ve Teşkilat Kanunu, Tüketici Kanununa göre özel kanun niteliğindedir. Teşkilat Kanununda; serbest olan-olmayan, ticari veya mesleki amaçla kullanan ya da kullanmayan ayrımı yapılmaksızın tüm tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma Kurulun görevleri arasında sayılmış ve tüketici hizmetleri yönetmeliğini oluşturma görevi EPDK'ya verilmiştir. Önceki tarihli özel Kanunlar olan EPK ve Teşkilat Kanunu ile bu kanunlara dayalı

¹⁵ GÖZLER, (1998), s. 169; Ayrıca bkz. AYBAY / AYBAY, s. 311-312.

¹⁶ BAYKAN, s. 21 v.d.; KARA KILIÇARSLAN, s. 185-186.

olarak çıkarılan ikincil mevzuat hükümleri genel kanun niteliğindeki Tüketici Kanunu ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğine göre öncelikle uygulanır. Bu çerçevede, elektrik kullanan tüketiciler açısından, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği ile özellikle Tüketici Yönetmeliği'nin de içinde bulunduğu elektrik piyasası mevzuatı arasında çelişki bulunması durumunda elektrik piyasası mevzuatı öncelikli olarak uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

- ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2006.
- AYBAY, Aydın / AYBAY, Rona: **Hukuka Giriş**, 8. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- BAYKAN, Renan: **Tüketici Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2005-41, İstanbul, 2005.
- ÇAĞA, Tahir: “Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 1991/3, s. 366-375.
- CEVLAN, Durmuş: **Elektrik Tedarik Sözleşmelerinde Bedel**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- GÖZLER, Kemal: **Hukukun Genel Teorisine Giriş Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1998.
- GÖZLER, Kemal: **Hukuka Giriş**, 10. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.
- KADIOĞLU, Kamil: **Gerekçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yargıtay Kararları ve ilgili Mevzuat**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda: “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Hacettepe HFD**, 5(2), s. 183-222.
- SÖZER, Ali Nazım: **Hukukta Yöntembilim**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İzmir, 2013.
- YAVUZ, Mustafa: **Elektrik Enerjisi Tedarik Sözleşmeleri**, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

İnternet: www.epdk.org.tr