

**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, Ekim 2019, Sayı 4
Vol. XXIII, October 2019, No. 4**

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. Yadiğar 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 kelimeden 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, ORCID numarası 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: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

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

**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 ORCID numbers 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: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

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

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXIII

Ekim 2019

Sayı 4

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Konkordatonun, Çekle İlgili “Karşılıksızdır” İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezaî Sorumluluğa Etkisi Hakan KARAKEHYA/ Nilüfer Boran GÜNEYSU.....	3-46
Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Tasfiye Payı Alma Hakkı Şengül AL KILIÇ	47-98
Eski Kiracıya Yeniden Kiraya Verme Zorunluluğu İbrahim GÜL	99-120
Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış Akın ÜNAL	121-140
Ticaret Hukuku Açısından Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımını Nitelendirmesi Hasan KARSLIOĞLU	141-196
Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu Nagehan KIRKBEŞOĞLU.....	197-226
Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmalarının New York Konvansiyonu Mustafa Alper ENER.....	227-248
Güvene Dayalı Çalışma Süresi (Vertrauensarbeitszeit) Volkan GÜNEŞ	249-276

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

KAMU HUKUKU

Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Yasağına Yaklaşımı: Çelişen İki Yöntem ve Gerekçe Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	279-296
Sosyal Adalet Kavramının Bazı Temel Haklar İle Ceza ve Vergi Adaletine Etkileri Mehmet Ali ZENGİN	297-324
Devlet Memurları Kanununun 94. Maddesi Uyarınca “Çekilmiş Sayılma” İşleminin Nitelik ve Koşulları İle Öğretim Elemanları Bakımından Uygulanabilirliğine Yönelik Değerlendirmeler Cenk ŞAHİN	325-362
6458 Sayılı Kanun Uyarınca Yapılan Uluslararası Koruma Başvurularının Türk İdari Yargısında Ele Alınması Kasım OCAK	363-394

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXIII

October 2019

Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>The Effect of the Composition Proceeding on the Criminal Liability In Connectlon with Bad Checks</i> Hakan KARAKEHYA/ Nilüfer Boran GÜNEYSU	3-46
<i>Shareholders' Right To Receive Liquidation Shares In Joint Stock Companies</i> Şengül AL KILIÇ	47-98
<i>The Landlord's Obligation To Rent To The Former Tenant</i> İbrahim GÜL	99-120
<i>A Critical View Of The Regime Of Participation In Acquired Property</i> Akın ÜNAL	121-140
<i>Qualification Of Distribution Of Dividend In Joint Stock Companies In Accordance With The Turkish Commercial Law</i> Hasan KARSLIOĞLU	141-196
<i>Interpretation Of Testamentary Dispositions</i> Nagehan KIRKBEŞOĞLU	197-226
<i>The Singapore Convention: New York Convention Of Mediated Settlement Agreements</i> Mustafa Alper ENER	227-248
<i>Trust-Based Working Time</i> Volkan GÜNEŞ	249-276

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

PUBLIC LAW

<i>The Constitutional Court's Approach On The Prohibition Of Individual Application For Public Legal Entities: Two Conflicting Methods And Justifications</i> Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	279-296
<i>Effects Of Social Justice Concept On Some Basic Rights With Taxational And Criminal Justice</i> Mehmet Ali ZENGİN	297-324
<i>The Characteristics And Conditions Of "Implied Resignation" Under Article 94 Of State Civil Servants Act – Evaluations About Its Applicability On Academic Faculty</i> Cenk ŞAHİN	325-362
<i>Dealing With International Protection Applications Made In Accordance With The Law No. 6458 In The Turkish Administrative Jurisdiction</i> Kasım OCAK	363-394

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

KONKORDATONUN, ÇEKLE İLGİLİ “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇUNDAN KAYNAKLI CEZAÎ SORUMLULUĞA ETKİSİ

Hakan KARAKEHYA*

Nilüfer BORAN GÜNEYSU**

ÖZ

Kanun koyucunun ekonomiye yön verme ya da ekonomik sıkıntıları aşma amacıyla getirdiği bazı hukukî düzenlemeler, ceza hukuku alanında da önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Konkordatoya ilişkin İcra ve İflâs Kanunu’nda yer alan düzenlemeler de bu tür bir etkiye sahiptir. Kural olarak, konkordato mühleti içinde borçlunun borçlarına ilişkin icra takibi yapılamamaktadır. Üstelik bu borçlarla ilgili olarak faiz de işlememektedir. Bu çalışmada, konkordato süreci öncesinde veya süreç içerisinde vadesi gelen çeklerinin durumu ve çeki ödeyemediği için konkordato sürecinde olan borçlu hakkında, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan cezaî sorumluluğu değerlendirilmeye çalışılacaktır. Makalenin temel amacı, konkordatoya ilişkin hükümlerin çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan doğacak cezaî sorumluluğa etkilerini irdelemektir.

Anahtar Kelimeler: Çek, Konkordato, Karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme, Karşılıksız çek, Kambiyo senetleri.

THE EFFECT OF THE COMPOSITION PROCEEDING ON THE CRIMINAL LIABILITY IN CONNECTION WITH BAD CHECKS

ABSTRACT

The legal regulations the legislator deemed necessary to tackle economic hardships or to steer economy, may at times create some consequences in the sphere of criminal law. Those articles of the Turkish Code of Execution and Bankruptcy concerning Composition Proceedings (Nachlassverfahren) have a similar effect. As a

* **Doç. Dr.**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, **e-posta:** hkarakehya@anadolu.edu.tr.

ORCID: 0000-0001-5028-1216

** **Dr.**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, **e-posta:** nboran@anadolu.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-3268-3331

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637936

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/06/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27/08/2019

rule, during the composition proceedings, execution proceedings against the debtor cannot be raised. In addition, rates shall not applied to the debts in the process. In the lights of this, the question as to the executability of those checks that will become payable during the composition proceedings emerges an important one. If the debtor fails to pay these checks during the composition proceedings, will criminal liability occur for him? This paper aims to probe into this problem with a view to elaborating in depth the effects of these regulation on the question of criminal liability.

Key Words: Checks, Composition Proceedings, Returned Check, Bills of Exchange.

GİRİŞ

Kanun koyucu, ekonomik alana ilişkin bir takım hukukî düzenlemeler yaparak ülke ekonomisinin gidişatına yön verme ya da bir takım ekonomik sorunları çözme amacıyla olabilir. Bu şekilde yaptığı düzenlemelerin, bazen ceza hukuku alanında da etkileri ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda, kanun koyucunun son dönemde hissedilen ekonomik sıkıntıları gidermeye yönelik yaptığı iki düzenleme ceza hukuku alanında önemli etkiler doğurmuştur. Konkordatoya ilişkin İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılan değişikliklerin çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçuna etkileri bulunmaktadır. Konkordato kurumunun yeni yapısı ve ileri tarihli çek düzenlemesi, çekle ilgili, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından konuyu görece yeni ve güncel kılmaktadır.

Bu çalışmada, ilgili kurumların hukukî niteliği ve genel yapısı irdelendikten sonra, kendisine konkordato mühleti verilen kişinin keşide etmiş olduğu çekler nedeniyle cezaî sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususu değişik ihtimaller altında incelenecektir. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu’nda konkordatoya ilişkin yapılan son dönem değişiklikleri ile birlikte geniş bir uygulama alanı bulan konkordato, borçluya tabiri caizse nefes aldırma ve borçlarının ifasını bir süre ertelemektedir. Her ne kadar konkordatodan gerçek kişiler de yaralanabiliyor olsa da, bu kurumun daha çok ekonomik zorluk içindeki ticaret şirketlerinin bu durumdan kurtulmasına hizmet etmesi beklenmektedir. Uygulamada da daha çok ticaret şirketlerinin konkordato talebinde buldukları görülmektedir.

Dolayısıyla ekonomik anlamda sıkıntılı günler yaşayan borçlu, konkordato mühleti içerisinde borç ödeme baskısı ve borcun ifasından kaynaklı gecikme

faizi ödeme tehdidi altında olmaksızın rahat bir nefes almakta, böylelikle de belirli bir plan çerçevesinde işlerini tekrar yoluna koyma imkânına sahip olmaktadır. Özellikle ekonomik sıkıntıda bulunan ticaret şirketlerinin bu tür darboğazlardan kurtularak yeniden işlerini düzene koyması, makro düzeyde tüm ülkedeki ekonomik duruma olumlu etki edecektir. Aksi takdirde iflâs eden şirket, birçok çalışanını, mal tedarikçisini, vs. de ekonomik sıkıntıya sürükleyebilir. İflâs eden şirketlerin sayısındaki artışın ülke ekonomisinde nasıl bir domino taşı etkisi yapacağını tahmin etmek çok da zor değildir. Bu bağlamda konkordato kurumu ekonomik sıkıntı çeken gerçek veya tüzel kişiler bakımından içinde buldukları malî darboğazdan çıkış imkânı sağlamaktadır.

Borçlarının ifasına ilişkin kendisine bahsi geçen bu imkânlar tanınan borçlunun, çekten kaynaklı borçları bakımından da aynı imkânlara sahip olup olmayacağı değerlendirilmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme, çek kanununda cezaî yaptırıma tabi bir suç olarak hükme bağlanmıştır. Bu durumda, konkordato kapsamında borçlarını bir plan çerçevesinde ödeyecek olan borçlu, bu süreçte çekte bağlı borçlarını ifa edememesi nedeniyle konkordato mühleti içinde cezaî yaptırıma tâbi tutulup tutulmayacağı incelenecektir.

Bu bağlamda, öncelikle konkordato ve çekin hukukî nitelikleri ortaya konularak, bu kurumlar hakkında genel bir bilgi verilecektir. Burada temel inceleme konumuz olmadıkları için bu kurumlara ilişkin bilgi, çalışma konumuzu açıklığa kavuşturmak bakımından gerekli olan ölçü ile sınırlı tutulmuştur. Daha sonra yine benzer şekilde çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun temel unsurları inceleme konusu yapılacaktır. Sonrasında ise konkordatonun çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuna ilişkin etkileri değişik ihtimaller dâhilinde değerlendirilecektir. Son olarak çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar özetlenerek çalışma tamamlanacaktır.

Çalışma içerisinde doktrindeki görüşlerden ve yargı kararlarından faydalanmak suretiyle kendi görüşlerimizin neden-sonuç ilişkisi içerisinde ortaya konulması ise temel çalışma yöntemimizi oluşturacaktır.

1. GENEL OLARAK KONKORDATO

Borçlu, borçlarını ödemesini istemesine rağmen, piyasa koşulları veya ekonomik gelişmeler nedeniyle borçlarını ödeyemeyecek duruma düşebilir. Borçların vadesinde ödenmesinin istenmesi, borçlunun ekonomik geleceğinin sona ermesine ayrıca alacaklıların da alacaklarının tamamını veya bir kısmını

tahsil edememesine neden olur. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, mahkeme denetiminde borçlu ve alacaklıların anlaşması ve borçların belli bir oranının belirli vadelerle ödenmesi halinde borçlunun borçlarından kurtulmasına imkân tanımıştır. Konkordato, “borçlunun yaptığı teklifin Kanun’da öngörülen nitelikli çoğunlukta alacaklılar tarafından kabul edilmesi ve yetkili makamlarca tasdik edilmesi sonucu, belirli bir zaman dilimi içerisinde tüm adı borçlarını, teklifi doğrultusunda ve kendisine uygun koşullar çerçevesinde ödemesini mümkün kılan bir imkân” olarak tanımlanmaktadır¹.

Konkordato öncelikle mahkeme içi ve mahkeme dışı konkordato olarak değerlendirilmelidir. Mahkeme dışı konkordato, icra ve iflâs hükümleri kapsamında bir konkordato değildir. Mahkeme içi konkordato; yapıma biçimine, zamana ve amacına göre alt başlıklara ayrılarak incelenebilir. Konkordato, yapıma biçimine göre; yüzde (tenzilât) konkordatosu, vade ve karma (bileşik) konkordato şeklinde incelenir. Alacaklıların alacaklarının belirli bir yüzdesinden feragat etmeleri halinde tenzilât konkordatosu söz konusudur. Borçlunun borçlarını tam olarak ödediği ancak vadenin sonraki bir tarihe ertelenmesi halinde vade konkordatosundan bahsedilir. Karma konkordatoda ise, hem alacakların belirli bir yüzdesinden feragat hem de kalan miktar vadeye bağlanmaktadır. Konkordatonun yapıma zamanı bakımından iflâsın açıldığı an dikkate alınmaktadır. Buna göre konkordato iflâs içi ve iflâs dışı konkordato olarak değerlendirilmektedir. Henüz iflâsına karar verilmeyen borçlu ile yapılan konkordato iflâs dışı, müflisin iflâsından sonra yapılan konkordato ise, iflâs içi konkordatodur. Konkordatonun yapıma amacı bakımından borçların tasfiyesine ve malvarlığının tasfiyesine göre konkordato şeklinde incelenmektedir².

Bilindiği üzere 2016 yılında kabul edilen 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile iflâsın ertelenmesi kurumuna başvuru imkânı durdurulmuştur. Ardından 7101 sayılı Kanunla iflâsın ertelenmesine ilişkin hükümler yürürlükten kalkmıştır. Bu kanunla birlikte adı konkordatoya ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır (İİK m. 285 ilâ 309/I). Bu düzenleme, icra ve iflâs hukukunun en eski kurumlarından³ biri olan ancak fiilen hiç uygulanmayan

¹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 441. Benzer bir tanım için bkz. UYAR, s. 3.

² PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 6-7; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, s. 442-444; UYAR, s. 18-20.

³ Konkordatonun tarihçesi için bkz. PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 3-4; ÖZTEK/BUDAK/TUNÇ-YÜCEL/KALE/YEŞİLOVA, s. 31-60.

konkordatoyu yeni bir kimlikle gündeme getirmiştir⁴.

2. KONKORDATONUN AMACI VE KONKORDATO MÜHLETİ

Konkordatonun amacı, yatırım ortamının korunması ve iyileştirilmesi, ekonomik verimliliğin arttırılması, finansal sisteminin düzenlenmesi, şirket ve işletmelerin korunması olarak sıralanmaktadır⁵. Konkordatonun temel amacı, ödeme güçlüğü çeken borçlunun mali durumunu düzeltmek ve bu konudaki aksaklık ve eksiklikleri gidermektir. Konkordato öncelikle borçlu yararına bir kurum gibi düşünülebilir. Zira borçluya alacaklıları ile yaptığı anlaşma çerçevesinde ödeme imkânı vermektedir. Ancak konkordato, borçluyu haciz veya iflâs yoluyla yapılan takiplerden kurtararak borçlunun malvarlığını ve ekonomik mevcudiyetini koruyarak alacaklı bakımından da menfaat sağlamaktadır. Böylece alacaklı, konkordatoda haciz veya iflâs yoluyla yapılan takipten elde edeceği alaktan daha fazla alacak elde etmektedir⁶.

7101 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce “geçici mühlet” aşaması bulunmamaktaydı. Konkordato mühleti talebi ile bu talep hakkında karar verilmesine kadar geçecek sürede bir boşluk söz konusuydu. Bu süre içinde borçlu, alacaklıların zararına işlemler yapabileceği gibi alacaklılar da takipleri devam ettirerek veya yeni takipler yaparak borçlunun konkordato girişimine zarar verebilmekteydiler⁷. 7101 sayılı Kanun, konkordato “geçici ve kesin mühlet” kavramlarını getirmiştir. Bu Kanun gereğince, konkordato teklifi üzerine ticaret mahkemesi, İcra ve İflâs Kanunu’nda öngörülen koşulların varlığı halinde borçluya 3 ay geçici mühlet verecektir. Bu süre, borçlunun veya komiserin talebiyle 2 ay daha uzatılabilir (İİK m. 287/4). Geçici mühlet içinde konkordato teklifinin tasdik edilip edilmeyeceği ve borçlunun mali durumunun iyileşip iyileşmeyeceği belirlenecektir. Geçici mühlet içinde kesin mühletin temellerinin atıldığı ifade edilmektedir⁸.

Mahkeme, kesin mühlet hakkındaki kararını geçici mühlet içinde verecektir. Kesin mühlet hakkında bir karar verilebilmesi için, mahkeme borçluyu ve varsa konkordato talep eden alacaklıyı duruşmaya davet eder. Geçici komiser, duruşmadan önce yazılı raporunu sunar ve mahkemece gerekli

⁴ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 1.

⁵ Konkordatonun amacı ve eleştirisi için bkz. ATALAY, s. 115-117; ÖZEKES, s. 47-52.

⁶ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 4-5.

⁷ SARISÖZEN, s. 79-80.

⁸ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 22.

görülürse, beyanı alınmak üzere duruşmada hazır bulunur. Mahkeme yapacağı değerlendirmede, itiraz eden alacaklıların dilekçelerinde ileri sürdükleri itiraz sebeplerini de dikkate alır. Konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde⁹ borçluya bir yıllık¹⁰ kesin mühlet verilir. Güçlük arz eden özel durumlarda kesin mühlet, komiserin bu durumu açıklayan gerekçeli raporu ve talebi üzerine mahkemece altı aya kadar uzatılabilir. Borçlu da bu fıkra uyarınca uzatma talebinde bulunabilir; bu takdirde komiserin de görüşü alınır. Her iki hâlde de uzatma talebi, kesin mühletin sonra ermesinden önce yapılır ve uzatma kararı vermeden önce, varsa alacaklılar kurulunun da görüşü alınır. Kesin mühlet verilmesine, kesin mühletin uzatılmasına ve kesin mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine ilişkin kararlar, 288’inci madde uyarınca ilân edilir ve ilgili yerlere bildirilir (İİK m. 289). Konkordato hakkında yapılan yargılamada kesin mühlet içinde bir karar verilemeyeceği anlaşılırsa; mahkeme, gerekli görürse komiserden gerekçeli bir rapor da alarak, karar verilinceye kadar mühlet hükümlerinin devamına karar verebilir. Bu süre altı aydan fazla olamaz (m. 304/II). Böylelikle borçlunun, toplam 29 aya kadar bir sürede rahat nefes alması sağlanmaktadır.

3. KONKORDATO MÜHLETİNİN SONUÇLARI

İcra ve İflâs Kanunu’nun 288’inci maddesinin birinci fıkrası gereğince geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurmaktadır. Bu nedenle geçici mühlet ile kesin mühletin sonuçları kural olarak benzeşmektedir¹¹. Konkordato mühletinin alacaklılar (İİK m. 294-295), sözleşmeler (İİK m. 296) ve borçlular (İİK m. 297) bakımından sonuçları bulunmaktadır. Asliye ticaret mahkemesi, konkordato geçici mühleti kararıyla birlikte, borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli tedbirleri alacaktır (İİK m. 287/I). Örneğin borçlunun, banka hesapları üzerinde ancak konkordato komiserinin izniyle tasarruf edebileceğine karar verebilir¹². Konkordato mühletinin en önemli sonuçlarından biri, borçluya karşı daha önce başlatılan takiplerin

⁹ Kesin mühletin şartları için bkz. PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 45-54.

¹⁰ Pekcanitez ve Erdönmez, bir yıllık sürenin üst sınır olduğunu, borçlunun durumu dikkate alınarak sürenin peyderpey bir yıla uzatılabileceği savunulmaktadır PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 54). Atalı, bir yıllık sürenin tam olarak verilmesi gerektiği zira bu sonucun kanun ifadesi ve kesin mühletin amacı nedeniyle zorunlu olduğunu belirtmektedir (ATALI, s. 91).

¹¹ Geçici ve kesin mühletin sevk ediliş amacı farklılık arz etmektedir. Bu konuda bkz. PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 30).

¹² PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 31.

durması ve yeni takiplerin de başlatılmamasıdır (İİK m. 288/I, m. 294/I)¹³. Mühlet içinde borçlu aleyhine 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Rehinli alacaklılar ise, mühlet devam ederken rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilecekleri gibi, önceden başlattıkları takiplere de kaldıkları yerden devam edeceklerdir. Ancak bu takiplerde rehinli mal, muhafaza altına alınmayacak ve satılamayacaktır (İİK m. 295). İcra ve İflâs Kanunu'nun 206'ıncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir. Kanun koyucu, işçi ve nafaka alacakları için takip yasağı öngörmemiştir (İİK m. 294/II m. 206/I). Tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur¹⁴.

Borçlu, konkordato mühleti boyunca faaliyetlerine devam ettiğinden tasarruf yetkisinin sınırlanması söz konusu değildir. Borçlu, faaliyetlerini konkordato komiserinin nezareti altında kendisi yürütmektedir (İİK m. 290/II, b). Borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir. Şu kadar ki, mühlet kararı verirken veya mühlet içinde mahkeme, bazı işlemlerin geçerli olarak ancak komiserin izni ile yapılmasına veya borçlunun yerine komiserin işletmenin faaliyetini devam ettirmesine karar verebilir. Konkordato komiserinin tek başına işletmenin faaliyetlerini sürdürmesi istisnaî niteliktedir. Mahkeme, borçlunun tasarruf yetkisinin ne ölçüde sınırlayacağına karar verecektir¹⁵. Ancak borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünü almak zorundadır (İİK m. 297/II). Tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur (İİK m. 294/III).

¹³ Konkordatunun alacaklılar bakımından sonuçları için bkz. AKİL, s. 228 vd.; UYAR, s. 53-75.

¹⁴ ATALI, s. 97-101; SARISÖZEN, s. 117-123; PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 32-35; ÖZTEK/BUDAK/TUNÇ-YÜCEL/KALE/YEŞİLOVA, s. 207-219.

¹⁵ ATALI, s. 97-98; PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 83-85; UYAR, s. 78-80; ÖZTEK/BUDAK/TUNÇ-YÜCEL/KALE/YEŞİLOVA, s. 262-279.

Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurması durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez. Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur. Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır (İİK m. 296).

4. ÇEKİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Kıymetli evrak, Türk Ticaret Kanunu'nun 645'inci maddesinde tanımlanmaktadır. Buna göre; kıymetli evrak öyle bir senettir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği gibi başkasına da devredilemez. Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü kitabının 4'üncü faslı kambiyo senetleri başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında çek, bono ve poliçe düzenlenmiştir. Kambiyo senedi niteliğinde olan çek, Türk Ticaret Kanunu'nun 692 ilâ 735'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çekin unsurları¹⁶ Kanun'un 780 ve 781'inci maddelerinde yer almaktadır. Keşide tarihi (düzenlenme tarihi)¹⁷, çekin zorunlu unsurlarında biridir (TTK m. 780/1). Keşide tarihinin ay, gün ve yıl olarak gösterilmesi gerekir. Düzenleme tarihi içermeyen bir çek diğer unsurların varlığına rağmen geçersiz olacaktır¹⁸. Türk Ticaret Kanunu'na göre çekte vade bulunmamaktadır, çek görüldüğünde ödenen bir kıymetli evraktır. Çekte vadeye ilişkin bir kayıt yazılmamış sayılır (TTK m. 795)¹⁹.

Ödeme aracı niteliğinde olan çek, ülkemizde kredi aracı olarak kullanılmaktadır. Kanun koyucu, bu kullanımın yarattığı sorunlara çare olarak ileri tarihli çeke imkân veren düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır²⁰. İleri

¹⁶ Çekin unsurları için bkz. PULAŞLI, s. 246-268.

¹⁷ Düzenlenme tarihine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BOZER/GÖLE, s. 230-237.

¹⁸ PULAŞLI, s. 253-254, Kn. 24-19.

¹⁹ PULAŞLI, s. 267, Kn. 64.

²⁰ BOZER/GÖLE, s. 302-303; PULAŞLI, s. 316, Kn. 8.

tarihli çek, “düzenlendiği günden daha ileri bir tarih taşıyan gerçeğe aykırı keşide tarihi içeren çekler” olarak tanımlanmaktadır²¹. İleri tarihli çek²², sadece ödeme aracı olarak kullanılmamaktadır. Çeki düzenleyenin amacı, çekte belirtilen tarihe kadar bedelin talebini önlemektedir. Alacaklı da, çek bedeli ile sınırlı ve çekte yazılı tarihe kadar çeki düzenleyene kredi imkânı sağlamaktadır²³.

Türk Ticaret Kanunu ileri tarihli çekleri kabul ederek, bu tür çeklerin gününden önce bankaya ibraz edilmesi halinde ibraz günü ödeneceğini hüküm altına almıştı (TTK m. 707). Ancak bu ilkeden 3167 sayılı Kanuna eklenen geçici madde ve 5941 sayılı Çek Kanunu’nda²⁴ yapılan düzenlemelerle sapılmıştır. 5838 sayılı Kanun’a eklenen geçici 2’inci madde ile 31.12.2009 tarihine kadar çeklerin üzerinde yazılı keşide tarihinden önce ödenmek üzere muhatap bankaya ibrazının geçersiz olduğu düzenlenmiştir. 5941 sayılı Çek Kanunu’nun geçici 1’inci maddesi ile bu süre 31.12.2011’e daha sonra ise 31.12.2017 tarihine uzatılmıştır. 7061 sayılı Çek Kanunu ile bu süre şu an için 31.12.2020 tarihine çekilmiştir. İlgili hükümler gereğince, düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının kısmen veya tamamen ödenmemesi halinde, bu çeki dayanarak hukukî takip yapılamayacaktır. Böylece çekte vadeye ilişkin fiili durum hukukî hale getirilmiştir²⁵.

5. ÇEKLE İLGİLİ “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇUNA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

5.1. Genel Olarak

Konkordatonun çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan kaynaklı cezaî sorumluluğa etkisini incelerken, konunun daha iyi ortaya konulabilmesi bakımından gerekli olduğu ölçüde çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun unsurlarının ele alınmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu başlık altında söz konusu suç tipine ilişkin genel bir bilgi vermeyi uygun buluyoruz.

Suç tipi incelenirken hangi suç teorisi odaklı olarak konuyu ele alacağımızı kısaca açıklamak gerekir. Bu bağlamda suçu daha iyi tanımlayıp analiz etmek

²¹ ÇÖL, s. 195.

²² İleri tarihli çekin düzenlenme nedenleri için bkz. ÇÖL, s. 197-200.

²³ ÇÖL, s. 198; YILDIRIM, s. 99.

²⁴ Çek Kanunu’nun tarihçesi için bkz. ÖZDAMAR, s. 2-8; BOZER/GÖLE, s. 303-305.

²⁵ YILDIRIM, s. 93-96; YILDIZ, s. 80-81.

amacıyla, onun unsurlarını ortaya koymaya çalışan düşünce sistemlerine, suç teorisi veya suç genel teorisi denilmektedir.²⁶ Suçu unsurlarına ayırmak, onu daha iyi inceleme olanağı sunmaktadır; böylelikle suç olanla olmayanı birbirinden ayırmak kolaylaşmaktadır. Suçun yapısal unsurlarını içerik ve yapı itibarıyla farklı şekillerde değerlendiren suç genel teorileri bulunmaktadır.²⁷

Yapısal unsurları üzerinden bir tanımlama yapılırsa suç; tipe uygun, hukuka aykırı insan davranışını (fiili) ifade eder. Bununla birlikte diğer hukuka aykırılıklardan farkını oluşturan yaptırım dikkate alındığında suç; cezaî yaptırıma tabi kılınmış hukuka aykırılık olarak tanımlanabilir. Her su, neticede bir fiildir ve fiilsiz cezaî sorumluluk olmaz.²⁸ En azından suçta teşebbüsten cezaî sorumluluk doğabilmesi için bile, suç teşkil eden fiilin doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmış olması gerekir²⁹.

Ceza hukuku açısından fiilin en belirgin özelliği, onun belirli bir amaca yönelmiş, iradi bir davranış olmasıdır. Bu bağlamda finalist hareket teorisi açısından *fiil*; *hakim irade tarafından belirli bir amaca yönelmiş olarak dış dünyada gerçekleştirilen iradi insan davranışı* olarak tanımlanabilir.³⁰ Fiille, iradilik ve amaç arasındaki bu sıkı ilişki dolayısıyla iradilik ve dolayısıyla kast da fiilin ayrılmaz bir parçası olarak kabul görmeli, suç teorisinde fiille birlikte tipiklik içerisinde ele alınmalıdır. Bu bağlamda suçun tipiklik ve hukuka aykırılık olmak üzere iki temel unsuru vardır. Tipikliğin ise maddî ve manevî unsur olmak üzere iki alt başlığı söz konusudur.

Belirtmek gerekir ki; cezaî sorumluluğun doğabilmesi için failin suç teşkil eden davranışı gerçekleştirmiş olması (suçun işlenmesi) yeterli değildir. Aynı zamanda işlediği fiilden dolayı failin kınanabilir olması da gerekir. Failin işlediği fiile ilişkin kast veya taksirinin oluşum süreci bakımından kınanabilirliğini ifade eden kusurluluk da cezalandırılabilirliğin şartları arasındadır. Bununla birlikte kusurluluk suçun unsuru değil; bilakis unsurlar dışında kalan ve failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğini ifade eden bir değer yargısıdır³¹. Suç unsurları bakımından tamam olsa bile, fail işlediği fiil dolayısıyla kınanabilir olmadığı sürece cezaî sorumluluğu oluşmayacaktır.

²⁶ İÇEL/EVİK, s. 4.

²⁷ AKBULUT, s.200 vd.

²⁸ ÖZGENÇ, s. 166.

²⁹ Aynı yönde bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 88.

³⁰ KREY/ESSER, s. 116.

³¹ ÖZGENÇ, s. 165.

Son olarak her suç bakımından değil; ancak bazı suçlar bakımından failin cezalandırılabilir olması için unsurlar ve kusurluluk dışında başkaca koşulların gerçekleşmesi de kanunen aranmış olabilir. Söz konusu koşullara cezalandırılabilirliğin diğer koşulları denir. Bunlar objektif cezalandırılabilirlik şartına bağlı suçlar bakımından objektif şartın gerçekleşmiş olması, şahsî cezasızlık sebebine ya da cezayı ortadan kaldıran şahsî sebebe tabi kılınmış suçlar bakımından ise bu tür şahsî hallerin fail bakımından bulunmaması şeklinde sayılabilir. Fail, unsurları bakımından tamam olan bir suçu, kusurlu şekilde gerçekleştirmiş ve cezalandırılabilirliğin diğer koşullarını da sağlamış ise cezaî sorumluluğu ortaya çıkacaktır.³²

Çek Kanununda çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu, şu şekilde hükme bağlanmıştır; “*Üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur... (Çek K. m.5/1).*” Aşağıda bu düzenleme bağlamında çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu incelenecek ve bu fiilden cezaî sorumluluğun ortaya çıkmasının koşulları ele alınacaktır.

5.2. Suçla Korunan Hukukî Değer

Her suç tipiyle korunan bir hukukî değer vardır³³. Nitekim her bir ceza normu, belirli hukukî değerleri korumaya hizmet eder. Doktrinde suçla korunan hukukî değeri, suçun hukukî konusu olarak nitelendiren yazarlar da bulunmaktadır³⁴. Söz konusu hukukî değer, genel olarak topluma ait olabileceği gibi, toplumdaki belirli bir kişiye de ait olabilir. Çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunda ise, birden fazla hukukî değer koruma altına alınmıştır. Suç tipiyle öncelikle bu kambiyo senedine duyulan ekonomik güvenin korunması ve bu güvenin devamlılığının sağlanması amaçlanmıştır³⁵. Nitekim ekonomik hayatta kullanılan çeklerin karşılıksız çıkması ve bu durumun yaygınlaşması, çekin ekonomik ve toplumsal

³² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 366 vd.; AKBULUT, s.205

³³ Suçun hukukî konusu; suçla ihlal edilen hukukî varlık veya menfaattir. Suçun ihlal ediciliği kaynağını hukukî konudan alır. Her suçta nasıl bir fail varsa, bir de hukukî konu vardır (TOROSLU, s. 92).

³⁴ Örnek için bkz. ZAFER, s. 154.

³⁵ ERCAN, s. 15.

hayattaki güvenilirliğini olumsuz şekilde etkileyecek, güven kaybının ciddi boyutlara ulaşması durumunda ise zamanla hiç kimse bu ekonomik aracı kullanmak istemeyecektir. Bu şekilde çekin ekonomik hayatta etkisizleşmesi ve dolayısıyla ekonomik hayatın bu kapsamda sekteye uğraması söz konusu olacaktır. Bunun yanında, kendisine verilen çekin karşılığının olmaması nedeniyle, çek hamilinin ekonomik kaybına ilişkin malvarlığı değeri de söz konusu suç tipiyle korunan bir diğer hukukî değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü o da alacağını çeke bağlamak suretiyle kendince bir ekonomik güven alanı oluşturmuş, ancak buna rağmen kendisine verilen çekin karşılığını alamamıştır.³⁶

5.3. Suçun Unsurları

5.3.1. Tipiklik

5.3.1.1 Genel Olarak

Tipiklik, failin işlediği fiilin kanundaki suç tanımına (suç kalıbına) uygun olmasını ifade eder³⁷. Suç teşkil eden haksızlığın temelini tipik fiilin gerçekleşmesi oluşturmaktadır. Failin gerçekleştirmiş olduğu fiilin kanundaki suç tanımıyla örtüşmesi halinde tipiklik gerçekleşmiş olur³⁸. Failin gerçekleştirdiği fiil haksız ve hatta hukuka aykırı olsa bile, eğer herhangi bir suç tanımına uymuyorsa cezaî sorumluluk doğmaz. Nitekim Anayasa'nın 38'inci maddesinin birinci fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere, kanunsuz suç ve ceza olmaz (TCK m. 2).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sistematigi bakımından suçun manevî unsuru ile kusurluluğun birbirinden farklı kavramlar olarak ele alındığını da ifade etmek gerekir. Bu bağlamda kast, tipiklik içinde manevî unsur olarak yer alırken (subjektive Tatbestand); kusurluluk (Schuld) ise, suçun unsurları

³⁶ Suç tipi ile çeke duyulan güvenin korunmasının yanında, çek hamilinin bireysel kaybının ilişkin olduğu malvarlığı değerinin de koruma altına alındığını ifade etmemiz, “o zaman neden vadesinde ödenmeyen bono ya da adi yazılı senet de cezaî yaptırımı tabi değil?” eleştirisi getirilebilir. Şöyle ki; çek hamilinin ekonomik kaybına ilişkin malvarlığı değerinin korunması tek başına suç tipinin hükme bağlanması bakımından yeterli ölçüde önem arzeden bir hukukî değer değildir. Ancak bu hususun çeke duyulan güvenin korunmasının yanında, ikincil bir hukukî değer olarak karşımıza çıktığı kanaatindeyiz.

³⁷ Yazar tipikliğin dar ve geniş anlamda tipiklik olarak ikiye ayrıldığını, geniş anlamda tipikliğin içine cezalandırılabilirliğin tüm koşullarının girdiğini ifade etmektedir. Dar anlamda tipiklik ise kanuni tanımdaki unsurları ifade etmektedir (AKBULUT, s. 200).

³⁸ KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 104.

dışında cezalandırılabilir fiilin şartı olarak failin kınanabilirliği bakımından söz konusu olmaktadır³⁹.

Finalist (gai) hareket teorisi bakımından fiil, belirli bir amaca yönelmiş olarak dış dünyada gerçekleştirilen iradî insan davranışdır. Bu nedenle iradilik, fiilin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu için fiille birlikte kastın da tipiklik içerisinde ele alınması uygun olacaktır.⁴⁰ Türk Ceza Kanunu'na göre (TCK m.21/1); *suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*. Dolayısıyla kural olarak, kast yoksa suç da yoktur. Taksirli suçlar ise, kanundaki açık düzenlemeye bağlı istisnâ nitelikteki kurumlardır. Bu anlatılanlar ışığında, tipikliğin iki önemli alt başlığı bulunmaktadır; bunlar tipik maddî unsur ve tipik manevî unsurdur⁴¹.

5.3.1.2 Tipik Maddî Unsur

Tipikliğin maddî (objektif) unsuru; kanunî tasnifte yer alan fiilin dış dünyadaki görünüm biçimine ilişkin hususları kapsar. Bu bağlamda çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun maddî unsuru içerisinde yer alan alt unsurlar şunlardır:

Suçun Konusu: Suçun konusu, suç teşkil eden fiilin üzerinde işlendiği somut veya soyut varlıklar ile faaliyetlerdir⁴². Her suç bakımından fiilin üzerinde işlendiği bir konu bulunur⁴³. Suçun konusu doktrinde bazı yazarlarca⁴⁴

³⁹ Almanya’da ceza hukuku bir bilim dalı olarak ifade edilmeye başlandığından beri (ki bunun başlangıcı 18. yüzyılın ikinci yarısına tekabül etmektedir), kusur (schuld) ağırlıklı olarak latince “culpa” kelimesinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Hatta bazen kastın karşısında taksiri ifade etmek için de kullanıldığı görülmüştür. Ancak artık bu tür çifte karakterli kullanımlara rastlanmamaktadır (STUBINGER, s. 378). Alman hukukunda kast, uzunca bir süre bir kusur türü olarak görülmeye devam etti. Dolayısıyla bu dönemde kastın anlamı, hukuka aykırılık bilincine rağmen fiili işlemek üzerine kurgulanmıştı. Bu bağlamda kast ile taksir arasındaki fark anlamını kaybetmeye başladı: Nitekim bilinçli taksir durumunda da failin hukuka aykırı fiil bakımından bir öngörüsü söz konusudur. Bu bağlamda hukuka aykırı fiili öngören fail, kast sorumluluğuna sahip olacağından; bilinçli taksirin de kast kavramı içerisinde kabul edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı (STRATENWERTH, s. 123); Kusurluluk ve manevi unsurların birbirinden farklı kavramlar olduğu hususunda aynı yönde ayrıca bkz. GROPP, s. 95 vd.; s. 381 vd; JESCHECK/WEIGEND, s. 561 vd.

⁴⁰ KREY-ESSER, s. 116.

⁴¹ Her bir suçun kanuni tanımında yer alan unsurlar, maddî ve manevî olmak üzere iki ana grupta toplanmaktadır. ÖZGENÇ, (2017), s. 166.

⁴² KARAKEHYA, s. 79.

⁴³ ÖZGENÇ, (2017), s. 203.

⁴⁴ Bu yazarlara örnek olarak bkz. ZAFER, s. 163; Yazara göre cismi olmayan şeyler maddî konuyu oluşturmaz; ancak suçun hukukî konusunu oluşturabilir.

iddia edildiğinin aksine her zaman somut bir varlığa sahip değildir⁴⁵. Kasten yaralamada (TCK m.86) mağdurun vücudu, hırsızlıkta (TCK m.141) taşınır mal, mala zarar vermede (TCK m.151) taşınır veya taşınmaz mal gibi somut varlığı olan varlıklar suçun konusunu oluştururken, ihaleye fesat karıştırmada (TCK m.235) ihale süreci gibi bir faaliyet suçun konusunu oluşturmaktadır. Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçunda ise, veri gibi soyut bir varlık suçun konusunu teşkil etmektedir. Benzer şekilde başkaca suçlarda da sır, şeref, görev gibi soyut kavramların da nadir denilemeyecek şekilde suçun konusu olarak belirlendiği görülmektedir.

Çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmamasına sebepiyet verme suçunun konusunu ise, çek oluşturmaktadır. Nitekim suç kapsamında karşılığı bulundurulmayan ödeme aracı çektir⁴⁶. Bu bağlamda suçun oluşabilmesi için kanunî unsurları taşıyan, hukuken geçerli bir çekin bulunması zorunludur⁴⁷. Aksi takdirde suçun konusu bulunmadığı için suç oluşmayacaktır.

Fail: Suçun kanuni tanımındaki fiili, üzerinde hâkimiyet kurarak gerçekleştiren kimseye fail denir.⁴⁸ Fiilin gerçekleştireni, onu ortaya koyan kimse olması nedeniyle fail için “suçun aktif süjesi” terimi de kullanılmaktadır⁴⁹. Çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçunun faili ancak çekin karşılığını bulundurma yükümlülüğü altında bulunan kimseler olabilir. Böyle bir yükümlülüğü olmayan kimsenin suçu işlemesi veya suçun işlenmesine müşterek fail olarak katılması mümkün değildir.

Bu bağlamda suçun faili çeki düzenleyen değil; bilakis ibraz süresi içinde çekin karşılığını bankada bulundurma yükümlülüğü altında bulunan kişi veya kişilerdir. Çeki düzenleyenle çekin karşılığını bulundurma yükümlülüğü altında olan kimseler, aynı kişi olabileceği gibi farklı kişiler de olabilir⁵⁰. Karşılıksız işlemi yapılmasına sebepiyet veren kişi, çek karşılığını ilgili bankada tam olarak bulundurmakla yükümlü olan hesap sahibidir. Hesap sahibi, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Hesap sahibinin tüzel kişi olması halinde suçun faili,

⁴⁵ Aynı yönde bkz. AKBULUT, s. 342.

⁴⁶ ERCAN, s. 25.

⁴⁷ Şen ve Malbeleşği'ne göre çek niteliğini haiz belgenin varlığı söz konusu suç bakımından ön şart niteliğindedir (ŞEN/MALBELEŞĞİ, s. 27).

⁴⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 113.

⁴⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 373.

⁵⁰ SOYER-GÜLEÇ, s. 157.

tüzel kişinin malî yönetimi ile görevlendirilen yönetim organı üyesi gerçek kişi veya böyle bir görevlendirme yapılmamış ise yönetim organını oluşturan gerçek kişilerdir⁵¹.

Mağdur: Her suçun nasıl bir faili varsa, aynı zamanda bir de (geniş anlamda da olsa) mağduru vardır. Mağdursuz bir suç söz konusu olamaz. Suç teşkil eden davranışı gerçekleştiren kimse olması sebebiyle faile “suçun aktif süjesi” denildiği gibi; suç teşkil eden fiile maruz kalan kimse olarak mağdura da “suçun pasif süjesi” denilmektedir⁵². Bu bağlamda çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçunun mağduru, çekin alacaklısı olan çek hamilidir.

Fiil: Söz konusu suç bakımından tipik fiil; *üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde, çekin karşılığının çek hesabında bulundurulmamasıdır*⁵³. Bu bağlamda suç, hem sırf hareket suçu hem de ihmali suç özelliği göstermektedir. Çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılması ise suçun bir unsuru değil; ancak suç bakımından objektif bir cezalandırılabilirlik şartıdır⁵⁴. Dolayısıyla failin kastının “karşılıksızdır” işlemi yapılmasını kapsamaması gerekli değildir⁵⁵. Çekin kanunî ibraz süresi içinde karşılığının bulunmaması suçun oluşması bakımından yeterlidir. Ancak suçun oluşması, cezaî sorumluluğu kendiliğinden ortaya çıkarmaz. Bunun dışında aynı zamanda failin kusurlu olması ve objektif cezalandırılabilirlik şartı gibi diğer koşulların da gerçekleşmesi gerekir⁵⁶.

⁵¹ ERCAN, s. 18.

⁵² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 373.

⁵³ Söz konusu fiile ilişkin ayrıntılı içtihatlar için bkz. TANERİ, s.149 vd., Yazar suç tipine ilişkin hiçbir açıklama yapmamakla birlikte, ilgili kanun maddelerinden sonra suç tipine ilişkin ayrıntılı içtihatlar paylaşmıştır.

⁵⁴ ÖZGENÇ, s. 119.

⁵⁵ Kanun koyucu bazen cezaî sorumluluğun doğabilmesi için suçun unsurları ve kusurluluk dışında, failin iradesinden bağımsız ve bu nedenle objektif olarak gerçekleşmesi yeterli olan bir takım koşulların varlığını aramamış olabilir. Cezalandırılabilirliğin bu şekilde objektif koşullara bağlandığı suç tiplerinin sayısı çok fazla değildir. Ancak bazen Türk Ceza Kanunu’nda bazen de başkaca kanunlardaki tipleri bakımından bu tür istisnai nitelikteki objektif koşullara yer verildiği görülmektedir. İşte cezaî sorumluluğun ortaya çıkması bakımından, suçun unsurları ve kusurluluk dışında gerçekleşmesi aranan bu tür koşullara objektif cezalandırılabilirlik şartları denir. Suçun unsurlarının aksine bu koşullar objektif niteliktedirler. Dolayısıyla failin kastının bu objektif koşulları kapsamaması gerekmez. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.367; AKBULUT, s.205 vd.

⁵⁶ Bu noktada cezalandırılabilir bir fiilin koşulları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. KARAKEHYA, s. 50 vd.

Buna karşın doktrinde çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmış olmasının fiilin bir parçasını oluşturduğu, bu öge gerçekleşmedikçe fiilin tamamlanmış sayılamayacağı ve dolayısıyla suçun oluşmamış olacağı yönünde görüşler vardır⁵⁷. Ancak bu görüş, tipik düzenleme ile uyuşmadığı gibi failin kastının “karşılıksızdır” işlemi yapılmasını kapsamaması gerektiği ve suça teşebbüsün mümkün olacağı şeklinde problemler sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenlerle söz konusu görüşü yerinde bulmadığımızı ifade etmek isteriz.

Ayrıca çekin kanunî ibraz süresi içerisinde bankaya ibraz edilmiş olması da, bu suç bakımından kabul edilmiş bir diğer objektif cezalandırılabilirlik şartıdır. Bu nedenle, failin kastının bu koşulu da kapsamaması gerekli değildir. Ancak cezaî sorumluluğun doğması bakımından çekin kanunî ibraz süresi içerisinde ibraz edilmesi gerekir⁵⁸.

5.3.1.3. Tipik Manevî Unsur

Suçun tipik manevî unsuru, suçtaki sübjektif ögeyi oluşturur.⁵⁹ Modern ceza hukuku bakımından kast, manevî unsurun tipik şeklidir ve kural olarak tipe uygun fiiller, ancak kasten işlendikleri takdirde cezalandırılırlar⁶⁰. Bu bağlamda suç tiplerinde suçun kasten işleneceğinin ayrıca belirtilmesine gerek yoktur⁶¹. Türk Ceza Kanunu’nun 21’inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde de “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.*” denilmek suretiyle bu husus açıkça düzenleme altına alınmıştır. Bir fiilin taksirli hali ise, ancak kanunda açıkça belirtildiği durumlarda cezalandırılabilir. Eğer fiilin taksirle cezalandırılacağı kanunda ayrıca belirtilmemişse, ilgili suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Türk Ceza Kanunu’nda (TCK m.22/1) yer alan “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” hükmü de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

⁵⁷ Örnek için bkz. ERCAN, s. 62.

⁵⁸ İbraz süresi, Türk Ticaret Kanunu’nun 796’ıncı maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; (1) Bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. (2) Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Bu bakımdan, bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdeniz’e sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdeniz’e sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada düzenlenmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır. (3) Birinci ve ikinci fıkralarda yazılı süreler, çekte yazılı olan düzenlenme tarihinin ertesi günü başlar.”

⁵⁹ DÜZGÜN/ELMACI, s. 2.

⁶⁰ Suç kasten işlenir. Taksirin ise ceza hukukunda cezalandırılması bir istisnadır (YURTCAN, s. 66).

⁶¹ HAKERİ, s. 180 vd.

Bu bağlamda “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuna ilişkin Çek Kanunu’nun 5’inci maddesine baktığımızda suçun taksirle işleneceğine dair bir ifadenin yer almadığı görülmektedir. Bu bağlamda suçun ancak kasten işlenebilen bir suç olduğunun kabulü hukukî bir zorunluluktur. Her ne kadar suçun en azından taksirle işlenebilen bir suç olduğu konusunda doktrinde görüşler bulunsa da, yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerle, suçun taksirle işlenebileceğinin kabul edilmesinin hukuken mümkün olmadığı kanaatindeyiz⁶².

5.3.2. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, suçun unsurlarından olup, işlenen fiilin hukuk düzeni ile çelişik halde bulunmasını ifade eder⁶³. Bir başka deyişle işlenen fiil, hukuk düzeni ile uyumsuz olmalı, bir tezat oluşturmalıdır. Normal koşullarda failin fiilinin tipik olması, maddî ve manevî unsur bakımından kanunî koşulları sağlaması, bu fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olduğuna da karinesini teşkil eder⁶⁴. Ancak fiille ilgili olarak bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması durumunda bu karine ortadan kalkar ve fail fiilinin hukuka uygun olması nedeniyle cezaî sorumluluktan kurtulur⁶⁵.

Doktrinde ve yargı kararlarında her ne kadar belirli koşullar altında konkordatonun “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilse de, aşağıda daha ayrıntılı açıklayacağımız üzere bu görüşe katılmıyoruz⁶⁶. Çünkü “karşılıksızdır” işlemi yapılmış bir çekle ilgili olarak, kanunî ibraz süresi içinde ibraz edilen çekin karşılığı bulunmadığı anda suç tamamlanmış olmakta, bir başka ifadeyle tipik haksızlık gerçekleşmektedir. Sonrasında konkordato kapsamında bu borcun ödenmesi, tipik haksızlığı ortadan kaldırmaz ve onu hukuka uygun hale getirmez. Bilakis fail bakımından onu cezaî sorumluluktan kurtaran şahsî bir sebep ortaya çıkmış olur. Bu bağlamda karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından konkordato kapsamında borcun sonradan ödenmesi, cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran şahsî bir sebeptir.

⁶² Aynı yönde bkz. ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 117 vd.

⁶³ KATOĞLU, s. 19.

⁶⁴ Fiil kanunî tipe uygun olduğunda hukuka aykırı olduğu da kabul edilmektedir. Çünkü kanuni tanım, tipe göre hukuka aykırı davranışı tanımlar. AKBULUT, s. 418.

⁶⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 263.

⁶⁶ Bu görüş için bkz. ŞEN, (2019), Yargı kararına örnek için ayrıca bkz. Gaziantep BAM 12. CD. 22.02.2019, 424/282.

5.4. Kusurluluk

Cezaî sorumluluğun doğabilmesi için failin suç teşkil eden davranışı gerçekleştirmiş olması (suçun işlenmesi) yeterli değildir. Aynı zamanda işlediği fiilden dolayı failin kınanabilir olması da gerekir. Failin işlediği fiile ilişkin kınanabilirliğini ifade eden kusurluluk da cezalandırılabilirliğin şartları arasındadır. Bununla birlikte kusurluluk suçun unsuru değil; bilakis unsurlar dışında kalan ve failin işlediği fiilden dolayı kınanabilirliğini ifade eden bir değer yargısıdır⁶⁷. Failin işlediği fiil bakımından kusurlu sayılabilmesi için kusur yeteneğinin bulunması ve işlediği fiil bakımından kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedenin söz konusu olmaması gerekir⁶⁸.

Bu bağlamda madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere; kişinin elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkan (doğal afet, savaş, kaza, vb.) zorunluluk halleri dolayısıyla, çekin karşılığını ilgili hesapta bulunduramaması halinde, kınanabilirliği söz konusu olmayacak ve cezaî sorumluluk doğmayacaktır. Benzer şekilde diğer kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin varlığı halinde de (örneğin çekin karşılığının hesapta bulundurulması gereken zamanda, ilgili kişinin algılama yeteneğini kaybetmesi gibi) suçun oluşmasına rağmen cezaî sorumluluk ortaya çıkmayacaktır⁶⁹.

5.5. Suçun Özel Belirliş Biçimleri

5.5.1. Teşebbüs

Suç objektif cezalandırılabilirlik şartına tabi bir suç olduğundan, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçuna teşebbüsten cezaî sorumluluk doğmaz. Objektif cezalandırılabilirlik şartına tabi suçlar bakımından, suç tüm unsurları itibarı ile tamamlanmış olsa ve failin kusurluluğu bulunsa dahi, objektif koşul gerçekleşmedikçe fail bakımından cezaî sorumluluk ortaya çıkmaz. Bu nedenle bu tür koşullara tabi olan suçlar bakımından teşebbüsten de cezaî sorumluluk oluşmayacaktır. Nitekim tamamlanmış suçtan bile objektif koşul gerçekleşmedikçe cezaî sorumluluk doğmadığına göre, tamamlanmamış (teşebbüs aşamasından kalmış) suç bakımından cezaî sorumluluk doğması evleviyetle mümkün olmayacaktır.⁷⁰

⁶⁷ ÖZGENÇ, (2017), s. 165.

⁶⁸ KARAKEHYA, s. 51.

⁶⁹ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 117.

⁷⁰ Objektif cezalandırılabilirlik şartına tabi suçlara, şartın gerçekleşmesi koşuluyla teşebbüsün mümkün olabileceği hususunda karşı görüş için bkz. AKBULUT, s.206 vd.

5.5.2. İştirak

Suçta iştirak mümkündür. Ancak sadece çekin karşılığını bulundurma yükümlülüğü altında bulunan kişiler tarafından işlenebilen özgü suç olması dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu gereğince (TCK m.40/2), böyle bir yükümlülüğü bulunmayan kişiler suça sadece azmettiren veya yardım eden olarak katılabilirler⁷¹. Bununla birlikte suç, bizzat işlenebilen bir suç olma özelliği göstermez⁷². Söz konusu yükümlülük altında bulunanların iştirak halinde müşterek fail olarak suçu işlemeleri mümkündür⁷³.

5.5.3. İçtima

Çek hesabı açma yasağı bulunan birisinin bu yasağa rağmen çek keşide etmesi durumunda, “karşılıksızdır” işlemlerinin yapılmasına sebebiyet verme suçundan değil; bilakis dolandırıcılıktan hüküm kurmak gerekecektir. Nitekim fail, burada hileli davranışlarla ekonomik bir yarar sağlamaktadır⁷⁴. Bu noktada, Çek Kanunu’nun 7’inci maddesinin (Çek K. m.7/6) dikkate alınması gerekir. Söz konusu düzenleme; *“hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişi, buna rağmen çek düzenlerse, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* demektir. Ancak bahsi geçen eylem, hemen her zaman dolandırıcılığı oluşturacağından ve bu suçun cezası yukarıdaki maddede belirtilen ceza miktarından fazla olduğundan, fail bakımından yalnızca dolandırıcılıktan cezaî sorumluluk doğacaktır.

Ayrıca kanun koyucunun açık düzenlemesi gereği, her bir çekle ilgili olarak ayrı ayrı cezaî yaptırım uygulanacaktır. Bu nedenle, farklı çeklerdeki

⁷¹ Aynı yönde bkz. ERCAN, s. 69.

⁷² Bizzat işlenebilen suçlar, suçun kanuni tanımındaki fiilin tek bir fail tarafından bizzat gerçekleştirildiği suç tiplerini ifade etmektedir (AKBULUT, s. 332). Bizzat işlenebilen suçların her birisi özgü suçtur. Ancak her özgü suç bizzat işlenebilen bir suç değildir (KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 114). Dolayısıyla bizzat tek fail tarafından işlenebilme, sadece bazı özgü suçlara has bir durumdur. Çocuk düşürme (TCK m. 100) ve yalan tanıklık (TCK m. 272) suçları hem özgü suç hem de bizzat işlenebilen suçlardır. Nitekim yalan tanıklığı sadece tanık olarak dinlenen kimse beyanda bulunurken yapabilir. Dışarıdan birisinin bu suça fail olarak katılması mümkün değildir. Aynı şekilde çocuk düşürme suçu da bizzat hamile kadın tarafından işlenebilir. Dışarıdan bir başkası bu suça fail olarak katılamaz. Aksi takdirde, yani hamile kadın dışında birisi fiil üzerinde irade hakimiyeti kurarak çocuğun düşmesine yönelik bir davranışta bulunursa, çocuk düşürmeden (TCK m. 100) değil; TCK m. 99’da hükme bağlanan çocuk düşürmeden sorumlu olacaktır (KARAKEHYA, s.75 vd.).

⁷³ Benzer şekilde bkz. ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 122.

⁷⁴ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 123 vd.

eylemler bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanma ihtimali söz konusu değildir. Kanun koyucu bu noktada gerçek içtima kurallarının uygulanması bakımından tartışmaya mahal bırakmamıştır⁷⁵.

5.6. Yaptırım

Çek Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasına göre; *üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibrazında, çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Ancak, hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktarı, (...) az olamaz. Mahkeme ayrıca, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına; bu yasağın bulunması hâlinde, çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının devamına hükmeder...*

Görüldüğü üzere, suç karşılığında cezaî yaptırım olarak adli para cezası öngörülmüştür. Gün para cezası olarak belirlenen bu ceza, aynı zamanda nispi para cezası niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, *hükmedilecek adli para cezası; çek bedelinin karşılıksız kalan miktardan az olamaz*⁷⁶. Ayrıca fail bakımından çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına ilişkin bir güvenlik tedbirine de yer verilmiştir⁷⁷. Bu yasak, yargılama sırasında ise bir koruma tedbiri olarak uygulanacaktır. Nitekim Çek Kanunu'nda (Çek K. m.5/1) açıkça “yargılama sırasında da re'sen mahkeme tarafından koruma tedbiri olarak çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağına karar verilir” denilmektedir⁷⁸.

5.7. Muhakeme Şartı

Takibi şikâyete bağlı suçlarda suçtan doğrudan doğruya zarar gören kimsenin failin cezalandırılmasına ilişkin isteğini yetkili mercilere bildirmesine şikâyet denir.⁷⁹ “Karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu da

⁷⁵ ERCAN, s. 70.

⁷⁶ ERCAN, s. 165.

⁷⁷ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 88 vd.

⁷⁸ Bu bağlamda koruma tedbirlerine ilişkin bir tanım yapmak gerekirse; *şüpheli veya sanığı ya da bir delili elde etmek, duruşmanın yapılmasını yahut hükmün infazını teminat altına almak amacıyla başvurulmuş, her birisi bir veya birden fazla temel hakka müdahale teşkil eden muhakeme işlemlerine koruma tedbirleri denilmektedir.* Bu tanıma uygun açıklamalar için aynı yönde bkz. CENTEL/ZAFER, s. 312.

⁷⁹ Şikâyet, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan bir suçun, şikâyete hakkı olan bir kimse veya onun kanuni veya iradi temsilcisi tarafından, kanuni süresi içerisinde, kanunda belirtilen yetkili kişi veya makamlara bildirilerek failin cezalandırılması iradesini

takibi şikâyet şartına tabi suçlardandır. Nitekim bu husus, “*hamilin şikâyeti üzerine (Çek K. m.5/1)*” denilmek suretiyle hüküm altına alınmıştır.

Çek Kanuna (Çek K. m.5/1) göre; *bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanununun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353’üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır.* Dolayısıyla inceleme konumuzu oluşturan suça ilişkin muhakeme şartı ve süresi bakımından İcra ve İflâs Kanunu’nun 347’inci maddesine göre hareket etmek gerekir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir; “... *füllerden dolayı şikâyet hakkı, fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde fiilin işlendiği tarihten itibaren bir yıl geçmekle düşer.*” Dolayısıyla “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından da şikâyet hakkı, fiilin öğrenilmesinden itibaren üç ay ve her halükarda da fiilin işlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde kullanılmalıdır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; Türk Ceza Kanunu’nda (TCK m.73) şikâyete ilişkin genel düzenlemeden farklı olarak, burada şikâyetten vazgeçme hükmün kesinleşmesine kadar değil; bilakis infazın tamamlanmasına kadar mümkündür. Nitekim Çek Kanunu (Çek K. m.6/2) kapsamında konu değerlendirildiğinde; şikâyetten vazgeçme halinde; a) Yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine, b) Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği görülmektedir. Bu hallerde çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı hususu ise MERSİS ile Risk Merkezine bildirilir ve ilan olunur. Sonuç olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından, hükmün kesinleşmesinden sonra da şikâyetten vazgeçilebilecektir.

5.8. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuna ilişkin uyumsuzlukları çözmekle görevli mahkeme, icra mahkemesi olarak belirlenmiştir (Çek K. m.5/1). Yetkili icra mahkemesi ise, çekin tahsil için bankaya ibraz edildiği veya çek hesabının açıldığı banka şubesinin bulunduğu yer ya da hesap sahibinin yahut şikâyetçinin yerleşim yeri mahkemesidir (Çek K. m.5/1). Bu bağlamda suç sebebiyle savcılık tarafından bir soruşturma yapılması ve iddianame düzenlenmesi söz konusu değildir⁸⁰. Hamilin şikâyetini

beyan edilmesidir (ÜNVER/HAKERİ, s. 121).

⁸⁰ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 100.

görevli ve yetkili icra mahkemesine vermesi suretiyle dava açılır. Dolayısıyla buradaki şikâyet dilekçesi iddianame yerine geçen belge niteliğindedir (Bkz. CMK m.191/2/b).⁸¹

Görevli ve yetkili mahkemenin uygulayacağı yargılama usulü bakımından da kanunda açık düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; *bu suçtan dolayı açılan davalar icra mahkemesinde görülür ve İcra ve İflas Kanununun 347, 349, 350, 351, 352 ve 353’üncü maddelerinde düzenlenen yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır (Çek K. m.5/1).*

Ayrıca belirtmek gerekir ki; *bu suç nedeniyle, ön ödeme, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümler uygulanmaz (Çek K. m.5/10).* Bunun yanında verilen adli para cezalarının ödenmemesi durumunda, *bu ceza, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 106’ncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmeksizin doğrudan hapis cezasına çevrilir (Çek K. m.5/11).* Buradaki hapis cezası niteliği itibarıyla “zorlama (tazyik) hapsi niteliğindedir⁸².

5.9. Etkin Pişmanlık

Çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından oldukça geniş bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir⁸³. Çek Kanunu’nda (Çek K. m.6/1) yer alan düzenlemeye göre; *“karşılıksız kalan çek bedelinin, çekin üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanunî ibraz tarihinden itibaren işleyecek 3095 sayılı Kanuna göre ticarî işlerde temerrüt faiz oranı üzerinden hesaplanacak faizi ile birlikte tamamen ödeyen kişi hakkında,*

a) *Yargılama aşamasında mahkeme tarafından davanın düşmesine,*

b) *Mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra mahkeme tarafından hükmün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırıldığı, MERSİS ile Risk Merkezine 5’inci maddenin sekizinci fıkrasındaki usullere göre bildirilir ve ilan olunur.”*

⁸¹ ERCAN, s. 103.

⁸² ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 104.

⁸³ ÖZGENÇ, Çek Kanunu, s. 130.

Her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'ncü maddesinin dördüncü fıkrasında cezasızlık nedeni olan etkin pişmanlık hallerinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği hükme bağlanmış olsa da, kanun koyucu burada yaptığı özel düzenleme ile bu etkin pişmanlık hali bakımından düşme kararı verileceğini düzenleme altına almıştır. Benzer istisnai hükümlere başkaca suç tipleri bakımından da rastlanmaktadır⁸⁴.

6. GENEL OLARAK KONKORDATO SÜRECİNİN “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇUNA ETKİSİ

Konkordatonun özel olarak çekten kaynaklı borçlara etkisinin ne olacağına ya da karşılıksız çek keşide etmekten dolayı ortaya çıkacak cezaî sorumluluğu kaldırdığına dair bir düzenlemeye herhangi bir kanunda yer verilmiştir değildir. Bu bağlamda bu tür özel bir düzenleme İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılmadığı gibi Çek Kanunu'nda da bulunmamaktadır. Dolayısıyla konkordatonun yukarıda belirttiğimiz hususlara ilişkin bir etkisinin olup olmadığı ancak kurumların yapısına ve mevcut genel düzenlemelere bakılarak tespit edilebilecektir.

Öğretide *Seven*, iflâsın ertelenmesi kararı ve karşılıksız çek keşide etme suçunu değerlendirmiştir. Bu görüş, şu anda yürürlükte olmayan iflâsın ertelenmesi kurumuna ilişkin olmakla birlikte, iflâsın ertelenmesi ve konkordatonun amacı düşünüldüğünde dikkate alınması gereken bir görüştür. *Seven*, iflâsın ertelenmesi kararı devam ettiği müddetçe, alacaklının borçlu hakkında karşılıksız çek keşide etme suçu bakımından şikâyet hakkının bulunmadığını belirtmektedir. Alacaklı hamilin, iflâsın ertelenmesi süresi içinde borçlu keşideci hakkında karşılıksız çek keşide etme suçundan şikâyetçi olması halinde, Cumhuriyet Savcılığı'nın “kovuşturmama kararı” vermesi gerektiği ceza davası açılması halinde ise, “durma kararı” verilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁵.

⁸⁴ Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 184'üncü maddesinde hükme bağlanan imar kirliliğine neden olma suçu bakımından kabul edilen etkin pişmanlık düzenlemesinde de yargılama sırasında düşme kararı verilmesi kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir; “*kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer; mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar (TCK m.184/5).*”

⁸⁵ SEVEN, s. 93.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi, 22.02.2019 tarihli kararında “... Keşideci şirketin konkordato talebi kabul edilmiş ve suça konu ileri tarihli çek, konkordato başvurusunda gösterilmiş, ödeme planına alınmış olduğu hallerde, çek bedelinin hesapta bulundurulması zorunluluğu bir mahkeme kararına istinaden ortadan kalkacağı için bir **“hukuka uygunluk” nedeninin varlığı** kabul edilebilir. Ancak; karşılıksız kalan çekin konkordato kapsamında olmadığı hallerde, örneğin konkordato ilanından sonra keşide edilmiş veya ibrazı konkordato mühleti içinde yapılmış ve konkordato başvurusunda gösterilmeyen ve ödemesi planlanmayan çek, yukarıda izah edilen kapsamda değerlendirilemez. Böyle bir halde, karşılıksız kalan çekle ilgili ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir...” ifadesiyle konkordato talebini hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmektedir.⁸⁶

Konkordatonun borçlunun bir plan ve program dairesinde borcunu ödemesine imkân sağlayan bir kurum olduğu, bu kuruma ilişkin düzenlemelerde borçlar bakımında herhangi bir ayırım yapılmadığı ve son olarak “*borçlu hakkında ... konkordato için mühlet verilmiş ise, o borçluya karşı takip muamelesi yapılamaz (İİK m.51/2).*” düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda, doğrudan çeki bağlı borçlar bakımından da konkordatonun tüm diğer borçlara ilişkin etkiyi doğuracağını söylemek gerekir. Dolayısıyla çekten kaynaklan borçlar bakımından da takip tehlikesi olmaksızın onaylanmış ödeme planı kapsamında ifa gerçekleştirilecektir. Kanun koyucu, borçlu tarafından alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak yapılan vaatlerin hükümsüz olduğunu da düzenlemiştir (İİK m. 308/d).

Benzer şekilde, zorda kalan borçluya rahat bir nefes aldirmek için öngörülmüş olan konkordato kurumunun amacı ve çekin konusunu

⁸⁶ Gaziantep BAM, 12. CD, 22.02.2019, 424/282. Doktrinde Şen ve Malbeği de aynı görüşü paylaşmaktadır: “...konkordato ilan eden ve ilan ettiği projede -önceden- ilgili tarihte çekin karşılığını bulunduramayacağını beyan eden kişi bakımından; 5941 sayılı Çek Kanunu m.5’de[1] düzenlenen karşılıksız çek suçunun maddî ve manevî unsurlarının oluştuğu söylenebilirse de, mahkemenin verdiği kararla birlikte artık bu fiilin hukuka aykırılığında bahsedilemeyeceğinden, suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecek ve suç oluşmayacaktır. Bu nedenle konkordato ilanını, bir hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirmek isabetli olacaktır.5941 sayılı Çek Kanunu m.5’de tanımlanan suçun hareket unsuru; vade tarihinde çekin karşılığını ilgili banka hesabında bulundurmamak, yani vade tarihi itibarıyla yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüğün ihmal edilmesidir. Çekin üzerinde bulunan düzenleme tarihinden öncesine ait bir tarihte düzenlenmesi hazırlık hareketi niteliğindedir. Suçun icra hareketi, vade tarihi itibarıyla gerçekleştirilmektedir. Konkordato ilanı, fiilden önce yapılmaktadır. Dolayısıyla, ortada fiilden önce gelen ve fiili hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir kural bulunmaktadır.” Bkz. ŞEN, (2019), s. 1.

oluşturan alacağa ilişkin takip yapılamaması (İİK m.51/2) hususları birlikte düşünüldüğünde, çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuna ilişkin olarak da konkordato sürecinin bir takım sonuçlar doğuracağını kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, konkordato kapsamında borçluya mühlet verilmesi, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından olumsuz bir muhakeme şartı oluştururken; çekin konusunu oluşturan borcun konkordato projesi kapsamında ödenmesi ise “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun faili bakımından cezayı ortadan kaldıran şahsî bir sebep oluşturacaktır. Burada önemli olan konulardan biri, borcun konkordato projesi kapsamında yer almasıdır. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi de, “suça konu ileri tarihli çekin, konkordato başvurusunda gösterildiği ve ödeme planına alınmış olduğu hallerde, çek bedelinin hesapta bulundurulması zorunluluğu bir mahkeme kararına istinaden ortadan kalkacağını... ancak, karşılıksız kalan çekin konkordato kapsamında olmadığı hallerde (örneğin; konkordato ilanından sonra keşide edilmiş veya ibrazı konkordato mühleti içinde yapılmış ve konkordato başvurusunda gösterilmeyen ve ödemesi planlanmayan çekin söz konusu olduğu bir durumda) karşılıksız kalan çekle ilgili ceza sorumluluğunun bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği”ni ifade etmektedir⁸⁷.

Aşağıda bu sonuçları ayrı başlıklar halinde gerekçelendirerek açıklamayı uygun buluyoruz.

7. KONKORDATO SÜRECİNİN “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILMASINA SEBEBİYET VERME SUÇUNDAN YAPILACAK YARGILAMA BAKIMINDAN OLUMSUZ BİR MUHAKEME ŞARTI OLUŞTURMASI

İcra ve İflâs Kanunu kapsamında usulüne uygun bir konkordato başvurusu yapıldıktan sonra (İİK m. 285-286) mahkeme, derhal geçici mühlet kararı verir. Bu kararla birlikte konkordato süreci işletilmeye başlandığından, artık “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından olumsuz bir muhakeme şartının varlığı söz konusu olur. Konkordato süreci devam ettiği müddetçe de sanık hakkında söz konusu suça ilişkin yargılama yapılmaz. Çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapıldıktan sonra ortaya çıkan bu durum, suçun varlığını ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde failin cezalandırılması için gerçekleşmesi gereken (“karşılıksızdır” işlemi yapılmasına ilişkin) objektif koşulun varlığına da etki etmez. Ancak nasıl alacağa ilişkin takip

⁸⁷ Gaziantep BAM, 12. CD, 22.02.2019, 424/282.

yapılamıyorsa, benzer şekilde geçici süre verilmesiyle konkordato sürecinin başlamış olması, ceza yargılamasının yapılmasına da engel olur. Yoksa suç oluşmuş, objektif koşul gerçekleşmiştir; ancak yargılama yapılamamaktadır. Dolayısıyla burada konkordato etkisini maddî ceza hukuku değil; bilakis ceza muhakemesi hukuku bakımından gösterir. Bu bağlamda “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından “geçici mühlet verilmesiyle başlayan konkordato sürecinin bulunmaması” şeklinde olumsuz bir muhakeme şartının bulunduğu kabul edilmelidir.

Buna karşın Yargıtay, bu tür hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m.218/1) gereğince konkordato sürecinin sonuçlanmasının “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından bekletici mesele yapılması gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁸. Burada konkordato sürecinin sonucunun beklenmesi gerektiği hususunda Yargıtay’la aynı fikirde olmakla birlikte, bunun Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m. 218) kapsamında özel hukuk mahkemesince çözülecek bir uyuşmazlığın sonucunun beklenmesi gerekçesiyle yapılamaz. Nitekim burada Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m.218) kapsamında çözüme kavuşturulması gereken bir özel hukuk meselesinin sonucunun beklenmesi söz konusu değildir. Sadece konkordato sürecinin nasıl sonuçlanacağı beklenmektedir. Özel hukuk mahkemesinin (icra mahkemesinin) hiçbir şey yapmadan borçlunun çeki ilişkin borcu, konkordato kapsamında ödeyip ödemeyeceğini beklenmesinin, özel hukuk mahkemesi tarafından çözülmesi gereken bir özel hukuk meselesi olarak görülemeyeceği ve bu nedenle de söz konusu durumun Ceza Muhakemesi kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatini taşımaktayız. Burada özel hukuk mahkemesi hukukî bir sorun çözmekte; sadece konkordato sürecinin nasıl sonuçlanacağını beklemektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, söz konusu hallerde “geçici mühlet verilmesi suretiyle başlatılmış bir konkordato sürecinin bulunmaması” şeklindeki olumsuz muhakeme şartının gerçekleşmemesi nedeniyle, gerçekleşmesini beklemek üzere Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223’üncü maddesinin sekizinci fıkrası gereğince durma kararı vermek gerekir.

⁸⁸ Yargıtay 19. CD. (Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri Arasındaki Karar Uyuşmazlığının Giderilmesine Dair Karar) 10.6.2019, 23974/9339; RG Yayın tarihi 19 Haziran 2019, Sayı: 30806; Karara ayrıca şu adresten de ulaşılabilir (<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=605211&p=658863>, erişim: 19.06.2019).

Ceza muhakemesi şartları,⁸⁹ muhakemenin yapılmasının kanun koyucu tarafından varlığı ya da yokluğuna bağlandığı koşullara denir⁹⁰. Kural, muhakemenin herhangi bir şarta bağlı olmaksızın gerçekleştirilmesidir. Ancak suç ve ceza politikasının bir gereği olarak bu tür düzenlemelere yer verilmesi mümkündür⁹¹. Ceza muhakemesi şartları genel kuralın istisnasını oluşturdukları için bunların kıyas yoluyla genişletilmeleri de mümkün değildir.

Muhakeme şartı olarak belirli bir koşulun varlığı aranıyorsa, ortada olumlu bir muhakeme şartı vardır. Örneğin şikâyete tabi suçlarda şikâyetin gerçekleşmiş olması, olumlu bir muhakeme şartıdır. Buna karşın belirli bir koşulun yokluğu aranıyorsa, bu durumda olumsuz bir muhakeme şartı (muhakeme engeli) var demektir. Örnek vermek gerekirse, sanığın akıl hastası olmaması olumsuz bir muhakeme şartıdır. Nitekim belirli bir hususun yokluğu şart olarak kabul edilmiştir⁹².

Ceza muhakemesi şartları suçun unsurlarından değildir. Bilakis bunlar muhakeme hukukuna ait kurumlardır. Ceza muhakemesi şartının gerçekleşmemesinin fiilin suç olmasına bir etkisi yoktur. Fiil suç olmaya devam etmekle birlikte, şartın gerçekleşmemesi muhakemenin yapılmasına engel olur. Bu bağlamda daha önce de söylediğimiz üzere, “geçici mühlet verilmesi suretiyle başlatılmış bir konkordato sürecinin bulunmaması” “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından olumsuz bir muhakeme şartıdır. Bununla birlikte konuyu daha ayrıntılı olarak ele aldığımızda, konkordato sürecinin ilgili suç bakımından bir muhakeme şartı olarak kabul edilebilmesi ve dolayısıyla muhakemeye engel olması için bazı koşulların bulunmasının gerekli olduğu görülecektir. Söz konusu koşullar şu şekilde sıralanabilir;

⁸⁹ Söz konusu şartlar bir diğer yönüyle de muhakeme engeli olarak kabul edilebilir. Zira şartın gerçekleşmemesi durumunda dava açılmamakta ya da yargılama yapılamamakta, kısacası muhakemeye engel olunmaktadır. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 124; Muhakeme engeli terimini tercih eden yazarlara örnek olarak ayrıca bkz. ÜNVER/HAKERİ, s. 120.

⁹⁰ Bazı yazarlar “ceza muhakemesi şartı” terimini üst kavram olarak kullanmakta; söz konusu şartlardan bazıları davanın açılmasına bazıları ise dava açıldıktan sonra yargılamanın yapılmasına engel olduğu için, bunları dava şartları ve yargılama şartları olarak iki ayrı alt başlık halinde incelemektedirler. Bu şekilde bir inceleme örneği için bkz. ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 46; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 125.

⁹¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 44.

⁹² CENTEL/ZAFER, s. 583.

1) Çeke bağlı bir borç bulunmalı ve kanunî ibraz süresi içerisinde ibraz edilen çekin karşılığı bulunmamalıdır.

2) Söz konusu çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmış olmalıdır.

3) “Karşılıksızdır” işlemi yapıldıktan sonra alacaklı kanuni şikâyet süresi içerisinde (İİK m.347) şikâyette bulunmuş olmalıdır.

4) Söz konusu çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu dolayısıyla verilmiş kesin bir mahkûmiyet hükmü bulunmamalıdır.

5) “Karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sırasında, çeke bağlanmış borcu da içeren bir proje kapsamında, borçlu hakkında geçici mühlet verilmesi suretiyle başlatılmış bir konkordato süreci bulunmalıdır.

Tüm bu koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde, mahkeme durma kararı vererek konkordato sürecinin sonlanmasını bekleyecektir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223’üncü maddesinin sekizinci fıkrası gereğince şartın gerçekleşme imkânının bulunduğu hallerde mahkeme gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı vermelidir. Burada da muhakeme süreci olumlu ya da olumsuz şekilde sonuçlandığında mahkeme, sonuca göre durma kararını kaldırıp hükmünü kuracaktır. Bu bağlamda örneğin herhangi bir nedenle konkordato feshedilirse, konkordato süreci sona ermiş olduğundan “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından mahkumiyet kararı verecektir. Konkordato süreci sonunda ödeme planında (projede) öngörüldüğü şekliyle borç ifa edildiğinde ise muhakeme şartı yine gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bu defa konkordato süreci olumlu sona ermiş olduğundan, durma kararı kaldırıldıktan sonra cezayı ortadan kaldıran şahsî sebep dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m.223/4).

8. KONKORDATO SÜRECİNİN OLUMLU SONUÇLANMASININ “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILMASINA NEDEN OLMA SUÇUNUN FAİLİ BAKIMINDAN CEZAYI ORTADAN KALDIRAN ŞAHSÎ BİR NEDEN TEŞKİL ETMESİ

Konkordato sürecinin olumlu sonuçlanması, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından cezayı ortadan kaldıran şahsî bir sebep oluşturmaktadır. Cezayı kaldıran şahsî sebepler, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan, kişiye ceza verilmemesini sağlayan sebeplerdir. Bununla birlikte cezayı kaldırmayıp azaltan şahsî sebepler de söz konusu olabilir.

Cezayı kaldıran şahsî sebepler, suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkarlar ve suçun oluşumuna ya da kusur değerlendirmesine bir etkileri olmaz. Kanun koyucu bazı suçlar bakımından etkin pişmanlık gösterilmesini de bu kapsamda ele almıştır⁹³. Bu bağlamda, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun oluşumu aşamasında bulunmayıp sonradan ortaya çıkan ve cezaî sorumluluğun doğmasına engel olan konkordatonun olumlu sonuçlanması durumu, cezayı ortadan kaldıran şahsî bir sebep niteliğindedir. Bu nedenle konkordato sürecinin olumlu sona erdiği durumlarda fail hakkında beraat değil; bilakis Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m.223/4) gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından, konkordatonun aşamalarını ve bu aşamalarda verilecek kararların ceza muhakemesini nasıl etkileyeceğini ayrıca değerlendirmek gerekir. Zira konkordato sürecinde verilecek kararlar, çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından gerçekleştirilen ceza yargılamasını da etkilemektedir. Bu bağlamda konkordatonun aşamaları;

- Konkordatoya başvuru ve geçici mühlet talebi,
- Geçici mühlet,
- Kesin mühlet,
- Alacaklılar toplantısı,
- Konkordatonun mahkemece incelenmesi ve tasdiki,
- Konkordatonun uygulanması ve tasdiki şeklinde sıralanabilir.

Bu aşamalarda verilecek kararları ve bunların ceza muhakemesine etkilerini şu şekilde ele alabiliriz:

Konkordato talebi, eksik belge (İİK m. 286) bulunması, konkordato gider avansının yatırılmaması ve ilgili eksikliklerin süresinde tamamlanmaması halinde reddedilir. Bu aşamada, çekle ilgili karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme suçu bakımından tartışılacak bir nokta bulunmamaktadır.

Yargıtay’a göre; borçlu, konkordato mühleti boyunca faaliyetlerine devam ettiğinden tasarruf yetkisinin sınırlanması söz konusu değildir. Borçlu, faaliyetlerini konkordato komiserinin nezareti altında kendisi yürütmektedir

⁹³ AKBULUT, s. 210.

(İİK m. 290/II, b). Bu nedenle borçlu, konkordato mühleti içinde keşide ettiği çeklerin karşılığını bulundurma sorumluluğu altındadır. Yine geçici mühlet ve etkileri, talep ve mahkemenin karar vermesine bağlıdır. Çekin bankaya ibraz tarihinde henüz konkordato talep edilmemişse, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçuna ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır⁹⁴. Ancak kişi hakkında karşılıksız çekten yargılama yapılırken dahi çekin ilişkin olduğu borcu da kapsar nitelikte bir konkordato projesi sunulur ve borçlu geçici mühlet alırsa, bu durumda konkordato süreci başlamış olacağından mahkemenin durma kararı vererek sürecin sonucunu beklemesi gerekir. Çünkü muhakeme şartının yargılama boyunca varlığı gerekir. Bu bağlamda olağan kanun yolu aşamasında da olsa, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçunun yargılaması sırasında, çekin ilişkin olduğu borcu da kapsamına alan bir konkordato sürecinin başlamış olması yargılamayı durdurur. Nitekim bu durumda “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından söz konusu olan “geçici mühlet verilmesi suretiyle başlatılmış bir konkordato sürecinin bulunmaması” koşulu ortadan kalkmış olacaktır.

⁹⁴ “...İcra İflas Kanunu'nun 285 inci maddesi uyarınca konkordato talebinde bulunan ve bu istemi kabul edilerek mühlet verilen borçlunun aynı Kanununun 290. maddesine göre komiser nezaretinde işlerine devam etme hakkına haiz olup yalnızca mühlet ilanından itibaren rehin ve ipotek tesis edilmeyeceği, gayrimenkul satamayacağı kefil olamayacağı ve ivazsız tasarruflarda bulunamayacağı, aksi takdirde yaptığı akitlerin hükümsüz olacağı öngörülmüş bulunduğundan, **sanığın mühlet içinde keşide ettiği çeklerin karşılığını bulundurma sorumluluğunun olmasına ve aksi durum karşılıksız çek keşide etme suçunu oluşturmaya karşısında, çeklerin bankaya ibraz tarihlerinde henüz konkordato talebinde bulunmamış olan sanık hakkında yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, SONUÇ : Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan hükmün 5320 Sayılı Kanununun 8/1 inci maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı C.M.U.K.nun 321 inci maddesi uyarınca BOZULMASINA, temyiz harcının istenmesi halinde iadesine, 15.09.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi...**” Yargıtay 15. CD, 15.9.2011, 34/672; “...İcra İflas Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca konkordato talebinde bulunan ve istemi kabul edilerek mühlet verilen borçlunun, aynı Yasanın 290. maddesine göre komiser nezaretinde işlerine devam etme hakkına haiz olup, yalnızca mühlet ilanından itibaren rehin ve ipotek tesis edilmeyeceği, gayrimenkul satamayacağı, kefil olamayacağı ve ivazsız tasarruflarda bulunamayacağı, aksi takdirde yaptığı akitlerin hükümsüz olacağı öngörülmüş bulunduğundan, **bir alışveriş karşılığında çek keşidesi bu batıl tasarruflardan olmadığı gibi, bu hal sanığın konkordato talebinin kabulü ile verilen mühlet içinde keşide ettiği çekin karşılığını bulundurma sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı cihetle, dava konusu çeklerin 3167 sayılı Yasanın öngördüğü unsurları içerir nitelikte tanzim edildiği ve ibrazında karşılığı bulunmadığı takdirde, atılı suçun oluşacağı gözetilmeden yazılı gerekçe ile beraat kararı verilmesi, SONUÇ : Yasaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA, 25.6.1996 gününde oybirliğiyle karar verildi...**” Yargıtay 10. CD, 25.6.1996, 7331/7636 (<http://www.kazanci.com.tr/>, erişim: 10.06.2019).

Yargıtay 1999 tarihli kararında konkordato talebinin tek başına karşılık çek keşide etme suçuna engel olmayacağını ve bu nedenle mahkemenin beraat kararı veremeyeceğini ifade etmektedir⁹⁵. Bu karar, 7101 sayılı Kanun öncesi döneme ait olmakla birlikte, konkordato süreci içinde çekle ilgili karşılıksızdır işlemine sebebiyet verme suçu bakımından ceza mahkemesinin vereceği karar türü bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay konkordato talebi ve kararının varlığı halinde mahkumiyet hükmü verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerçekten de muhakeme şartı olarak konkordato sürecinin en azından geçici mühlet verilmesi suretiyle başlatılmış olması gerekir ki, mahkeme durma kararı verebilsin. Bu bağlamda kanaatimizce de sadece talepte bulunulması, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından yargılama sürecine veya cezaî sorumluluğun doğmasına etki etmez.

Konkordato talebi üzerine geçici mühlet kararı verilmesi halinde geçici mühlet kural olarak, kesin mühletin sonuçlarını doğurur. Geçici mühlet kararı ile birlikte konkordato süreci işletilmeye başlandığından, artık “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından olumsuz bir muhakeme şartının varlığı söz konusu olur. Konkordato süreci devam ettiği müddetçe de sürece sanık hakkında söz konusu suça ilişkin yargılama yapılmaz.

Geçici mühlet sonunda asliye ticaret mahkemesi, konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğu kanaatine varırsa borçluya bir yıllık kesin mühlet verir (İİK m. 289). Mahkeme, konkordato teklifinin tasdik edilemeyeceği sonucuna varır veya malî durumun iyileşme ihtimalinin kalmadığını görürse kesin mühlet talebinin reddine karar verir. Bu kararla konkordato süreci sona ermiş olduğundan, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından durma kararı verilmiş olan bir yargılama varsa, (olumsuz muhakeme şartının gerçekleşmesi nedeniyle) bu karar kaldırılarak yargılamaya devam edilecek ve sanığın suçu işlediği tespit edilirse mahkumiyet hükmü verilecektir.

İcra ve İflâs Kanunu’nda iki durumun varlığı halinde kesin mühletten kaldırılacağı düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, borçlunun malî durumunun

⁹⁵ “...Şekil şartlarına haiz olan davaya konu çekin süresinde ibraz edildiğinde karşılığının bulunmadığı, usulüne uygun ihtarat tebliğine rağmen düzeltme hakkının kullanılmadığı şikayetin, yasal süresinde yapıldığı ve konkordato talebi ile kararının karşılıksız çek suçunun oluşmasını engellemeyeceği gözetilmeden yasal unsurları itibarıyla oluşan mesnet suçtan mahkumiyet hükmü kurulması yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, asaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA , 08.03.1999 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 10. CD, 8.3.1999, 1159/2196 (<http://www.kazanci.com.tr/>, erişim: 10.06.2019).

düzelmesidir (İİK m. 291/I). Kanun koyucu bu düzenlemeyle, malî durumu düzelen borçlunun, kesin mühletin sağladığı imkânları alacaklılar zararına kullanmasını önlemek istemiştir. Konkordato mühleti içinde malî durum düzelmesi ve konkordato mühletinin kaldırılması halinde, konkordato kapsamında yer alan çek bakımından “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçuna ilişkin durdurulmuş bir yargılama, kaldığı yerden devam edecektir. Konkordato mühletinin kaldırılması ve çeke konu edilen borcun ödenmesi halinde borçlunun cezaî sorumluluğu doğacaktır.

Kanununun 292’inci maddesinde ise, kesin mühletin kaldırılarak borçlunun iflâsına karar verilecek haller düzenlenmiştir. Buna göre; borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa, konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa, borçlu, 297’inci maddeye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa, borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse mahkeme, kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve re’sen borçlunun iflâsına karar verir. Kesin mühlet kararının kaldırılarak konkordato talebinin reddi kararı ile birlikte kesin mühletin doğurduğu sonuçlar ileriye etkili olarak sona erecektir. Konkordatonun reddi halinde, konkordato kapsamında yer alan çek bakımından “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçuna ilişkin durdurulmuş bir yargılama varsa, kaldığı yerden devam edecek ve diğer koşullar da bulunuyorsa (örneğin çeke konu olan borç ödenmemişse) borçlunun cezaî sorumluluğu doğacaktır.

Alacaklılar toplantısının ardından komiser, iltihak süresinin bitmesinden itibaren en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato projesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi eder (İİK m. 302/VII). Mahkeme, konkordatonun tasdiki için yapacağı incelemede, kanun koyucunun (İİK m. 305) aradığı şartların bulunup bulunmadığını değerlendirir. Konkordato için öngörülen şartlar somut olayda gerçekleşmişse ve konkordatonun başarıya ulaşma şansı varsa mahkemece konkordatonun tasdikine karar verilir (İİK m. 306). Konkordato, tasdik kararıyla bağlayıcı hale gelir ve bu kararla konkordato hükümleri kural olarak, tüm alacaklılar için bağlayıcı hale gelir. Konkordatonun tasdiki şartları somut olayda bulunmuyorsa, konkordatonun tasdiki talebi reddedilir (İİK m. 308). Bu durumda da “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından, yine yukarıdaki paragraflarda açıkladığımız çerçevede hareket edilmesi gerekir.

Konkordato süreci sonunda failin projede öngörülen sürede, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçunun konusunu oluşturan çekin ilişkin olduğu borcu ödemesi halinde proje olumlu sonuçlanmış olacaktır. Bunun yanında borçlunun konkordato sürecinde durumunun düzelmesi nedeniyle konkordatonun kaldırılması ve çekin ilişkin olduğu borcu ifa etmesi halinde de aynı şey söz konusudur. Bu tür durumlar fail bakımından cezayı ortadan kaldıran şahsî sebep niteliğindedir. Dolayısıyla bu belirttiğimiz şekillerde konkordato sürecinin olumlu sonuçlanması hallerinde, sanık hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223’üncü maddesinin dördüncü fıkrası gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

“Karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçunun konusunu oluşturan çeke ilişkin borç konkordato süreci kapsamında ödendiğinde, fiil yine suç olma niteliğini devam ettirmektedir. Nitekim fail ödeme tarihinde hesapta çekin karşılığını bulundurmamıştır. Üstelik failin cezalandırılabilmesi bakımından gerekli olan objektif koşul da “karşılıksızdır” işlemi yapılmasıyla gerçekleşmiştir. Fiilin haksızlık ve hukuka aykırılık niteliği hala devam etmektedir. Ayrıca failin kınanabilirliğini etkileyen bir hal de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle konkordato kapsamında faile sağlanan bahsi geçen imkân ne bir hukuka uygunluk nedeni ne de kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep oluşturur. “Karşılıksızdır” işlemi yapıldıktan sonra konkordato kapsamında söz konusu borcun ödenmesi, ancak konkordatodan faydalanan kişilere özel bir imkan sağlamaktadır. Bu yönüyle de cezayı ortadan kaldıran şahsî bir sebep olarak kabul edilmelidir.

Borçlunun konkordato şartlarına tam ve zamanında uymaması halinde konkordatonun feshi söz konusu olacaktır. Konkordato kısmen feshedilebileceği gibi tamamen de feshedilebilir. Konkordato projesi uyarınca kendisine ifade bulunulmayan her alacaklı, konkordato uyarınca kazanmış olduğu yeni hakları muhafaza etmekle birlikte konkordatonun kendisi hakkında feshedilmesini isteyebilir (İİK m. 308/e). Konkordatonun kısmen feshinde borçlunun konkordato şartlarına tam ve zamanında uymaması söz konusudur. Konkordato sürecine katılmamış veya katılıp olumsuz oy kullanmış alacaklılar, süresi içinde alacağını konkordatoya kaydettirmemiş alacaklılar konkordato talep edebilir⁹⁶. Konkordatonun tamamen feshi ise, İcra ve İflâs Kanunu’nun 308/f maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre her

⁹⁶ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 163-164.

alacaklı, kötüniyetle sakatlanmış konkordatonun feshini talep edebilir⁹⁷. Konkordatonun kısmen feshi kararı⁹⁸, sadece bu konuda karar alan alacaklı bakımından sonuç doğurur. Fesih kararı ile birlikte alacaklının alacağı eski haline döner. Fesih kararı diğer alacaklıları etkilemez⁹⁹. Konkordatonun tamamen feshi kararı, tüm alacaklılar bakımından sonuç doğurmaktadır. Konkordatonun tamamen feshi tüm alacaklıları etkilemekte ve konkordato tüm hüküm ve sonuçları ile ortadan kalmaktadır. Konkordatonun tamamen feshinde, tenzilat konkordatosu yapılmışsa borçlu, borcun tamamından sorumlu olur, vade konkordatosu yapılmışsa borçlunun borcunu derhal ödeme zorunluluğu doğar. Fesih kararı ile birlikte konkordato hükümleri geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu nedenle, alacaklılardan her biri alacağın tamamı için takip başlatabilir veya başlamış olan takiplere kaldıkları yerden devam edebilirler¹⁰⁰. Konkordatonun feshi talebi üzerine verilen kararlar aleyhine hükmün tebliğinden itibaren 10 gün içinde istinaf, Bölge Adliye Mahkemesi kararları aleyhine ise ilgili kararın tebliğinden itibaren 10 gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir¹⁰¹. Konkordatonun feshi halinde çekle ilgili karşılıksızdır işlemine sebepiyet verme suçu nedeniyle başvuru için kararın kesinleşmesi gerekir¹⁰². Konkordato sürecinin konkordatonun feshi

⁹⁷ Konkordatonun tamamen feshine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SARISÖZEN, s. 200-203.

⁹⁸ Konkordatonun kısmen feshine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SARISÖZEN, s. 195-200.

⁹⁹ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 168-169; SARISÖZEN, s. 198.

¹⁰⁰ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 173-174; SARISÖZEN, s. 201-202.

¹⁰¹ PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 168.

¹⁰² “...İcra İflas Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca konkordato talebinde bulunan ve istemi kabul edilerek mühlet verilen borçlunun aynı Yasa'nın 290. maddesine göre komiser nezaretinde işlerine devam etme hakkına haiz olup, yalnızca mühlet ilanından itibaren rehin ve ipotek tesis edemeyeceği, gayrimenkul satamayacağı, kefil olamayacağı ve ivazsız tasarruflarda bulunamayacağı, aksi takdirde yaptığı akitlerin hükümsüz olacağı öngörülmüş bulunduğundan bir alışverişin karşılığında çek keşidesi batıl tasarruflardan olmadığı gibi bu hal sanığın konkordato talebinin kabulü ile verilen mühlet içinde keşide ettiği çeklerin karşılığını bulundurma sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı nazara alınmakla birlikte, temyiz dilekçesi ekinde sunulan **Kastamonu Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.7.2000 tarih ve 1999/569 esas, 2000/291 karar sayılı kararı ile konkordatonun tasdikine karar verildiğinin anlaşılması karşısında, söz konusu kararın kesinleşip kesinleşmediği ve neticeleri araştırılıp, sonucuna sanığın hukukî durumunun tayin ve takdir gerekirken eksik inceleme ile hüküm tesisi;** -Kabule göre de, 1136 sayılı Avukatlık Yasa'sının 4667 sayılı Yasa'nın 77. maddesi ile değişik 164/son maddesi hükmünün yorumlanmasında hataya düşülerek, vekalet ücretinin katılan yerine katılan vekili adına hükmedilmesi, SONUÇ : Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün istem gibi BOZULMASINA; 29.6.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 10. CD, 29.6.2004, 6556/07888 (<http://www.kazanci.com.tr/>, erişim: 10.06.2019).

nedeniyle olumsuz sonuçlanması hallerinde ise¹⁰³ yukarıda incelediğimiz üzere, durma kararı kaldırılarak yargılamaya devam edilmeli ve diğer koşullar da varsa, fail hakkında mahkûmiyet kararı verilmelidir.

Yukarıda, bekletici meseleyle ilgili kısmına ilişkin kısaca bahsettiğimiz Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin bölge adliye mahkemeleri ceza daireleri arasındaki karar uyuşmazlığının giderilmesine dair son kararı (10.6.2019, 23974/9339), özetle şu şekildedir;

Karşılıksız çekle ilgili ceza davasına bakan icra ceza mahkemesinin, konkordato yargılamasını “bekletici mesele” yapması ve “konkordatonun tasdikine” karar verilmesi halinde, konkordato anlaşmasına göre hüküm ve sonuçları yeniden belirlenen suçta konu çekin, ibraz tarihinden sonra suçun konusunu oluşturan bir çek olmaktan çıkması nedeniyle, tüzel kişi yetkilisi sanıkların “beraatine” karar vermesi gerektiği- “Konkordatonun reddi” halinde ise, bu süreçte çek hesabının yönetimi, bu hesaba para aktarma gibi yetkiler komişere verilmişse ve bankaya ibraz edilen çek komiserin yetkili olduğu dönemde karşılıksız çıkmışsa, yine şirket yetkilisi gerçek kişilerin “cezai sorumluluklarının devam etmeyeceği”; ancak mahkemece, bu süreçte çek hesabının yönetimi, bu hesaba para aktarma gibi yetkilerin komişere verilmesi yönünde açık bir karar verilmemişse, şirket yöneticilerinin karşılıksız çıkan çekten dolayı “cezai sorumluluklarının devam edeceği”ne hükmedilmiştir.¹⁰⁴

Yukarıda gerekçelerini sıraladığımız üzere, konkordato sürecinin sonucunun beklenmesinin sanki bir hukukî uyuşmazlık çözülmüşçesine bekletici mesele kapsamına sokulmasını doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Nitekim burada Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m.223/8) gereğince olumsuz bir muhakeme şartının gerçekleşmesinin beklenmesi söz konusudur. Başlıkla ilintili olarak burada asıl üzerinde duracağımız husus, kararın “ibraz tarihinden sonra suçun konusunu oluşturan bir çek olmaktan çıkması nedeniyle, tüzel kişi yetkilisi sanıkların ‘beraatine’ karar vermesi gerektiği”ne

¹⁰³ Konkordatonun feshi ile konkordatonun hileli yöntemlerle tasdik edilmesi halinde farklı sonuçlar doğmaktadır. Konkordatonun feshi halinde, diğer şartların da sağlanması ile mahkûmiyet kararı verilecektir. Konkordatonun hileli yöntemlerle tasdik edilmesi halinde, ceza yargılaması duracaktır ve mahkeme, konkordato sürecinin durumuna göre bir karar verecektir.

¹⁰⁴ Yargıtay 19. CD. (Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri Arasındaki Karar Uyuşmazlığının Giderilmesine Dair Karar) 10.6.2019, 23974/9339; RG Yayın tarihi 19 Haziran 2019, Sayı: 30806; Karara ayrıca şu adresten de ulaşılabilir (<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=605211&p=658863>, erişim: 19.06.2019).

ilişkin kısmıdır. Bu gerekçeyle beraat kararı verilmesinin mantığını ceza hukuku teorisi bakımından açıklamak gerçekten mümkün görünmemektedir. Şöyle ki; suç işlendikten sonra suçun konusunun ortadan kalkması durumunda cezaî sorumluluğun doğmayacağı ve hatta eylemin hukuka uygun hale gelmesi sebebiyle beraat kararı verileceği şeklindeki kabul; bizi kasten yaralama suçu işlendikten iki ay sonra mağdurun ölmesi halinde, suçun konusunun bulunmaması nedeniyle kasten yaralamadan cezaî sorumluluğun doğmayacağı gibi sonuçlara götürecektir. Benzer şekilde resmî belgede sahtecilik yapıldıktan sonra, fail sahtecilik yaptığı belgeyi, hakkında soruşturma başladıktan sonra yok etse, yine konu artık yok oldu diye beraat kararı vermek gerekecektir. Ancak bunlar suç teorisi bakımından kabulü mümkün hususlar değildir. Suçun konusunun bulunmaması, işlenemez suça sebepiyet vereceği için gerçekten de cezaî sorumluluk doğmaz. Örneğin öldürmek için iki saat önce yatağında ölmüş kişiye ateş edilirse, suçun konusunun (yaşayan bir kimse) bulunmaması nedeniyle kasten öldürme suçu oluşmayacaktır. Ancak koşulları varsa ölünün hatirasına hakareten cezaî sorumluluk doğabilir. Dikkat edilecek olursa burada suçun konusu fiil işlendiği anda yoktur. “Karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından ise kararda olduğu gibi suç tamamlandıktan sonra konunun ortadan kalkması nedeniyle beraat kararı verilmesinin ne kadar hukukilikten uzak olduğunun ise izahtan vareste olduğuna kanaatindeyiz.

Karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından mahkumiyet hükmü kesinleşmiş ve ilgili borç konkordato kapsamına alınmış olsa da, kanımızca konkordatonun cezaî sorumluluğa bir etkisi olmayacak ve cezaî sorumluluk oluşacaktır. Mevcut düzenleme bu şekilde hareket etmeyi gerektirse de, tıpkı etkin pişmanlıkta olduğu gibi hükmün kesinleşmesinden sonra çekle ilgili borcun konkordato kapsamına alınması halinde, ceza mahkumiyetinin konkordato süreci sonuna kadar erteleneceğine dair bir kanun hükmü ihdas edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Mevcut durumda, zaten borcu konkordato kapsamında ödese de “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından kesinleşen cezayı çekecek olan borçlunun konkordato kapsamında borcunu ödeme motivasyonu ortadan kalkmaktadır. Nitekim etkin pişmanlık kapsamında borcunu ödemesi onu cezadan kurtaracak ve dolayısıyla daha avantajına olacaktır. Bu nedenle konkordato kurumunun yapısına ve amacına daha uygun düşen söz konusu değişikliğin yapılmasının elzem olduğunu düşünüyoruz.

SONUÇ

Kanun koyucu, ülke ekonomisinin gidişatına yön verme ve ya da bir takım ekonomik sorunları çözme amacıyla çeşitli zamanlarda İcra ve İflâs Kanunu ve çeşitli kanunlarda değişiklikler yapmaktadır. 7101 sayılı Kanunla konkordato hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca ödeme aracı niteliğinde olan çekin ülkemizde kredi aracı olarak kullanımı ve bu kullanımın yarattığı sorunlara çare olarak ileri tarihli çeke imkân veren düzenlemeler bulunmaktadır. İlgili düzenlemeler, düzenlemenin yapıldığı alanda önemli değişikliklere ve hatta diğer hukukî alanlarda da farklı etkilere neden olmaktadır.

Konkordato hukukundaki bu yenikler ve ileri tarihli çek uygulaması, çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuna ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Konkordatonun özel olarak çekten kaynaklı borçlara etkisinin ne olacağına ya da karşılıksız çek keşide etmekten dolayı ortaya çıkacak cezaî sorumluluğu kaldırdığına dair bir düzenlemeye herhangi bir kanunda yer verilmiştir değildir. Bu bağlamda bu tür özel bir düzenleme İcra ve İflâs Kanunu’nda yapılmadığı gibi Çek Kanunu’nda da bulunmamaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu kapsamında geçici mühlet kararıyla birlikte konkordato süreci işletilmeye başlamaktadır. Konkordato geçici mühleti ile “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından, olumsuz bir muhakeme şartının varlığı söz konusu olur. Konkordato süreci devam ettiği müddetçe de sürece sanık hakkında söz konusu suça ilişkin yargılama yapılmaz. Çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapıldıktan sonra ortaya çıkan bu durum, suçun varlığını ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde failin cezalandırılması için gerçekleşmesi gereken (“karşılıksızdır” işlemi yapılmasına ilişkin) objektif koşulun varlığına da etki etmez. Burada suç oluşmuş, objektif koşul gerçekleşmiştir; ancak yargılama yapılamamaktadır. Bu nedenle “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından “geçici mühlet verilmesiyle başlayan konkordato sürecinin bulunmaması” şeklinde olumsuz bir muhakeme şartının bulunduğu kabul edilmelidir.

Konkordato mühletinin, muhakeme şartı olarak kabul edilebilmesi gerekli koşullar şu şekilde sıralanabilir;

- Çeke bağlı bir borç bulunmalı ve kanunî ibraz süresi içerisinde ibraz edilen çekin karşılığı bulunmamalıdır.

- Söz konusu çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmış olmalıdır.
- “Karşılıksızdır” işlemi yapıldıktan sonra alacaklı kanuni şikâyet süresi içerisinde (İİK m.347) şikâyette bulunmuş olmalıdır.
- Söz konusu çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu dolayısıyla verilmiş kesin bir mahkûmiyet hükmü bulunmamalıdır.
- “Karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sırasında, çeke bağlanmış borcu da içeren bir proje kapsamında, borçlu hakkında geçici mühlet verilmesi suretiyle başlatılmış bir konkordato süreci bulunmalıdır. Konkordato imkânına başvurmayı düşünmek veya sadece konkordato talebinde bulunmak, olumsuz muhakeme şartının oluşumuna sebepiyet vermez. Olumsuz muhakeme şartının varlığı için, asliye ticaret mahkemesi tarafından verilmiş “geçici mühlet” kararı gerekmektedir.

Geçici mühlet kararı verilmesi suretiyle konkordato sürecinin başlatılmış olması, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına neden olma suçu bakımından olumsuz bir muhakeme şartıdır. Burada fiil suç olmaya devam etmekle birlikte, şartın gerçekleşmemesi muhakemenin yapılmasına engel olacaktır. Bu nedenle geçici mühlet kararı, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223’üncü maddesinin sekizinci fıkrası gereğince şartın gerçekleşme imkânının bulunduğu hallerde mahkeme gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı vermelidir. Burada da muhakeme süreci olumlu ya da olumsuz şekilde sonuçlandığında, mahkeme sonuca göre durma kararını kaldırıp hükmünü kuracaktır. Konkordato sürecinin olumsuz sonuçlanması halinde, bu süreç sona ermiş olduğundan “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından yargılamaya devam edilmesi ve koşulları varsa mahkûmiyet kararı verilmesi gerekir. Konkordato teklifinin tasdik edilemeyeceği sonucuna varılır veya malî durumun iyileşme ihtimalinin kalmadığını görülürse, asliye ticaret mahkemesi, kesin mühlet talebinin reddine karar verebilir. Yine mahkeme, herhangi bir nedenle konkordato feshedilmesine karar verebilir. Ayrıca, borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa, konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşılıyorsa, borçlu, 297’inci maddeye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşılıyorsa, borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse mahkeme, kesin mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve re’sen borçlunun iflâsına

karar verir. Bu gibi durumların varlığı halinde, konkordato süreci sona ermiş olacağından “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından yine durma kararı kaldırılarak yargılamaya devam edilmeli ve koşulları varsa mahkumiyet kararı verilmelidir.

Konkordato süreci sonunda ödeme planında (projede) öngörüldüğü şekliyle borç ifa edilmesi halinde ise muhakeme şartı gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bu defa konkordato süreci olumlu sona ermiş olacağından, durma kararı kaldırıldıktan sonra cezayı ortadan kaldıran şahsî sebep dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m.223/4).

Çalışma kapsamında uygulamaya ilişkin tespit ettiğimiz önemli bir yanlışlığı da burada vurgulamak isteriz. Şöyle ki; uygulamada, ancak çekin vadesi gelmeden çekle ilgili borcun konkordato kapsamına alınması halinde, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından konkordatonun hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı, bunun dışındaki hallerde ise konkordatonun söz konusu suça ilişkin cezaî sorumluluğu etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Uygulamadaki bu dar kapsamlı anlayış, gerek suç teorisine gerek konkordato kurumunun yapısına gerekse de hayatın olağan akışına uygun değildir. Öncelikle suç işlendiği sırada var olmayan sonradan ortaya çıkan bir hukuka uygun nedeni söz konusu olamaz. Eylem gerçekleştirildiği anda ya hukuka uygundur ya da değildir. Sonradan cezaî sorumluluğu kaldıran af, şahsî cezasızlık sebebi ya da cezayı kaldıran diğer sebepler ortaya çıkabilir. Ancak bunlar fiil tamamlandıktan sonra hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getiren birer sebep olarak değerlendirilemez. Yeni bir kanunî düzenleme ile eylem suç olmaktan çıkartılmışsa da bu durum kanunun zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili bir husustur. Dolayısıyla yine hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınamaz. Kaldı ki; konkordato talebinin kabul edilmesi sadece bu süreci başlatmakta; ancak ne çekin içerdiği borcu ortadan kaldırmakta ne de karşılıksızdır işlemi yapılması halinde buna sebebiyet verme fiilinin haksızlık içeriğini ortadan kaldırmaktadır. Alacağını çeke bağlamış alacaklı, vade tarihinde borcunun ödeneceğini beklerken, alacağını vadesinde alamadığı gibi, kendisi rıza göstermese bile konkordato kapsamında diğer alacaklıların yeterli çoğunluğu kabul ettiği için alacağından daha azını almaya rıza göstermek zorunda kalabilmektedir. Böyle bir durumda konkordato kurumunun çekle ilgili karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme eyleminin haksızlık içeriğini ortadan kaldırdığını veya bu eylemi hukuka uygun hale getirdiğini söylemek nasıl mümkündür. Bilakis eylem hala haksız ve hukuka aykırıdır. Ancak konkordato sürecinin başlatılmasını bir tür olumsuz muhakeme şartı

olarak karşımıza çıkmakta olup; konkordato sürecinin olumlu sonuçlanmasını ise cezayı ortadan kaldıran şahsî bir sebep olarak sonuç doğurmaktadır.

Uygulamada konkordato sürecinin başlatılması, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği için “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından beraat kararı verilmekte ve sonrasında konkordato süreci olumsuz sonuçlansa, borçlu çekte ilişkin borcunu ödemesi bile cezaî sorumluluk doğmamaktadır. Bazı mahkemeler ise, konkordato sürecinin sonuna kadar beklenmesi gerektiği yönünde karar vermektedirler. Ancak bu uygulamayı da konkordatonun hukuka uygunluk sebebi olduğu görüşü ile açıklama imkânı bulunmamaktadır. Eylem hukuka uygunsu beklemek gerekmez. Kanaatimizce bu sorunlar, suç teorisinin ve ceza muhakemesi kurumlarının çok dikkatle irdelenmemesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay da son vermiş olduğu kararda konkordato sürecinin sonucunun beklenmesinin Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m. 218) kapsamında “bekletici mesele” kurumu kapsamında yapılacağına hükmetmiştir. Çekin ilişkin olduğu borcu da kapsayan bir konkordato süreci (geçici mühlet verilmesiyle) başlatıldığında, durma kararı verilip sürecin sonucu beklenmelidir. Ancak bu durum konkordatonun “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturmasından veya Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK m. 218) gereğince bekletici mesele oluşturmasından değil; bilakis bu suça ilişkin yargılama bakımından olumsuz bir muhakeme şartı oluşturmasından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenledir ki, vade tarihi gelmeden konkordato kapsamına alınan çekler yanında, “karşılıksızdır” işlemi yapılan ve hatta yargılama süreci başlatılan çekler bakımından da, bunların proje kapsamına alındığı konkordato süreçlerinin (geçici mühlet verilerek) başlatılması halinde, “konkordato sürecinin başlatılmamış olması” olumsuz muhakeme şartı gerçekleşmemiş olacağından yargılama yapılamayacaktır. Bu şekilde başlatılmış olan yargılamalarda da durma kararı verilmelidir. Aynı şey başlangıçta olmasa bile sonradan konkordato sürecine katılan çeklerle ilgili de geçerlidir. Çekin ilişkin olduğu borç, konkordato sürecine dahil edildiği zaman, olumsuz muhakeme şartı ortaya çıkmış olacak ve “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebepiyet verme suçu bakımından başlatılmış olan yargılamalar duracaktır. Ancak uygulamada yanlış olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılan çeklerden kaynaklı cezaî sorumluluğa konkordato sürecinin bir etkisi olmayacağı kabul edildiğinden, “karşılıksızdır” işlemi yapılmış çekte bağlı borcu konkordato kapsamına alıp ödemek borçlu bakımından makul değildir.

Çünkü uygulamadaki durum nedeniyle borçlu konkordato kapsamında borcunu ödese bile yine “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan ceza alacaktır. Buna karşın etkin pişmanlık kapsamında borcunu ödese, cezaî sorumluluktan kurtulma imkânı olacaktır. Bu durum ise, gerek hukukî düzenlemelere gerekse de borçluya nefes aldırma için öngörölmüş konkordato kurumunun yapısına uygun değildir.

Buna karşın “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunu bakımından mahkumiyet hükmü kesinleşmiş ise ilgili borç konkordato kapsamına alınsa bile, konkordatonun cezaî sorumluluğa bir etkisi olmayacak ve cezaî sorumluluk doğacaktır. Ancak mevcut düzenlemeler bu şekilde hareket etmeyi gerektirse de, tıpkı etkin pişmanlıkta olduğu gibi hükmün kesinleşmesinden sonra çekle ilgili borcun konkordato kapsamına alınması halinde, ceza mahkumiyetinin konkordato süreci sonuna kadar erteleneceğine dair bir hükmün çıkartılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Mevcut durumda, zaten borcu konkordato kapsamında ödese de “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından kesinleşen cezayı çekecek olan borçlunun konkordato kapsamında borcunu ödeme motivasyonu ortadan kalkmaktadır. Etkin pişmanlık kapsamında borcunu ödemesi daha avantajına olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- AKİL Cenk: “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları,” TBBD, 2019 (141).
- ATALAY Oğuz: “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler,” **7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ATALI Murat: “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları,” **7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- CENTEL, Nur-Hamide ZAFER: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2011.
- ÇÖL Hüseyin Cem: “İleri Tarihli Çeke İlişkin Sorunlar,” **AÜHFD**, C.

53, Sa. 1, 2004.

▪ DÜZGÜN, Nuri-Şerafettin ELMACI: **Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

▪ ERCAN, İsmail: **Karşılıksız Çek ve Cezaî Sonuçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

▪ GROPP, Walter. **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, Berlin, Heidelberg... 1998.

▪ HAFIZOĞULLARI, Zeki-Muharrem ÖZEN: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.

▪ HAKERİ, Hakan: **Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

▪ İÇEL, Kayıhan-A. Hakan EVİK: **Ceza Hukuku Genel Hükümler-II**, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

▪ JESCHECK, Hans-Heinrich-Thomas WEIGEND: **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Dunker&Humblot, Berlin, 1996.

▪ KARAKEHYA, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler-I**, Nisan Kitapevi, Eskişehir 2018.

▪ KATOĞLU, Tuğrul: **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

▪ KOCA, Mahmut-İlhan ÜZÜLMEZ: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

▪ KREY, Volker-Robert ESSER: **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 2012.

▪ ÖZBEK, Veli Özer-Mehmet Nihat KANBUR-Koray DOĞAN-Pınar BACAKSIZ-İlker TEPE: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

▪ ÖZDAMAR Mehmet: “Çek Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme,” (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_6.pdf, erişim: 10.05.2019).

▪ ÖZEKES Muhammet: “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı,” **7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat**

Konularında Getirilen Yenilikler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

- ÖZGENÇ, İzzet: **Çek Kanunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- ÖZTEK, Selçuk, BUDAK, Ali Cem, TUNÇ-YÜCEL, Müjgan, KALE, Serdar, YEŞİLOVA, Bilgehan: **Yeni Konkordato Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri-Durmuş TEZCAN-Mustafa Ruhan ERDEM-Özge SIRMA-Yasemin F.S. KIRIT-Özdem ÖZAYDIN-Esra A. AKCAN-Efser ERDEM: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- PEKCANITEZ Hakan ve Güray ERDÖNMEZ: **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ Hakan, Oğuz ATALAY, Meral SUNGURTEKİN-ÖZKAN ve Muhammet ÖZEKES: **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 5. Baskı, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2018.
- SARISÖZEN M. Serhat: **İcra –İflâs ve Konkordato Hukukunda Yenilikler**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- SEVEN Vural: “İflâsın Ertilenmesi Kararının Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçundan Doğan Şikâyet Hakkına Etkisi,” **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl 7, Sayı 73, Ocak 2009.
- SOYER GÜLEÇ, Sesim: **Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- STRATENWERTH, Günter: **Strafrecht Allgemeiner Teil I-Die Straftat**, Carl Heymans Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- STUBINGER, Stephan: **Schuld, Strafrecht und Geschichte**, Böhlau Verlag, Köln-Weimar-Wien 2000.
- ŞEN, Ersan-Erkam MALBELEĞİ: **Karşılıksız Çek**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- ŞEN, Ersan-Erkam MALBELEĞİ: “Konkordatonun Karşılıksız Çeke Etkisi,” <https://www.hukukîhaber.net/konkordatonun-karsiliksiz-ceke-etkisi->

makale,6148.html, erişim: 10.05.2019).

- **TOROSLU, Nevzat -Metin FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.
- **TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- **UYAR, Talih: Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri**, Bilge Yayıncılık, Ankara 2018.
- **ÜNVER, Yener-Hakan HAKERİ: Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Cilt**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- **YILDIRIM Ali Haydar: “Türk Hukukunda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, Sa. 4, 2017.**
- **YILDIZ Şükrü: “5941 Sayılı Yeni Çek Kanunu’nun Çek Hukukuna Etkileri,” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 9, Sayı 18, Güz 2010.**
- **YURTCAN, Erdener: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, Kazancı Yayınları, İstanbul 2004.
- **ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası**, Beta Yayınevi, Ankara 2015.

ANONİM ŞİRKETLERDE PAY SAHİPLERİNİN TASFİYE PAYI ALMA HAKKI*

Şengül AL KILIÇ**

ÖZ

Bir paysahipliği hakkı olan tasfiye payı alma hakkı, anonim şirket pawsahiplerinin kâr payı alma hakkından sonraki en önemli mali hakkını oluşturur. Bu hak, şirket sona ermediği sürece talep edilemez. Hakkın alacak hakkına dönüşebilmesi için, şirketin dış tasfiyesinin tamamlanması, pay sahiplerine ödedikleri sermaye bedellerinin iade edilmesi, ayrıca geride bir bakiye değer kalması ve tasfiye memurlarınca hazırlanan kesin bilançonun genel kurul tarafından onaylanması gerekir. Nispi müktesep hak kategorisinde yer alan bu hakkın, kuruluştan sonra esas sözleşme değişikliği ile ortadan kaldırılabilmesi, ilgili pay sahiplerinin onayı ile mümkündür. Pay üzerinde intifa hakkı kurulmuşsa, tasfiye payı pay sahibine ödenir ancak bu ikame değer üzerinde intifa hakkı sahibinin hakkı devam eder. Şirketin, bedelsiz payların iktisabı dışında, kendi paylarını edinmesi durumunda tasfiye payı mevcut pay sahipleri arasında dağıtılır. Kanuni ya da sona erme öncesinde esas sözleşmesel bağlam koşullarının yerine getirilmediği pay devirleri bakımından, tasfiye payı alma hakkının payını devretmek isteyen pay sahibinde olduğu söylenebilirse de, payların borsada iktisabı bu durumun dışındadır. Esas sözleşme ile tasfiye bakiyesinin, pay sahiplerine dağıtılmaksızın başka şekillerde kullanılmasına karar verilebileceği gibi; imtiyaz ya da intifa senetleri suretiyle hakkın kullanımının sınırlandırılması ya da dağıtım şekli hususunda farklı usullerin benimsenmesi de mümkündür. Haksız alınan tasfiye paylarının iadesinde TTK'da açıklık bulunmadığından sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Tasfiye İşlemleri, Pay Sahipliği Hakkı, Tasfiye Bakiyesinde İmtiyaz, Haksız Alınan Tasfiye Payları

* Bu çalışma, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Alman Türk Hukuk Akademisi tarafından 22.05.2017 tarihinde düzenlenen "Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları" konulu sempozyumda sunulan "Tasfiye Payı" başlıklı tebliğin, özgün katkılar eklenerek geliştirilmiş halidir.

** **Dr. Öğr. Üyesi,** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD

e-posta: sal@erzincan.edu.tr ; sengulal@gmail.com.

ORCID: 0000-0002-1139-3255

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637957

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/10/2019

**SHAREHOLDERS' RIGHT TO RECEIVE LIQUIDATION SHARES IN
JOINT STOCK COMPANIES**

ABSTRACT

The right of receive liquidation shares which is a shareholder right, can be highlighted as one of the most important financial right for the shareholders in the company; however, this right cannot be demanded unless the company expires. In order to transform this right into a right to claim; first, the external liquidation of the company must be completed; second, the amounts of capital that is paid by shareholders must be paid back to all shareholders in the company; third, a price balance should remain as a residuary balance on the accounts of the company; and fourth, the final balance sheet prepared by the liquidators should be approved by the general assembly of the company. If the right of usufruct is established on a share, the liquidation share shall be paid to the shareholders; however, the usufruct holder's right on the replacement value shall continue.

With the articles of association, it may be determined to use the liquidation balance within the different options without distribution of it to the shareholders; it is also possible to restrict the exercise of the right by means of privilege or dividend shares, or to adopt different procedures in terms of distribution manner. Since the provisions of TCC about returning of unfairly received liquidation shares is not clear, the unjust enrichment provisions must be applied.

Key Words: *Joint Stock Company, Liquidation Transactions, Right of Shareholder Ownership, Privilege on the Liquidation Balance, Unfairly Received Liquidation Shares.*

GİRİŞ

Anonim şirketlerde tasfiye payı alma hakkı, pay sahibinin kâr payı alma hakkından sonraki, bir diğer önemli mali hakkını oluşturmaktadır¹. Ancak anonim şirketlere ortak olmak isteyen kişilerin öncelikli amaçları, şirketin kazanç elde etmesi ve elde edilen kazançtan kendilerinin de pay alabilmesi olduğundan, tasfiye payı almanın, pay sahibinin şirkete ortak olmasındaki ilk ve yegâne amacı olmadığı da rahatlıkla ifade edilebilir.

Tasfiye payı alma hakkı, hakkın talep edilebileceği zaman ve hakkın talep edilme sıralaması bakımından birtakım sınırlandırmalara tâbidir².

¹ BACHMANN (Editör: SPINDLER/STILZ), § 271, s. 748, N. 1; KRAFT (Editör: ZÖLLNER), § 271, s. 81, N. 2.

² Bu hususta bkz. ARSLANLI, s. 233-234; PULAŞLI, C. II, s. 1859, N. 85; BÜRGI/NORD-

Her şeyden önce pay sahiplerinin tasfiye payı alma hakkı, anonim şirketin faaliyetlerini sürdürdüğü dönemde talep edilemez³. Hak ile ilgili sürecin işlemeye başlayabilmesi için, öncelikle anonim şirketin sona ermesi gerekir⁴. Ancak bu hak, anonim şirketin sona erdiği her durumda değil; yalnızca tasfiyeyi gerektirecek bir sona erme sebebi ile sona erdiği hallerde ortaya çıkacağından, tasfiyesiz sona erme hallerinde pay sahiplerinin tasfiye payı alma hakkından da söz edilemez⁵. Bu hakkın talep edilebilir hale gelmesi için, ayrıca şirketin dış tasfiyesinin tamamlanması, pay sahiplerine şirkete getirmiş oldukları ödenmiş sermaye tutarının iadesi ve diğer tüm usulî prosedürlerin de yerine getirilmesi gerekir. Tüm bu işlemlerin ardından (*varsa*) kalan değer, kural olarak, pay sahiplerinin ödedikleri sermaye ile orantılı bir biçimde dağıtılır (Bkz. TTK m. 508/1; m. 543/1).

Tasfiye payı alma hakkı ile ilgili kanuni düzenlemeler, özü itibariyle TTK m. 507, m. 508 ve m. 543'de yer almaktadır. Bu hükümler ışığında çalışmamızda öncelikle, tasfiye payı alma hakkı kavramı açıklanacak; bu hakkın hukuki niteliği üzerinde durulacak; bu haktan kimlerin yararlanabileceği ifade edilecektir. Tasfiye payının belirlenmesi; dağıtılabilmesi için aranılan şartlar; dağıtım usulü ve haksız olarak alınan tasfiye paylarının akıbeti hususları da, bu çalışma kapsamında ele alınacak diğer konuları oluşturmaktadır.

I. Tasfiye Payı Alma Hakkı Kavramı

TTK m. 507/1 ile TTK m. 543/1 hükümleri ışığında ***tasfiye payı alma hakkını***, *anonim şirketin tasfiyeyi gerektirecek bir biçimde sona ermesi üzerine, usulünce yürütülen dış tasfiye işlemlerinin tamamlanmasının ardından pay sahiplerine getirdikleri sermayenin iadesini müteakiben, (varsa) bakiye tutar üzerinde, esas sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı sürece, Kanun'da veya esas sözleşmede belirlenen oranlar dâhilinde pay sahiplerinin talepte*

MANN-ZIMMERMANN, Art. 745, N. 2; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 431.

³ PULAŞLI, C. II, s. 1859, N. 85; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 1, N. 923, s. 3, N. 926; KERVANKIRAN, s. 244; KENDİGELEN, s. 191.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. "V." no'lu başlık.

⁵ Zira bu ihtimalde, anonim şirket her ne kadar sonlandırılmış olsa da, pay sahipleri -TTK m. 141'deki (R.G. Sayı: 27846, Tarih: 14.02.2011) ve SerPK m. 24'deki (R.G. Sayı: 28513, Tarih: 30.12.2012) istisnai durumlar haricinde- devralan şirket bünyesinde pay sahibi olarak varlığını sürdürmektedir. İnfisah olan şirkete ait malvarlığı ise, devralan ya da yeni kurulan şirkete geçmekte ve bu sona erme hallerinde, dağıtımı gerektiren bir tasfiye payı da ortaya çıkmamaktadır (Bkz. TÜRK, s. 114; YASAMAN, s. 20; AL KILIÇ, (2009), s. 42; AL KILIÇ, (2017), s. 42-43. Ayrıca bkz. SCHLUEP, s. 73).

bulunabilme hakkı olarak tanımlamak mümkündür⁶. Görüldüğü üzere, pay sahiplerinin tasfiye payı alma hakkı, sona eren şirketin malvarlığının tamamı üzerinde ve hemen ileri sürülebilecek bir hak değildir. Tasfiye payının dağıtımı, tasfiye sonucunda kalan tutar üzerinden yapılmaktadır ve bu tutar **tasfiye bakiyesi** ya da **tasfiye artığı**⁷ veya **artım kalıntısı**⁸ olarak nitelendirilmektedir.

Dış tasfiye ve pay bedellerinin iadesinden sonra kalan meblağ (tasfiye bakiyesi), şirketin, tüzel kişilik kazandığı andan tasfiye sürecine girdiği (hatta bazı hallerde tasfiyenin daha iyi şartlarda yürütülebilmesi için tasfiye aşamasında yapılan işlemlerin de varlığı söz konusu ise, tasfiye aşamasının sonuçlandırıldığı) aşamaya kadar yürütülen işlemlerden elde edilen tutarı ifade etmekte ve bu tutar üzerinde belirli kıstaslara göre pay sahiplerinin talepte bulunabilme hakkı da, **tasfiye payı alma hakkı** olarak nitelendirilmektedir⁹.

Anonim şirkette pay sahiplerinin mali hakları arasında bir karşılaştırma yapılacak olursa, faaliyetlerini sürdüren anonim şirketlerde pay sahipleri, belirli koşullara uyulması suretiyle, nasıl ki kâr payı alabilme hakkına sahipse; şirketin sona ermesi halinde de, bu hakkın tasfiye payı alma hakkına karşılık geldiği ifade edilebilir¹⁰. Hem kâr payı alma hakkı hem de tasfiye payı alma hakkında, pay sahiplerinin talep edebileceği meblağ, başlangıçta net bir rakam olarak belirlenmiş değildir. Ancak belirli aşamalardan geçildikten sonra, kendilerine düşecek tutarın tespiti yapılabilmektedir. Bununla birlikte “**kâr payı veya tasfiye bakiyesinde imtiyaz**”¹¹ (TTK m. 478/2) ya da “**kâr payı veya tasfiye payına katılma hakkı veren intifa senetleri**”¹² (TTK m. 503) ile ilgili durumlar bir kenara bırakılacak olursa, pay sahiplerinin şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarının ödenen kısımları, her bir pay sahibinin kâr payı veya tasfiye payı alma hakkının tespitinde yol gösterici niteliktedir (Bkz. TTK m. 508).

Şirketin zarar ettiği hallerde ise, önceki yıl zararları kapatılmadığı ve kanuni yedek akçeler ayrılmadığı sürece, pay sahiplerinin kâr payı alamaması

⁶ Ayrıca bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 1, N. 923; PULAŞLI, C. II, s. 1859, N. 85; KERVANKIRAN, s. 243.

⁷ TEOMAŇ, s. 243; TEKİL, s. 390; PULAŞLI, C. II, s. 1859, N. 85; YILDIZ, s. 146; AY-HAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 431; BAHTİYAR, s. 303; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 346.

⁸ İMREGÜN, s. 336.

⁹ Ayrıca bkz. BUDLIGER, s. 18.

¹⁰ BUDLIGER, s. 18.

¹¹ Bu hususta ayrıca bkz. OKUCU TAFTALI, s. 55-59.

¹² Ayrıca bkz. OKUCU TAFTALI, s. 41-47.

sonucu ile karşı karşıya kalınacağı gibi (TTK m. 509/2, m. 523); tasfiye aşamasında dış tasfiye kapsamında mevcut borçların dahi ödenemediği ya da mevcut borçlar ödense dahi iç tasfiye kapsamında pay sahiplerinin şirkete getirdikleri sermaye bedellerinin iade edilemediği hallerde, tasfiye payı alma hakkından da söz edilemeyecektir. Yapılan tüm bu açıklamalar tasfiye payı alma hakkının, şirket alacaklılarının alacak hakkı ve pay sahiplerinin ödedikleri sermaye paylarını geri alma hakkı karşısında ikincil nitelikte bir hak olduğunu ortaya koymaktadır¹³.

II. Tasfiye Payı Alma Hakkının Hukuki Niteliği

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁴ (eTTK) döneminde tasfiye payı alma hakkı, Kanun'da "*müktesep hak*" kategorisi içerisinde değerlendirilmekteydi. Bu anlamda konu ile ilgili düzenleme, **eTTK m. 385'de**, "*müktesep haklar*" başlığı altında hüküm altına alınmıştı. İlgili düzenlemeden yola çıkılarak, esas sözleşmenin değiştirilmesinde müktesep hakların, bu değişiklik kararına büyük bir sınırlama getirdiği sonucuna varılabilmekteydi¹⁵. Yine eTTK m. 385/2'de, müktesep haklar örnek kabilinden sayılmıştı¹⁶. Ancak bahsi geçen bu fıkra da yer alan, "*genel kurula katılma*", "*iptal davası açma*", "*oy kullanma*" hakları, pay sahiplerinin rızaları ile dahi üzerinde değişiklik yapılamayacak haklar (*vazgeçilemez nitelikteki haklar*¹⁷ - Karş. 6102 sayılı TTK m. 447/1, a) kategorisinde olduğundan, hükmün "*müktesep haklar*" üst başlığı ile madde içeriğinin birbiriyle uyumlu olmadığı doktrinde haklı olarak ileri sürülmekteydi¹⁸. Zira müktesep haklar, pay sahibinin rızası olmaksızın

¹³ Ayrıca bkz. HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 271, s. 1955, N. 9; BÖCKLI, § 17, s. 2349, N. 64; OTT (Editör: WACHTER), § 271, s. 1434, N. 2; FÜLLER (Editör: BÜRGERS/KÖRBER), § 271, s. 1594, N. 1-2.

¹⁴ R.G. Sayı: 9353, Tarih: 09.07.1956.

¹⁵ Bkz. eTTK m. 385/1: "**...Şu kadar ki; münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarda rızaları olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamaz**".

¹⁶ eTTK m. 385/2 şu şekildeydi: "*Müktesep haklar; kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tâbi olmayan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyile azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kar payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır*".

¹⁷ Ayrıca bkz. DOMANİÇ, s. 928-929.

¹⁸ DOMANİÇ, s. 932; KAYA, s. 71; İMREGÜN, s. 329; BAHTİYAR, s. 315-316; MOROĞLU, (2017), s. 203-205. Ayrıca bkz. ERDEM, s. 36. Doktrinde *Ansay* ise, tasfiye payının müktesep hak olduğunu ifade etmekte; ancak pay sahibinin rızası ile dahi bu hakkın kendisinden alınmayacağını vurgulayarak, esasında bu hakkı, vazgeçilemez hak olarak nitelendirmekteydi (Bkz. ANSAY, s. 244). Ayrıca bkz. TTK m. 452 hükmüne ilişkin madde gerekçesi.

elinden alınamayacak, ancak pay sahibinin rızası ile üzerinde tasarruf edilebilen haklar olarak tanımlanmaktaydı¹⁹. Müktesep haklar, öğretilerde pay sahibinin rızası olmaksızın değiştirilemeyen “*mutlak müktesep haklar*” ile özü korunan ancak kapsamı kanunda veya düzenleme yapılmasına müsaade edilmişse esas sözleşmede öngörülen belirli kurallara riayet edilmek suretiyle sınırlandırılabilen “*nispi müktesep haklar*” olmak üzere ikiye ayrılmakta²⁰; tasfiye payının ilk esas sözleşme ile tamamen pay sahibinin elinden alınmadığı hallerde, pay sahibi açısından müktesep hak niteliği taşıyacağı savunulmaktaydı²¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da, “*müktesep haklar*” kavramı varlığını sürdürmekle birlikte²², yeni Kanun’da, eTTK m. 385/1 hükmündeki “*Şu kadar ki; münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarda rızaları olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamaz*” ifadesine yer verilmediği; müktesep hakların tanımının yapıldığı ve örnek kabilinden sayıldığı eTTK m. 385/2 hükmünün de TTK’ya alınmadığı görülmektedir²³.

TTK m. 507/1’de, pay sahiplerinin kural olarak, şirketin sona ermesi halinde tasfiye bakiyesine katılma haklarına yer verilmiş olmakla birlikte, bu hakkın niteliğine ilişkin olarak, bahsi geçen hükümde herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Bu çerçevede öncelikle, anonim şirketlerde pay sahiplerinin tasfiye payı alma haklarının vazgeçilmez bir hak olmadığının vurgulanması gerekir²⁴. Zira 6102 sayılı Kanun’da açıkça, tasfiye payı hakkında esas

¹⁹ MAURER, s. 21; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 493, N. 866; SCHLUEP, s. 6-7; von STEIGER, s. 345.

²⁰ Sınırlandırılma ya da tamamen mahrum bırakma açısından müktesep haklara dair yapılmış ayrımlar için ayrıca bkz. MAURER, s. 32-37; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39, s. 472-473, N. 116-120.

²¹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005) s. 493 vd., N. 866 vd.. Ayrıca bkz. SCHLUEP, s. 81.

²² Bkz. TTK m. 452 hükmünün madde gerekçesi.

²³ 6102 sayılı Kanun’un m. 452 hükmünde yer alan düzenleme artık şu şekildedir: “*Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyararak, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; müktesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır*”. İlgili hükmün madde gerekçesinde, bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi, “*müktesep hakların 6762 sayılı Kanun’da yetersiz şekilde tanımlanmış olması ve mülga Kanun m. 385/2 hükmünün yanlış anlaşılmalara yol açması; 6762 sayılı Kanunda sayılan listenin müktesep hakların tümünü kapsamaması, müktesep hakların farklı türde ve hatta derecede olabilecekleri*” şeklinde açıklanmıştır.

²⁴ Ayrıca bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 2, N. 924 (g).

sözleşme ile aksine düzenlemeler yapılmasına izin verilmiştir (TTK m. 507, m. 508, m. 543). Oysa vazgeçilemez haklarda, pay sahiplerinin rızaları ile dahi sözleşmede aksine düzenleme yapılması mümkün değildir²⁵.

Müktesep hak niteliğine sahip olan tasfiye payı alma hakkı, kanaatimizce, *nispi müktesep hak* kategorisine dâhil edilmelidir²⁶. Hakkın özüne dokunulmaması kaydıyla²⁷, tasfiye payının dağıtımı usulü hakkında, malvarlığının kullanımına ilişkin esas sözleşmede başkaca usuller benimsenebilir ya da imtiyazlı paylar veya tasfiye bakiyesine katılma hakkı veren intifa senetleri yoluyla bu hakkın sınırlandırılması yoluna gidilebilir (Bkz. TTK m. 507, m. 508, m. 543).

Ancak bu noktada ikili bir ayrıma gidilerek konunun incelenmesinde fayda bulunmaktadır:

a) Pay sahiplerinin tasfiye payı hakkından tamamen yoksun bırakılabilmesi bakımından, her ne kadar doktrinde *anonim şirketlerin yalnızca iktisadi amaçla kurulabileceklerinden bahisle*, pay sahiplerinin tasfiye payından tamamen yoksun bırakılmayacağı savunulmuş olsa da²⁸; *kâr payı alma hakkından farklı olarak*, esas sözleşmede yer alan hükümle pay sahiplerinin tasfiye payı alma hakkından tamamen yoksun bırakılabileceği düşüncesindeyiz²⁹. Zira tasfiye payı alma hakkı, anonim şirketlerde pay

²⁵ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2019), s. 684, N. 870e; PULAŞLI, C. II, s. 1831, N. 1; DOMANIÇ, s. 928-929; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, C. 2/2, s. 20; MOROĞLU, (2016), s. 269 vd.; MOROĞLU, (2017), s. 160.

²⁶ Aynı yönde bkz. PULAŞLI, C. II, s. 1860, N. 87; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 431; NEUHAUS/BLÄTTER (Editör: HONSELL/VOGT/WATTER), Art. 660, s. 541, N. 18; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40, s. 498, N. 102; YILDIZ, s. 146; KAYA, s. 72; ŞENER, (2015), s. 216. Aksi yönde bkz. KERVANKIRAN, s. 246 (*Yazar, tasfiye payı alma hakkının mutlak müktesep hak olduğunu ve pay sahibinin rızası olmadan genel kurul kararıyla sınırlandırılmayacağını savunmaktadır*). Tasfiye payı alma hakkının müktesep hak olmadığı yönünde bkz. KARAMAN COŞGUN, s. 241 (*Yazar, bu hakkın esas sözleşme ile tamamen kaldırılabilmesi, tasfiye bakiyesinin pay sahiplerine dağıtılmaması yönünde bir karar alınabilmesinin mümkün olması nedeniyle, bu hakkın bir müktesep hak olmadığını ileri sürmektedir*); TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 2.

²⁷ SCHLUEP, 81.

²⁸ ARSLANLI, s. 233.

²⁹ Aynı yönde bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 1, N. 923 ve s. 2, N. 924; PULAŞLI, C. II, s. 1862, N. 93; KERVANKIRAN, s. 248-249; KARAMAN COŞGUN, s. 246; TEKİNALP, (2015), s. 356, N. 14-36; KAYA, s. 72; YILDIZ, s. 146; HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 271, 1954, N. 6; WIEDEMANN, § 271, s. 544, Anm. 1; HEBERLEIN, s. 51; ŞENER, (2015), s.

sahiplerinin şirkete ortak olmalarındaki yegâne amacını teşkil etmemekte; aksine, pay sahiplerinin asıl amaçlarını, şirketin faaliyetlerini sürdürerek kazanç elde etmesi ve elde edilen kazançtan kâr payı alabilmeleri oluşturmaktadır. Bu nedenle esas sözleşmeye hüküm konulması suretiyle, pay sahiplerinin tasfiye payı alma hakları tamamen ellerinden alınarak, kalan tasfiye bakiyesini oluşturan malvarlığının başka bir biçimde (*örneğin bir derneğe ya da vakfa bağışlanmasında olduğu gibi*) kullanılmasına karar verilebilir³⁰. TTK m. 507/1'de yer alan “...*esas sözleşmede sona eren şirketin malvarlığının kullanılmasına ilişkin, başka bir hüküm bulunmadığı takdirde...*” ifadesi de varmış olduğumuz bu sonucu desteklemektedir. Ancak böyle bir hüküm, *kuruluş aşamasında değil de, sonradan şirket esas sözleşmesine eklenecek ise*, tasfiye payının tüm pay sahipleri bakımından ortadan kaldırılması halinde, tüm pay sahiplerinin oybirliği ile³¹; bazı pay sahipleri açısından kaldırılması söz konusu ise, ilgili pay sahiplerinin onayıyla sözleşme değişikliğinin yapılması gerekir³². Çünkü böyle bir karar, tasfiye payına ilişkin hakkın özünü ortadan kaldırmakta; hakkın özüne etki etmektedir.

b) Tasfiye paylarının, tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar ya da tasfiye bakiyesine katılma hakkı veren intifa senetleri çıkarılması suretiyle sınırlandırılması ihtimalinde ise, imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin esas sözleşme değişikliğinin, esas sermayenin en az % 75'ini temsil eden payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınması gerekli ve yeterlidir.

216; RIEK, s. 168; PIRRINGER, s. 23; RIESENHUBER (Editör: SCHMIDT/LUTTER), § 271, s. 3004, N. 8; TEOMAN, s. 244.

³⁰ Aynı yönde bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 1, N. 923; BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 896, N. 4; SCHLUEP, s. 80 ve s. 82; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40, s. 498, N. 103; KRAFT (Editör: ZÖLLNER), § 271, N. 3; WIEDEMANN, § 271, s. 544, Anm. 1; DOMANIÇ, s. 1492. Aksi yönde bkz. ARSLANLI, C. IV-V, s. 233.

³¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40, s. 498, N. 103; NEUHAUS/BLÄTTER, Art. 660, s. 542, N. 20; RIEK, s. 168; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 2, N. 924 (1); KERVANKIRAN, s. 249; YILDIZ, s. 146; SCHLUEP, s. 81; BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 896, N. 4; ŞENER, (2015), s. 216; TEOMAN, s. 244 [*Bahsi geçen tüm yazarlar, esas sözleşmede sonradan yapılacak olan değişikliklerle, tasfiye payı alma hakkının pay sahiplerinin tamamı açısından mı yoksa, bir kısmı açısından mı ortadan kaldırıldığı hususunda bir ayrıma gitmeksizin, tasfiye payı alma hakkının kaldırılması kararının (alınan bu ortadan kaldırma kararıyla ilgili olsun olmasın) tüm pay sahiplerinin oy birliği ile alınacağını ifade etmişlerdir*].

³² HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 271, 1954, N. 5 ve N. 7; SCHLUEP, s. 83; BUDLIGER, s. 85; von STEIGER, s. 345; RIESENHUBER (Editör: SCHMIDT/LUTTER), § 271, s. 3004, N. 8; FÜLLER (Editör: BÜRGER/KÖRBER), § 271, s. 1595, N. 8.

Kuruluş aşamasında tasfiye paylarında imtiyaz oluşturulmayıp, sonradan esas sözleşmede yapılan değişiklik ile tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar oluşturulması halinde kanaatimizce ayrıca TTK m. 454/3 ve 4'e göre toplanılarak onay verilmesine gerek yoktur³³. Çünkü *ilk esas sözleşme ile tasfiye bakiyesinde imtiyaz oluşturulmak suretiyle bir sınırlama yapılmasına gidilmemiş olması*, kuruluş aşamasındaki pay sahiplerinin tamamını, tasfiye bakiyesinde imtiyazlı pay sahibi konumuna getirmez. Zira imtiyaz, TTK m. 478/2 gereğince, “*diğer paylara nazaran, paya tanınan üstün bir hak*” olarak nitelendirilmektedir. Aynı konumdaki iki paydan, birine, diğerine oranla üstün bir hak sağlanması halinde imtiyazdan söz edilecektir³⁴. Kuruluş aşamasında, tüm pay sahiplerinin ödenmiş sermayeleri oranında tasfiye bakiyesi alma hakkının olduğu ve bir ya da birkaç paya, tasfiye bakiyesine katılma hakkında, diğerlerine nazaran daha üstün nitelikli haklar sağlanmadığı durumlarda tüm payların (*birinin diğerine bir ayrıcalığı olmaksızın*) tasfiye bakiyesine katılma hakkının olması, o paylar bakımından bir imtiyaz hakkı teşkil etmez. *Sonradan esas sözleşmede yapılacak olan bir değişiklikle bazı paylara, tasfiye bakiyesinde imtiyaz hakkı sağlanmak istendiğinde*, bu durumda ödediği sermaye payı oranında tasfiye bakiyesine katılma hakkına sahip payların tamamının etkileneceği ve onların tasfiye bakiyesine katılma haklarında her koşulda bir sınırlama olacağı açıktır. Fakat buna rağmen kanun koyucu, imtiyazlı payların esas sözleşme değişikliği suretiyle oluşturulmasında, **oy birliğini değil; esas sermayenin yüzde yetmiş beşinin olumlu yöndeki nisabını** yeterli görmektedir [TTK m. 421/3, (b)].

Tasfiye bakiyesinde imtiyaz oluşturulmak amacıyla yapılan bir esas sözleşme değişikliğinin varlığı halinde TTK m. 454'deki düzenleme her durumda değil; *ancak ve sadece, kuruluş aşamasında veya daha sonraki bir aşamada, tasfiye bakiyesinde imtiyazlı başka paylar oluşturulmuşken; sonradan bunların haricinde yeni başka paylara da aynı imtiyazın sağlanması ya da önceki imtiyazlı payların haklarının sınırlandırılması halinde*, uygulama alanı bulur³⁵. Böyle bir ihtimalde, önceden tasfiye bakiyesinde imtiyaz hakkı elde eden pay sahiplerince oluşturulan İPSÖK tarafından, sonradan alınan bu esas sözleşme değişikliği kararının ayrıca hükümde öngörülen nisaplara uyularak onaylanması gerekir (TTK m. 454).

³³ Aynı yönde bkz. ŞENER, (2015), s. 217. Karş. PULAŞLI, C. II, s. 1862, N. 92; KERVAN-KIRAN, s. 248.

³⁴ Ayrıca bkz. TTK m. 479/1 hükmünün madde gerekçesi.

³⁵ NEUHAUS/BLÄTTER, Art. 661, s. 542, N. 22.

İsviçre hukukunda, 4 Ekim 1991’de İsv. BK’da (OR) yapılan ve 1 Temmuz 1992 tarihinden itibaren yürürlüğe giren değişikliğin ardından, nispi nitelikteki müktesep haklara Kanun’da yer verilmediği görülmektedir. Buna gerekçe olarak, *nispi müktesep hakların göreceli bir hal alması; bir hak olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususunda tereddütlerin bulunması; OR Art. 646’nun ilk halinde her ne kadar müktesep haklar sıralanmış olsa da, bunun hem tahdidi olmaması hem de burada sayılanlardan bazılarının müktesep hak olarak nitelendirilememesi; ayrıca bu hükümde sayılan hakların, bazen mutlak anlamda korunurken, bazen ise, sadece özünün korunması* gösterilmiş ve OR Art. 646 hükmünün Kanun’dan çıkarılmasının ardından, konunun dürüstlük kuralı çerçevesinde karara bağlanacağı kabul edilmiştir³⁶. Esasında Türk hukuku açısından vazgeçilemez nitelikteki hakları ihlal eden genel kurul kararlarının baştan itibaren batıl olduğu [TTK m. 447/1 (a)] hususunda tereddüt bulunmamaktadır³⁷. Müktesep hakların ihlali halinde ise, bu ihlalin hakkın özünü etkileyecek veya hakkı tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olması durumunda, ilgili pay sahibinin rızası alınmadığı sürece bu kararın uygulanamayacağı³⁸; eşitlik ilkesine aykırı ve özellikle dürüstlük kuralının ihlali anlamına gelen hak sınırlamalarını içeren genel kurul kararlarının ise, iptali kabil olduğu düşünüldüğünde, müktesep ve vazgeçilemez haklar bakımından Kanun’da ayrıca bir vurgu yapılmasına gerek olmadığı düşüncesindeyiz³⁹.

III. Tasfiye Payı Alma Hakkından Yararlanabilecek Olan Hak Sahipleri

Tasfiye aşamasında bulunan bir anonim şirkette, gerekli koşullara ve usullere uygun hareket edilmesi durumunda, tasfiye bakiyesinden yararlanma (tasfiye payı alma) hakkına sahip olanlar şu şekilde sıralanabilir:

A. Pay Sahipleri

Anonim şirketlerde tasfiye bakiyesine katılma hakkı (*tasfiye payı alma hakkı*), bir pay sahipliği hakkı olarak karşımıza çıkar. Tasfiye payı alma

³⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39, s. 472, N. 115; NEUHAUS/BLÄTTER, Art. 660, s. 539, N. 4-5; PULAŞLI, C. II, s. 1996- 1998, N. 4-7, s. 2000, N. 11-12; KAYA, s. 73. Ayrıca bkz. KIRCA/ŞEHRİALİ ÇELİK/MANAVGAT, C. 2/2, s. 25-28.

³⁷ Bu hususta ayrıca bkz. MOROĞLU, (2017), s. 160 vd.; KIRCA/ŞEHRİALİ ÇELİK/MANAVGAT, C. 2/2, s. 19 vd..

³⁸ Ayrıca bkz. ve karşı. KIRCA/ŞEHRİALİ ÇELİK/MANAVGAT, C. 2/2, s. 34-35.

³⁹ Aynı yönde bkz. İMREGÜN, s. 330-331; KAYA, s. 73; PULAŞLI, C. II, s. 2000, N. 11-12. Ayrıca bkz. ERDEM, s. 41-42.

hakkından yararlanılabilmesi için, *tasfiye payı dağıtımının yapıldığı anda*, anonim şirketin pay sahibi sıfatına sahip olunması gerekir.

TTK m. 507/1’de yer alan “...**Şirketin sona ermesi halinde, her pay sahibi,...tasfiye sonucunda kalan tutara, payı oranında katılır**” ifadesi, tasfiye payı alma hakkının bir pay sahipliği hakkı olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için, pay sahiplerinin asgari belirli bir oranda payı elinde bulundurması (*örneğin bir azınlık oluşturması*) şartı aranmamaktadır.

Bu bağlamda, tasfiye payı alma hakkının, paya bağlı bir hak olduğunun; anonim şirkette pay sahipliği sıfatı devam ettiği müddetçe, bu hakkın da devam edeceğinin; payın, dağıtım aşamasından önce usulünce devri halinde hakkın, payı devralan kişi tarafından talep edilebileceğinin hatırlatılmasında fayda bulunmaktadır (TTK m. 507/1, m. 508, m. 543/1).

Pay sahibinin kuruluş aşamasında sermaye bedelini, taahhüt ettiği halde süresinde ödememesi üzerine anonim şirketten ıskat edilmesinin neticesi olarak ortaklıktan çıkarılması halinde⁴⁰ -TTK m. 483/1, c. son gereğince, ıskat neticesinde, pay sahibi, ilgili paylara ilişkin haklarından yoksun bırakılacağından- artık pay sahibi sıfatı taşımayan bu kişiye, tasfiye payı ödemesi de yapılmayacaktır. İskat yaptırımının kuruluş aşamasında taahhüt edilen sermaye payları bakımından değil de, sermaye artırım neticesinde kuruluş sonrasında taahhüt edilen paylar bakımından uygulanması halinde ise, pay sahibi, yalnızca bu paylara denk gelen tasfiye payı alma hakkından yoksun bırakılacaktır. Yine sermaye azaltımı nedeniyle pay itfa yoluyla söndürülmüş ise⁴¹ (Bkz, TTK m. 475), pay sahipliği sıfatının yitirilmesine bağlı olarak, ilgilinin tasfiye payı alma hakkı da sona erecektir⁴².

B. Pay Üzerinde İntifa Hakkına Sahip Olanların Tasfiye Payı Alma Hakkından Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi

Pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi ihtimalinde, tasfiye payı alma hakkının kime ait olacağı sorusunun cevaplandırılmasında fayda bulunmaktadır. İntifa hakkı, kullanıcıya tam yararlanma yetkisi tanıyan bir

⁴⁰ PULAŞLI, C. II, s. 1829, N. 10; TEKİNALP, (2015), s. 386, N. 14-88; TEKİL, s. 382; ŞENER, (2017), s. 605; ALTAŞ, s. 494, dn. 35; AKDAĞ GÜNEY, s. 92.

⁴¹ Bu hususta ayrıca bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2019), s. 674-675, N. 850.

⁴² BUDLIGER, s. 22.

haktır. Ancak bunun aksi sözleşmeyle kararlaştırılabilir (TMK⁴³ m. 794/2). İntifa hakkı, herkese karşı ileri sürülebilen şahsi irtifak hakları arasında yer alır ve bu hakkın sahibi, TMK m. 803/1 hükmü gereğince, hakkın konusunu teşkil eden malı zilyetliğinde bulundurma, bu malı yönetme, bu malı kullanma ve ondan yararlanma yetkisi ile donatılmıştır.

TTK'da pay üzerinde intifa hakkı kurulması ile ilgili olarak “oy kullanma hakkı” açısından özel bir düzenleme yapıldığı ancak diğer hallere değinilmediği görülmektedir. TTK m. 432/2 hükmü gereğince, “Bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır”.

İntifa hakkı, *hak sahibinin ölümü, intifa konusu şeyin tamamen yok olması, sürenin sona ermesi, hak sahibinin vazgeçmesi hallerinden birinin gerçekleşmesi* ile sona erer (TMK m. 796). Bu hallerden biri gerçekleşmediği sürece, anonim şirketlerde pay üzerinde kurulan intifa hakkı, pay ortadan kalkıncaya kadar varlığını sürdürür. Anonim şirketin tasfiye aşamasına girdiği zamanda da, pay hâlâ varlığını sürdüreceğinden, şirketin tasfiyeye girmiş olmasının pay üzerindeki intifa hakkını kendiliğinden sona erdirmeyeceği aşikârdır.

Bununla birlikte, intifa hakkının kapsamına “tasfiye bakiyesinden pay alma hakkı”nın dâhil olup olmadığının tespiti gerekir. Doktrinde de haklı olarak savunulduğu üzere, intifa hakkının kapsamına, tasfiye payı doğrudan girmez; zira tasfiye payı, intifa hakkı sahibine verilen yetkiler dâhilindeki bir semere; (kâr payı, hazırlık dönemi faizi gibi) periyodik bir ödemenin parçası değildir⁴⁴. Tasfiye payı, üzerinde intifa hakkı kurulmuş olan paya ilişkin bir ikame değer (*das Surrogat/der Ersatz*) olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Bu çerçevede, tasfiye payından yararlanma hakkı, pay sahibinin kendisine ait olacak; ancak tasfiye bakiyesi kapsamında elde edilen ve alacak hakkına dönüşen bu ikame değer üzerinde⁴⁶, intifa hakkı sahibinin hakkı (*bu hakkın*

⁴³ R.G. Tarih: 08.12.2001, Sayı: 24607.

⁴⁴ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 636, N. 1126; KENDİGELEN, s. 192; KARAMAN COŞGUN, s. 251. Ayrıca bkz. TEKİL, s. 445-446; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 199.

⁴⁵ KENDİGELEN, s. 192.

⁴⁶ Bu ikame değer, pay üzerinde kurulan intifa hakkının başlangıcı aşamasındaki değerine oranla (negatif ya da pozitif yönde) farklılık arz ediyor olmasının, pay sahibi ile intifa hakkı sahibi arasındaki hukuki ilişki üzerinde bir etkisinin olmayacağı; pay sahibine düşen tasfiye payının (bu oran başlangıçtaki orana göre, şirketin dağıtmadığı yedek akçeleri, kârlı yatırım-

sona ermesine neden olan sebeplerden biri meydana gelmediği sürece) devam edecektir⁴⁷.

C. Kendi Paylarını İktisap Eden Şirket Tüzel Kişiliğinin Tasfiye Payı Alma Hakkından Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap ettiği hallerde, TTK m. 389 hükmü gereğince, *bedelsiz payların iktisabı hali hariç olmak üzere*, bu iktisap, şirkete hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceğinden, bu paylara ilişkin hem malvarlıksal hem de yönetsel hiçbir hak şirket tarafından kullanılmayacak ve bu haklar, paylar şirketin elinde bulunduğu müddetçe donacaktır⁴⁸. Bu çerçevede şirket, pay sahipliği hakkının bir neticesi olarak karşımıza çıkan tasfiye payı alma hakkından da yararlanamayacak ve tasfiye payının dağıtımını esnasında şirketin elinde bulundurduğu paylara denk düşen tasfiye payı da, diğer pay sahipleri arasında dağıtılacaktır⁴⁹.

Bununla birlikte, TTK m. 389’da yer alan düzenleme nedeniyle, yavru şirketin anonim şirketin paylarını iktisap ettiği hallerde ise, ilgili hükümde yalnızca “*oy hakkı ve buna bağlı hakların*” donacağı ifade edildiğinden ve tasfiye payı alma hakkı, idari değil; mali nitelikte bir hak olduğundan, ana şirket konumundaki anonim şirketin sona ermesi halinde, yavru şirket, edindiği paylara tekabül eden tasfiye payını alma hakkına sahip olacaktır.

D. Kanuni ya da Esas Sözleşmesel Bağlamın Varlığı Halinde Tasfiye Payını Kimin Alacağı Meselesi

Kanuni bağlam ya da esas sözleşmesel bağlamın varlığı halinde, *bu bağlam şartlarını yerine getirmeyenler tarafından devralınan paylar bakımından*, tasfiye payının kime ödeneceğinin de belirlenmesi gerekir. Bu noktada kanuni ve esas sözleşmesel bağlamın ayrı ayrı ele alınmasında fayda bulunmaktadır.

ları vs. gibi sebeplerle artış ya da şirketin zarar etmesi sebebiyle azalış göstermesi halinde dahi) tamamı üzerinde intifa hakkının devam edeceği yönünde ayrıca bkz. KENDİGELEN, s. 194.

⁴⁷ BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, N. 16; von STEIGER, s. 152; WIEDEMANN, § 271, s. 544, Anm. 1; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 636, N. 1126; KENDİGELEN, s. 192; RIEK, s. 171; ARSLANLI, s. 232, dn. 86; KARAMAN COŞGUN, s. 251; KERVANKIRAN, s. 264.

⁴⁸ Ayrıca bkz. TEKİNALP, (2015), s. 117, N. 9-44.

⁴⁹ KRAFT (Editör: ZÖLLNER), § 271, s. 84, N. 13.

a) Kanuni bağlamın varlığı halinde; anonim şirketlerde payın devri kural olarak serbestçe yapılmakla birlikte, taahhüt edildiği halde bedeli tamamen ödenmemiş senede bağlanmamış payların ve/veya nama yazılı pay senetlerinin⁵⁰ devrinde, bu devir işlemine şirketin onay vermesi gerekmektedir (TTK m. 491/1). Böyle bir onayın aranmasının altında yatan gerekçe, devralanın ödeme gücünün yeterli olmadığı durumlarda, taahhüt edildiği halde ödenmemiş olan sermaye bedeli nedeniyle şirketin zarara uğratılmasının önüne geçilmesidir. Bununla birlikte, devre şirketin onay verecek olması, şirketin bu hususta keyfi davranması anlamına da gelmemektedir⁵¹. Bir diğer ifade ile şirket, bu devri, *yalnızca devralanın ödeme yeterliliği şüpheli ise ve şirketçe istenilen teminat verilmemişse*, onaylamaktan kaçınabilir⁵² (TTK m. 491/2). Yapılan devir işlemi, belirtilen bu sebeple, şirket adına yönetim kurulu tarafından onaylanmamışsa, devralan kişi, şirkette pay sahipliği sıfatını kazanamayacaktır⁵³.

Esas sözleşmesel bağlam açısından kabul gören, *şirketin tasfiye haline girmesi durumunda, payın devredilebilirliğine ilişkin sınırlamaların düşeceğine dair düzenlemenin* (TTK m. 492/3), kanuni bağlam bakımından uygulanması mümkün değildir⁵⁴. Bununla birlikte, kanuni bağlama tâbi olan

⁵⁰ SerPK m. 12/1 gereğince, halka arz olunacak (ihraç edilecek) payların bedellerinin tamamen nakden ödenmesi şart olduğundan, nama yazılı pay senetleri bakımından öngörülen kanuni bağlam kuralı, ancak pay senetleri borsaya kote edilmemiş anonim şirketlerde uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca taahhüt edilen sermaye bedelleri tamamen ödenmemiş paylar için, hamiline yazılı pay senetleri çıkarılamayacağından (TTK m. 484/2), hamiline yazılı pay senetleri bakımından da kanuni bağlamdan söz edilemez.

⁵¹ Bkz. TEKİNALP, (2012), s. 25-26, N. 3-02/3-03; ŞENER, (2017), s. 620; NARBAY, (2012), s. 209; Ayrıca bkz. TTK m. 491/1 hükmünün madde gerekçesi.

⁵² Bu hususta bkz. TEKİNALP, (2012), s. 31 vd., N. 4.05 vd.; AKIN, s. 171 vd..

Yönetim kurulunun teminat talebinde bulunması bir zorunluluk değil, ona kanunen verilmiş bir yetkidir. Ancak teminat istenilmesi gereken bir halde, teminatsız olarak devre onay verilmesinden ötürü şirketin bir zararı söz konusu olursa, bu durum teminat istemeden devre onay veren yönetim kurulunun sorumluluğunu gerektirecektir (Bkz. AKIN, s. 174; BOZKURT, s. 18).

⁵³ TEKİNALP, (2015), s. 150, N. 9-120; AKIN, s. 176.

Kanuni bağlam, bu payların devrinin, miras, miras paylaşımı, eşler arası mal rejimi veya cebri icra yoluyla gerçekleştiği hallerde dikkate alınmayacağından ve bu hallerde, devre şirketin onayı gerekmediğinden (TTK m. 491/1), bu hallerden biri yoluyla devredilen paylarda, tasfiye payı alma hakkı da, payı devralan kişiye ait olacaktır. Kanuni bağlamalı payın bu özel iktisap hallerinden biri yoluyla devralınması ve şirketin TTK m. 493/4'deki imkândan yararlanması hususunda ayrıca bkz. TEKİNALP, (2015), s. 151, N. 9-121; TEKİNALP, (2012), s. 34, N. 4-18.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. BOZKURT, s. 45.

bir payın, tasfiye sürecinde devri açısından da kanaatimizce ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir.

Kanuni bağlamı bulunan pay, dış tasfiye aşamasında işlemler devam ederken devredilecek olursa, şirket, ödeme yeterliliğini şüpheli gördüğü devralandan teminat istemekte ve bu teminat verilmezse devri onaylamamakta haklıdır. Zira bu aşamada henüz şirket borçları ödenmemiştir. Teminatın verilmemesi halinde, devrin onaylanmamasında hem şirketin hem de tasfiye alacaklılarının korunmaya değer menfaati bulunmaktadır. Böyle bir ihtimalde pay, payını devredende kalacaktır ve dış tasfiye işlemleri kapsamında tasfiye memuru, ödenmemiş pay bedelini ondan tahsil ederek, şirket borçlarının ifası yoluna gidecektir (TTK m. 542/1, a). Dış tasfiyenin tamamlanmasının ardından tasfiye bakiyesinin kalması ihtimalinde ise, tasfiye payı, payını devretmek isteyen ancak şirket onay vermediği için devredemeyen pay sahibine ödenecektir.

Kanuni bağlamı olan pay, iç tasfiye sürecinde devredilmek istenirse, şirketin devre onay vermesine gerek olmayacaktır⁵⁵. Zira bu aşamada, artık dış tasfiye kapsamında şirketin tüm borçları ödenmiştir. İç tasfiye aşamasında pay bedelleri iade edilirken de, kalan tasfiye bakiyesi pay sahipleri arasında dağıtılırken de, ödenmiş sermaye miktarı dikkate alınacağından (TTK m. 508, m. 543/1), şirketin bir zarara uğratılması söz konusu olmayacak ve pay bedellerinin bu aşamada ödenip ödenmediği hususu bir önem arz etmeyecektir. Bu nedenle, iç tasfiye aşamasında tasfiye paylarının dağıtımı yapılırken, tasfiye payı, kanuni bağlamı bulunan payı devralan kişiye ödenecektir.

b) Esas sözleşmesel bağlamın varlığı halinde ise, esas sözleşme ile seneden bağlanmamış payların ve/veya nama yazılı pay senetlerinin⁵⁶ ancak şirketin onayıyla devredilebileceği öngörülmektedir (TTK m. 492/1). Bununla birlikte TTK m. 492/3'e göre, anonim şirketin tasfiye haline girmesi durumunda, esas sözleşmesel bağlamlar kendiliğinden düşmekte; esas sözleşmesel bağlamın varlığına rağmen, tasfiye aşamasında, TTK m. 490/1'deki genel kurala dönülmekte ve payın (*kanuni bağlam hali hariç olmak*

⁵⁵ Aynı yönde bkz. KARAMAN COŞGUN, s. 249.

⁵⁶ Esas sözleşme ile hamiline yazılı pay senetlerinin devrine ilişkin bağlam hükümlerinin ön-görülemediği ve bu kapsamda hamiline yazılı pay senetlerinin devri bakımından, pay sahiplerinin mutlak haklarının bulunduğu yönünde ayrıca bkz. KARASU, (2008), s. 130. Ayrıca bkz. KARASU, (2009), s. 118 vd..

üzere) serbestçe devredilebileceği düzenlemesi işlerlik kazanmaktadır⁵⁷. Hal böyle olunca, *esas sözleşme ile bağlam oluşturulmuş senede bağlanmamış payların ve/veya nama yazılı pay senetlerinin şirketin tasfiyeye girmesinden sonraki bir aşamada devri halinde*, payı/pay senedini devralana karşı bu bağlam hükümleri ileri sürülemez ve tasfiye payı alma hakkı, bağlam koşullarını sağlamasa dahi, payı/pay senedini devralan kişiye ait olacaktır⁵⁸.

Oysa esas sözleşmesel bağlam içeren senede bağlanmamış payların ve/veya nama yazılı pay senetlerinin devri ve bu devir işleminin bağlam nedeniyle reddi, ***şirketin tasfiye aşamasına girme sürecinden önce gerçekleşmiş ve tamamlanmışsa***, hakların geçişinde ve dolayısıyla bir pay sahipliği hakkı olan tasfiye payı hakkının elde edilmesinde, *bu payların borsaya kote edilip edilmediğinden hareketle* farklı sonuçlarla karşılaşılmaktadır. Bu çerçevede şu açıklamaların yapılması mümkündür:

- **Borsaya kote edilmemiş olan payların⁵⁹, şirketin tasfiyeye girmesinden önce devredildiği, ancak sözleşmesel bağlam nedeniyle, devir işleminin şirket tarafından onaylanmadığı hallerde⁶⁰; TTK m. 494/1 gereğince, *payın mülkiyeti ve paya bağlı olan haklar devredende kalacaktır.*** Bu hükümden hareketle, payın devri bakımından birlik teorisinin kabul edildiği⁶¹; şirketçe onay verilmediği sürece, devralanın hak sahibi olamayacağı⁶²; devre onay verilinceye ve en geç TTK m. 494/3'deki süre sona erinceye kadar işlemin askıda kalacağı ifade edilmelidir⁶³. Borsaya kote

⁵⁷ OERTLE/DU PASQUIER (Editör: HONSELL/VOGT/WATTER), Art. 685a, s. 766, N. 7.

⁵⁸ Tasfiye aşamasında bağlam hükümlerinin düşmesi hakkında ayrıca bkz. TEKİNALP, (2012), s. 24, N. 2-18; BOZKURT, s. 44; SEVİ, s. 293; AKIN, s. 249; UZEL, s. 143-145.

⁵⁹ Anonim şirketlerin nama yazılı pay senetlerinin borsaya kote edilmemesi halinin, ya anonim şirketin halka açık olmamasından ya halka açık olmakla birlikte SerPK m. 68/1 anlamında borsa kotuna alınarak borsa ticaretine dâhil olma hususunda başvuru yapmamasından ya da böyle bir başvuruyu yapmış olmasına rağmen SerPK kapsamında çıkarılan düzenlemelerdeki şartları sağlamaması nedeniyle borsa kotuna alınmamasından kaynaklandığı hususunda ayrıca bkz. TEKİNALP, (2015), s. 152, N. 9-125.

⁶⁰ ***Borsaya kote edilmemiş senede bağlanmamış payların ve/veya nama yazılı pay senetlerinin devrine ilişkin red sebepleri*** için bkz. TTK m. 493. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. BOZKURT, s. 67 vd.; AKIN, s. 36 vd.; SEVİ, s. 260 vd.; TEKİNALP, (2015), s. 153-154, N. 9-126/9-128; TEKİNALP, (2012), s. 43-52, N. 6-09/6-25; UZEL, s. 204-205; NARBAY, (2012), s. 222 vd..

⁶¹ Bu hususta ayrıca bkz. BOZKURT, s. 202 vd.; AKIN, s. 14.

⁶² Bkz. TTK m. 494/1 hükmünün madde gerekçesi.

⁶³ OERTLE/DU PASQUIER (Editör: HONSELL/VOGT/WATTER), Art. 685c, s. 776-777, N. 2; AKIN, s. 114-115; TEKİNALP, (2015), s. 155; N. 9-128; ŞENER, (2017), s. 625; BOZ-

edilmemiş senede bağlanmamış payların ve/veya nama yazılı pay senetlerinin devrinin şirket tarafından reddedilmesinden sonraki bir aşamada şirket tasfiye sürecine girmişse, tasfiye payı alma hakkı da *-TTK m. 493 çerçevesinde devir işlemi reddedildiği için-* hâlâ şirkette pay sahibi olarak kalmaya devam eden kişiye ait olacaktır.

Söz konusu payların devrinin, miras, miras paylaşımı, eşler arası mal rejimi veya cebri icra yoluyla (özel iktisap halleri) gerçekleştiği hallerde ise⁶⁴, payın mülkiyeti ile bunlardan kaynaklanan malvarlıksal haklar derhal devralana geçerken; genel kurula katılma haklarıyla oy hakları ise, ancak şirketin onayıyla birlikte⁶⁵ devralana geçecektir (TTK m. 494/2). Borsaya kote edilmemiş senede bağlanmamış payların ve/veya nama yazılı pay senetlerinin TTK m. 494/2'deki özel iktisap hallerinden biri yoluyla devredildiği durumlarda TTK m. 493/4 gereğince, şirketin⁶⁶ sadece⁶⁷, gerçek değeri üzerinden payları devralmayı önererek onay vermektan kaçınması mümkündür⁶⁸. Böyle bir durumda, payların mülkiyeti şirkete ait olacağından,

KURT, s. 204.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, (2012) s. 52 vd., N. 6-26 vd.; UZEL, s. 154 vd.; AKIN, s. 117 vd.; BOZKURT, s. 213 vd.. Borsaya kote edilmemiş nama yazılı paylar bakımından, bu özel hallerin, sözleşme ile getirilen bağlam hükümlerini sınırlandırıcı bir etkiye sahip olduğu ve bu hallerin sınırlı sayıda olmadığı; kapsamının küllî halefiyetin söz konusu olduğu diğer bazı hallere de genişletilmesi gerektiği yönünde bkz. BOZKURT, s. 232-233; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44, s. 582, N. 180; UZEL, s. 169-171; YILDIZ/ÖZBAY, s. 518-519. Ayrıca bkz. TTK m. 494 hükmünün madde gerekçesi.

⁶⁵ Şirketçe onay verilineye kadar, genel kurula katılma ve oy haklarının (ve dahi bu haklarla bağlantılı olan bilgi alma hakkı gibi hakların), ne devralan ne de devreden tarafından kullanılabilceği ve askıda olacağı yönünde ayrıca bkz. TEKİNALP, (2012), s. 54, N. 6-30/6-31. Ayrıca bkz. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44, s. 582, N. 180.

⁶⁶ 6762 sayılı Kanun döneminde ise, şirketin değil; yönetim kurulu üyeleri veya ortakların bu payları borsa rayici, bulunmadığı hallerde ise, pay defterine kayıt için başvuru tarihindeki gerçek değeri üzerinden almaya talip olduklarını belirterek kayıttan kaçınabilecekleri düzenlenmişti (eTTK m. 418/4). Mülga Kanun dönemindeki bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. NARBAY, (2003), s. 263-264. eTTK m. 418/4'ün uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ/ÖZBAY, s. 507 vd. (TTK Tasarısında bu öneride bulunma hakkının şirkete verilmiş olmasının son derece isabetli olduğu yönünde bkz. s. 522).

⁶⁷ Esas sözleşmede yer alan hukuken geçerli bir devir sınırlandırmasının, TTK m. 494/2'ye göre gerçekleşen bir pay devrinde bulunması halinde dahi, esas sözleşmedeki bu bağlamın payı devralana karşı ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. OERTLE/DU PASQUIER (Editör: HONSELL/VOGT/WATTER), Art. 685b, s. 772, N. 9; TEKİNALP, (2012), s. 52, N. 6-26; AKIN, s. 122.

⁶⁸ Payı TTK m. 494/2'ye göre iktisap edenlerin, yalnızca önerilen bedelin payın gerçek değeri olmadığı hallerde öneriyi reddedebileceği ve bu çerçevede gerçek değer üzerinde tarafların anlaşamaması halinde, konunun mahkeme kararı ile sonuca bağlanacağı; mahkemece

bu aşamadan sonra anonim şirketin tasfiyeye girmesi halinde, paya ilişkin tasfiye bedeli, ne payı TTK 493/4'e göre iktisap edene ne de bu payların ilk sahibine ödenecektir. Ancak TTK m. 389 gereğince, bu paylara düşen tasfiye payı şirkete de ödenmeyecek ve bu bedelin, diğer ortaklara dağıtımı yapılacaktır.

Onaylamaya ilişkin olarak TTK m. 494/3'de yer alan üç aylık süre sona ermeden, şirketin tasfiyeye girmesi halinde, TTK m. 492/3 gereğince payın devredilebilirliğine ilişkin sınırlamalar tasfiye ile birlikte düşeceğinden, malvarlıksal bir pay sahipliği hakkı olan tasfiye payı alma hakkının da devralana ait olduğunun kabulü gerekir.

Borsaya kote edilmemiş olan payların devrinde, devir işlemine ilişkin onay talebi, *üç ay içinde reddedilmemişse veya red sebebi haksız ise*⁶⁹, devre onay verilmiş sayılacağından (TTK m. 494/3), bundan sonra şirket tasfiye sürecine girerse, tasfiye payının devralana ödenmesi gerekecektir.

- Borsaya kote edilmiş olan⁷⁰ bağlı nama yazılı paylar, borsada iktisap edilirse⁷¹ [borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınır]⁷² (Bkz. SerPK m. 137/3); bağlam hükümlerine rağmen, bu payların devrinin pay defterine kaydedilmesinden kaçınılması mümkün değildir

gerçek değerini tam olarak tespit edildiği hallerde, iktisap edenin payı devir önerisini reddedemeyeceği yönünde bkz. AKIN, s. 124-125. Ayrıca bkz. TEKİNALP, (2012), s. 53, N. 6-28 ve s. 55, N. 6-35; OERTLE/DU PASQUIER (Editör: HONSELL/VOGT/WATTER), Art. 685c, s. 777, N. 6; NARBAY, (2003), s. 263 ve s. 267. Aksi yönde bkz. BOZKURT, s. 249-250 (*Yazar, öncesinde kendi mülkiyetine geçen pay ve ona bağlı malvarlıksal hakların kendisinde kalmaya devam edeceği ve kendisinin TTK m. 497/3'ün kıyasen uygulanması suretiyle, oylan yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydının, menfaatler dengesine uygun olacağı düşüncesindedir*).

⁶⁹ Red sebebinin haksız olduğunun, açılacak davada bir mahkeme hükmü ile ortaya konulabileceği yönünde bkz. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44, s. 575, N. 131; OERTLE/DU PASQUIER (Editör: HONSELL/VOGT/WATTER), Art. 685a, 766-767, N. 10-11; AKIN, s. 115-116; TEKİNALP, (2012), s. 56-57, N. 6-38; NARBAY, (2003), s. 327; BOZKURT, s. 339; NARBAY, (2012), s. 231.

⁷⁰ Borsada kotasyon kavramı için bkz. SerPK m. 68 ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kotasyon Yönetmeliği m. 8 ve m. 12. Borsaya kote edilmiş pay kavramı hakkında ayrıca bkz. TEKİNALP, (2012) s. 59-60, N. 7-02; TEKİNALP, (2015), s. 156; N. 9-120; AKIN, s. 130 vd.; BOZKURT, s. 63-64.

⁷¹ Borsada iktisap kavramı için bkz. TEKİNALP, (2015), s. 156, N. 9-131; AKIN, s. 152-154.

⁷² Borsaya kote edilme kavramının, borsada işlem görme kavramına nazaran daha üst bir başlık olduğu ve borsaya kote edilme kavramı yerine borsada işlem görme kavramının tercih edilmesinin yerinde olacağı yönünde bkz. BOZKURT, s. 65-66; borsada işlem gören pay kavramı için ayrıca bkz. s. 296.

(Bkz. SPK m. 137/3 ve karş., TTK m. 495⁷³). Böyle bir ihtimalde, paylardan kaynaklanan (*malvarlıksal ve idari*) haklar, *payların devri ile birlikte* devralana geçeceğinden (TTK m. 497/1), daha sonrasında şirketin sona ermesi halinde ise, tasfiye payı alma hakkı da, payı borsada iktisap etmiş olan kişiye ait olacaktır (Ayrıca Bkz. TTK m. 496).

Borsaya kote edilmiş olan bağlı nama yazılı payların **borsa dışında iktisabı halinde**⁷⁴ ise, söz konusu haklar, pay sahipliği sıfatının şirket tarafından tanınması için, *devralanın şirkete başvuru bulunması ile birlikte* geçecektir (TTK m. 497/1). Bu paylar bakımından her ne kadar devralan, devir işlemi şirketçe tanınmaya kadar (Bkz. TTK m. 495/1, m. 495/2, m. 497/4, m. 498)⁷⁵, paylardan doğan, genel kurula katılma ve oy hakkını ve oy hakkına bağlı diğer hakları kullanamayacaksa da (*ve tanıma işlemi gerçekleşinceye kadar TTK m. 497/3 gereğince oydan yoksun pay sahibi olarak pay defterine kaydedilecekse de*), diğer tüm pay sahipliği haklarının (*ve bu arada tasfiye payı alma hakkının*) kullanılmasında, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmayacaktır (TTK m. 497/2).

IV. Tasfiye Payının Belirlenmesi

Pay sahiplerinin tasfiye payı alma haklarının nasıl belirleneceği sorusu, bu konuda esas sözleşmede bir hükme yer verilip verilmemesine göre cevaplandırılır. Anonim şirketlerin esas sözleşmelerinde bulunması gereken unsurların yer aldığı TTK m. 339 hükmü incelendiğinde, esas sözleşmede mutlaka tasfiye paylarının oranlarının nasıl belirleneceği hususunda bir bilgiye

⁷³ Bu anlamda sonraki ve özel Kanun olma özelliği nedeniyle uygulama önceliğine sahip olduğunun kabulü gereken SerPK m. 137/3'deki düzenleme ile TTK m. 495/1'de öngörülen "iktisap eşiği sistemi"nin beklenilmedik bir darbe aldığı ve bu düzenlemenin ağır sonuçlar doğurabileceği hususundaki haklı eleştiriler için bkz. TEKİNALP, (2015), s. 157, N. 9-131; AKIN, s. 127, dn. 435. SerPK m. 137/3'deki düzenleme ile halka açık anonim şirketlerin bağlı nama yazılı paylarının borsada işlem görmesi halinde, bağlamın borsada iktisap edilen paylar bakımından ortadan kaldırıldığı yönünde bkz. BOZKURT, s. 290, hükmün eleştirisi için bkz. s. 314-316.

⁷⁴ Borsa dışı iktisap kavramı için bkz. TEKİNALP, (2015), s. 156, N. 9-131; AKIN, s. 154-157; BOZKURT, s. 308 vd..

⁷⁵ Borsaya kote edilmiş ancak borsa dışında iktisap olunmuş olan bu payların iktisabının, miras, miras paylaşımı, eşler arasındaki mal rejimi hükümleri veya cebri icra yoluyla iktisapları halinde ise, şirketin iktisap sınırı eşiğini ya da kendi ad ve hesabına beyan edilmemesi gerekçesini ileri sürerek devri onaylamaktan kaçınmayacağına da hatırlatılmasında fayda bulunmaktadır (Bkz. TTK m. 495/3). Böyle bir iktisap durumundan sonra şirketin tasfiye sürecine girmesi halinde de tasfiye payının, payı bu şekilde bir özel iktisap hali ile devralan kişiye ödenmesi gerekecektir.

yer verilmesi gerekmediği; ancak tasfiye payı ile ilgili TTK m. 507, m. 508 ve m. 543 çerçevesinde, esas sözleşmede bu hususta bir belirleme yapılmasına engel bir durumun da olmadığı görülecektir. Pay sahiplerinin tasfiye payları belirlenirken hangi malvarlığı değerinin dikkate alınacağı, bir diğer mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle aşağıda öncelikle, tasfiye payının dağıtımında göz önünde bulundurulacak olan tasfiye bakiyesi kavramı üzerinde kısaca durulacaktır. Ardından tasfiye payının, esas sözleşmede yer alan hükme göre belirlenmesi ile esas sözleşmede bu konuda ayrıca bir düzenleme yapılmadığı hallerde hesaplanması hususları açıklanacaktır.

A. Tasfiye Bakiyesi Kavramı

Tasfiye payının dağıtımı, TTK m. 507/1, c. 2 hükmüne göre, tasfiye sonucunda kalan tutar (tasfiye bakiyesi) üzerinden yapılacaktır. Tasfiye bakiyesinin nasıl tespit edileceği ise, TTK m. 543’de düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, ortaya bir tasfiye bakiyesinin çıkabilmesi için, tasfiye halinde bulunan şirketin öncelikle borçlarının ödenmesi, ardından pay sahiplerinin şirkete getirmeyi taahhüt ederek ödedikleri sermaye bedellerin iadesi gerekmektedir⁷⁶. Dış tasfiyede şirket borçları ödendikten ve iç tasfiye kapsamında pay sahiplerine, ödedikleri sermaye bedelleri iade edildikten sonra, tasfiye halindeki şirketin hâlâ kalan bir varlığı söz konusu ise, bu kalan varlık “*tasfiye bakiyesi*” olarak kabul edilecek ve pay sahipleri arasında belirli esaslar dâhilinde dağıtılacaktır.

Sona eren anonim şirkette, pay sahiplerine düşen tasfiye payının rakamsal olarak miktarının ne olduğu, başlangıçta belli değildir. Bu miktarın ne kadar olacağı, ancak şirketin o andaki malvarlığı değerlemesinin yapılması, alacaklarının tahsili ve borçlarının ödenmesinden sonra, pay bedellerinin iadesini müteakiben *arta kalan bakiye* esas alınarak belirlenebilir⁷⁷.

⁷⁶ Esasında, TTK m. 543 hükmünün karşılığını, eTTK m. 447 düzenlemesi oluştursa da, yeni hükümle, eski Kanun döneminde var olan bir tartışmanın sona erdirildiğini belirtmek gerekir. Şöyle ki, eTTK m. 447’de, “*tasfiye halinde bulunan şirketin borçları ödendikten sonra kalan mevcudu, esas mukavelede aksine bir hüküm olmadıkça, pay sahipleri arasında ödedikleri sermayeler ve paylara bağlı olan imtiyaz hakları nispetinde dağıtılır*” hükmüne yer verilmişti. Bu düzenleme, henüz pay bedelleri iade edilmeden, yapılacak olan dağıtımlarda bazı pay sahiplerine imtiyaz oluşturulabileceği gerekçesi ile eleştirilmekteydi (Eleştiriler için bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 2-3, N. 925; UÇAR, s. 274; DOĞANAY, s. 1307-1308. Ayrıca bkz. TTK m. 543/1 hükmünün madde gerekçesinde yer alan açıklamalar). Yeni düzenleme bu eleştirilerin önüne geçmek amacıyla, şirket borçları öndikten sonra öncelikli olarak pay bedellerinin iadesinin gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır. Bir diğer ifade ile *tasfiye bakiyesi (artığı) kavramına*, pay sahiplerinin şirkete ödedikleri sermaye bedelleri dâhil değildir.

⁷⁷ BUDLIGER, s. 18; MAURER, s. 52; SCHLUEP, s. 80.

Tasfiye bakiyesinin dağıtımı hususunda TTK'da yer alan ilgili hükümler (m. 507/1, c. 2; m. 508/1 ve m. 543/1) incelendiğinde, tasfiye payının belirlenmesinde, şirket esas sözleşmesinde bir düzenleme olup olmadığından bahisle bir ayrıma gidildiği görülür.

B. Esas Sözleşmede Yer Alan Hüküm Kapsamında Tasfiye Payının Belirlenmesi

Anonim şirket esas sözleşmelerinin hazırlanmasında, TTK m. 340'da düzenlenen emredici hükümler ilkesi ile şirketler son derece sınırlandırılmakta ve anonim şirket esas sözleşmesinin, Kanun'un anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak, Kanun'da buna açıkça izin verilmişse sapabileceğine yer verilmektedir⁷⁸. Bu çerçevede tasfiye payının dağıtımı açısından konu ele alındığında, ilgili TTK hükümlerinin emredici nitelikte olmadığı; şirket esas sözleşmesi ile tasfiye payının dağıtım usulünün Kanun'da öngörülenden farklı bir usulde düzenlenebileceği ve pay sahiplerine düşecek olan tasfiye payının belirlenmesinde bu yöntemin dikkate alınabileceği neticesine varılacaktır (Bkz. TTK m. 507/1, c. 2; m. 508/1; m. 543/1).

Esas sözleşme ile öngörülen böyle bir belirleme, üçüncü kişilerin (özellikle *şirket alacaklılarının*) haklarını ihlal eden bir düzenleme olarak da değerlendirilemez. Zira tasfiye payının dağıtım usulünün belirlenmesi, anonim şirketle ilişkisi bulunan üçüncü kişileri değil; doğrudan doğruya şirket pay sahiplerini ilgilendirmektedir. Dış tasfiye kapsamında şirket borçları ödenmeden ve iç tasfiye kapsamında şirkete sermaye olarak getirilen değerlerin karşılığını oluşturan bedeller iade edilmeden, tasfiye payının dağıtım aşamasına geçilemeyeceğinden, tüm bu işlemler yapıldıktan sonra, dağıtımın yapılma usulünün belirlenmesinde pay sahiplerinin iradelerinin kısıtlanması ya da emredici düzenlemeler yoluyla farklı bir usulün benimsenmesinin engellenmesinde korunmaya değer bir menfaatten söz edilemeyecektir.

Gerekli koşulların yerine getirilmesi şartıyla, esas sözleşme ile pay sahiplerinin tasfiye payı alma hakkının, tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar [Bkz. TTK m. 421/3, (b) ve 4; m. 478/2] ya da intifa senetleri çıkarılması suretiyle (Bkz. TTK m. 502-503) sınırlandırılması veya pay sahiplerinin

⁷⁸ Bu düzenleme nedeniyle anonim şirket esas sözleşmelerinin tek tip hale geleceği, "*şirketlere adeta çelik korse giydirildiği*" hususundaki haklı eleştiriler için bkz. MOROĞLU, (2016), s. 151; BAHTİYAR, s. 129-131; ŞENER, (2017), s. 306. Özellikle kapalı tip anonim şirketler açısından emredici hükümler ilkesinin yerinde olmadığı hususunda ayrıca bkz. KARASU, (2009), s. 113 vd.; AKDAĞ GÜNEY, s. 286.

tasfiye payı alma haklarının tamamen ortadan kaldırılarak, malvarlığının başka bir usulde kullanılmasına dair [(Bkz. TTK m. 507/1, c. 2), örneğin, tasfiye bakiyesinin, esas sözleşmede belirtilen kişi ya da kurumlara bırakılmasında olduğu gibi⁷⁹] farklı düzenlemeler yapılabilmesi mümkündür⁸⁰.

Esas sözleşme ile tasfiye payının belirlenmesi ve dağıtım usulü hakkında bir düzenlemenin yapıldığı hallerde, Kanun'da öngörülen dağıtım usulleri değil; söz konusu bu sözleşme hükmü uygulama alanı bulacak; tasfiye memurları, bu sözleşme hükümlerinden hareketle dağıtım gerçekleştirerek tasfiyeyi tamamlayacaktır.

Ödenen sermaye oranları yerine, payların (*tamamı ödenmemiş olsa dahi*) itibari değerlerinin dikkate alınması; daha öncesinde iade edilmesi gereken ödenmiş sermaye paylarının da tasfiye paylarına dâhil edilerek ödeme yapılması; tasfiye paylarının, esas sözleşme ile tanınmış olan imtiyaz oranlarına göre dağıtımının yapılması gibi haller, esas sözleşme ile tasfiye payının belirlenmesinde, izlenilecek farklı usullere örnek olarak verilebilir⁸¹.

Esas sözleşme ile tasfiye payının belirlenmesinde **tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar oluşturulması yoluna gidilmişse**, dağıtımda bu imtiyazlı payların dikkate alınması gerekecektir. Bu çerçevede, kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmediği sürece, esas sözleşme ile istenilen türde tasfiye bakiyesinde imtiyazlı payların oluşturulabileceği kabul edilmektedir⁸² (İstisnası için Bkz. TTK m. 478/4). Tasfiye bakiyesinde imtiyaz, paylardan

⁷⁹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 1, N. 923-924; PULAŞLI, C. II, s. 1862, N. 93; KERVANKIRAN, s. 248-249. KARAMAN COŞGUN, s. 246; TEKİNALP, (2017), s. 356, N. 14-36. Aksi yönde bkz. ARSLANLI, s. 233.

⁸⁰ Kalan tasfiye bakiyesinin, pay sahipleri arasında dağıtımının yapılmadan, belirli bir amaca özgülenerek şirket adına işletilmesinin, şirketin tasfiye amacıyla bağdaşmayacağı ve tasfiye işlemlerinin bir an önce tamamlanarak şirketin terkin edilmesi görevini üstlenen tasfiye memurlarının görevi ile çelişeceği, ancak bu artan değer, şirket tarafından kurulan bir vakfa bağışlanmasının mümkün olacağı; böyle bir durumda, tasfiye memurunun vakfın kuruluş işlemlerini gerçekleştirerek, artan değer oraya aktarılması yoluna gitmesi gerektiği yönündeki haklı görüş için ayrıca bkz. KARAMAN COŞGUN, s. 246.

⁸¹ ARSLANLI, s. 231-232; KRAFT (Editör: ZÖLLNER), § 271, s. 84, N. 12-13; ALTAŞ, s. 830.

⁸² Örnekler için bkz. SCHLUEP, s. 81; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 41, s. 532, N. 26-28; İMREGÜN, s. 303-304 ve s. 336. Kâr payında imtiyaz oluşturulması halinde, bunun aynı zamanda tasfiye bakiyesinde imtiyaz olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira her iki imtiyaz türü birbirinden farklı ve bağımsızdır (Bkz. HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 271, s. 1959, N. 22; KRAFT (Editör: ZÖLLNER), § 271, s. 84, N. 12; RIESENHUBER (Editör: SCHMIDT/LUTTER), § 271, s. 3005, N. 10).

bazılarına diğerlerine oranla daha fazla tasfiye payının ödenmesi şeklinde belirlenebileceği gibi; dağıtım esnasında, öncelikli olarak imtiyazlı paylara ödeme yapılması ve sonrasında kalan bir bakiye bulunursa diğer pay sahiplerine ödeme yapılması; imtiyazlı paylara belirli bir oranda ödeme yapılmadan, kalan mevcudun pay sahipleri arasında dağıtımına başlanılamaması gibi şekillerde de gerçekleştirilebilir⁸³.

Esas sözleşmede yer alan düzenleme ile *tasfiye bakiyesine katılma hakkı verilen intifa senetlerinin çıkarılması ihtimalinde ise*⁸⁴, pay sahiplerinin tasfiye paylarının belirlenmesinde, söz konusu bu intifa senetleri de dikkate alınacak; *tasfiye bakiyesinde imtiyazlı payların varlığı halinde bunlar saklı olmak üzere* (Bkz. TTK m. 478), kalan şirket varlığından, öncelikli olarak tasfiye bakiyesinde katılma hakkı bulunan katılma intifa senedi sahiplerine, KİS ihracı için ortaklığa verdikleri tutarın ödemesi gerçekleştirilecektir [Pay Tebliği (VII-128.1) m. 37/3].

C. Esas Sözleşmede Hüküm Bulunmaması Halinde Tasfiye Payının Belirlenmesi

TTK m. 507/1, m. 508/1 ve m. 543/1 hükümlerinin bu hususta anonim şirkete açıkça cevaz vermiş olmasına rağmen, kuruluş aşamasında ya da sonradan esas sözleşmede yapılacak bir değişiklik ile tasfiye payının belirlenmesi hususunda ayrıca bir düzenleme yapılmamışsa, tasfiye memurları, Kanun'da öngörülen usule dağıtım yapacaktır. Bu konuda dikkate alınması gereken hükümler TTK m. 507, m. 508 ve m. 543'tür.

TTK m. 507/1, c. 2'ye göre, “*Şirketin sona ermesi halinde, her pay sahibi, esas sözleşmede sona eren şirketin malvarlığının kullanılmasına ilişkin başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılır*”. Bu düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, tasfiye bakiyesinin dağıtımında, tasfiye payı oranları belirlenirken, pay sahiplerinin “*pay oranları*”nın dikkate alınacağı gibi bir sonuca ulaşılmaktadır.

Esasında eTTK m. 455/1'de de aynı yönde bir düzenleme yer almaktaydı. Ancak ilgili hüküm, özellikle taahhüt edildiği halde henüz ödenmemiş sermaye

⁸³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 41, s. 532, N. 26-28; SCHLUEP, s. 81.

⁸⁴ Bkz. TTK m. 502-503; Pay Tebliği (VII-128.1) m. 36/1. Pay Tebliği (VII-128.1) m. 4, k'ya göre, *Katılma intifa senedi (KİS), ortaklıklar tarafından nakit karşılığı satılmak üzere ihraç edilen, net kârdan pay alma, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya halka açık olmayan ortaklık tarafından yeni çıkarılacak payları alma hakkı tanıyan pay benzeri menkul kıymetleri* ifade eder. Ayrıca bkz. Pay Tebliği (VII-128.1) m. 37/1.

bedellerinin bulunduğu durumlarda, bu kişilerin tasfiye bakiyesine katılırken, sermayesini taahhüt edip şirkete ödeyen pay sahiplerine oranla daha avantajlı duruma gelecekleri; böyle bir çözümün haksızlıklara sebebiyet vereceği gerekçesi ile doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁸⁵. Zira esas sözleşmede yer verilen bir düzenleme ile usulünce tasfiye bakiyesinde imtiyaz oluşturulmadığı halde, aynı konumda bulunan ancak biri tamamen yerine getirilmiş, diğeri ise, taahhüt edilmesine rağmen henüz ödenmemiş olan iki pay arasında, Kanuna aykırı bir biçimde imtiyaz oluşturulması, her şeyden önce eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmekteydi⁸⁶.

Bahsi geçen durum, eTTK dönemindeki eleştirilere rağmen, 6102 sayılı Kanun'da da aynen korunmuştur (Bkz. m. 507)⁸⁷. Bununla birlikte, tasfiye paylarının belirlenmesi açısından yalnızca TTK m. 507/1, c. 2'nin göz önünde bulundurulması yanıltıcı sonuçlara sebebiyet vereceğinden bu düzenlemenin, TTK m. 508/1 ve TTK m. 543/1 hükümleri ile birlikte yorumlanması gerekir⁸⁸. TTK m. 508/1 ve m. 543/1'de, tasfiye bakiyesinin dağıtımında tasfiye payları belirlenirken, *esas sözleşme ile aksine bir düzenleme yapılmadığı sürece*, pay sahiplerinin *sermaye payı için şirkete yaptıkları ödemelerle*⁸⁹ orantılı bir

⁸⁵ PULAŞLI, C. II, s. 1864, N. 97; YILDIZ, s. 147-149; İMREGÜN, s. 303 ve s. 491; SCHLUEP, s. 77; RIEK, s. 169; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 56, s. 864, N. 122; KERVANKIRAN, s. 253; KARAMAN COŞGUN, s. 247.

⁸⁶ YILDIZ, s. 149. Bu hâlde yapılan işlemin, butlanla malul olduğunun kabulü gerekir [Karş., 6102 sayılı TTK m. 391/1, (a)].

⁸⁷ TTK m. 507'nin kaynağını teşkil eden OR Art. 660/2'de de aynı düzenlemenin benimsendiği görülmektedir.

⁸⁸ Ayrıca bkz. KERVANKIRAN, s. 253.

⁸⁹ TTK m. 127 ve m. 342 vd. hükümlerince anonim şirketlere sermaye olarak, nakdin yanı sıra aynı değerlerin de getirilebileceği aşikârdır. Bu son ihtimalde, taahhüt edilen aynı sermayenin TTK m. 128 ve m. 343 hükümlerine riayet edilerek şirkete getirilmesi şarttır. Aynı sermayenin şirkete getirilmesinin taahhüt edildiği hallerde, pay sahibi şirkete bir ödeme yapmamakta; ancak bu aynı sermayeye biçilen değer karşılığında TTK m. 128'deki usule uyulmak suretiyle şirkete pay sahibi olmaktadır. Bu nedenle her ne kadar TTK m. 508/1'de yer alan "*şirkete yaptıkları ödemelerle orantılı olarak*" ibaresi nedeniyle, yalnızca şirkete nakdi sermaye getirildiği haller dikkate alınacak gibi bir anlayış ortaya çıksa da, bu ibarenin, *şirkete sermaye olarak getirilmesi taahhüt edilmiş olan husus nakdi sermaye ise, yaptıkları ödemeler oranında tasfiye payının hesaplanması gerekir* şeklinde dikkate alınmasında fayda bulunmaktadır. Zira şirkete aynı sermayenin getirilmek istenmesi halinde, bunun taahhüt edilmiş sayılabilmesi için TTK m. 128'de öngörülen prosedüre uyulması lazımdır ve şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi de pay sahibinin iradesine bırakılmamaktadır.

hesaplama yapılacağı açıkça ifade edilmiştir⁹⁰ (oransallık ilkesi⁹¹).

Şirketin tasfiye aşamasına girdiği hallerde, ***eğer hâlâ pay sahiplerince taahhüt edildiği halde ödenmeyen sermaye bedelleri var ise***, bunların dış tasfiye kapsamında tasfiye memurlarınca öncelikle tahsil edilmesi gerektiği aşikârdır (Bkz. TTK m. 542/1, a). Pay bedellerinin tasfiye aşamasında bu şekilde ödendiği durumlarda dahi, iç tasfiye kapsamında tasfiye bakiyesi dağıtılırken, yapılan bu ödemeler esas alınacaktır. Bir diğer ifade ile taahhüt ettiği sermaye bedelini zamanında ödeyen ile gecikmeli de olsa ödeyen arasında bir ayrıma gidilmeksizin ya da ödemelerin, şirketin faaliyetlerini sürdürdüğü aşamada mı yoksa tasfiye işlemleri kapsamında TTK m. 542/1, a'ya göre tasfiye aşamasında mı tahsil edildiği hususunda bir ayırım gözetilmeksizin, şirkete ödenen sermaye tutarı oranında tasfiye payları hesaplanacaktır⁹². Zira taahhüt edilen sermaye bedelinin geç ödenmesi halinde, yaptırım olarak gecikme faizinin (TTK m. 129, m. 482/1), tazminat talebinin (TTK m. 128), cezai şartın (TTK m. 482/3) ya da ıskatın (TTK m. 482/2, m. 483) uygulanması farklı bir durum; pay sahibinin, bütün bu yaptırımlara maruz kalmasının akabinde, ödediği sermaye bedeli oranında tasfiye payından yararlanma hakkına sahip olması ise, farklı bir durumdur.

V. Tasfiye Payının Dağıtılabilmesi İçin Aranılan Şartlar

Tasfiye memurlarınca ***tasfiye payının dağıtım aşamasına geçilebilmesi için*** ön şart, şirketin tasfiyeyi gerektirecek biçimde sona ermesi olmakla birlikte, ayrıca şu şartların da gerçekleşmiş olması lazımdır:

A. Alacaklılara Çağrı Yapılması ve Şirket Borçlarının Ödenmesi

Tasfiye paylarının pay sahiplerine dağıtılabilmesi için, her şeyden önce, anonim şirketin dış tasfiyesi kapsamında, şirket alacaklılarının alacaklarının ödenmiş olması gerekir⁹³. Henüz şirketin dış tasfiyesi tamamlanmamışsa,

⁹⁰ Bu hükümlerin mehzamı oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991 yılında yapılan değişikliğin ardından OR Art. 661'de yer alan "***im Verhältnis der auf das Aktienkapital einbezahlten Beträge zu berechnen.***" ve OR Art. 745'de yer alan "***nach Massgabe der einbezahlten Beträge ... verteilt.***" ifadeleri de bizi aynı sonuca götürmektedir.

⁹¹ *Oransallık ilkesi* hakkında bkz. PULAŞLI, C. I, s. 717; BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 898-899, N. 9.

⁹² Ayrıca bkz. KARAMAN COŞGUN, s. 247-248.

⁹³ Şirket borçlarının kapsamına, şirketin vergi borçları, çalışanların SGK primleri, tasfiye işlemlerinin yürütülebilmesi için yapılan masraflar (*Tasfiye esnasında yapılmak zorunda kalan yeni işlemlerden kaynaklanan veya sicile yapılacak ilânlar ve tasfiye sonunda ya-*

iç tasfiye kapsamında tasfiye paylarının, pay sahipleri arasında dağıtımına başlanması mümkün değildir (TTK m. 543/1). Buna aykırı davranış, tasfiyenin usulünce yürütülmemesi nedeniyle, tasfiye memurlarının sorumluluklarını doğuracağı gibi (TTK m. 541/4); bu sıralamaya riayet edilmeden, haksız olarak alınan tasfiye paylarının iadesini de gerektirecektir.

Şirket borçlarının ödenebilmesi için ise, sona ermenin yönetim kurulunca ticaret siciline tescil ve ilanından sonra (TTK m. 532), tasfiye memurlarınca, ilk envanter ve bilançonun hazırlanarak genel kurula sunulması (TTK m. 540/1), genel kurulun onayından sonra şirket defter ve belgelerine el konulması (TTK m. 540/2), Kanun'da öngörülen usule göre, alacaklıların çağırılması ve alacaklarının korunması için gereken önlemlerin alınması gerekir (TTK m. 541).

TTK m. 541/1 hükmüne uygun olarak yapılan ilana rağmen, şirketten alacaklı oldukları bilinenler, alacakları ile ilgili bildirimde bulunmazlarsa alacaklarının tutarı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nca⁹⁴ belirlenecek bir bankaya depo edilir (TTK m. 541/2)⁹⁵. Şirketin, henüz muaccel olmayan veya hakkında uyuşmazlık bulunan borçları bakımından ise, bunları karşılayacak tutarda paranın notere depo edilmesi yoluna gidilir. Ancak, bu gibi borçlar yeterli bir şekilde teminat altına alınmış veya şirket varlığının pay sahipleri arasında paylaşımı bu borçların ödenmesi şartına bağlanmışsa, notere depo edilmesine gerek kalmaz (TTK m. 541/3).

TTK m. 543/1'de yer alan "**şirketin borçlarının ödenmesi**" ifadesi, söz konusu borçların tasfiye işlemleri kapsamında alacaklıya derhal ödenmesini kapsadığı gibi; alacaklı olduğu bilinen ancak şirkete bildirimde bulunmayan alacaklıların vadesi gelmiş alacaklarının bankaya depo edilmesini (TTK m.

pılacak terkin işlemi ile şirkete ait defterlerin sulh hukuk mahkemesi nezdinde saklanması için ayrılması gereken masraflar gibi) ve tasfiye memurlarının alacağı ücretler de dâhildir [BACHMANN (Editör: SPINDLER/STILZ), § 271, s. 749, N. 7; KRAFT (Editör: ZÖLLNER), § 271, s. 83, N. 7; BUDLIGER, s. 67; KERVANKIRAN, s. 255; FÜLLER (Editör: BÜRGERS/KÖRBER), § 271, N. 2; ŞENER, s. 652].

⁹⁴ "KHK/703 Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" (R.G. Sayı: 30473 3. Mükerrer, Tarih: 09.07.2018) ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Ekonomi Bakanlığı ile birleştirilmiş ve yeni ismi "Ticaret Bakanlığı" olarak değiştirilmiştir.

⁹⁵ Bu meblağların yatırılacakları banka hususunda bkz. "Sermaye Şirketlerinin Tasfiyesinde Şirket Alacaklılarının Alacaklarının Yatırılacağı Bankanın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ" (R.G. Tarih: 20.03.2015, Sayı: 29031) m. 6 ve m. 7.

541/2) veya bu borçları karşılayacak tutarın TTK m. 541/3 hükmüne göre notere tevdi edilmesini de kapsayacaktır. Bir diğer ifade ile TTK m. 543/1’de yer alan ödeme kavramının, nakden yapılan ödemelerin yanı sıra, bankaya ya da notere tevdiyi de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekir⁹⁶. Görüldüğü üzere TTK m. 541/3’deki şartların yerine getirilmesi koşuluyla, şirket alacaklılarına fiilen ödeme yapılmadan da, diğer şartların sağlanması koşuluyla, kalan malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtım aşamasına geçilebilecektir. Ancak şirketin henüz muaccel olmayan veya üzerinde uyuşmazlık bulunan borçlarının notere tevdi edilmesi veya yeterli bir biçimde güvence altına alınması yerine, malvarlığının pay sahipleri arasında dağıtım bu borçların ödenmesi geciktirici koşuluna bağlanmışsa, bu durumda, malvarlığının dağıtımına başlanabilmesi için, fiilen bu borçların ödenmesi gerekecek (TTK m. 541/3) ve böyle bir ihtimalde, ödeme kavramı da dar yorumlanacaktır⁹⁷.

Tasfiye aşamasında, pay sahiplerine kâr payı kapsamında bir ödeme yapılması, bu işlem tasfiye amacı ile bağdaşmadığından kural olarak mümkün değildir⁹⁸. Bununla birlikte, “anonim şirketin sona ermesinden önce, genel kurul tarafından kâr payı ödenmesi yönünde bir karar alınmışsa” (Bkz. TTK m. 507/1), bu karar ile birlikte kâr payı, **bir alacak hakkına dönüşeceği**nden, şirket tasfiye aşamasında olsa dahi, alacaklılara yapılacak olan ödemeler kapsamında, pay sahiplerine de kâr payı ödemesi yapılabilecektir.

B. Bekleme Süresinin Tamamlanması

Şirket alacaklıları, TTK m. 541 hükmü kapsamında, alacaklarını bildirmeye davet edilmiş; şirket defter ve belgelerinden alacaklı olduğu anlaşılan ya da buradan anlaşılmasa dahi, şirketten alacaklı olduğunu ispatlayabilen alacaklılara alacakları ödenmiş, başvurmayan veya üzerinde uyuşmazlık bulunan alacaklar, bankaya yahut duruma göre notere tevdi edilmiş olsa dahi, **Kanun’da öngörülen bekleme süresi geçmediği sürece**, malvarlığının dağıtımına ve bu çerçevede pay sahiplerine tasfiye paylarının iadesine başlanılamaz.

Esasında TTK m. 541/1’de öngörülen ilân işlemi, alacaklıların alacaklarını bildirmeleri açısından önem arz ettiği gibi; çalışma konumuz açısından da, **“alacaklılara üçüncü kez yapılan çağrı tarihinden itibaren altı ay geçmedikçe**

⁹⁶ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 846, N. 1600; BUDLİGER, s. 67-68; İZMİR-Lİ, s. 130. Ayrıca bkz. PIRRİNGER, s. 206; DOĞANAY, s. 1306.

⁹⁷ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 846, N. 1600.

⁹⁸ Ayrıca bkz. ve karşı. TTK m. 548/1 hükmünün madde gerekçesinde yer alan açıklamalar.

kalan varlık dağıtılamaz” hükmünde (TTK m. 543/2) belirtilen altı aylık⁹⁹ sürenin (*das Sperrjahr*) işlemeye başlaması bakımından önemlidir. Bu bekleme süresi içerisinde, pay sahiplerine malvarlığı dağıtımının yapılmasına izin verilmediğinden alacaklılar korunmuş olmaktadır. Alacaklılar, söz konusu altı aylık bekleme süresi içerisinde, şirkete başvurarak alacaklarını bildirme, ödenmesini ya da duruma göre teminat altına alınmasını isteme imkânına sahiptir. Bununla birlikte alacaklıların, alacaklarına ilişkin zaman aşımı süresi boyunca şirkete başvuruda bulunarak, şirketten alacaklarının ödenmesini talep etme hakları olduğundan, bu altı aylık sürenin, alacakların talep edilebilirliği bakımından bir hak düşürücü süre olmadığı belirtilmesi gerekir.

Her ne kadar doktrinde, şirketin aktifinin, borçlarından çok fazla olduğu hallerde, alacaklıların hakları tehlikeye düşmeyeceğinden, bu süre sona ermeden (ve genel kurulca dağıtım kararı verilmeden) de aktiflerin bir kısmının dağıtılabileceği ifade edilmişse de¹⁰⁰, tasfiyenin ilerleyen aşamalarında bildirimde bulunmayan alacaklıların da ortaya çıkabileceği ihtimali düşünüldüğünde, bu süre sona ermeden bir tasfiye payı dağıtımı yapılamayacağı kabulü gerekir¹⁰¹.

Bekleme süresi sona ermeden, usule aykırı bir biçimde dağıtım yapılması ihtimalinde, alacağına henüz kavuşamamış ya da alacağı yeterince güvence altına alınmamış olan alacaklılar mahkemeye başvurarak, dağıtımın yapılmasını engellemeye yönelik bir tedbir kararı alabilir¹⁰².

⁹⁹ TTK m. 543/3’de yer alan bir yıllık bekleme süresi, 2016 yılında 6728 sayılı “*Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” m. 68/1, (c) bendi ile yapılan değişiklik neticesinde altı aya düşürülmüş; bu değişikliğin sebebi madde gerekçesinde, *sermaye şirketlerinde tasfiye sürecini kolaylaştırmak* şeklinde ifade edilmiştir.

İsviçre hukukunda ise, 1991 yılında yapılan değişiklikten önceki düzenlemede, bir yıllık sürenin sona ermesinden önce, mahkemenin bir tehlike olmadığı yönünde karar vermesi halinde dağıtım, bir yıllık süre sona ermeden önce de başlanabiliyordu. Ancak 1991 yılında OR’de yapılan revizyondan sonra bu süre üç aya düşürülmüş; fakat üç aylık süre sona ermeden mahkemenin böyle bir karar vermesine de izin verilmemiştir. OR Art. 745/3’de yer alan düzenlemenin son haline göre, mahkemece verilecek dağıtım kararı en erken, alacaklılara yapılan üçüncü ilandan itibaren işlemeye başlayacak **üç aylık sürenin** sonunda, uzman bilirkişilerce borçların ödendiği ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedelenmediği teyit edilmişse verilebilecektir (Bkz. RIEK, s. 165; STÄUBLI (Editör: HONSELL/VOGT/WATER), Art. 746, s. 1468, N. 10-11).

¹⁰⁰ HEBERLEIN, s. 77.

¹⁰¹ KERVANKIRAN, s. 255.

¹⁰² BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 901, N. 13; RIEK, s. 174; von STEIGER, s. 345. Ek tasfiye aşaması bakımından aynı yönde ŞENER, (2015), s. 198.

Bununla birlikte, altı aylık bekleme süresi, mutlak bir süre olarak değerlendirilemez. Nitekim kanun koyucu, hasımsız olarak açılan davada, hâl ve duruma göre asliye ticaret mahkemesinin, **alacaklılar için bir tehlikenin söz konusu olmadığına kanaat getirmesi halinde**, altı aylık süreyi beklemeden de dağıtımın yapılmasına izin verebileceğini açıkça hükme bağlamıştır (TTK m. 543/2, c. son). Böyle bir karar, kalan şirket varlığının süresinden önce pay sahiplerine dağıtımına imkân verdiği gibi; bilinmeyen alacaklılar bakımından tasfiye memurlarının kişisel sorumluluklarını da ortadan kaldırır¹⁰³. Bu nedenle mahkemenin alacaklıların menfaatlerini dikkate alarak bir karar vermesi son derece önemlidir. Gerektiğinde bir bilirkişi incelemesinin yapılmasında büyük fayda bulunmaktadır¹⁰⁴.

Mahkeme tarafından daha önce dağıtılmasına izin verilmediği sürece, tasfiye bakiyesinin pay sahipleri arasında dağıtımı için beklenilmesi gereken altı aylık süre, asgari süreyi ifade ettiğinden tasfiye memurları dağıtım için, Kanun'da öngörülen bu süreye uymak zorundadır.

Özellikle alacakların güvence altına alınmasında yaşanan problemler nedeniyle şirket, henüz malvarlığının dağıtımına hazır değilse, alacaklılar açısından tehlike oluşturmayacağından, altı aylık sürenin şirket genel kurulunun alacağı bir karar ile uzatılabilmesi mümkün olmakla birlikte; mahkemenin bu yönde vermiş olduğu bir karar olmaksızın, genel kurul tarafından ilgili sürenin kısaltılması mümkün değildir¹⁰⁵.

C. Pay Bedellerinin İadesi

Tasfiye paylarının dağıtımı için, dış tasfiye kapsamında tüm borçların ödenmiş olması yeterli olmayıp; aynı zamanda pay bedellerinin iade edilmesi de gerekmektedir¹⁰⁶ (TTK m. 543/1).

Her ne kadar TTK m. 543/1'de "*pay bedelleri geri verildikten sonra...*" ifadesine yer verilmiş olsa da, bunun "*nakdi sermayenin taahhüt edildiği*

¹⁰³ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 847, N. 1601; BÜRGİ/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art 745, s. 901, N. 12. Ayrıca bkz. von STEIGER, s. 345.

¹⁰⁴ KERVANKIRAN, s. 256-257.

¹⁰⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 56, s. 865, N. 129; RIEK, s. 165; HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 272, s. 1965, N. 14-15.

¹⁰⁶ Bu düzenleme ile eTTK döneminde m. 447 hükmünde yer alan "*...şirketin borçları öden-dikten sonra kalan mevcudu...*" ifadesi nedeniyle var olan tartışmaların önüne geçilmiş ve tasfiye payı dağıtımının, sermaye bedellerinin iadesinden sonra gerçekleşeceği açıkça hükme bağlanmıştır (Ayrıca bkz. TTK m. 543/1 hükmünün madde gerekçesi).

hallerde bu pay bedellerinin ödenen kısımları geri verildikten sonra...” şeklinde anlaşılması gerekir. Aksinin kabulü, tamamen taahhüt edildiği hâlde henüz tamamı ödenmemiş paylar bakımından, ödenen kısımdan daha fazla bir iade yapılmasını gerektirir. Ancak eTTK döneminde ortaya konan eleştirileri göz önünde bulundurarak, TTK m. 543/1’i, eTTK m. 447/1’den farklı şekilde kaleme alan kanun koyucunun muradının bu olmadığı ortadadır¹⁰⁷. Kaldı ki, paya bağlı bir hak olarak ortaya çıkan tasfiye payının ödenmesinde, TTK m. 543/1’de “*esas sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ödedikleri sermayeler*” oranında dağıtımı esas alan kanun koyucunun, sermaye bedelinin iadesinde, ödenmiş kısmı değil de, itibari değeri dikkate aldığını kabul etmek yerinde olmayacaktır.

Malvarlığının en önemli ögesi olan sermaye bedellerinin iadesi ile birlikte, şirketin malvarlığının dağıtımına da başlanmış olur¹⁰⁸. Ancak bu başlangıç, ortaklara tasfiye payı ödenmesi anlamına gelmez. Zira tasfiye payının dağıtımı, tasfiye bakiyesi olarak belirlenen tutardan gerçekleştirilir ve tasfiye bakiyesi de, ancak ve sadece dış borçlar ödendikten sonra, sermaye bedelinin iadesinin ardından bir tutar kalması halinde ortaya çıkar.

D. Esas Sözleşmede Tasfiye Bakiyesinin Kullanımına İlişkin Farklı Bir Düzenlemeye Yer Verilmemiş Olması

Tasfiye payının dağıtılabilmesi için gerekli olan bir diğer şart ise, esas sözleşmede tasfiye bakiyesinin kullanımı hususunda farklı bir düzenlemenin öngörülmemiş olmasıdır. TTK m. 507/1 çerçevesinde, tasfiye bakiyesinin pay sahipleri arasında dağıtımı yerine, kalan mevcudun kullanılmasına ilişkin esas sözleşmeye başkaca bir hükmün konulması halinde, artık bir dağıtım işleminden ve pay sahiplerinin tasfiye payı alma hakkından söz edilemeyecektir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ayrıca bkz. TTK m. 543/1’in madde gerekçesi.

¹⁰⁸ Pay sahibinin, sahibi olduğu taşınır veya taşınmaz üzerindeki faydalanma ve kullanma haklarını, mülkiyetini şirkete geçirmeksizin, sermaye olarak getirmesi de mümkündür [Bkz. TTK m. 127/1, (d)]. Böyle bir ihtimalde, şirketin sona ermesi üzerine tamamlanan dış tasfiye işlemlerinden sonra, bahsi geçen taşınır ve taşınmazların iadesi de, malvarlığının dağıtımı anlamına gelecektir [Bkz. AL KILIÇ, (2017), s. 184-185, dn. 450]. Şirketin sona ermesi üzerine, kullanımı şirkete bırakılan malların derhal iade edilmesi gerektiği, ancak şirketin taahhütlerinin ifa edilebilmesi için ihtiyaç duyulan hallerde, iade süresinin taahhüt sonuna kadar uzatılabileceği yönündeki görüş için bkz. İZMİRLİ, s. 106-107.

¹⁰⁹ Ayrıntılar için bkz. yukarıda “**IV, B**”.

E. Kesin Bilançonun Düzenlenmesi ve Onaylanması (Ayrıca Genel Kurulun Tasfiye Payı Dağıtımını Hususunda Bir Karar Alması Gerekip Gerekmediği Meselesi)

Şirket borçlarının ödenmesi ve şirkete getirilen sermaye bedellerinin pay sahiplerine iadesinin ardından, kalan bakiyenin belirlenebilmesi amacıyla, tasfiye memurları bir kesin bilanço düzenlerler. Tasfiye bakiyesi kapsamında dağıtılacak bir malvarlığının mevcut olup olmadığı, borçların ödenmesinden ve altı aylık bekleme süresinin sona ermesinden sonra, tasfiye memurlarınca TTK m. 542/1, (d)'ye göre düzenlenecek olan bu bilançoya göre belirlenecektir.

Hazırlanacak bu kesin bilanço, tasfiyenin başında hazırlanan ilk envanter ve bilançodan (TTK m. 540) farklıdır. Zira artık tasfiyenin sonuna gelinmiştir ve tasfiye halindeki şirketin malvarlığı, şirket borçlarının ödenmesi ve sermaye bedellerinin iadesi nedeniyle, şirketin sona ererek tasfiye aşamasına girdiği andaki malvarlığı ile aynı değildir. Bu farkın tespit edilebilmesi ve pay sahiplerine dağıtılacak miktarın belirlenebilmesi için, kesin bilançonun hazırlanması ve aynı zamanda genel kurulun onayına sunulması gerekir (TTK m. 542/1, d).

Kesin bilançoda tasfiye memurları, şirketin borçlarının ödenerek dış tasfiye işlemlerinin tamamlandığına, bu işlemlerin ardından hâlâ mevcut bir bakiye malvarlığının bulunduğu ve kalan bakiye malvarlığına ilişkin dağıtımın nasıl yapılacağına dair dağıtım planına yer vermelidir¹¹⁰.

Pay sahiplerine, kalan tasfiye bakiyesinden, tasfiye payları oranında bir dağıtım yapılabilmesi için **genel kurulun ayrıca bir dağıtım kararı alması gerekip gerekmediği meselesi** doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın nedeni Kanun'da, tasfiye payının dağıtımında, kâr payının dağıtımında olduğunun aksine (Bkz. TTK m. 507/1) açıkça genel kurulun bu yönde karar alması gerektiği hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Faaliyetlerine devam eden bir anonim şirkette, yönetim kurulunca hazırlanan bilanço genel kurul tarafından onaylandığı hâlde, yatırım yapılacağı, yedek akçe olarak ayrılacağı vb. sebeplerle o sene elde edilen kârın dağıtımından vazgeçilebilir. Bu nedenle kâr payının dağıtımını için, bilançonun onaylanmasının yanı sıra ayrıca bir genel kurul kararına ihtiyaç duyulur. Nitekim bu husus TTK m. 507/1 hükmünde “...**dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına**...”

¹¹⁰ BACHMANN (Editör: SPINDLER/STILZ), § 271, s. 749, N. 7; STÄUBLI (Editör: HONSELL/VOGT/WATTER), Art. 745, s. 1467, N. 3.

şeklinde ifade edilmiştir¹¹¹. Ancak tasfiye payının dağıtımının yapılabilmesi için, ayrıca genel kurulun bu yönde bir karar alması gerektiği sonucuna ilgili hükümden ulaşılamamaktadır.

Kanaatimizce, TTK m. 543/3’de yer alan “*esas sözleşme ve genel kurul kararında aksine hüküm bulunmadıkça, dağıtım para olarak yapılır*” ifadesinden hareketle, her koşulda dağıtımın yapılabilmesi için, bir genel kurul kararına ihtiyaç duyulduğu sonucu çıkarılmamalıdır¹¹². Zira bu hüküm, dağıtım yapılabilmesi için genel kurul kararının gerekliliğine değil; dağıtımın para dışında başka bir şekilde yapılacağına dair esas sözleşmede bir hükmün olmadığı hallerde, genel kurulun bu yönde bir karar alabileceğine işaret eder. Kaldı ki, esas sözleşmede dağıtımın para dışında başka bir biçimde yapılacağına kararlaştırıldığı hallerde, genel kurulun ayrıca buna dair başkaca bir karar alması da söz konusu olmayacaktır¹¹³.

Doktrinde tasfiye bakiyesinin ortaya çıkması ile birlikte, tasfiye payı hakkının muaccel olacağı savunulduğu gibi¹¹⁴; tasfiye payının dağıtımı için genel kurulun ayrıca bu hususta bir karar alması gerektiğini benimseyenler de bulunmaktadır¹¹⁵. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise¹¹⁶, genel kurulun tasfiye memurları tarafından hazırlanan kesin bilanço onaylaması ile birlikte, dağıtılacak olan tasfiye bakiyesi de netleşmiş olacak ve bu kesin bilanço, tasfiye paylarının dağıtımında kullanılacaktır¹¹⁷. Bu durumda ayrıca bir dağıtım kararı alınmasına gerek olmaksızın, pay sahiplerinin tasfiye payı

¹¹¹ Ayrıca bkz. MOROĞLU, (2016), s. 318.

¹¹² Aynı yönde bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2017), s. 3-4, N. 926; KERVANKIRAN, s. 258.

¹¹³ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 537, N. 926.

¹¹⁴ İMREGÜN, s. 303, ayrıca karşı., s. 491.

¹¹⁵ ARSLANLI, s. 229, ayrıca bkz. ve karşı., s. 233; SCHLUEP, s. 75; KARAMAN COŞGUN, s. 254; RIEK, s. 167 (*Yazar, genel kurulun, alacağı dağıtım kararının aynı zamanda kesin bilançonun onaylanmasını da içerecek şekilde olması gerektiğini savunmaktadır*); UYSAL, s. 82-83.

¹¹⁶ HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 271, s. 1953, N. 3; BÜRGİ/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 895, N. 2; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 847, N. 1602; ANSAY, s. 303; PULAŞLI, C. II, s. 1865, N. 100; ŞENER, (2017), s. 652; ŞENER, (2015), s. 219. Ayrıca bkz. ve karşı. KERVANKIRAN, s. 261.

¹¹⁷ Tasfiye memurları ister mahkeme kararıyla ister genel kurul kararı veya esas sözleşme ile isterse de kanun gereği seçilmiş olsun, kesin bilançonun genel kurul tarafından onaylanması aynı zamanda, tasfiye memurlarının da ibra edilmesi anlamına gelecektir (Bkz. ARSLANLI, s. 229; İZMİRLİ, s. 131).

alma hakkı da bir alacak hakkına dönüşecektir¹¹⁸. Çünkü tasfiye bakiyesinin hangi koşullarda ve nasıl dağıtılacağı kanun koyucu tarafından önceden öngörülmüştür. Esas sözleşmede malvarlığının farklı usulde değerlendirilmesi yönünde bir belirleme bulunmadığı sürece (TTK m. 507/1), tasfiye neticesinde kalan tutarın, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen oranlar üzerinden dağıtımının yapılması bir zorunluluktur. **Esas sözleşmede** TTK m. 507/1 anlamında dağıtım yapılmayacağına dair **bir düzenleme olmadığı müddetçe**, genel kurulun dağıtım yapılmaması yönünde bir karar alması mümkün değildir. Bu nedenle malvarlığının dağıtımına başlanması için gerekli olan şartların oluşması ve son olarak kesin bilânçonun onaylanması ile birlikte, pay sahibinin alacak hakkı ve dolayısıyla şirkete karşı tasfiye payının kendisine ödenmesi yönündeki talep hakkı da¹¹⁹ kendiliğinden doğmuş olacaktır¹²⁰.

Tasfiye memurunun, dağıtım koşulları oluşmuş olmasına rağmen hukuka aykırı bir biçimde, üzerine düşen dağıtım yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, tasfiye bakiyesine katılmaya hak kazanmış olan pay sahibi, şirkete karşı alacak davası açabileceği gibi; ayrıca tasfiye memurlarının sorumluluğuna da gidebilir. Henüz pay sahipleri arasında malvarlığının dağıtımını şartlarının oluşmadığını ispat yükü, tasfiye memurları aracılığıyla mahkemede temsil edilecek olan anonim şirket üzerindedir¹²¹.

¹¹⁸ İMREGÜN, s. 491; ANSAY, s. 303; İZMİRLİ, s. 132; SCHLUEP, s. 75, dn. 10; BÜRGİ/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 895, N. 2; UÇAR, s. 274; PULAŞLI, C. II, s. 1865-1866, N. 100. Ayrıca bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 196; TEOMAN, s. 247.

¹¹⁹ Tasfiye payından kaynaklanan alacaklarla ilgili talep hakkına dair zamanaşımı süresinin ne kadar olduğu ve bu zamanaşımının başlangıcı ile ilgili mesele, TTK'da yanıtlanmamıştır. Bu konuda TBK m. 147/1, (4)'de yer alan *beş (5) yıllık zamanaşımı* süresinin burada da dikkate alınması gerektiğinin ve bu sürenin başlangıcının, tasfiye payı alma hakkının bir alacak hakkına dönüştüğü ve bu alacağın muaccel hale geldiği an olan, kesin bilançonun genel kurul tarafından onaylanma anı olduğunun kabulü gerekir. Zira bu andan itibaren, pay sahibine düşen tasfiye payı netleşmekte; talep edilebilir hale gelmektedir [Aynı yönde bkz. KARAMAN COŞGUN, s. 259. Aksi yönde bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 849, N. 1602c (*Yazar, tasfiye payının on (10) yıllık zamanaşımına tâbi olduğunu ve bu sürenin de bir genel kurul kararı varsa bu karar tarihi yoksa, dağıtım için tasfiye memurlarının belirledikleri tarihten itibaren başlayacağını ifade etmektedir*), KERVANKIRAN, s. 265]. Ayrıca karşı., PULAŞLI, C. II, s. 1866, N. 102 (*Yazar, zamanaşımı süresinin TBK m. 147/1, (4) gereğince beş (5) yıl olduğunu belirledikten sonra, bu sürenin başlangıcını, alacaklılara birer hafta ile yapılan üçüncü ilandan sonra tayin edilen sürenin geçmesi ile başlayacağını ifade etmektedir*).

¹²⁰ ANSAY, s. 303; von STEIGER, s. 345. Ayrıca bkz ve karşı. ARSLANLI, s. 229 ve s. 233'de yer alan açıklamalar.

¹²¹ BACHMANN (Editör: SPINDLER/STILZ), § 271, s. 748, N. 3 ve s. 750, N. 14.

VI. Tasfiye Payının Dağıtım Usulü

Dış tasfiyenin tamamlanması, ödenmiş sermaye bedellerinin iadesi ve yukarıda ifade edilen usuli şartların yerine getirilmesinin ardından¹²², kalan malvarlığının (*tasfiye bakiyesinin*) pay sahipleri arasında dağıtımı yapılacaktır. Tasfiye memurlarınca yerine getirilecek olan bu görevde, tasfiye memurları, öncelikle dağıtım usulü ve şekline ilişkin esas sözleşmede yer alan düzenlemelere bakacaktır (TTK m. 507, m. 508, m. 543). Bu çerçevede, dağıtım gerçekleştirilirken, tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar belirlenmişse (TTK m. 478) veya tasfiye bakiyesine katılma hakkı veren intifa senetleri söz konusu ise (TTK m. 502-503), bunların göz önünde bulundurulması gerekecektir¹²³.

TTK m. 543/3 hükmüne göre, kural olarak dağıtım, pay sahiplerinin getirdikleri sermayenin nakdî ya da aynî sermaye olup olmadığına bakılmaksızın, *para ile* yapılır. Ancak şirket esas sözleşmesinde dağıtım usulü olarak *aynî dağıtım* şekli benimsenebileceği gibi; böyle bir belirlemenin esas sözleşmede yer almadığı hallerde, tasfiye halindeki şirket genel kurulu da bu şekilde bir dağıtım yapılmasına karar verebilir.

Esas sözleşme ile veya alınan genel kurul kararıyla, *malvarlığının pay sahiplerinden birine, birkaçına ya da hepsine aynen iadesinde olduğu gibi, para dışında farklı bir dağıtım usulünün benimsendiği hâllerde*, tasfiye memurları dış tasfiye işlemleri kapsamında şirket borçlarının ödenmesi için malvarlığının paraya çevrilmesinde bu malvarlığı değerlerini en sona bırakmalıdır. Bununla birlikte diğer malvarlığı unsurları, şirketin mevcut borçlarını karşılamaya yetecek tutarda değilse, esas sözleşmede yer alan hükme veya alınan genel kurul kararına rağmen bunların da nakde çevrilmesi gerekir¹²⁴. Böyle bir ihtimalde pay sahipleri, esas sözleşme hükmünü veya genel kurul kararını ileri sürerek, tasfiye memurlarının nakde çevirmeye yönelik işlemlerine engel olamazlar. Bu sonuç, pay sahiplerinin tasfiye bakiyesine katılma haklarının, şirket alacaklarının alacaklarına kavuşma hakkına nazaran ikincil niteliğinden ve dış tasfiye işlemleri tamamlanmadığı sürece iç tasfiyeye başlanılamayacak olmasından kaynaklanmaktadır¹²⁵.

¹²² Bkz. yukarıda “V” no’lu başlık.

¹²³ İMREGÜN, s. 491; ARSLANLI, s. 231-232; ANSAY, s. 258; İZMİRLİ, s. 132; FÜLLER (Editör: BÜRGERS/KÖRBER), § 271, s. 1595, N. 7.

¹²⁴ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 197; İMREGÜN, s. 304.

¹²⁵ HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 271, s. 1955, N. 9; BÖCKLI, § 17,

Dağıtımın kısmen nakdî kısmen aynî şekilde yapılması da mümkündür¹²⁶. Esas sözleşmede ya da genel kurul kararında aksi kararlaştırılmadıkça ve kendisine tasfiye payı dağıtımı yapılacak olan pay sahibi buna rıza gösterdiği müddetçe, dağıtımın nakdî yerine aynî şekilde yapılmasının mümkün olduğunun; özellikle tek ortaklı anonim şirketlerde bu eğilimin, uygulamayı kolaylaştırmasından ötürü tercihe şayan olacağının ifade edilmesinde fayda bulunmaktadır¹²⁷. Bununla birlikte, özellikle birden fazla pay sahibinin bulunduğu anonim şirketlerde, dağıtımın nakdî değil de aynî olarak yapılmasının, tasfiye memurları açısından dağıtımın hakkaniyete uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi noktasında özel bir hassasiyet gerektirdiği ve birtakım zorlukları içerdiği de bir gerçektir¹²⁸.

Doktrinde esas sözleşme ile bazı payların sahiplerine aynî dağıtım yapılacağı öngörülmüşse, bunların dağıtımında ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadığı; ancak sonradan genel kurul kararı ile dağıtımın aynî şekilde yapılmasına karar verildiği hallerde bir değerlendirme yapılarak, söz konusu aynî ilgili pay sahibinin tasfiye payına denk gelen tutardan fazla olup olmadığı tespit edilmesi ve fazla gelen bir miktar var ise, bu fazlalığın iade edilmesi gerektiği haklı olarak savunulmaktadır¹²⁹. Zira aksinin kabulü, esas sözleşmede öngörülmediği halde genel kurul kararı ile – *ilgili pay sahibine düşecek tasfiye payından daha yüksek değerli bir aynî bu pay sahibine tahsisi yoluyla*- haksız bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınması anlamına gelebilecektir.

Dağıtımın gerçekleştirilmesinden önce, dağıtım yapılacak olan hak sahipleri tespit edilmelidir. Bir pay sahipliği hakkı olmasından ötürü, tasfiye payını talep edebilecek ilgililer, dağıtımın yapıldığı anda anonim şirkette pay sahibi sıfatını taşıyanlardır¹³⁰. Sona eren anonim ortaklıkta, tasfiye bakiyesine katılma hakkı bulunan pay sahiplerinin kim olduğunun tespiti, tasfiye memurlarınca yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu tespit yapılırken, tasfiye memurlarının dikkatli ve özenli davranmaları gerekir. Hak sahibi olmayan kişiye, pay sahibi olduğu düşünülerek ödeme yapılması

s. 2349, N. 64.

¹²⁶ BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 902, N. 14; von STEIGER, s. 346; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 197.

¹²⁷ HEBERLEIN, s. 60, dn. 88; RIEK, s. 170.

¹²⁸ HEBERLEIN, s. 60, dn. 88; RIEK, s. 170.

¹²⁹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 198; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 848, N. 1602a.

¹³⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda “III” no’lu başlık.

hâlinde, oluşan zarar nedeniyle tasfiye memurlarının sorumluluğu söz konusu olacaktır (Bkz. TTK m. 541/4, m. 546/2, m. 553). Şüpheli hallerde, sorumluluğunun doğmaması adına, oluşan şüphe giderilinceye kadar tasfiye memurunun ödeme yapmama yolunu tercih etmesi gerekir¹³¹.

Bir kişinin o şirkette pay sahibi sıfatını haiz olup olmadığı, anonim şirketin pay defterindeki kayıtlardan anlaşılabilir. Böyle bir kaydın bulunmadığı ya da mevcut kayıt ile gerçek durum arasında farklılıkların bulunduğu hallerde ise, elindeki pay senedini, makbuzu ya da ilmühaberi ibraz ederek bu sıfatını ispatlayabilen kişiler de hak sahibi olarak kabul edilecek ve onlara ödeme yapılacaktır¹³².

Tasfiye payını alma hakkını haiz olan kişilerin tespitinde tasfiye memurları, pay defterinde bu hususta bir kayıt olup olmaması ya da payın senede bağlı olup olmaması; senede bağlanmış ise, nama ya da hamiline yazılı olup olmaması veya nama yazılı pay senetlerinde (*ya da çıplak paylarda*) kanuni ya da sözleşmesel bağlam olup olmaması gibi hususları göz önünde bulunduracaktır. Payın özel iktisap yolları ile (*miras, eşler arası mal rejimi vb.*) kazanılması halinde payı devralan, bu özel iktisap yoluyla kazanımı ispatlamak zorundadır¹³³. Senede bağlanmış hamiline yazılı paylarda, senedi ibraz eden kişinin hak sahibi olduğunun kabulü ve ödemenin de ona yapılması gerekir¹³⁴ (Ayrıca Bkz. TTK m. 489)¹³⁵. Pay üzerinde intifa hakkının olduğu hallerde tasfiye payı, pay sahibine ödenecektir. Payın üzerinde haczin bulunduğu durumlarda ise, şirketin tasfiye aşamasına girmesi ile birlikte bu haczin, tasfiye payı üzerindeki hacze dönüşeceği¹³⁶; bu nedenle de haciz koyduran kişinin, ödemenin kendisine yapılmasını isteme hakkına sahip olduğunu belirtmek gerekir¹³⁷.

¹³¹ TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 848, N. 1602b.

¹³² BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, OR Art. 745, s. 902, N. 15-17; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 198; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 848, N. 1602b; ÇEVİK, s. 162; WIEDEMANN, § 271, s. 547, Anm. 6. Pay defterine yapılan kaydın kurucu etkiyi haiz olmadığı ve bu nedenle de, bu defterdeki kayıtların aksinin her zaman geçerli şekilde iddia ve ispat edilebileceği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. NARBAY, (2003), s. 146 vd..

¹³³ ÇEVİK, s. 162.

¹³⁴ BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 902, N. 15.

¹³⁵ Henüz senede bağlanmamış hamiline yazılı paylarda ise, hak sahipliğinin tespiti bakımından nama yazılı pay sahiplerinin tespitinde olduğu gibi pay defterine bakılmalıdır (KERVANKIRAN, s. 264).

¹³⁶ BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 902, N. 16; RIEK, s. 171.

¹³⁷ KERVANKIRAN, s. 264.

Tasfiye memurlarınca, dağıtım yapılabilmesi için, hak sahiplerine çağrıda bulunmaya gerek olup olmadığı sorusu, TTK'da yanıtız bırakılmıştır. Kanaatimizce çıplak paylar ve nama yazılı pay senetleri ile pay defterinde kayıtlı senede bağlanmamış hamiline yazılı paylar bakımından, adresleri ve kimlikleri bilinen pay sahiplerine dağıtım yapılacağına taahhütlü mektupla bildirilmesinde, internet sitesi bulunması gereken anonim şirketlerde bu bildirim ayrıca internet sitesinde yayımlanmasında ve makul bir süre verilerek alacak hakkına dönüşen tasfiye payının alınmasının sağlanmasında fayda bulunmaktadır¹³⁸. Yapılan çağrıya rağmen başvuruda bulunmamakla birlikte kimlikleri bilinen pay sahiplerinin alacak hakkına dönüşen tasfiye paylarının bankaya depo edilmesi suretiyle [Bkz. TTK m. 541/2; Sermaye Şirketlerinin Tasfiyesinde Şirket Alacaklılarının Alacaklarının Yatırılacağı Bankanın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ m. 5/1, (c), m. 6/2], şirketin terkinin sağlanabilmesidir.

Hamiline yazılı pay senedi sahipleri bakımından ise, bu bildirim TTSG'de ve şirket esas sözleşmesinde gösterilen usulle, varsa şirketin internet sitesine konulan bir ilânla duyurulması gerekir¹³⁹. Verilen süre içerisinde kendisine başvuran hamiline yazılı pay senedi sahiplerine ödeme yapan tasfiye memuru, bu ödemeleri, pay senetlerinin üzerine not düşmeli ve ayrıca ödemenin yapıldığı makbuzlarla kesinleştirilmelidir¹⁴⁰. Yapılan ödemelerin akabinde, tasfiye memurları, şirket defter belge ve kayıtlarını inceleyerek, ne kadar tutarda hamiline yazılı pay senedi çıkarıldığı ve verilen süre içerisinde ne kadarının başvuruda bulunduğunu tespit etmeli; ardından başvuruda bulunulmayan hamiline yazılı pay senetlerine denk gelen tutarı, tasfiye halindeki şirketin vergi kimlik numarası ile açılan vadeli Türk Lirası mevduat hesabına depo etmelidir [Bkz. Sermaye Şirketlerinin Tasfiyesinde Şirket Alacaklılarının Alacaklarının Yatırılacağı Bankanın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ m. 5/1, (c), m. 6/2, m. 7 ve m. 8]. Şirket sicilden terkin edilmiş olsa dahi,

¹³⁸ Aynı yönde bkz. KERVANKIRAN, s. 264.

¹³⁹ KERVANKIRAN, s. 264.

¹⁴⁰ BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 902, N. 15; ARSLANLI, s. 232; RIEK, s. 176, ŞENER, (2015), s. 75; ÇEVİK, s. 162; HÜFFER (Editör: GOETTE/HABER-SACK/KALSS), § 271, s. 1956-1957, N. 15. Yapılan ödemeler neticesinde, tasfiye memurlarının pay sahiplerinden pay senetlerini talep edemeyeceği, zira söz konusu pay senetlerinin, şirketin terkininden sonra çıkabilecek olan uyumsuzluklarda ilgililerin hak sahipliği sıfatını ispat etmeleri bakımından gerekli olabileceği yönünde bkz. BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 902, N. 15; RIEK, s. 176; KERVANKIRAN, s. 264-265; RIESENHUBER (Editör: SCHMIDT/LUTTER), § 271, s. 3005, N. 11; FÜLLER (Editör: BÜRGER/KÖRBER), § 271, s. 1594, N. 4. Ayrıca bkz. ŞENER, (2015), s. 75.

hamiline yazılı pay senedi sahibi, pay sahipliğini ispat eden belgeleri ibraz ederek, bankadan bu parayı çekebilmelidir (*Ayrıca bkz. Sermaye Şirketlerinin Tasfiyesinde Şirket Alacaklılarının Alacaklarının Yatırılacağı Bankanın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ m. 9*).

Yukarıdaki şartların yerine getirilmesine rağmen şirkete başvuruda bulunmadığı için tasfiye payına ilişkin alacağı bankaya depo edilen pay sahiplerinin, şirketin terkininden sonra dahi hâlâ bu bedelin tahsili için bankaya başvuruda bulunmaması halinde, bu meblağların akıbetinin ne olacağı üzerinde de durmakta fayda bulunmaktadır.

Kanaatimizce, tasfiye memurlarınca, tasfiye halinde bulunan şirketin vergi kimlik numarası ve ticaret unvanı ile açılan mevduat hesabına, alacaklıya ilişkin mevcut kimlik bilgileri belirtilmek suretiyle bir ay vadeli olarak yatırılan (*bankaya depo edilen*) tasfiye paylarının hak sahiplerince alınmamış olması, diğer pay sahiplerine söz konusu bedelin kendilerine verilmesi yönünde bir talep hakkı bahşetmez¹⁴¹. Zira kesin bilançonun onaylanması ile bir alacak hakkına dönüşen¹⁴², bankaya depo edilmesi ile birlikte de şirketin borcundan kurtulmuş sayıldığı¹⁴³ ve bankanın uhdesinde alacaklı konumundaki pay sahibinin emrine amade olarak bekletilen bu meblağın, pay sahibi tarafından alınmamış olması, (*terkin edilmiş şirketin*) diğer pay sahiplerinin bu meblağ üzerinde ek tasfiye yoluyla istemde bulunmasına yol açmaz.

Bu ihtimalde “*Sermaye Şirketlerinin Tasfiyesinde Şirket Alacaklılarının Alacaklarının Yatırılacağı Bankanın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*” m. 9’da yer alan ifadeyi hatırlamakta fayda bulunmaktadır. İlgili hükme göre, “*Tasfiye halinde şirket adına açılan mevduatın zamanaşımına uğraması hakkında, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuat hükümleri uygulanır*”.

¹⁴¹ Aksi yönde bkz. WETTENSCHWILER, s. 40; ŞENER, (2015), s. 220 (*Her iki yazar da böyle bir ihtimalde, bu paraların bilinen pay sahipleri arasında paylaşılması gerektiğini ifade etmektedir*).

¹⁴² İMREGÜN, s. 491; ANSAY, s. 303; İZMİRLİ, s. 132; SCHLUEP, s. 75, dn. 10; BÜRGİ/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 895, N. 2; UÇAR, s. 274. Ayrıca bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 196.

¹⁴³ Alacaklılara yapılan ödemenin geniş yorumlanması gerektiği ve bankaya bu bedellerin depo edilmesinin de ödeme anlamına geleceği yönünde bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 846, N. 1600; BUDLIGER, s. 67-68; İZMİRLİ, s. 130.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun¹⁴⁴ 62. maddesine göre ise, bankalar nezdindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin¹⁴⁵ en son talebi, işlemi ve herhangi bir yazılı talimatı¹⁴⁶ tarihinden başlayarak¹⁴⁷ on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına¹⁴⁸ tâbi olmaktadır. Yasa gereği

¹⁴⁴ R.G., Sayı: 25983 (Mükerrer) T. 01.11.2005.

¹⁴⁵ Tasfiye payı üzerindeki hak sahibi her ne kadar sona eren şirketin pay sahibi olsa da, “*Sermaye Şirketlerinin Tasfiyesinde Şirket Alacaklılarının Alacaklarının Yatırı-lacağı Bankanın Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*”in 7’inci ve 9’uncu maddesine göre, bu hesabın, henüz terkin edilmemiş tasfiye halindeki şirketin vergi kimlik numarası ve şirketin ticaret unvanı ile ancak alacaklıya ilişkin mevcut kimlik bilgileri belirtilmek suretiyle bir ay vadeli olarak açıldığı; vade süresi sona erdiğinde, ilgili hüküm çerçevesinde, hesabın aynı vade ile otomatik olarak yenilendiği görülmektedir.

¹⁴⁶ Pay sahibinin tasfiye payına düşen miktarın, kendisince talep edilmemesi üzerine, tasfiye memurlarınca ilgili Tebliğ hükümleri çerçevesinde, banka hesabına bir ay vadeli olarak yatırılması ve vade sonunda hesabın *mevzuat gereği* aynı vade ile kendiliğinden yenilenmesinin, Bankacılık Kanunu m. 62 kapsamında giren hak sahibince verilmiş bir talimat olmadığı, kanuni düzenleme gereği otomatik olarak gerçekleştirilen bir işlem olduğu düşüncesindeyiz. Kanaatimizce her ne kadar hesap sahibinin, mevduat hesabı ile ilgili başlangıçta otomatik yenileme yönünde bir talepte bulunması halinde, her bir otomatik yenileme işlemi ile Bankacılık Kanunu m. 62’de öngörülen zamanaşımı süresinin kesileceğinin kabulü hakkaniyete uygun düşecek olsa da [Aynı yönde bkz. ÇEKER, s. 333; BOZKURT, (2017), s. 33. Ayrıca bkz. ŞİT İMAMOĞLU, s. 183. Aksi yönde bkz. REİSOĞLU, s. 897-898; RÜZGÂR, s. 75, s. 79 (*Bahsi geçen yazarlar özü itibarıyla, hesap sahibinin talimatı ile otomatik olarak yenilenen bir mevduat hesabında, ilk vadenin bitiminden itibaren zamanaşımının işlemeye başlayacağını; sonraki otomatik yenilemelerde, hesap sahibinin bir talimatı olmadığından, bu yenilemenin geçerli olmakla birlikte, zamanaşımını kesmeyeceğini savunmaktadır*)], çalışmamızın konusunu teşkil eden durum bakımından bu sonuca varmak zorlama bir yorum olacaktır. Zira açılan mevduat hesabının yenilenme işlemi, ilgili Tebliğ düzenlemesi kapsamında, hesabı açtıran tasfiye memurlarının ya da alacaklı konumundaki pay sahibinin iradesi dışında, mevzuat hükmü çerçevesinde gerçekleşmektedir.

¹⁴⁷ Esasında bankanın mevduatı iade borcunun ve dolayısıyla da buna dair zamanaşımının (*açılan mevduat hesabının vadeli ya da vadesiz olmasına göre tüketim ya da usulsüz tevdi sözleşmesi olarak nitelendirildiği*), mevduat sözleşmesinin feshi anından itibaren hesaplanmasının gerektiği yönünde haklı görüş için bkz. ŞİT İMAMOĞLU, s. 186, mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında ayrıca bkz. s. 172 vd.. Ayrıca bkz. KONURALP, s. 16 vd.; BOZKURT, (2017), s. 29-30, s. 40.

¹⁴⁸ Burada kullanılan “*zamanaşımı*” kavramının borçlar hukuku anlamında kabul edilen “*alacak zamanaşımı*” kavramı ile uyumlu olmadığı; zira ilgili hükmün, zamanaşımına uğrayan borç bakımından kabul edilen “*eksik borç*” haline dönüşme kuralından yoksun olduğu; alacak zamanaşımının başlangıç süresinin aksine Bankacılık Kanunu m. 62’de “*son işlem, talep veya yazılı talimat*” anından itibaren sürenin işletilmeye başlandığı; esasında m. 62’de öngörülen sürenin sona ermesinin sonuçları da dikkate alındığında *zamanaşımından ziyade hak düşürücü* özelliğinin daha ağır bastığı; fakat düzenlemenin bu haliyle Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına açıkça doğrudan bir müdahalede bulunduğu görül-mekte ve doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir (Bkz. REİSOĞLU, s. 894-895; ŞİT İMAMOĞLU, s. 166; BOZKURT, (2017), s. 30-31. Ayrıca bkz. RÜZGÂR, s. 72-73).

zamanaşımına uğrayan her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar ise, banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde¹⁴⁹, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilmektedir¹⁵⁰.

Bununla birlikte, ilgili düzenlemelerde yer alan bu sonucun eleştiriye açık olduğunun belirtilmesi gerekir. Şöyle ki, TTK'da öngörülen şartlar ve ilgili Tebliğ kapsamında yapılması gereken işlemlerin yerine getirilmesinin ardından tasfiye memurlarınca, pay sahiplerine ödenecek tasfiye payının bankaya depo edilmesi ile birlikte şirket açısından ödeme gerçekleşmiş sayılacak ve bu bedel, bankadaki mevduat hesabında artık alacaklımın emrine amade şekilde tutulacaktır. Bu andan sonra söz konusu bu meblağ üzerinde, tasfiye payı alacaklısı olarak hak sahibi olduğunu belgeleyen kişilere, tasfiye payına düşen tutarın bankaca ödenmesi gerekir. Ancak alacaklı veya onun mirasçılarını, belirli bir zaman dilimi içerisinde bahsi geçen meblağ ile ilgili bir işlem gerçekleştirmeye zorlamanın ve bu işlemin Bankacılık Kanunu'nda öngörülen süre içerisinde yapılmamış olduğu gerekçesi ile hakkın ortadan kalkacağı ve bu meblağların TMSF'ye intikal edeceği sonucuna ulaşılmamasının, Anayasa m. 35 ve AİHS'ne Ek (1) No'lu Protokol m. 1 ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını (*sahipsiz kalan mirasın Devlete kalması hali hariç olmak üzere*) zedelediği aşikârdır¹⁵¹. Bu nedenle Bankacılık Kanunu m. 62'de yer alan düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi ve hükmün iptalinin sağlanması¹⁵² olması gereken hukuk bakımından en uygun çözüm yolu gibi görülmektedir¹⁵³.

VII. Haksız Alınan Tasfiye Paylarının Akıbeti

Haksız olarak alınan tasfiye paylarının akıbetinin ne olacağı meselesine, TTK'da yer verilmemiştir. Her ne kadar TTK'nın "*Kâr, Kazanç ve Tasfiye*

¹⁴⁹ Ayrıca bkz. "*Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" m. 8/2-5.

¹⁵⁰ Hükmün uygulanma usulü hakkında ayrıca bkz. BOZKURT, (2017), s. 33.

¹⁵¹ Bu husustaki haklı eleştiriler ve çözüm önerileri için bkz. BOZKURT, (2017), s. 36 vd.. Ayrıca bkz. BARIN, s. 77-78.

¹⁵² Doğrudan aynı hususları kapsamasa da bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2015 tarihli ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı kararı ile SerPK m. 13/4 hükmünün bir kısmını iptal ettiğinin hatırlatılmasında fayda bulunmaktadır (R.G. Sayı: 29530, Tarih: 12 Kasım 2015). SerPK m. 13/4'e ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesine bakıldığında Bankacılık Kanunu m. 62'de yer alan düzenlemeye ilişkin yukarıda belirttiğimiz kaygıları karşılayacak nitelikte açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKORKUT, s. 245 vd..

¹⁵³ Aynı yönde bkz. BOZKURT, (2017), s. 43. Ayrıca bkz. ŞİT İMAMOĞLU, S. 169-170.

Payı” genel başlıklı Sekizinci Bölümü’nde; kâr payı ve **tasfiye payı alma hakkı** TTK m. 507 ve m. 508’de; kâr payı, hazırlık dönemi faizi ve kazanç payı TTK m. 509, m. 510 ve m. 511’de düzenlenmiş olsa da; TTK m. 512’de, geri alma hakkı *“kötüniyet hâlinde”* üst başlığı altında **yalnızca haksız ve kötüniyetle alınan kâr payı veya hazırlık dönemi faizi bakımından ele alınmış** ve bunları alan pay sahiplerinin geri vermekle yükümlü olduğu ifade edilerek, bu düzenlemenin kazanç paylarına da uygulanacağı vurgulanmıştır¹⁵⁴. Ancak, tasfiye payının haksız olarak alınması halinde nasıl bir yol izleneceği sorusu - *Sekizinci Bölüm’de tasfiye payı hakkı da düzenlenmiş olmasına rağmen*- yanıtı bırakılmıştır. Bu konunun TTK m. 512’de açıkça düzenlenmemiş olması, haksız yere alınan tasfiye paylarının iade edilmeyeceği anlamına gelmemeli¹⁵⁵ ve hatta şirket terkin edildikten sonra dahi bu miktarların TTK m. 547’de öngörülen ek tasfiye usulü ile geri ödenmesi gerekebileceği sonucuna varılmalıdır¹⁵⁶. Zira ek tasfiye müessesesinin düzenlendiği TTK m. 547/1 hükmünün madde gerekçesinde açıkça, ek tasfiyeye gidilebilecek hallerden biri olarak *“pay sahiplerince haksız olarak alınmış olan tasfiye payları için geri verme davasının açılması”*ndan söz edilmiştir.

Doktrinde, tasfiye payının, şirket borçlarının ödenmesi ve pay bedellerinin iadesinden sonra, şirketin faaliyet gösterdiği dönemdeki kazançlarından arta kalan değer olması nedeniyle, kâr payının iadesine ilişkin TTK m. 512 hükmünün kıyasen tasfiye paylarına da uygulanacağı savunulmuştur¹⁵⁷. Ancak TTK m. 512 hükmünün, mehaz İsviçre hukukunun aksine kapsamının daha dar olduğu ve bu kapsamın genişletilmesinin zor olduğu düşüncesindeyiz¹⁵⁸. Gerçekten de OR Art. 678, 1’de, TTK m. 512/1’e paralel olarak konu düzenlendikten sonra, aynı maddenin 2’inci fıkrasında (OR Art. 678, 2), edimler ile şirketin ekonomik durumu arasında açık bir dengesizlik (*oransızlık*) söz konusu ise, pay sahipleri (*ve birinci fıkrada sayılan kişiler*), diğer edimleri de iade ile yükümlü tutulmuştur¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN, (Editör: ULUSOY), s. 110 vd..

¹⁵⁵ Ayrıca bkz. AL KILIÇ, (2017) s. 178, dn. 432.

¹⁵⁶ KARAMAN COŞGUN, s. 260; ŞENER, (2015), s. 54 ve s. 56.

¹⁵⁷ KARAMAN COŞGUN, s. 260.

¹⁵⁸ Aynı yönde bkz. ŞENER, (2015), s. 55.

¹⁵⁹ BÖCKLI, § 17, s. 2352, N. 74. Esasında, İsviçre Borçlar Kanunu’nda 1991 yılında yapılan değişikliğin ardından 1 Temmuz 1992’den itibaren yürürlükte olan bu düzenlemenin, en azından bu haliyle TTK m. 512 hükmüne alınmasında fayda bulunmaktaydı.

Alman hukukunda ise, AktG § 62, Abs. 1'de bu sorunun genel bir düzenleme ile çözüme kavuşturulduğu ve pay sahiplerinin, kendilerine yapılan tüm haksız ödemeleri (*kâr payı, tasfiye payı, hazırlık dönemi faizi veya ne ad altında olursa olsun*) iade etmekle yükümlü olduğunun hüküm altına alındığını görülmektedir. Hatta Alman hukukunda, yapılan bu haksız ödemelerin iadesini, şirketin yanı sıra alacağını şirketten tahsil edemeyen alacaklılar da talep edebilmektedir.

TTK m. 512'de, tasfiye paylarının iadesi hususunda ayrıca bir hükme yer verilmemesi ya da bu maddede, haksız olarak alınan tüm unsurların (*kâr payı, tasfiye payı, kazanç payı ya da hazırlık dönemi faizi ayrımı yapılmaksızın*) iadesi yönünde genel bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemesi nedeniyle, TTK m. 512'nin kıyasen tasfiye paylarına da uygulanamayacağı ve bu hususta TBK'nın sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmesi gerektiği düşüncesindeyiz¹⁶⁰. Ancak burada ikili bir ayırım yapılması yerinde olacaktır:

- Tasfiye ile ilgili tüm kurallara riayet edilerek tasfiye sürecinin usulünce yürütülmesinin ardından, şirket defterleri ve belgelerine göre alacaklı olduğu anlaşılamayan ve alacaklılara yapılan ilân sonrasında da süresi içerisinde başvurarak alacağını şirkete bildirmeyen bir alacaklının, tasfiye payları pay sahiplerine dağıtıldıktan sonra ortaya çıkması halinde, böyle bir alacaklının var olduğunu bilmeyen iyiniyetli pay sahiplerinin¹⁶¹ aldıklarını iade yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Ancak alacak hakkı zamanaşımına uğramadığı sürece alacaklının, defter ve belgeler usulünce tutulmuş olsaydı kendisinin alacaklı olduğu bilinebileceğinden bahisle, yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açması ve alacağını tahsil edememe nedeniyle uğradığı zararını tazmin etmesi mümkündür¹⁶². Hatta bu alacaklı, şirketin terkinde dahi, alacak zamanaşımı süresi içerisinde, ek tasfiye yoluyla (TTK m. 547) bu sorumluluk davasını açabilecektir¹⁶³.

¹⁶⁰ Burada bir kanun boşluğu bulunduğu kabulünün ve şirket alacaklılarının şirket pay sahipleri karşısındaki öncelikli konumlarının da göz önünde bulundurulması suretiyle, bu boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiği yönündeki görüş için ayrıca bkz. WETTENSCHWILER, s. 65; ŞENER, (2015), s. 56. Ayrıca bkz. BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, Art. 745, s. 903, N. 19-21; SCHLUEP, s. 75-76.

¹⁶¹ Usulünce yürütülen ve tasfiye memurlarının haberdar olmadığı ancak pay sahiplerinden bazılarının, alacağını bildirmeyen bu alacaklının varlığından haberdar olduğu hallerde ise, bunlar açısından yapılan dağıtım neticesinde alınan tasfiye payı haksız olduğundan, bunun ispatı halinde iade yükümlülüğü ile karşı karşıya olacağı pek tabiidir.

¹⁶² Tüm tasfiye işlerini usulüne göre yürüten tasfiye memurlarına karşı, alacağına kavuşamayan alacaklının sorumluluk davası açamayacağı yönünde bkz. ŞENER, (2017), s. 57.

¹⁶³ Ayrıca bkz. TTK m. 547/1 hükmüne ilişkin madde gerekçesinde yer alan açıklamalar.

- *Haksız yere ve Kanun'da öngörülen usul ve şartlara riayet edilmeksizin*, henüz dış tasfiye işlemleri kapsamında varlığı bilinen alacaklılara ödeme yapılmamış olmasına rağmen, ortaklara tasfiye payı kapsamında malvarlığından ödeme yapılması hâlinde ise, dağıtımla ilgili hükümler, şirket alacaklılarını koruma amacıyla emredici olarak düzenlendiğinden, emredici hükümlere aykırı olarak yapılan bu işlemlerin akıbeti butlan olacak ve pay sahibinin iyiniyetli ya da kötünüyetli olduğuna bakılmaksızın¹⁶⁴, onlara yapılan haksız ödemelerin TBK'nın sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri kapsamında (TBK m. 77-82) iadesi gerekecek ve ayrıca TTK m 541/4 gereğince tasfiye memurlarının sorumluluğuna gidilebilecek; bu bağlamda sorumluluk davası, şirketin terkininden sonra dahi ek tasfiye kapsamında (TTK m. 547) ileri sürülebilecektir¹⁶⁵.

SONUÇ

Anonim şirketlerde tasfiye payı alma hakkı, malvarlıksal nitelikte bir pay sahipliği hakkıdır. Nispi müktesep hak olarak kabul edilebilecek tasfiye payı alma hakkı, kuruluş aşamasında, esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle tamamen ortadan kaldırılabilir (TTK m. 507/1). Sonradan yapılacak bir esas sözleşme değişikliği ile bu hakkın tamamen ortadan kaldırılması, bu durumdan etkilenen ilgili tüm pay sahiplerinin olumlu oyları ile mümkündür. Tasfiye payı alma hakkının, tasfiye bakiyesinde imtiyaz hakkı veya tasfiye bakiyesine katılma hakkı veren intifa senetleri çıkarılması suretiyle sınırlandırılmasına ilişkin esas sözleşme değişiklikleri ise, TTK m. 421/3, b'de öngörülen nisaplarla alınabilir. Bununla birlikte, bu değişikliklerle hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak zedelendiğini ileri süren pay sahiplerinin duruma göre iptal davası açabilecekleri gözden kaçırılmamalıdır.

¹⁶⁴ Pay sahibinin iyiniyetli olduğu hâllerde de, TBK m. 77 gereğince sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümlülüğünün doğduğunun kabulü gerekir [Aynı yönde bkz. DOMANIÇ, s. 1486; AYTULUN/TOROSLU, s. 71; KAUFMANN, s. 42 ve s. 44-45; KARAMAN COŞGUN, s. 267; LEHMANN, s. 587. Ayrıca bkz. BUDLIGER, s. 78 (*Yazar iyiniyetli olup olmamanın, tasfiye payı olarak aynen ödeme yapıldığı durumlarda, aynı olarak ödenen tasfiye payının iadesinde rol oynadığını ifade etmektedir*); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 56, s. 866, N. 141. İntifa senedi sahiplerince haksız alınan tasfiye payları bakımından ayrıca bkz. TEOMAN, s. 247-248. Aksi yönde bkz. TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (2005), s. 849, N. 1603 (*Yazar, iade yükümlülüğünün, yalnızca pay sahiplerinin kötünüyetli olduğu durumlara inhisar edilmesi gerektiğini savunmaktadır*); TEKİNALP, (2015), s. 202, N. 10-111; TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU, (1976), s. 199-200; DOĞANAY, s. 1307.

¹⁶⁵ BACHMANN (Editör: SPINDLER/STILZ), § 271, N. 15; ŞENER, (2015), s. 59 vd.. Ayrıca bkz. HÜFFER (Editör: GOETTE/HABERSACK/KALSS), § 271, s. 1955, N. 11 ve § 272, s. 1970, N. 29 vd. Ayrıca bkz., OTT (Editör: WACHTER), § 271, s. 1437, N. 8; LEHMANN, s. 587.

Tasfiye payı alma hakkı, tasfiye bakiyesinin dağıtımını esnasında pay sahibi sıfatını haiz olanlara sunulmuş bir haktır. Pay üzerinde intifa hakkının bulunması halinde tasfiye payı, pay sahibine ödenir; ancak bu değer üzerinde intifa hakkı sahibinin hakkı devam eder. Şirketin kendi paylarını iktisabı, bedelsiz payların iktisabı hariç, hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceğinden, şirketin tasfiye payı alma hakkından da söz edilmez. Kanuni bağlamlı payların, dış tasfiye kapsamında el değiştirmesi halinde, tasfiye memurlarının teminat isteme ve verilmezse, devre onay vermeme hakları olmakla birlikte; bu payların iç tasfiye aşamasında devri halinde, tasfiye payı, ödenen sermaye tutarı oranında dağıtılacağından, kanuni bağlamlı payı devralanın tasfiye payı alma hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Sözleşmesel bağlamlı, şirketin tasfiye aşamasına girmesi ile birlikte kendiliğinden sona ereceği için, henüz devir işlemi şirketçe onaylanmadan şirket sona ererse, tasfiye payı da sözleşmesel bağlamlı payı devralan kişiye ödenir.

TTK m. 507, m. 508 ve m. 543 hükümleri dikkate alındığında, hem tasfiye bakiyesinin nasıl kullanılacağı hem de bu bakiyenin pay sahipleri arasında dağıtımının nasıl yapılacağı hususunda esas sözleşme ile Kanun'da yer alan düzenlemelerden ayrılma imkânının olduğu görülür. Bu hususta esas sözleşmede bir düzenleme varsa, tasfiye memurlarının öncelikle bu hükümlere göre hareket etmesi; bir hükmün olmadığı hallerde ise, tasfiye payının, pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye için ödemede buldukları orana göre dağıtılması gerekir.

Tasfiye payı alma hakkı, şirketin alacaklılarının alacak hakkı karşısında ikincil niteliktedir. Bu nedenle sona eren şirkette öncelikle dış tasfiye kapsamında şirket borçları ödenmesi; alacaklılara alacaklarını bildirmeleri için yapılan üçüncü çağrıdan itibaren hesaplanacak olan altı aylık bekleme süresinin geçmesi; pay bedelleri iadesi ve tasfiye memurları tarafından düzenlenen kesin bilançonun genel kurulca onaylanması gerekir. Bu andan itibaren pay sahibinin tasfiye payı alma hakkı, bir alacak hakkına dönüşür.

Dağıtım kuralı olarak para ile yapılır. Ancak sözleşmede aynî dağıtım yapılmasına karar verilebileceği gibi, böyle bir belirlemenin olmadığı hallerde, bu konuda genel kurul da karar alabilir. Ancak bu son ihtimalde, esas sözleşme ile öngörülme bir imtiyaz oluşturulmasının ve pay sahiplerinin ödedikleri sermaye oranından daha fazla bir haksız yararlanmaya sahip olmasının önüne geçilebilmesi için, aynî malvarlığı değerlerinin bilirkişi aracılığıyla tespitinin yapılması; arada fark varsa, bunun da pay sahibi tarafından iadesi gerekir.

Tasfiye memurları, tasfiye payının dağıtımından önce, ilgililerin hak sahibi olup olmadığının tespitini yapmalıdır. Bu hususta haksız yere yapılan ödemeler, onların sorumluluğunu doğuracağı gibi, şirketin terkini anından sonra dahi (ek tasfiye yoluyla) haksız alınan tasfiye paylarının iadesine sebebiyet verebilir. Bu durumla karşılaşmamak adına, ilgililere çağrıda bulunulması ve verilen süre içerisinde kendilerine başvurmayan pay sahiplerinin tasfiye paylarını bankaya depo ederek şirketin terkini yoluna gitmelerinde fayda bulunmaktadır.

Tasfiye memurlarınca tüm safhaları usulünce yürütülmüş olan bir tasfiye süreci neticesinde, pay sahiplerine tasfiye payları ödendikten sonra, şirket defter ve belgelerinde alacaklı olduğu görülmeyen ve Kanunda öngörülen süreler içerisinde alacağının tahsili için şirkete başvurmamış alacaklıların istemde bulunması halinde, pay sahipleri iyiniyetli ise, tasfiye paylarının iadesi gerekmeyecektir. Tasfiye memurlarınca her işlem usulünce yerine getirildi ise, onların da sorumluluğuna gidilemeyecek; ancak, alacağına kavuşamayan alacaklı, şirket defter ve belgelerini usulünce tutmayan yönetim kuruluna karşı gerektiğinde ek tasfiye yoluyla sorumluluk davası açılabilir. Kanun'da öngörülen usule uyulmadan haksız dağıtılan tasfiye payları ise, pay sahibi iyiniyetli olsun olmasın iade edilecektir.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirketlerde Kuruluş**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

AKIN, Murat Yusuf: **Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

AL KILIÇ, Şengül: **Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017 [AL KILIÇ, (2017)].

AL KILIÇ, Şengül: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009 [AL KILIÇ, (2009)].

ALTAŞ, Soner: **Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler**, 7. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.

- ANSAY, Tuğrul: **Anonim Şirketler Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982.
- ARSLANLI, Halil: **Anonim Şirketler: IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları- V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi**, Fakülteler Matbaası, Ankara, 1961.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYHAN, Rıza: “Anonim Şirketlerde Haksız ve Kötüniyetle Alınan Kâr ve Kazanç Paylarının İadesi”, **Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları (Editör: Ulusoy, Erol)**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.
- AYTULUN, Metin/TOROSLU, M. Vefa: **Anonim Şirketlerde Tasfiye**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- BACHMANN, Gregor (Editör: SPINDLER, Gerald/STILZ, Eberhard): **Aktiengesetz**, 2. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2007.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, Beta Yayınları, Güncellenmiş 13. Bası, İstanbul, 2019.
- BARIN, Taylan: “*Bankalarda Unutulan Mevduat ve Sair Kıymetlerin Zamanaşımına Uğramasının Hukukun Genel İlkelerine ve Anayasa’ya Aykırılığı*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2016, S. 122, s. 73-98.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: **Şirketler Hukuku Dersleri**, 5. Bası, Bursa, 2017.
- BOZKURT, Tamer: “*Bankacılık Kanunu’nun 62. Maddesinin Hukuki Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasaya Aykırılığı Sorunu*”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)**, 2017, 3(1), s. 23-46 [BOZKURT, (2017)].
- BOZKURT, Tamer: **Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam)**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016 [BOZKURT, (2016)].
- BÖCKLI, Peter: **Schweizer Aktienrecht**, 4. völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- BUDLIGER, Hansjörg: **Das Recht Des Aktionärs auf Anteil am Liquidationsergebnis**, Juris Verlag, Zürich, 1954.

- BÜRGI, Wolfhart F./NORDMANN-ZIMMERMANN, U.; **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, 5. Band Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft und Die Kommanditaktiengesellschaft, Schullthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979.
- ÇEKER, Mustafa: **Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı**, Karahan Kitabevi, Adana, 2004.
- ÇEVİK, Orhan: **Anonim Şirketler Dördüncü Kitap: Hesaplar-Tasfiye**, Şahsi Yayın, Ankara.
- DOĞANAY, İsmail: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- DOMANİÇ, Hayri: **Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi II**, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.
- ERDEM, Nuri: “6102 sayılı “Yeni” TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin “Müktesep (Kazanılmış) Hakları”, **REGESTA**, C. 2, S. 1, 2012/1, s. 29-44.
- FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: **Schweizerisches Aktienrecht**, Verlag Stämpfle+Cie AG., Bern, 1996.
- FÜLLER, Thomas (Editör: BÜRGER, Tobias/KÖRBER, Torsten): **Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008.
- HEBERLEIN, Robert: **Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation**, R. Keller Offsetdruck, Zürich, 1969.
- HÜFFER, Uwe (Editör: GOETTE, Wulf/HABERSACK, Mathias/KALSS, Susanne): **Münchener Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 4 (§ 179-277), 3. Auflage, Verlag C.H.Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2011.
- İMREGÜN, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, Yasa Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 1989.
- İZMİRLİ, Yedigâr: **Türk Ticaret Kanunu’na göre Tasfiye Memurlarının Görev Yetki ve Sorumlulukları**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2001.
- KARAMAN COŞGUN, Özlem: **Anonim Şirketin Tasfiyesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

- KARASU, Rauf: “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C. XII, S. 1-2, s. 127-147 [KARASU, (2008)].
- KARASU, Rauf: **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 [KARASU, (2008)].
- KAYA, Arslan: “*Müktesep Haklar*”, **Makalelerim - I**, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 69-73.
- KENDİGELEN, Abuzer: **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.
- KERVANKIRAN, Emrullah: **Anonim Şirketlerin Tasfiyesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2016.
- KONURALP, Haluk: “*Bankanın Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği*”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1980, S. 1, s. 14-23.
- KRAFT, Alfons (Editör: ZÖLLNER, Wolfgang): **Kölner Kommentar zum Aktiengesetz**, Band 5/3, §§ 262-290 AktG, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, München, 2004.
- LEHMANN, Karl: **Das Recht der Aktiengesellschaften**, Band 2, Scientia Verlag Aalen, Berlin, 1964.
- MAURER, Franco: **Das Recht auf den Liquidationsanteil bei der Aktiengesellschaft**, Inaugural-Dissertation, Bern, 1951.
- MOROĞLU, Erdoğan: **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, Oniki Levha Yayınları, 8. Baskı, İstanbul, 2016 [MOROĞLU, (2016)].
- MOROĞLU, Erdoğan: **Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü**, Oniki Levha Yayınları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2017 [MOROĞLU, (2017)].
- NARBAY, Şafak: “*6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Pay ve Pay Senetlerinin Devri*”, **Erzincan Üniversitesi**

Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 3-4 (2012), s. 201-251 [NARBAY, (2012)].

NARBAY, Şafak: **Anonim Ortaklıkta Pay Defteri**, Seçkin Yayınları, Ankara 2003 [NARBAY, (2003)].

NEUHAUS, Markus R./BLÄTTER, Jörg (Editör: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf): **Basler Kommentar, Obligationenrecht-II**, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.

OERTLE, Matthias/du PASQUIER, Shelby (Editör: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf): **Basler Kommentar, Obligationenrecht II**, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.

OKUCU TAFTALI, İpek: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyaz**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

OTT, Wolfgang (Editör: WACHTER, Notar Thomas): **AktG Kommentar zum Aktiengesetz**, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 2012.

ÖZKORKUT, Korkut: “*Anayasa Mahkeme’sinin Kaydi Systeme İlişkin Sermaye Piyasası Kanunu’nun m. 13/4 Hükmü Hakkındaki İptal Kararının Düşündürdükleri*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Yayınları, Ankara, 2015, s. 245- 271.

PIRRINGER, Anton: **Die Gesellschaft in der Liquidation – Ein Vergleich zwischen österreichischem und britischem Gesellschaftsrecht**, Wien, 2012, Dissertation.

PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi, C. II**, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (PULAŞLI, C. II).

PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi, C. I**, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (PULAŞLI, C. I).

REİSOĞLU, Seza: **Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I**, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007.

RIEK, Ranier: **Das Liquidationsstadium bei der AG**, Dissertation, Zürich, 2003.

- RIESENHUBER, Karl (Editör: SCHMIDT, Karsten/LUTTER, Marcus): **Aktiengesetz Kommentar, Band 2**, 2. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010.
- RÜZGÂR, Yurdağül: “*Mevzuat, Yargıtay Kararlar ve Doktrin Işığında Mevduatta Zamanaşımının Değerlendirilmesi Mevduatın İade Edilmemesinin Hukuki Sonuçları*”, **Bankacılar Dergisi**, Aralık 2007, S. 63, s. 71-96.
- SCHLUEP, Walter René: **Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht**, Polygraphischer Verlag AG, Zürich und St. Gallen, 1955.
- SEVİ, Ali Murat: **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Seçkin Yayınları, 3. Bası, Ankara, 2014.
- STÄUBLI, Christoph (Editör: HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf): **Basler Kommentar, Obligationenrecht-II**, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.
- ŞENER, Oruç Hami: **Anonim Ortaklıkta Ek Tasfiye**, Adalet Yayınları, Ankara, 2015 [ŞENER, (2015)].
- ŞENER, Oruç Hami: **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017 [ŞENER, (2017)].
- ŞİT İMAMOĞLU, Başak: “*Mevduatta Zamanaşımı*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Ankara, 2015, C. XXXI, S. 1, s. 163-186.
- TEKİL, Fahiman: **Anonim Şirketler Hukuku**, Alkım Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku - II**, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 [TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU), (2017)].
- TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku – I**, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019 [TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU), (2019)].
- TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku, 2. Cilt**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1976 [TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU), (1976)].

- TEKİNALP, Ünal/POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 10. Tıpkı Basım, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005 [TEKİNALP/POROY/ÇAMOĞLU), (2005)].
- TEKİNALP, Ünal: **Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları (Pay Defteri Hukuku İle)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 [TEKİNALP, (2012)].
- TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 [TEKİNALP, (2015)].
- TEOMAN, Ömer: **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri**, İstanbul Üniversitesi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1978.
- TÜRK, Hikmet Sami: **Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1986.
- UYSAL, Esra: **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- UZEL, Necdet: **Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- von STEIGER, Fritz: **das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz**, Polygraphischer Verlag AG, 4. Auflage, Zürich, 1970.
- WETTENSCHWILER, Suzanne: **DiestilleLiquidationderAktiengesellschaft im Vergleich mit dem gesetzlichen Liquidationsverfahren**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1982.
- WIEDEMANN, Herbert: **Aktiengesetz Großkommentar, Dritter Band, § 179-290**, 3. neu bearbeitete Auflage, De Gruyter Nerlin Verlag, Berlin - New York, Berlin, 1973.
- YASAMAN, Hamdi: **Anonim Ortaklıkların Birleşmesi**, Ankara, 1987.
- YILDIZ, Şükrü/ÖZBAY, İbrahim: *“Bağlı Nama Yazılı Payların TTK m. 418/4’de Yazılı Sebeplerle Kazanılmasında Yönetim Kurulu Üyeleri ile Pay Sahiplerine Tanınan Gerçek Değerden Satın Alma Hakkı”*, **Makalelerim 1988-2007**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 503-529.
- YILDIZ, Şükrü: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

ESKİ KİRACIYA YENİDEN KİRAYA VERME ZORUNLULUĞU

İbrahim GÜL*

ÖZ

Konut ve çatılı işyerleri kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından sona erdirilmesi halinde kiraya verenin, eski kiracısıyla yeniden kira sözleşmesi yapmaya zorlandığı söylenebilir. Gerçekten kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz. Bunun gibi esaslı onarım amacıyla boşaltılan kiralanan, haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına eski hâli ile kiralanamaz. Ayrıca eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen kiralananı yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır. Eski kiracının bu öncelikle kiralama hakkı sonlandırılmadıkça, kiralanan üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz. Bütün bu durumlarda kiraya verenin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne kısıtlama getirildiği söylenebilir. İşbu makale ile kiraya verenin eski kiracısına kiraya verme zorunluluğunun şartları açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kira sözleşmesi, kiralanan gereksinim, yeniden imar ve inşa, yeniden kiralama yasağı, tazminat.

THE LANDLORD'S OBLIGATION TO RENT TO THE FORMER TENANT

ABSTRACT

In case of termination of lease agreement concerning residence and roofed workplaces by the landlord, he/she can be forced to relet with the former tenant. Indeed, the landlord cannot rent the leased property to other persons than his / her former tenant for three years without a justifiable reason, when the tenant is evicted due to the landlord's need for the property. In the same way, the leased property that is evacuated due to the need for substantial reconstruction or refurbishment, cannot be rented with its pre-reconstruction status to other persons without a justifiable reason unless three years have passed after the date of evacuation. In addition, the former tenant has the priority right to the lease newly reconstructed property with new status and new rent after reconstruction. Unless this priority right is terminated, the leased property cannot be rented to other persons within three years after reconstruction. In all these cases, it can be argued that the landlord's freedom to choose other side

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
e-posta: yard.doc.gul@gmail.com
ORCID: 0000-0002-0271-5048
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637945

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25/09/2019

of the lease agreements is restricted. This article discusses the requirements of the landlord's obligation to rent the property to the former tenant.

Key Words: *Lease contract, need for the property, restoration of the property, priority right of tenant, obligation of landlord to re-rent.*

GİRİŞ

Türk borçlar hukukunda hâkim ilke olarak benimsenen sözleşme özgürlüğüne göre kişiler, sözleşmenin karşı tarafını seçmekte özgürdürler¹. Bununla birlikte sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü bir hukuki işlemle veya bir kanun hükmüyle kısıtlanabilir². Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne kanunla getirilen sınırlamalardan bir tanesi, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde bulunmaktadır.

TBK m. 355/I fıkra hükmüne göre kiraya verenin veya yeni malikin kiralanan gereksinimi nedeniyle kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirmesi halinde kiralanan, üç yıl geçmedikçe tahliye edilen kiracıdan başkasına kiralanamaz. Aynı şekilde TBK m. 355/II fıkra hükmüne göre kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi (esaslı onarım)³ için boşaltılması halinde kiralanan, eski hâli ile haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz.

¹ Sözleşme özgürlüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, (2018), s. 17; OĞUZMAN / ÖZ, s. 23; SEROZAN, s. 50; KILIÇOĞLU (A.), s. 115 vd; AKINCI, (2017), s. 11; ANTALYA, s. 73; BAŞPINAR, s. 13 vd; AYAN (M), s. 10; NOMER, s. 74; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 60 vd; REİSOĞLU, s. 133; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), s. 501; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 61; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 363; ZEVKLİLER / ERTAŞ / HAVUTÇU / AYDOĞDU / CUMALIOĞLU, s. 118; AYBAY, s. 38; İNAN / YÜCEL, s. 76, s. 204; BİLGİLİ / DEMİR-KAPI, s. 44; TERCİER / PICHONNAZ / DEVELİOĞLU, s. 222.

² Sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması hakkında detaylı bilgi için bkz. SEROZAN, s. 50-51; OĞUZMAN/ÖZ, s. 184; EREN, (2018), s. 319; KILIÇOĞLU (A.), s. 116; AKINCI, (2017), s. 14; ANTALYA, s. 73; NOMER, s. 77; AYBAY, s. 42; İNAN/YÜCEL, s. 246; ZEVKLİLER / ERTAŞ / HAVUTÇU / AYDOĞDU / CUMALIOĞLU, s. 121; BAŞPINAR, s. 18; AYAN (M.), s. 10; BİLGİLİ / DEMİR-KAPI, s. 44; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 364; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), s. 507. Sözleşme yapma zorunluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRZUMAR, s. 22 vd.

³ Makalede kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi, esaslı onarım olarak ifade edilecektir.

Buna ilaveten eski kiracının esaslı onarımı gerçekleştirilen kiralananı yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusundaki öncelik hakkı, kiraya veren tarafından sona erdirilmedikçe, kiralanan üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz (TBK m.355/II)⁴. Bu üç yıl süreyle kiralananın başkasına kiraya verilememesi, kiraya verenin eski kiracısıyla sözleşme yapma zorunluluğu veya eski kiracısına yeniden kiraya verme zorunluluğu olarak nitelendirilebilir.

Kiraya verenin eski kiracısıyla sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için kira sözleşmesinin belirli nedenlerle⁵ sona erdirilmesi ve kiracının kiralananı tahliye zorlanması gereklidir⁶. Ayrıca kiraya veren, üç yıl süreyle sınırlı olarak eski kiracıyla sözleşme yapma yükümlülüğü altında olup, eski kiracı dışında başka birine kiraya vermesi haklı bir nedene dayalı ise sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olmaz.

I- KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME NEDENLERİ

Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi⁷, bildirim veya dava yoluyla sona erdirilebilir⁸. Kira sözleşmesinin bildirim yoluyla sona erdirilmesi, kira sözleşmesinin süresinin belirli veya belirsiz olmasına⁹ göre

⁴ Yeniden kiralama yasağını düzenleyen TBK m. 355 hükmü nispi emredicidir; bkz. İNCEOĞLU, C.2, s. 534. Aynı doğrultuda bkz. SARUHAN, s. 356.

⁵ “Örneğin, burada sayılmayan yazılı tahliye taahhüdü nedeniyle taşınmazdan çıkarma, ceza-nın uygulanması sonucunu doğurmaz.”; bkz. AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 666.

⁶ SARUHAN, s. 355.

⁷ Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesi hakkında bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 1 vd; GÖKYAYLA, (2018), s. 1955 vd; ACAR, (2017), s. 82 vd; EREN, (2017), s. 393 vd; ARAL / AYRANCI, s. 267 vd; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 307 vd; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 196 vd; GÖKYAYLA, (2013), s. 1203 vd; DOĞAN, 6098 Sayılı, s. 507 vd; KOÇAK DİKER, s. 64 vd; AYDEMİR, s. 22 vd; AKINCI, (2008), s. 38 vd; ÖZTÜRK, s. 1553 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 582 vd; GÜMÜŞ, s. 21vd; KILIÇOĞLU (M.), s. 289 vd; ERZURUMLUOĞLU, s. 115 vd; KIRMIZI, s. 306 vd; GÜLER (Z.), s. 713 vd; BURCUOĞLU, (2008), s. 18-46, s. 26 vd; BURCUOĞLU, (1993), s. 10-23; RUHİ / RUHİ, s. 26 vd.

⁸ Konut ve çatılı işyerine ilişkin kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. AKGÜN AKAY, s. 13 vd; AYANOĞLU MORALI, s. 2125 vd; EREN, (2017), s. 410 vd; ARAL / AYRANCI, s. 326 vd; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 346 vd; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 338 vd; İNCEOĞLU, C. 2, s. 308 vd; GÜMÜŞ, s. 308 vd; DOĞAN, 6098 Sayılı, s. 511 vd; ERZURUMLUOĞLU, s. 121 vd; KOÇAK DİKER, s. 197; AYDEMİR, s. 192 vd; GÜNAY, s. 141 vd; KALENDER, s. 27 vd; KOÇ, s. 27 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 641 vd; YAVUZ, s. 657 vd; 165 vd; KILIÇOĞLU (M.), s. 299 vd; KIRMIZI, s. 368 vd; GÜLER (Z.), s. 713 vd; İPEK, s. 59 vd; BURCUOĞLU, (1993), s. 31 vd; ÜNAL, s. 1530 vd; AYSAL, s. 183 vd; ÖZDOĞAN / OYMAK, s. 528 vd.

⁹ Belirli süreli ve belirsiz süreli kira sözleşmesi hakkında bkz. EREN, (2017), s. 377 vd; KAH-

farklılık gösterir. Konut ve çatılı işyerine ilişkin belirli süreli kira sözleşmesi, süresinin bitiminden en az on beş gün önce kiracı tarafından fesih bildiriminde bulunulmadıkça, sözleşme süresinin sona ermesi nedeniyle kiraya veren tarafından sona erdirilemez (Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 347/I)¹⁰. Ancak kiraya veren, on yıllık uzama süresi sonunda bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin belirli süreli kira sözleşmesine son verebilir (TBK m. 347/I). Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildirimiyse sözleşmeyi sona erdirebilir (TBK m. 347/II)¹¹.

Konut ve çatılı işyeri bakımından kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilmesi ise kiracıdan ve kiraya verenden kaynaklanan sebepler olarak ikiye ayrılır¹². Kiracıdan kaynaklanan sebepler tahliye taahhüdü, iki haklı ihtar ve kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutunun bulunması (TBK m. 352)¹³;

RAMAN, M. 300, s. 1606 vd; ARAL / AYRANCI, s. 264 vd; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 193 vd; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 229 vd; ACAR, (2017), s. 78 vd; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 270; İNCEOĞLU, C. 1, s. 36 vd; KURŞAT, s. 4 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 390 vd; KILIÇOĞLU (M.), s. 57 vd; DOĞAN, 6098 Sayılı, s. 502; AYDIN, s. 45 vd.

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 2125 vd; İNCEOĞLU, C. 2, s. 308 vd; AKGÜN AKAY, s. 15 vd.

¹¹ Ayrıca bkz. KÖSTEKÇİ, s. 1 vd; BİRİNCİ UZUN, s. 137 vd; SANLI, s. 105 vd.

¹² “Kira sözleşmesinin dava yoluyla sona erdirilme sebepleri sınırlıdır. Dolayısıyla, TBK. m. 354’e göre, dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler; kiracı aleyhine değiştirilemez, yeni dava sebepleri geliştirilemez. Ancak, genel hükümlerde yer alan olağanüstü fesih sebeplerinin gerçekleşmesi hâlinde konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleri de sona erdirilebilir.” EREN, (2017), s. 413. Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 182 vd; ARAL / AYRANCI, s. 328; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 338; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 344. Ayrıca bkz. AKGÜN AKAY, s. 37 vd; ÖZTÜRK, s. 1560 vd; AYANOĞLU MORALI, s. 2125 vd; GÜNAY, s. 253 vd; YAVUZ, s. 861 vd. Yargıtay’a göre de “Kiralanan çatılı işyeri vasfında olduğundan 6098 sayılı TBK’nın Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları hükümlerine tabi olup, kanunda belirtilen tahliye sebepleri sınırlıdır. Aynı Yasanın 354. maddesine göre dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler kiracı aleyhine değiştirilemez, 347. maddesi gereğince kiracı kira süresinin bitiminden en az on beş gün önce kiralananı tahliye edeceğini kiralayana yazı ile bildirmek suretiyle sözleşmeyi feshetmedi takdirde, sözleşme aynı şartlarla bir yıl daha uzamış sayılır. TBK’nın Konut ve Çatılı İşyerleri hakkındaki hükümler kiralayana sözleşme maddesine dayanarak feshi ihbar nedeniyle akdi fesih hakkı tanımaz. Türk Borçlar Kanunu’nda ve özel kanunlarda gösterilen haller dışındaki sebeplerle tahliye kararı verilemez.”; bkz. Y. 6.HD 25.6.2015 T. 2015/4496 E. 2015/6451 K. -Kazancı İçtihat Programı (erişim: 31.12.2018).

¹³ Bu sebepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 423 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 677 vd; AYDEMİR, s. 221 vd; AKGÜN AKAY, s. 132 vd; YAVUZ, s. 790

kiraya verenden kaynaklanan sebepler ise kiraya verenin veya yeni malikin kiralananına gereksinimi ve kiralananın yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım ihtiyacının olmasıdır (TBK m. 350, m. 351)¹⁴.

Bu çerçevede eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hallerinden olan kiraya verenin veya yeni malikin kiralananına gereksinimi veya kiralananın yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım ihtiyacının olması nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi ve kiralananın boşaltılmasının sağlanması gereklidir.

II- KİRAYA VERME ZORUNLULUĞUNA NEDEN OLAN KİRA SÖZLEŞMESİ SONA ERME NEDENLERİ

Kiracıya yeniden kiraya verme zorunluluğu, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin üç nedenle sona erdirilmesi halinde söz konusu olur¹⁵. Bunlar; konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin kiraya verenin kiralananına gereksinimi nedeniyle sona erdirilmesi, yeni malikin kiralananına olan gereksinimi nedeniyle sona erdirilmesi¹⁶ ve kiralananın esaslı onarımı nedeniyle kira

vd; ÖZTÜRK, s. 1578 vd; EREN, (2017), s. 422 vd; ARAL / AYRANCI, s. 333 vd; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 355 vd; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 363 vd; GÜMÜŞ, s. 325 vd; DOĞAN, 6098 Sayılı, s. 514 vd; KILIÇOĞLU (M.), s. 354 vd; KIRMIZI, s. 501 vd; KALENDER, s. 33 vd; İPEK, s. 76 vd; ÖZDOĞAN / OYMAK, s. 559 vd; BURCUOĞLU, (2008), s. 39 vd; BURCUOĞLU, (1993), s. 175 vd. Yargıtay kararları için bkz. GÜNAY, s. 233 vd; YAVUZ, s. 790 vd; TUNABOYLU, s. 918 vd, s. 991 vd, s. 1089 vd; CERAN, s. 883 vd, s. 916 vd, s. 951 vd.

¹⁴ Kiraya verenden kaynaklanan tahliye sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKGÜN AKAY, s. 37 vd; İNCEOĞLU, C. 2, s. 340 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 654 vd; AYDEMİR, s. 194 vd; YAVUZ, s. 689 vd. ÖZTÜRK, s. 1561 vd; EREN, (2017), s. 413 vd; ARAL / AYRANCI, s. 329 vd; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 348 vd; ZEVLİLİLER / GÖKYAYLA, s. 346 vd; GÜMÜŞ, s. 341 vd; DOĞAN, 6098 Sayılı, s. 513 vd; KILIÇOĞLU (M.), s. 319 vd; KIRMIZI, s. 387 vd; ÖZDOĞAN / OYMAK, s. 536 vd; KALENDER, s. 34; BURCUOĞLU, (2008), s. 36 vd; BURCUOĞLU, (1993), s. 355 vd. Yargıtay kararları için bkz. GÜNAY, s. 233 vd; YAVUZ, s. 689 vd; TUNABOYLU, s. 600 vd, s. 692 vd, s. 826 vd, s. 874 vd; CERAN, s. 758 vd, s. 783 vd, s. 838 vd; s. 857 vd

¹⁵ SARUHAN, s. 356.

¹⁶ Kiraya verenin kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakımında yükümlü olduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesini sona erdirebilir (TBK m. 350/f.1 b.1). Kiraya verenin gereksin nedeniyle tahliye davası açması için önceden ihtarda bulunmasına gerek yoktur. Yeni malik (kiralananı sonradan edinen kişi) ise kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği

sözleşmesinin sona erdirilmesidir¹⁷. Kiralananın esaslı onarım nedeniyle

bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir (TBK m. 351/I). Bunun dışında yeni malik, kira sözleşmesine halef olması dolayısıyla kazanacağı kiraya veren sıfatıyla da kira sözleşmesini, TBK m. 350 hükmüne uygun olarak sona erdirebilir (TBK m. 351/II, m. 350, m. 310/I). Gereksinim nedenine dayalı olarak konut ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 340 vd; AKGÜN AKAY, s. 37 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 654 vd; EREN, (2017), s. 414 vd; ARAL / AYRANCI, s. 329 vd; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 346 vd; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 348 vd; GÜMÜŞ, s. 341 vd, s. 357 vd; AYDEMİR, s. 194 vd; ÖZTÜRK, s. 1561 vd; YAVUZ, s. 689 vd; BURCUOĞLU, (1993), s. 355 vd; TOSUN, s. 31 vd; ŞENER, s. 3 vd; BATUR, s. 216-220, s. 216 vd; AYAN (N.), s. 11 vd. Yargıtay'a göre "Türk Borçlar Kanunu'nun 350/1 ve 351. maddelerine göre işyeri ihtiyacına dayalı olarak açılan tahliye davalarında ihtiyaçlının kirada olması halinde ihtiyacın varlığının kabulü için ihtiyaçlının ya tahliye tehdidi altında bulunması veya kiralananın yapılacak iş için daha üstün nitelikte olması, en azından halen iş yapılan yerle eşdeğer nitelikte bulunması gerekir. Eşdeğerlik durumu varsa mülkiyet hakkına üstünlük tanınmalıdır. Bu iki halden birisinin varlığı ihtiyacın kabulü için yeterlidir. Her iki halin birlikte olması gerekmez. Tahliye tehdidinin varlığı davacı tarafından ileri sürülmemiş ise mahkemece kendiliğinden nazara alınmaz. Oysa kiralananın halen iş yapılan yerde üstün olduğu ileri sürülmemiş olsa bile ihtiyaç iddiasının içinde bu husus da mevcut olduğundan mahkemece uzman bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak kıyaslama suretiyle bu hususun belirlenmesi gerekir." Y. 3. HD 23.01.2018 T. 2017/8534 E. 2018/509 K.; bkz. Yargıtay Kararları Dergisi (YKD), 2018/3, s. 557. Diğer Yargıtay kararları için bkz. Y. 1. HD 11.12.1997 T. 1997/16143 E. 1997/16675 K. bkz. YKD., 1998/6, s. 844; Y. 6. HD 15.12.1997 T. 1997/10385 1997/10569 K. bkz. YKD., 1998/2, s. 207; Y. 6. HD 18.10.1989 T. 1989/13230 E. 1989/15630 K. bkz. YKD., 1990/2, s. 211; YHGK 10.2.1960 T. 1960/6-2 E. 1960/5 K. bkz. AD. 1960/3-4, s. 92; Y. 3. HD 6.12.2017 T. 2017/7019 E. 2017/17123 K.; Y. 3. HD 22.2.2018 T. 2017/8924 E. 2018/1578 K.; Y. 6. HD 30.5.2016 T. 2015/11227 E. 2016/4220 K. -Kazancı İçtihat Programı (erişim: 31.12.2018). Ayrıca bkz. GÜNAY, s. 194 vd, s. 214 vd; ERDOĞAN, s. 815 vd; s. 874 vd, s. 1002 vd.

¹⁷ Kiraya veren kira sözleşmesini, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir. (TBK m. 350/f.1 b.2). Kiraya verenin tahliye davası açması için önceden ihtarda bulunmasına gerek yoktur. Kiraya verenin esaslı onarım nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirmesi, kiralananın ayıplı olması nedeniyle geçici boşaltmadan (TBK m. 320) farklıdır. Bu nedenle kiralananın, ayıplı olması nedeniyle geçici boşaltmasında yeniden kiralama yasağı söz konusu olmaz. Esaslı onarım nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 504 vd; AKGÜN AKAY, s. 94 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 666, s. 671 vd; EREN, (2017), s. 420 vd; ARAL / AYRANCI, s. 332 vd; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 361 vd; GÜMÜŞ, s. 353 vd; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 353 vd; AYDEMİR, s. 209 vd; ÖZTÜRK, s. 1571 vd; YAVUZ, s. 689 vd; BURCUOĞLU, (1993), s. 453 vd. Y. 6. HD 21.5.1981 T. 1981/3386 E. 1981/8575 K. bkz. YKD., 1981/11, s. 1428-1429; Y. 6. HD 6.6.1980 T. 1980/1864 E. 1980/5911 K. bkz. YKD., 1981/3, s. 298.

kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde kiracıya kiraya verme zorunluluğu iki halde söz konusudur. Bunlardan birincisi kiracının kiralananan tahliye edilmesi sonrasında kiralananın esaslı onarımının yapılmaması üzerine esaslı onarım yapılmayan kiralananın eski hali ile üç yıl süreyle eski kiracı dışında başkasına kiraya verilememesidir (TBK m.355/II). İkinci hal ise kiralananın esaslı onarım sonrasında, eski kiracının öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, üç yıl boyunca eski kiracı dışında başkasına kiralanamamasıdır (TBK m.355/II)¹⁸. Eski kiracıya kiralama zorunluluğuna sebep olan bu nedenlerin temel özelliği, kira sözleşmesinin kiraya verenden kaynaklanan nedenlerle sona erdirilmesidir.

Eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olabilmesi için yukarıda belirtilen kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde Yasa'nın aradığı şartların bulunması gereklidir. Bu sona erme nedenlerinin şartlarını bu makale ile açıklamak makalenin kapsamını aşacağından ve eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu bakımından önemli olanın kira sözleşmesinin yukarıda açıklanan nedenlerle sona ermesi olduğundan burada kira sözleşmesinin sona ermesi için aranan şartlar açıklanmayacaktır. Bununla birlikte eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu bakımından önem arz eden bazı hususların açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

Bunların başında kiralanan gereksinim nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde kiraya veren sıfatının¹⁹ yorumlanması gelmektedir. Gerçekten kiralanan gereksinim nedeniyle kira akdinin sona erdirilmesi nedeniyle eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu getiren TBK m. 355 hükmü, kiraya veren terimine yer vermektedir. Bu bakımdan kiraya veren sıfatının, kiralananı sonradan edinen maliki kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi önem

¹⁸ Kiraya veren kiracıyı kiralananan tahliye ettikten ve yapım ve onarım tamamlandıktan sonra kiraya verenin, kiralananı yeni durumuyla ve buna uygun yeni fiyatıyla eskiden kiralananı kullanan kiracıya kiralama hakkının olduğunu yazılı olarak bildirmesi gereklidir. Kiracı, aldığı bu bildirimde bir ay içinde olumlu cevap vermez ise kiralananı öncelikle kiralama hakkını yitirir. Kiracı kiraya verenin teklifini kabul ederse, yeni bir kira sözleşmesi kurulur. Kiracının kiralananı öncelikle kiralama hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 676 vd; İNCEOĞLU, C. 2, s. 537 vd; AKGÜN AKAY, s. 113 vd; EREN, (2017), s. 422; ARAL / AYRANCI, s. 328; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 362; ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 347; AYDEMİR, s. 213; DOĞAN, Konut ve Çatılı, s. 145 vd; AKYİĞİT, s. 216. SARUHAN'a göre kiracıya öncelik hakkını kullanması için tanınan bir aylık süre, hak düşürücü süre mahiyetindedir; bkz. SARUHAN, s. 370.

¹⁹ Kiraya verenin malik olmasına gerek yoktur. Kiraya veren sıfatı hakkında bkz. İNCEOĞLU, C. 1, s. 50 vd; KAHRAMAN, M. 299, s. 1599 vd; ACAR, (2017), s. 63 vd; AYDEMİR, s. 39; AKGÜN AKAY, s. 73 vd; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 369 vd; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 184 vd; AKYİĞİT, s. 70.

arz etmektedir. Kiralananı sonradan edinen malikin, eski kiraya verenle kiracı arasındaki kira sözleşmesine halef olarak kira sözleşmesini gereksinim nedeniyle sona erdirmesi halinde (TBK m. 351/II, m. 350/I, b.1, m. 310/I), kiraya verene halef olarak kiraya veren sıfatı kazandığından²⁰ yeni malik için de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan kiralananı sonradan edinen malikin kira sözleşmesine halef olarak değil, kiralananı sonradan edinen malik olarak gereksinim nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirmesi halinde, yeni malikin kiraya veren sıfatının olmadığı gerekçesiyle hakkında eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun söz konusu olmadığı söylenebilir. Ancak eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu kiraya verenin kiralananı olan gereksiniminin göstermelik olmasını önlemeyi amaçladığı ve kiralananı sonradan edinen malikin, kira sözleşmesini sona erdirmesinin gereksinim nedenine dayalı olduğu düşünüldüğünde, kiralananı sonradan edinen malik için de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olduğu kabul edilmelidir²¹.

Bunların yanında Yasa hükmünde yer almamakla birlikte kiraya veren dışında malik veya intifa hakkı sahibinin kiralananı olan gereksinimi nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilebileceği kabul edilebilir²². Bu durumda kiraya

²⁰ TBK m. 310/I hükmüne göre kiralanan sözleşmenin kurulmasından sonra herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖKTEM ÇEVİK, s. 1699 vd; İNCEOĞLU, C. 1, s. 573 vd; ACAR, (2017), s. 236 vd; AYDEMİR, s. 49; AKGÜN AKAY, s. 131; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 669; EREN, (2017), s. 440; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 272; AKYİĞİT, s. 96, s. 210, s. 219. Ayrıca bkz. İKİZLER, s. 25 vd. Yargıtay kararı için bkz. Y. 3. HD, 27.3.1984 T. 1984/780 E. 1984/1501 K. bkz. YKD., 1984/7, s. 1021.

²¹ Aynı yönde bkz. EREN, (2017), s. 420.

²² Boşaltma davasını kiraya veren dışında kiraya veren olmayan malik ya da intifa hakkı sahibinin de açabileceği konusunda Yasa hükmünde bir açıklık bulunmamakla birlikte Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Bkz. Y. 6. HD 28.2.1980 T. 1980/10258 E. 1980/1793 K.; bkz. YKD., 1980/10, s. 1355 vd; Y. 6. HD 3.3.1988 T. 1988/2035 E. 1988/3027 K. bkz. YKD., 1988/11, s. 1511 vd; YHGK 13.12.1989 T. 1989/6-584 E. 1989/K. 652; bkz. UYGUR, s. 6414; Y. 6. HD 29.04.2008 T. 2008/3082 E. 2008/5514 K.; bkz. RUHİ, C. 1, s. 910; Y. 6. HD 28.01.2010 T. 2009/10893 E. 2010/660 K.; bkz. RUHİ, C. 1, s. 974. Y. 6. HD 30.11.2006 T. 2006/9443 E. 2006/12237 K.- Kazancı İçtihat Programı (erişim: 31.12.2018); YHGK 22.12.2010 T. 2010/6-659 E. 2010/682 K.; karar için bkz. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 348, dipnot 498. “Tahliye davası açabilmek için “kiraya veren” sıfatına sahip olmak gerekmektedir (6570 sayılı K. mad. 7/I; esasen Borçlar Kanunu’nun sistemi de fesih açısından farklı değildir). Şu hâlde, söz konusu sıfat bir başkasına aitse, malikin ihtiyacı tahliye sebebi olmayacaktır. Mesela, kira konusu yer intifa hakkı sahibi tarafından kiraya verilmişse, kuru mülkiyet sahibinin, yani malikin ihtiyacı tahliye sebebi olamaz.”; ARPACI (HATEMİ / SEROZAN / ARPACI), s. 215. Aynı yönde bkz. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 347. Aynı yöndeki karar için bkz. Y. 6. HD 2005/3237 E. 2005/4915 K.-Kazancı İçtihat Programı (erişim: 31.12.2018). Öğretide görüşler ve tartışmalar için bkz. İNCEOĞLU, C. 2,

veren dışında kira sözleşmesini sona erdiren için de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu söz konusu olabilir²³. Ayrıca kiralananın tahliye nedenine aykırı olarak kiraya verilmesi durumunda da eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu gündeme gelebilir.

Yeni malik sıfatının miras, cebri icra, mahkeme ilamı gibi bir sebeple sicil dışı kazanılması, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu bakımından bir fark yaratmaz. Önemli olan gerek sicil dışı gerekse sicil yoluyla malik sıfatının kazanılması sonrasında kiracıya yazılı bildirim usule uygun yapılmasıdır²⁴. Aksi taktirde kira sözleşmesinin gereksinim nedeniyle sona ermesi için aranan şartlar oluşmayacağından, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu söz konusu olmayabilecektir.

Diğer yandan kiralananın esaslı onarımı sonrasında eski kiracının kiralananı yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusundaki öncelik hakkı²⁵, kiraya verenin kiralananı başkasına kiraya vereceği hallerde söz konusu olacağından, kiraya verenin kendisinin kullanacak olması veya kiralananı satması halinde eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu söz konusu olmayacaktır²⁶.

s. 367 vd; AKYİĞİT, s. 175; DOĞAN, 6098 Sayılı, s. 75; AKGÜN AKAY, s. 74 vd.

²³ Aynı doğrultuda bkz. AKYİĞİT, s. 210.

²⁴ Bildirim usulüne uygun olması için, mülkiyeti kazanım tarihinden itibaren bir aylık sürede yazılı olarak yapılması gereklidir. Ayrıca bkz. ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 352; İNCEOĞLU, C. 2, s. 392 vd; AYDEMİR, s. 215; AKGÜN AKAY, s. 126; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 669; EREN, (2017), s. 419; ZEVLİLER / GÖKYAYLA, s. 358; AKYİĞİT, s. 210, s. 229.

²⁵ Gereksinim nedenine dayalı olarak kira sözleşmesinin sona erdirilmesi halinde öncelik hakkının verilmemesinin isabetli olduğu hakkında bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 403, s. 536; AKGÜN AKAY, s. 92-93. 6570 sayılı Yasa döneminde aynı doğrultudaki görüş bkz. BURCUOĞLU, (1993), s. 474-475. Aksi görüş için bkz. AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 664. Akyiğit'e göre gereksinim nedenli boşaltımlarda da hiç değilse eski kira bedeliyle kiralama önceliğinin eski kiracıya tanınması ve yazılı bildirim üzerine kiracının bir aylık sürede vereceği cevaba göre durumun netleşeceği öngörülebilirdi. Örneğin üç yıllık süre dolmadan eski kiracının ölmesi halinde, artık bu süreyi beklemeye gerek olmadığı, kiracının hiç veya kiralananı ihtiyaç duyan mirasçısının ortağının kalmaması gibi; bkz. AKYİĞİT, s. 212.

²⁶ DOĞAN, 6098 Sayılı, s. 146; İNCEOĞLU, C. 2, s. 420, s. 438; ÖZDOĞAN / OYMAK, s. 580; AKGÜN AKAY, s. 114; BURCUOĞLU, (1993), s. 472; EKİNCİ, s. 91. Ayrıca bkz. Y. 6. HD 05.11.1959 T. 1959/8280 E. 1959/6680 K.; karar için bkz. BURCUOĞLU, (1993), s. 472. Malikin kiralananı kendisinin kullanması halinde dahi kiracıya öncelik hakkını kullanması gerektiği hakkında Yargıtay kararı için bkz. Y. 4 HD 19.4.2007 T. 2006/7151 E. ve 2007/5305 K.-Kazancı İhtihat Programı (erişim: 31.12.2018).

III- KİRACININ TAHLİYEYE ZORLANMASI

Eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için aranan diğer şart, kiracının kiralananı tahliye zorlanmasıdır²⁷. Her ne kadar eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna yol açan kira sözleşmesinin sona erme nedenleri kiraya veren tarafından dava yoluyla sona erdirilmesi olsa da eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olabilmesi için kiraya veren tarafından her halükârda dava edilerek kiracının tahliyesinin sağlanması aranmamalıdır²⁸. Bu noktada kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdirmenin şartının kiracıyı korumak amacına hizmet ettiği gözetilmelidir. Bu şartın aranması kiracı yerine kiraya verenin korunması sonucuna yol açacağından, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun kiracıyı koruma amacıyla kabul edilmesi düşüncesi ile de bağdaşmaz. Burada önem arz eden husus, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna yol açan kira sözleşmesi sona erme nedenine dayalı olarak kiraya verenin talebiyle kiralananın boşaltılmasıdır²⁹. Bu nedenle tarafların anlaşmaları veya ihtar üzerine kiralananın boşaltılması halinde de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir³⁰. Kiracının kiraya verenin bir talebi olmaksızın kendiliğinden kiralananı boşaltması halinde eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu söz konusu olmaz.

IV- KİRAYA VERME ZORUNLULUĞUNUN SÜRESİ

TBK m. 355/I ve II fıkrasında eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun süresi, üç yıl olarak düzenlenmiştir. Ancak bu sürenin başlangıcına ilişkin maddede bir hüküm bulunmamaktadır.

Eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun başlangıç tarihi, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna neden olan kira sözleşmesinin sona erdirilmesi nedenleri gözetilerek ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gereksinim nedenine dayalı veya esaslı onarım sonrasında kiralananın eski hali ile eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu bakımından eski kiracıya kiraya verme

²⁷ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 356; İNCEOĞLU, C. 2, s. 534.

²⁸ Aynı yönde AKYİĞİT, s. 214; AKGÜN AKAY, s. 93-s. 94, s. 115; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 667; AKYİĞİT, s. 214; İNCEOĞLU, C. 2, s. 402, s. 422, s. 535; ÖZDOĞAN / OYMAK, s. 582; ÖZTÜRK, s. 1568. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 02.05.1978 T. 1978/2066 K. 1978/2774 K.; karar için bkz. GÜLER (A.), s. 634. Aksi görüş için bkz. CERAN, s. 955.

²⁹ İNCEOĞLU, C. 2, s. 535. Aynı doğrultuda bkz. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 356; AKYİĞİT, s. 214.

³⁰ İNCEOĞLU, C. 2, s. 536.

zorunluluğunun başlangıç tarihinin kiralananın tahliye tarihi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³¹. Buna karşılık eski kiracının öncelikle kiralama hakkının kullandırılmamasına dayalı eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun başlangıç tarihini, esaslı onarımın tamamlanıp kiralananın kiraya hazır hale getirildiği tarihi kabul etmek yerinde olacaktır³².

İhtar, mahkeme karar veya icra takip tarihi, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun süresinin başlangıç tarihi olarak kabul edilebileceği söylenebilirse³³ de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu süresinin kısalmasına neden olmaması için yukarıda belirttiğim tarihin, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Taraflar, süreyi kısaltmamak şartıyla kira sözleşmesiyle eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun süresinin başlangıç ve sona erme tarihini belirleyebilirler³⁴. Kira sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde üç yıllık süre, TBK m.92/f.1 b.3 hükmüne göre hesaplanır. Buna göre kiralananın tahliye edildiği gün ayın kaçınıcı günü ise, üç yıl sonraki aynı ayın bunu karşılayan gününde üç yıllık süre dolmuş olur. Son ayda bunu karşılayan gün yoksa süre, bu ayın son günü süre tamamlanmış sayılır.

³¹ İNCEOĞLU'na göre üç yıllık sürenin fiili tahliye tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmelidir; İNCEOĞLU, C. 2, s. 538. Aynı doğrultuda bkz. YAVUZ, s. 347; ÖZDOĞAN / OYMAK, s. 579; AKGÜN AKAY, s. 92; ÖZTÜRK, s. 1568; SARUHAN, s. 366. AKYİĞİT'e göre "kiracıya boşaltım için (kiraya veren veya mahkemece) bir süre verilmişse; mahkeme kararının kesinleştiği tarihten başlatımı uygundur. Lakin boşaltım için kiracıya bir süre verilmişse, süre bitmeden boşaltılmışsa, bu süre boşaltım tarihinden; ama süre bittiği halde boşaltılmadığındaysa, tanınan sürenin bitiminden başlatmanın isabet taşıdığı düşünülür."; AKYİĞİT, s. 214.

³² Aynı görüş bkz. AKYİĞİT, s. 215. Diğer yandan kiraya verenin yeniden kiralama teklifini, en kısa sürede yapmasının dürüstlük kuralına uygun olacağı hakkında bkz. AKYİĞİT, s. 214. Aksi görüşte olan İNCEOĞLU'na göre "Kanaatimce inşa ve tadilat faaliyetlerinin bitmesinden sonra dürüstlük kuralına göre en kısa zamanda teklifin yapılması gerektiği yönündeki görüş isabetli değildir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, kiraya veren taşınmazı kendisi kullanacak ise böyle bir öncelik hakkı mevcut değildir. Kiraya verenin taşınmazı öncelikle kendi kullanmak istemesi, sonra bundan vazgeçmesi olasıdır ve bu husus başlı başına kanuna ya da dürüstlük kuralına aykırı olmayacaktır. Bu nedenle teklifin derhal yapılması gerektiğinin kabul edilmesi mümkün değildir."; bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 539.

³³ İNCEOĞLU, C. 2, s. 538.

³⁴ AKYİĞİT, s. 213. Ancak hükmün nispi emredici özelliği nedeniyle sürelerin kısaltılması geçersiz olacaktır. Bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 534, s. 539.

V- HAKLI SEBEBİN BULUNMAMASI

Kiraya verenin eski kiracısına kiraya verme zorunluluğu, haklı sebebin³⁵ bulunması halinde söz konusu olmaz. Haklı sebep kavramı, mücbir sebep kavramına göre daha geniştir³⁶. Diğer bir anlatımla haklı sebep kavramı mücbir sebep kavramına oranla kiraya verenin eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunu daraltan bir özelliğe sahiptir³⁷. Kiralananın kamulaştırılması, doğa olayları sonucunda yok olması gibi kiraya verenden kaynaklanmayan ve kaçınılmaz olarak gerçekleşen olaylar, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu bakımından mücbir sebep teşkil eder³⁸.

Bunların yanında haklı sebebin varlığı, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna yol açan kira sözleşmesinin sona erdirilmesi nedenleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gereksinim nedeniyle kiralananın boşaltılması sonrasında kiraya verenin ölüm, hastalık, tayininin çıkması gibi beklenmeyen bir gelişme sonucunda kiralananı kullanamaması halinde haklı sebebin varlığı kabul edilebilir³⁹. Aynı şekilde kiraya verenin hastalanması

³⁵ Haklı sebep, mücbir sebebi de kapsayan beklenmedik olaylardır. Beklenmedik olayı, doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi, insana bağlı beşeri bir olay, bir davranış da olabilir. Beklenmedik olayların başında savaş, iç savaş, darbe, ayaklanma, deprem, ağır fırtına, sel, yangın, yıldırım düşmesi, don, yer çökmesi, genel grev, ithalat ve ihracat yasaklamaları, sınırların kapatılması, düşman mallarına el konması gelir. Haklı sebep kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, (2018), s. 518, s. 583-586; EREN, (2017), s. 52. AKYİĞİT'e göre haklı sebep, gereksinim yüzünden boşalttırılan kiralananın henüz üç yıl dolmadan başkasına kiraya verilmesini haklı, saygıya değer gösteren "objektif olgular" olarak anılabilir ya da boşalttırılan kiralananın başkasına kiraya verilmeden üç yıl beklenilmesini çekilmez, artık katlanılmaz kılan durumlar olarak tanımlanabilir. Bu bir doğal afet veya genel ya da bireysel/sektörel bir kriz veyahut icra-iflas tehdidi, hatta eski kiracının orayı kiralamaktan vazgeçmesi olabilir; bkz. AKYİĞİT, s. 211.

³⁶ ACAR (YAVUZ / ÖZEN / ACAR), (2016), s. 347; İNCEOĞLU, C. 2, s. 536; AKYİĞİT, s. 211. Kiraya verenin kendisinden kaynaklanan sebeplerin haklı sebep oluşturmayacağı, bu hallerin kiraya verenin sağlığı gibi- kiralananın eski kiracıya kiralanasını engellemeyeceği yönündeki görüş için bkz. AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 665.

³⁷ Haklı sebep kiracıdan kaynaklanan hallerle sınırlandırılmalıdır; bkz. AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 665.

³⁸ AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 666.

³⁹ AYDEMİR, s. 208; AKGÜN AKAY, s. 92. "Örneğin hastalanmış ve mesleği ya da sanatını bırakmış yahut da başka bir kente göçmüşse zorunlu bir sebebin varlığı kabul edilebilir."; bkz. ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 355. Gereksinim nedeniyle kiralananı tahliye ettiren kiraya verenin, üç yıllık süre içerisinde, eski kiracıya kiralama teklifinin eski kiracı tarafından kabul edilmemesi, eski kiracı başka taşınmaza taşınmış olacağından ve tekrar eski kiralana geçmek istemeyeceğinden, üçüncü kişi ile kira sözleşmesi yapılmasını haklı kılmaz; bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 403. Eski kiracının kabul etmemesi halinde, bunun haklı sebep sayılacağına ve kiraya verenin kiralananı başkasına kiraya verebileceğine dair aksi görüş

sebebiyle söz konusu konutta oturamaz hale gelmesi veya mesleği ya da sanatını bırakması haklı bir sebep olarak benimsenebilir⁴⁰. Buna karşın bu sebepler, esaslı onarım bakımından haklı sebep olarak kabul edilmemelidir.

Yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım nedeniyle kiralananın boşaltılması halinde haklı sebep, daha çok eski kiracıya ilişkin ortaya çıkar. Burada eski kiracının tayininin çıkması, hastalanması, meslek veya sanatını bırakması gibi nedenlerle kiralananı kiralama olanağının kalmaması haklı sebep olarak değerlendirilebilir⁴¹. Kiralananın esaslı onarım sonrasında işyerine dönüşmesi ve eski kiracının kiralananı yeni haliyle konut olarak kullanması mümkün değilse, haklı sebebin varlığı kabul edilmelidir⁴². Ölüm olayı kira sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesine yol açan bir hal olarak düzenlenmediğinden ve esas olan bu durumda kira sözleşmesinin mirasçılarla devam etmesi olduğundan, eski kiracının ölmesi haklı sebep olarak kabul edilmemelidir⁴³. Ayrıca eski kiracının başka yerde oturmaya başlaması, eski kiracıya kiralama olanağının kalmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır⁴⁴.

Haklı sebebin kiralananın boşaltılmasından sonra eski kiracı dışında bir üçüncü kişiye kiralanırken bulunması yeterlidir⁴⁵.

Yasa hükmünde, kira sözleşmesinin gereksinim nedeniyle sona erdirilmesi ile kiralananın esaslı onarım amacıyla boşaltılması sonrasında eski hali ile kiraya verilmesi bakımından haklı sebebe yer verilmiş olup, eski kiracının öncelikle kiralama hakkının kullandırılmaması bakımından haklı sebebe yer verilmemiştir (TBK m. 355/I, II). Bununla birlikte kiracının öncelikle kiralama hakkının kullandırılmamasının haklı sebebe dayalı olması halinde, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna neden olan kira sözleşmesinin sona erdirilmesi diğer nedenlerinde olduğu gibi burada da eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu söz konusu olmamalıdır.

için bkz. ÖZDOĞAN / OYMAK, s. 580.

⁴⁰ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 355.

⁴¹ Türk Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi anlamında haklı sebep kiraya verenin sona erme sırasında mevcut olan ihtiyacının sonradan ortadan kalkması şeklinde de ortaya çıkabilecektir; bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 536.

⁴² Konutun işyerine dönüşmesi haklı sebep olmasına karşın kiracının başka yerde oturmaya başlaması haklı sebep teşkil etmez; bkz. İNCEOĞLU, C. 2, s. 420.

⁴³ İNCEOĞLU, C. 2, s. 401-402. Öncelikle kiralama hakkının ölen kiracının mirasçılarına teklif edilmesi gerektiği yönünde bkz. AKYİĞİT, s. 213; İNCEOĞLU, C. 2, s. 537.

⁴⁴ İNCEOĞLU, C. 2, s. 537.

⁴⁵ SARUHAN, s. 364.

VI- KİRAYA VERME ZORUNLULUĞUNA NEDEN OLMAYAN EYLEMLER

Kiraya verenin kiralananı eski kiracısı dışındaki kişilere kiraya vermemesi anlamına gelen kiraya verme zorunluluğunun, kiraya verilmesi dışındaki eylemleri kapsayıp kapsamadığının değerlendirilmesi gereklidir. Söz gelimi kiralanan üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu dışında olduğu söylenebilir. Aynı şekilde gereksinim nedeniyle boşaltılması sağlanan kiralananın üçüncü bir kişiye satılması veya ücretsiz kullandırılması eyleminin eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunu dışında olduğu söylenebilir⁴⁶.

Kiralama dışındaki eylemlerin eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu dışında olup olmadığının belirlenmesinde kiraya verenin kira bedeli benzeri bir gelir elde edip etmediği ölçüt olarak kabul edilebilir. Söz gelimi üçüncü kişiye intifa veya oturma hakkı tanınması halinde kira benzeri bir gelirin elde edileceği söylenebilir. Bu nedenle bu tip eylemlerin eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu kapsamında olduğu söylenebilir. Buna karşın kiralananın üçüncü kişiye ücretsiz kullandırılması veya kiralananın satılması halinde kira geliri benzeri bir gelirin elde edilmesi söz konusu olmadığından bu tip eylemlerin eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu dışında olduğu söylenebilir⁴⁷. Ancak kiralananın üçüncü kişiye ücretsiz kullandırılmasının eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu süresince olması gereklidir. Aynı şekilde kiralananın üçüncü kişiye ücretsiz kullandırılması, kiraya verme zorunluluğu süresinin son bulmasından önce sona ermesi halinde kalan sürede eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan gereksinim nedeniyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesinde kiralananın eski kiracı dışında başkasına kiraya verilmesinden anlaşılması gereken, gereksinim iddiası kabul edilenler dışındaki kişilere kiraya verilmesi olduğu açıktır⁴⁸.

VII-SONUÇ

Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne kanunla getirilen bir sınırlama olarak kiraya verenin eski kiracısına kiraya verme zorunluluğu, konut

⁴⁶ AKYİĞİT, s. 217; İNCEOĞLU, C. 2, s. 536; SARUHAN, s. 365.

⁴⁷ İNCEOĞLU, C. 2, s. 536. Yeniden inşa faaliyeti sonunda, kiralanan bir üçüncü kişiye satılmış ise, kiraya veren sıfatına haiz olmayan yeni malikin eski kiracıya yeniden kiralama teklifinde bulunmasına gerek yoktur; bkz. SARUHAN, s. 371.

⁴⁸ Aynı yönde AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 664; AKGÜN AKAY, s. 91.

ve çatılı işyeri kira sözleşmesinin kiraya verenin veya yeni malikin kiralananına gereksinim nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirmesi ile kiralananın esaslı onarımı nedeniyle kiraya veren tarafından kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hallerinde söz konusudur. Bunlara ilaveten eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen kiralananı yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusundaki öncelik hakkı sonlandırılmadıkça, kiraya verenin eski kiracısına kiraya verme zorunluluğu bulunmaktadır.

Kiraya veren dışında, malik veya intifa hakkı sahibinin kiralananına olan gereksinimi nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirmesi halinde de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Yine eski kiraya verenle kiracı arasındaki kira sözleşmesine halef olan kiralananı sonradan edinen malikin, kira sözleşmesini gereksinim nedeniyle sona erdirmesi halinde yeni malik için de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kiralananı sonradan edinen malikin kira sözleşmesine halef olarak değil, kiralananı sonradan edinen malik olarak gereksinim nedeniyle kira sözleşmesini sona erdirmesi halinde de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olabilmesi için kira sözleşmesinin kiraya veren tarafından sona erdirilmesi yanında kiracının kiralananı tahliye zorlanması gereklidir. Bunun için kiracının mutlaka dava edilerek tahliye edilmesi aranmamalı, tarafların anlaşmaları veya ihtar üzerine kiralananın boşaltılması halinde de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun geçerli olduğu benimsenmelidir.

Eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun başlangıç tarihi, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna neden olan kira sözleşmesinin sona erdirilmesi nedenleri gözetilerek ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gereksinim nedenine dayalı veya esaslı onarım sonrasında kiralananın eski hali ile eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu bakımından eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun başlangıç tarihinin kiralananın tahliye tarihi, eski kiracının öncelikle kiralama hakkının kullandırılmamasına dayalı eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun başlangıç tarihinin ise esaslı onarımın tamamlanıp kiralananın kiraya hazır hale getirildiği tarihi kabul etmek yerinde olacaktır.

Eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunu ortadan kaldıran haklı sebep, eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna yol açan kira sözleşmesinin sona erdirilmesi nedenleri bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ayrıca öncelikle kiralama hakkına ilişkin Yasa hükmünde haklı sebebe yer verilmemiş

olmakla birlikte öncelikle kiralama hakkının kullandırılmamasının haklı sebebe dayalı olması halinde de eski kiracıya kiraya verme zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir.

Kiraya verenin kiraya verme dışındaki eylemlerinin eski kiracıya kiraya verme zorunluluğuna neden olmayabileceği düşünülebilirse de kiralama dışındaki eylemlerin eski kiracıya kiraya verme zorunluluğu dışında olup olmadığının belirlenmesinde kiraya verenin kira bedeli benzeri bir gelir elde edip etmediği ölçüt olarak dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: **Kira Hukuku Şerhi**, 4. Bası, Yayınevi, İstanbul, 2017. “ACAR, (2017)”.
- ACAR, Faruk (YAVUZ / ÖZEN / ACAR): **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016. “ACAR, (2016)”.
- AKGÜN AKAY, Merve: **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Nedenleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- AKINCI, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel hükümler**, 10. Bası, Sayram Yayınları, Konya, 2017. “AKINCI, (2017)”.
- AKINCI, Şahin: “İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, Y. 2008, C. 57, Sa. 3, s. 33-50. “AKINCI, (2008)”.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri**, 25. Basıdan Tıpkı Basım 26. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- AKYİĞİT, Ercan: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesi**, Ankara, 2012.
- ANTALYA, Gökhan O.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 3. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul, 2018.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.

- ARPACI, Abdülkadir (HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir): **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992.
- AYAN, Mehmet: **Borçlar Hukuku**, 10. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya, 2015.
- AYAN, Nurşen: “Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Y. 2007, C. 15, Sa. 2, s. 11-24.
- AYANOĞLU MORALI, Ahu: **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK m.347**, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2018.
- AYBAY, Aydın: **Borçlar Hukuk Dersleri Genel Bölüm**, 14. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.
- AYDEMİR, Efrail: **Kira Hukuku**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- AYDIN, Gülşah Sinem: **Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- AYSAL, Mustafa: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y. 2103, C. 9, Sa. 103-104, s. 183-191.
- BAŞPINAR, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Batider Yayınları, Ankara, 1998.
- BATUR, İsmail Cenk: “Konut Gereksinimine Dayalı Tahliye Davalarında “Samimi ve Gerçek İhtiyaç” Kavramı”, **İBD**, Y. 2017, C. 91, Sa. 6, s. 216-220.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2016.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK m. 347 f.1)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2017, C. 8, Sa. 2, s. 137-158.
- BURCUOĞLU, Haluk: **6570 Sayılı yasaya Göre Kiracını Tahliye Edilmesi**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1993. “*BURCUOĞLU, (1993)*”

- BURCUOĞLU, Haluk: “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan** (Editörler: Ateş, Derya/Bulur, Alper), Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 18-46. “*BURCUOĞLU, (2008)*”
- CERAN, Mithat: **Kira Sözleşmeleri Tahliye ve Tespit Davaları**, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- DOĞAN, Murat: **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerini Sona Ermesi**, Ankara, 2011. “*DOĞAN, Konut ve Çatılı*”.
- DOĞAN, Murat: “6098 Sayılı TBK’na göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi: Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Sempozyum No:3, Y. 2011, s. 501-519. “*DOĞAN, 6098 Sayılı*”.
- ERDOĞAN, Hasan: **Tahliye, Kira Tespit, Kira Alacağı, Tazminat Davaları**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018. “*EREN, (2018)*”.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017. “*EREN, (2017)*”.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan: **Sözleşmeler Hukuk (Özel Borç İlişkileri)**, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- EKİNCİ, Hüseyin: “Tahliye Edilen Taşınmazın Eski Kiracıya Yeniden Kiralanması Zorunluluğu”, **Adalet Dergisi**, Y. 2005, Sa. 23, s. 88-116.
- GÖKYAYLA, Emre: **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK M.339**, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2018. “*GÖKYAYLA, (2018)*”
- GÖKYAYLA, Emre: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 389)”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Y. 2013, C. 8, Özel Sayı, Cilt 2, s. 1203-1252. “*GÖKYAYLA, (2013)*”
- GÜLER, Alev: “6570 Sayılı Kira Kanunu’nun 15-16 Maddelerinin Uygulanmasında Ortaya Çıkan Sorunlar”, **ABD**, Y. 1978, Sa. 4, s. 632-635.

- GÜLER, Zeynep: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Dava Yoluyla Sona Ermesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 15, Sa. 2, s. 713-748.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Kira Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- GÜNAY, Erhan: **Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Tespiti ve Kira Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- GÜRZUMAR, Osman Beraat: **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- HATEMİ / GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017
- İKİZLER, Metin: “Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 20, Sa. 2, s. 25-59.
- İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: **İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- İNCEOĞLU, M. Murat: **Kira Hukuku**, C. 1, C. 2, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- İPEK, Eyüp: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Konut Ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler”, **TBB Dergisi**, Y. 2012, Sa. 102, s. 59-92.
- KAHRAMAN, Zafer: **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK m.299**, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2018. “KAHRAMAN, M. 299”
- KAHRAMAN, Zafer: **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK m.300**, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2018. “KAHRAMAN, M. 300”
- KALENDER, Ahmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2017, C. 12, Sa. 136, s. 27-35.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2018.
- KILIÇOĞLU, Mustafa: **Kira Hukuku’ndan Doğan Tahliye, Tespit, Uyarılma, Tazminat ve Alacak Davaları**, 3. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

- KIRMIZI, Mustafa: **Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- KOÇ, Nevzat: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi”, **İstanbul Medipol ÜHFD**, Y. 2014, C. 1, Sa. 1, s. 7-35.
- KOÇAK DİKER, Duygu: **Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Ödeme Dışındaki Yan Borçlarına Aykırılığı ve Sözleşmenin Kiraya Veren Tarafından Sona Erdirilmesi**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI): **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, C. 1, 2010 Tarihli 5. Basıdan Tıpkı 6. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- KÖSTEKÇİ, Yaşar: **10 Yıl Uzama Süresi Sonu Kiracının Tahliyesi Tahliyeden Korunma Önlemleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- KURŞAT, Pelin: **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesi**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.
- NOMER, Haluk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, C. 1, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖKTEM ÇEVİK, Seda: **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu / TBK m.310**, C. 2, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZDOĞAN, Mustafa / OYMAK, Tuba: **6098 Sayılı Borçlar Kanunu’nda Kira**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- ÖZTÜRK, Mehmet: “Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri”, **DEÜHFD: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan Özel Sayısı**, Y. 2017, C. 19, s. 1549-1595.
- REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- RUHİ, Ahmet Cemal: **Kira Hukuku**, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

- SANLI, Kerem Cem: “Kiraya Verenin On Yıllık Uzama Süresi Sonunda Bildirim İle Kira Sözleşmesini Sona Erdirmesi: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Bir İnceleme”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2015, C. 13, Sa. 151, s. 103-148.
- SARUHAN, Utku: “Yeniden Kiralama Yasası (TBK m.355)”, **TAAD**, Y. 2019, C. 10, Sa. 37, s. 353-383.
- SEROZAN, Rona: **TBK M.1, TBK İstanbul Şerhi**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ŞENER, Oruç Hami: **İşyeri İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Davaları ve Ortaklıklar Hukukuyla Bağlantısı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- TOSUN, Yalçın: “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenin Gereksinimi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 11, Sa. 137-138, s. 31-53.
- TUNABOYLU, Müslim: **Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- UYGUR, Turgut: **Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri**, C. 6, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- ÜNAL, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Borçlar Kanunu ve Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Kira Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri”, **İBD**, Y. 2010, C. 84, Sa. 3, s. 1525-1543.
- YAVUZ, Nihat: **Kira Hukuku**, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTÇU, Ayşe / AYDOĞDU, Murat / CUMALIOĞLU, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, Barış Yayınları, İzmir, 2013.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 17. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2017.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Akın ÜNAL*

ÖZ

Türk Aile Hukukunda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte mal rejimleri konusunda önemli değişiklikler olmuştur. Bu kapsamdaki en önemli değişikliklerden biri de yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesidir. Edinilmiş mallara katılma rejimi TMK m. 218 ile m. 241 arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte mal rejimlerine ilişkin genel hükümler de (TMK m. 202-217) edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulama alanı bulmaktadır.

Bu çalışmada mal rejimi sözleşmesine ilişkin TMK m. 202-203, edinilmiş mala ilişkin TMK m. 219, kişisel mala ilişkin TMK m. 220, mal rejiminin sona ermesine ilişkin TMK m. 225 ve katılma alacağına ilişkin TMK m. 236 eleştirel bir bakış açısıyla inceleme konusu yapılmıştır. Yine bu hükümlerle ilgili Yargıtay uygulanmasının doğurduğu birkaç husus hakkında da değerlendirmede bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Edinilmiş Mal, Kişisel Mal, Sona Erme, Katılma Alacağı.

A CRITICAL VIEW OF THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY

ABSTRACT

In the Turkish Family Law, significant changes were made in the property regimes with the Turkish Civil Code No. 4721. One of the most important changes in this scope is the adoption of the regime of participation in acquired property as a legal property regime. The regime of participation in acquired property is regulated between Art. 218 and Art. 241 of the TCC. However, general provisions on property regimes (TCC Art. 202-217) are also applied in the regime of participation in acquiring property.

In this study, TCC Art. 202-203 related to the property regime contract, TCC Art. 219 related to acquired property, TCC Art. 220 related to personal property, TCC Art. 225 related to termination of property regime and TCC Art. 236 related to participation claim are examined with a critical point of view. Again, a number of issues arising from the practice of the Turkish Supreme Court of Appeals regarding these articles have been also evaluated.

Key Words: *The Regime Of Participation In Acquired Property, Acquired Property, Personal Property, Termination, Participation Claim*

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, **e-posta:** akinunal@hotmail.com

ORCID: 0000- 0002-1019-1096

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637925

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/09/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/10/2019

Giriş

Türk Aile Hukukunda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile mal rejimleri konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamdaki en önemli değişikliklerden biri de yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesidir. Bu çalışmada söz konusu rejimin bazı hükümlerine ve uygulanmasının doğurduğu birkaç hususa ilişkin eleştirel bir bakış ortaya konmuştur.

I. Mal Rejimi Tercihine İlişkin Hükümlerin İrade Özgürlüğünün Kısıtlanması Sonucunu Doğurması.

Özel hukuk ilişkilerinde temel ilkelerden biri irade özgürlüğü ve onun görünümü olan sözleşme özgürlüğüdür¹. Ancak kamu düzenine ilişkin olan hususlarda kanuni düzenlemeler yoluyla bu özgürlüğe kısıtlama getirilmesi kabul edilmektedir². Kamu düzenine ilişkin olarak görülmesi sebebiyle olsa gerek ki; mal rejimleri hukukundaki sözleşme özgürlüğü, borçlar hukukuna kıyasla oldukça sınırlandırılmıştır. Borçlar hukukundaki gibi tarafların dilediği kimse ile dilediği tipte ve içerikte sözleşme yapma özgürlüğü taraflara tanınmamıştır³. Bu bağlamda olmak üzere, Türk Medeni Kanunu m. 202’de eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin asıl olduğu, ancak eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirtilen diğer rejimlerden birini de tercih edebilecekleri, m. 203’te ise, ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçim yapabilecekleri düzenlenmiştir⁴. TMK m. 218 vd. hükümlerinde ise seçimlik mal rejimi türleri olarak; edinilmiş mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre Kanunda sayılan rejim türleri de sınırlıdır⁵. Ayrıca mal rejiminin devamı sırasında da mal rejiminin değiştirilebilmesine imkân tanıyan düzenlemeler mevcuttur (TMK m. 203, 208, 2011, 221 vb.)⁶.

Bu sınırlamalara rağmen doktrinde, kanunda yer alan mal rejimleri türlerinden birini seçebilme imkânı, sözleşme özgürlüğü olarak nitelenmiştir⁷.

¹ ERMAN, s. 601 vd.; ATEŞ, s. 75; ÜNAL, s. 31 vd..

² ÜNAL, s. 43 vd.; ERMAN, s. 608.

³ ACAR, s. 98; SARI, s. 9; ZEYTİN, s. 52; ŞİPKA, s. 15 vd.; ERDEM, s. 258.

⁴ ACAR, s. 99-100; ZEYTİN, 202-203; ŞİPKA, s. 20; ERDEM, s. 258; KILIÇOĞLU, (2019), s. 237-238; GÜMÜŞ, s. 217; ULUÇ, s. 178; AKBULUT, s. 5.

⁵ KILIÇOĞLU, (2019), s. 237; DURAL, s. 199; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 146 vd.; ÖZTAN, s. 397 vd.; ERDEM, s. 258; ŞİPKA, s. 20-21; GÜMÜŞ, s. 217; AKBULUT, s. 5.

⁶ Örnekler için bkz. SARI, s. 12; ACAR, s. 101; ZEYTİN, s. 55 vd.

⁷ ZEYTİN, s. 52; SARI, s. 2, dp.2, s. 6, 9; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 146; ÖZUĞUR, s. 234;

Kanaatimizce kanun koyucu tarafından kanunda sayılan mal rejimlerinden biri tercih edilmediği hallerde eşler adına yasal mal rejimi şeklinde bir tercihte bulunmuş olması⁸ ve eşlere mal rejimsiz bir tercih yapma şansı bırakılmaması⁹ irade/sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması olarak görülmelidir. Her ne kadar Medeni Kanun'da seçimlik olarak mal rejimi alternatifi sunulmuş olsa da, bunun sınırlı sayıda olması, kendine özgü bir mal rejimi veya karma bir mal rejimine fırsat verilmemiş olması ve tercih edilen mal rejiminin muhtevasında kanunda yazılı sınırlar dışında (TMK m. 203) değişiklik yapılamaması da irade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalardır¹⁰.

Evlilik ve aile kurumu genel manada kamu düzeninin bir parçası olarak görülse de eşlerin mal varlıklarının kamu düzeninin bir parçası olarak görülmesi kanaatimizce isabetli bir durum değildir¹¹. Gerçekten de evlilik öncesi her şeyin koşulsuz sevgi, fedakârlık üzerine kurulduğu ve konuşulduğu dönemde tarafların mal rejimine ilişkin bir görüş veya kanaat ortaya koyması fiilen mümkün değildir. Hatta bu aşamada tarafların mal rejimine ilişkin girişimde bulunması güvensizlik olarak görülmeye de mahkûmdur¹². Bu durumda kanunda yasal mal rejimine alternatif olarak düzenlenmiş olan seçimlik mal rejimlerinin gerçek bir alternatif oluşturamayacağı da aşıkardır. Diğer yandan genel olarak tarafların bu konulara ilişkin bilgi sahibi olmadıkları da görülmektedir. Zira edinilmiş mallara katılma rejimine geçilen 2002 yılından

KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 214. Diğer yandan Hatemi tarafından yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin ideal mal rejimi olmadığı ortaya konulduktan sonra mevcut duruma ilişkin olarak da; alternatif mal rejimlerinin bulunmasını mutlak olarak kadınlar yararına bir durum olmadığı belirtilmiştir. Erkek tarafından mal ayrılığının kadına dayatılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. HATEMİ, s. 4.

⁸ Yeni evlenecek olanların bu konularda büyük oranda bilgisiz oldukları ve kanunun taraflar adına bir tercihte bulunmasının irade özgürlüğünü daraltıcı bir durum olarak görülmesi hususunda bkz. ACAR, s. 99.

⁹ ACAR, s. 100

¹⁰ ACAR, s. 100-101

¹¹ Velez ki kamu düzeninin bir parçası olarak görülecek olursa, mal rejiminin tasfiyesinde de bu çerçevede hareket edilmesi gerekir. Bu konuya ilişkin değerlendirme aşağıda (III) başlığı altında ele alınmıştır.

¹² Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. ÇEKİN, s. 129. Gerçekten de yazarın haklı olarak belirttiği üzere Türk toplumunda evlenecek çiftler arasında duygusallığın egemen olduğu, evlilik arifesinde çiftlerin mal rejimine ilişkin istek ve arzularını gerçek manada dile getirme şanslarının bulunmadığı, oysa İsviçre' de karı-koca olmuş kişilerin dışarda yemek yedikleri zaman bile hesapları ayrı ayrı ödedikleri durumlara rastlanıldığı, bireylerin etki altında kalmadıkları, daha özgür biçimde karar verebildikleri, İsviçre toplumunun genel değerlerinin bir sonucu olarak bu durumun ortaya çıktığı bir gerçektir. Bkz. s. 128-129.

bugüne kadar yasal mal rejimi olarak bu rejim çok yüksek oranda uygulama alanına sahipken diğer mal rejimleri neredeyse unutulmuştur¹³. Bütün bunlar TMK'nın mevcut düzenlemesinin irade özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtladığını ve adeta eşleri belli bir mal rejimine zorladığını göstermektedir. Oysaki Alman Hukukunda, mal rejimi ve kazanç ortaklığı konusunda eşlere oldukça geniş bir özgürlük alanı tanınmıştır (Bkz. BGB m. 1371 vd)¹⁴.

II. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin İş Hayatında Yer Alan Kadınlar Aleyhine Sonuçlar Doğurması.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin kadınların haklarının korunması amacıyla getirildiği bir gerçektir¹⁵. Zira 743 sayılı Medeni Kanun dönemindeki yasal mal rejimi olarak mal ayrılığının rejiminin; ekonomik ve sosyal hayata erkeğe nazaran daha az katılan kadının, ev işleri yapması, çocuk büyütmesi, çocuk bakımı ve kırsal kesimde bağ bahçe ve tarlada çalışmasına karşın, özellikle evliliğin boşanma ile sonuçlandığı durumlarda, ekonomik olarak elinin boş kalmasına sebep olduğu kabul edilir hale gelmişti¹⁶.

Bu saikler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 202. maddesinin gerekçesinde “...Evlilik birliği sona erdiğinde, mal ayrılığı rejiminin eşler arasında büyük haksızlıklara yol açtığı, özellikle meslek sahibi kocanın lehine işlediği, ev işlerini yapan ve hatta kocasına mesleğinin icrasına yardımcı olan kadının durumunu hiç nazara almadığı, meslek çevrelerinde ve kamuoyunda ağır eleştirilere uğramıştır. Bu nedenle ‘edinilmiş mallara katılma’ başlığı altında yeni bir mal rejimi düzenlenmiştir” şeklinde ifade edilmiştir¹⁷. Anılan maddenin gerekçesinde açıkça “ev işlerini yapan ve hatta kocasına yardım eden” vurgusu da yapılmıştır.

Ancak kanaatimizce, edinilmiş mallara katılma rejimi, bugün gerekçede benimsenen amaca aykırı sonuçlar da ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de

¹³ ACAR s. 99, dp. 7. Aynı yerde, Türk toplumuna göre duygusallıktan daha uzak biçimde kararlar alabilen İsviçre toplumunda bile evlenecek/evli çiftlerin büyük çoğunluğunun sözleşme yapmak suretiyle yasal mal rejimi dışında bir başka bir mal rejimi tercihinde bulunmadığı da yazar tarafından ifade edilmiştir.

¹⁴ Bkz. ŞİPKA, s. 15, dp. 5; AYBAY, s. 346, 348.

¹⁵ ZEYTİN, s. 38; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 145.

¹⁶ ZEYTİN, s. 38

¹⁷ Gerekçe için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf, erişim: 10.09.2019

sadece ev hanımı olarak ev işlerini yapan kadınların bu yaptığı işlerin de bir karşılığı ve katma değeri olarak kocasının edindiği mallara katılabilmesi kadın lehine olumlu bir durum ortaya çıkarırken, iş hayatında yer alarak çalışan hem de ev işlerini yapan kadınlar için ise olumsuz bir sonuç doğurmaktadır. Zira iş hayatında yer alan kadın, bu çalışmasının yanı sıra evdeki ev işlerini de önemli ölçüde yapmaya devam etmektedir. İş hayatında yer alan kadının, bu çalışma sonucu elde ettiği malları üzerinde kocasının da katılma alacağı mevcuttur (TMK m. 236)¹⁸. Dolayısıyla benimsenmiş olan edinilmiş mallara katılma rejimi sadece ev işlerini yapan kadınlara nazaran hem iş hayatında yer alan hem de bilfiil ev işlerini de yerine getirmeye devam eden kadınlar açısından gerçekten haksız sonuçlar doğurmaktadır.

III. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tek Taraflı Tasfiye Edilebilmesi Mal Kaçırma Suretiyle Diğer Eşin Alacaklıların Haklarının İhlaline Sebep Olması.

Kanun koyucu tarafından; edinilmiş mallara katılma rejiminin hem tasfiyesi hem de eşlerin hesaplaşmasının kolay yapılabilmesi için TMK m. 236 “*Her eş veya mirasçuları, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir*” şeklindeki hükümlerle kanuni takas yolu açılmıştır¹⁹. Böylece Borçlar Kanunundaki (TBK m. 139/I) takas hükümlerinden ayrılmış ve özel bir hüküm olarak mal rejiminin tasfiye talebinin tabii sonucu olarak eşlerin takas iradesi açıklamasına ihtiyaç duyulmaksızın kendiliğinden takas yapılması istenmiştir²⁰. Yani bu durumda hâkimin mal rejiminin tasfiye sırasında çift yönlü tasfiyeyi kendiliğinden yapması gerekmektedir²¹. Ancak

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Katılma, s. 142 vd.; ZEYTİN, s. 307 vd.; SARI, s. 227 vd.; ACAR, s. 341 vd.; ŞIPKA, s. 264 vd.; konuya farklı bir açıdan yaklaşım için bkz. ÇEKİN, s. 130.

¹⁹ GÜMÜŞ, s. 379-380; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 236, 345; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 175; ŞIPKA, s. 2, 74, 166, 267; KILIÇOĞLU, (2019), s. 328; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 49, 149; ÖZTAN, s. 543; ERDEM, s. 307; SARI, s. 244; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 259; DOĞAN/KÖROĞLU, s. 291-292.

²⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 175-176; KILIÇOĞLU, (2019), s. 328; 345-346; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 259; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 50, 149; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 236; GÜMÜŞ, s. 380; ŞIPKA, s. 2, 74, 166; 267-268; ÖZTAN, s. 543; ERDEM, s. 307; SARI, s. 244; DOĞAN/KÖROĞLU, s. 291-292.

²¹ KILIÇOĞLU, (2019), s. 328, 346; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 259; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 50, 149-150; GÜMÜŞ, s. 379-380; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 176; ÖZTAN, s. 543; ERDEM, s. 307; SARI, s. 244

gerek bir kısım doktrinde²² gerek Yargıtay uygulamalarında²³ ancak karşı tasfiye talebi veya savunma amaçlı takas talebinde bulunulması halinde çift yönlü tasfiyenin mümkün olabileceği savunulmuştur.

Takasın mutlak manada çift yönlü tasfiye sonucu doğurmayacağı yönündeki doktrin görüşlerine ve Yargıtay uygulamasına ilişkin detaylara girmeksizin, kanaatimizi ifade etmek gerekirse; kanundaki bu açık düzenleme göz ardı edilerek ileri sürülen görüşler ve uygulamalar, kanuni düzenlemenin amacına ve ruhuna aykırıdır. Zira kanun koyucunun buradaki kanuni takas çözümlemesi bir tasfiye yöntemidir. Yani edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesidir²⁴. Oysaki doktrinde bazı yazarlar ve Yargıtay artık değere katılmayı bir tasfiye yöntemi olarak değil bir alacak davası olarak görmektedir. Bunun sonucu olarak da talebe bağlılık ilkeleri üzerinden hareket etmektedirler²⁵.

Yargıtay'ın mal rejiminin tasfiyesini kamu düzenine ilişkin görmeyerek hâkimin re'sen çift yönlü tasfiye yapmasını/yapabilmesini imkân dâhilinde görmemesi ve çift yönlü tasfiyeyi ancak talep çerçevesince mümkün görmesi; mal kaçırmak isteyen eşlerin bu amacını gerçekleştirmesine fırsat vermekte ve mal kaçıran eşin alacaklıların haklarını da zedelemektedir. Gerçekten çift yönlü tasfiyenin ancak iki tarafın da talebine bağlı görülmesi, alacaklılarından mal kaçırmak isteyen bir eşin, mal rejimi tasfiye edilirken diğer taraftan olan alacaklılarını almaktan imtina etmesi ve hatta bilinçli olarak almama yoluna gitmesini teşvik etmektedir.

Örneğin; yüklü bir borç altında ama bu arada fazlaca edinilmiş malı olduğu halde borçlarını ödemek istemeyen bir eş, eşi ile anlaşarak mal rejimini sona erdirerek, mal rejiminin tasfiyesi yoluna gidebilir. Bu tasfiye sürecinde eşi, mal rejiminin tasfiyesini isterken, borç yükü altında olan eş, karşı tasfiye talebinde bulunmayarak, hatta tasfiye talebindeki edinilmiş mal

²² ACAR, s. 383; ŞİPKA, s. 268; ŞİPKA/ÖZDOĞAN, s. 356; ÖZUĞUR, s. 80-81; ZEYTİN, s. 328-329; ULUÇ, s. 1348 vd.; AKÇİN, s. 156.

²³ Yargıtay'ın görüş değişikliği öncesindeki katı tutumu örnekleri için bkz. Y. 8. HD., 27.04.2010 T., 2010/953 E., 2010/2148 K.; Y. 8. HD., 23.02.2012 T., 2011/3303 E., 2012/1083 K.; Yargıtay'ın katı tutumunu değiştirdiği karar örnekleri için bkz. Y. 8. HD., 14.01.2014 T., 2013/18697 E., 2014/151 K.; Y. 8. HD., 21.01.2014 T., 2013/18048 E., 2014/778 K.; Y. 8. HD., 27.04.2015 T., 2014/13145 E., 2014/9447 K. (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Programı).

²⁴ KILIÇOĞLU, (2019), s. 346; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 150.

²⁵ ULUÇ, s. 1348 vd.; ÖZUĞUR, s. 81; ŞİPKA/ÖZDOĞAN, s. 356; ŞİPKA, s. 268; ZEYTİN, s. 328-329; ACAR, s. 383; GENÇCAN, s. 942.

olduğu iddia edilen malların, edinilmiş mal olmadığı şeklinde gerekli hiçbir savunmada bulunmayarak, mal rejiminin tasfiyesini hızla sonuçlandırıp üzerindeki edinilmiş malların yarısını eşine devretmek suretiyle, alacaklılarını boşa düşürebilmektedir. Nitekim uygulamada yaşanmış bu olayda, kadın eşin de üzerinde ciddi bir mal varlığı olduğu halde, alacaklıların alacağını elde etmesini imkânsız kılmak isteyen erkek eş, kadının edinilmiş mallarının tasfiyesini istememiştir.

Hukuk düzeni içinde mal rejimlerinde aktif davranışla mal kaçırmaya ilişkin doktrin ve yargı uygulamalarında çözümler arandığı görülmekle birlikte²⁶, verdiğimiz örnekte olduğu üzere, karşı tasfiye ve takas talebinde bulunmama şeklinde pasif davranış için bir çözüm arandığı veya bulunduğu görülmemiştir. Aslında bir çözüm bulma olanağı da yoktur. Burada kanunun ruhuna uygun olan çift yönlü tasfiyeden başka bir çare de yoktur. Zira nasıl ki mal rejiminin tercihi veya yasal mal rejiminin varlığı kamu düzenine ilişkin görülümüşse, tasfiyenin de kamu düzeninden görülerek çift taraflı tasfiyeye uygulama olanağı tanımak gerekir. Aksi takdirde, takipte bulunan mevcut alacaklılar veya henüz takipte bulunmamış alacaklıların mevcut alacakları yargı eliyle alacaklarından mahrum bırakılmış olacaklardır. Netice olarak ifade etmek gerekirse; açık kanun düzenlemesine veya kanunun ruhuna aykırı olarak Yargıtay uygulaması oluşturmak, ancak üçüncü kişilerin alacaklarının/haklarının ihlal edilmesine hizmet etmektedir.

IV. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağına İlişkin Düzenlemenin Muvazaalı Devirler Yapılmasını Tetikleyen Sonuçlar Doğurması.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin bazı düzenlemeleri eşlerin birbirlerinden mal kaçırmaları amacıyla muvazaalı devirler yapmasını teşvik eden bir niteliğe sahiptir²⁷. Bu bağlamda özellikle katılma alacağı düzenlemesi (TMK m. 236) zikredilebilir.

Katılma alacağı düzenlemesi özellikle ticari hayat içinde faaliyet gösteren ve evlilik ilişkilerinde kısmen sıkıntılar yaşayan eşlerin muvazaalı

²⁶ Bu yöndeki bir inceleme için bkz. KARAKİMSELİ, s. 1 vd.; TUNCER KAZANCI, s. 401 vd..

²⁷ Doktrinde özellikle alacaklılardan mal kaçırmaya yönelik eşlerin işlemleri üzerine çalışma yapılmış ve fikir ileri sürülmüştür. Bkz. KARAKİMSELİ, s. 1 vd.; TUNCER KAZANCI, s. 401 vd. Ancak eşlerin birbirlerinden mal kaçırmalarına ve bunların sonuçlarına yönelik çözüm arayan detaylı bir çalışma da bulunmamaktadır.

devirler yapmasını veya kendi üzerine mal edinmekten kaçınmasını tetikleyen hükümler içermektedir. Örneğin evlilik sonrası bir işletme kurmuş ve bunu da kısa sürede büyütmüş olan bir eş, eğer evliliğini noktalamak isterse, planlı biçimde elindeki işletmeyi bir bütün halinde veya pay devretme suretiyle elden çıkarmaya yönelebilecektir.

Zira yine uygulamada yaşanmış bir örnekte; yeni evlenmiş genç eş, küçük bir fabrika kurmuş ve iki sene içinde bunu orta ölçekli bir fabrikaya dönüştürmüştür. Genç çift evlilik içinde sıkıntılar yaşamaya başlayınca, fabrika sahibi eş, diğer eşin katılma alacağını bertaraf etmek amacıyla planlı biçimde, işlerin kötüye gittiğini, eve haciz geleceğini vs. beyan ederek diğer eşi de psikolojik olarak hazırlayarak fabrikanın/şirketin büyük hissesini güvendiği üçüncü bir kişiye devretmiştir. Bu süreç tamamlandıktan sonra da boşanmışlar ve eldeki malı da edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi çerçevesince tasfiye etmişlerdir. Boşanma ve tasfiye tamamlandıktan sonra da devir işlemi yapan eş, malları tekrar üzerine almıştır. Görüldüğü üzere planlı biçimde pay veya mal devretmek suretiyle edinilmiş malları kaçırmak mümkün olduğu gibi, bir eşin planlı biçimde kendi üzerine mal edinmekten kaçınması da uygulamada karşılaşılan bir durumdur.

Netice olarak denebilir ki; katılma alacağına ilişkin düzenleme, eşlerin birbirlerinden mal kaçırmak amacıyla muvazaalı devirler veya edinilecek malın kendi üzerine edinilmemesi yoluyla hukukun dolanılmasını tetiklemektedir. Ne TMK m. 229 ne de TMK m. 241'deki düzenlemeler tasfiye süreci tamamlandıktan sonra ortaya çıkan gerçekleri çözmekten uzaktır²⁸. Ayrıca boşanma ve tasfiye sonrası, bir eşin, kendisinden mal kaçırmış ve mal rejimi süresi içinde mal edinebilecekken mal edinmeyen kişinin bu işlemlerini öğrenmesi neredeyse imkânsızdır. Bu sebeple de katılma alacağına ilişkin düzenlemelerin ihtiyaçlara ve hayat gerçeklerine uygun hale getirilmesine ihtiyaç vardır.

²⁸ Doktrinde aktif olarak mal kaçırma durumuna ilişkin olarak muvazaalı işlemler (TBK m. 19) ve tasarrufun iptali (İİK m. 277 vd.) hükümleri çözüm olarak ileri sürülmüştür. Bkz. KARAKİMSELİ, s. 201 vd.. Yazar tarafından ileri sürülen görüşlere katılmakla birlikte özellikle tasfiye sonrası muvazaa veya tasarrufun iptali yolu ile çözüm üretmenin de güç olduğunu ifade etmeliyiz. Zira mal rejimi hükümleri ikinci tasfiyeye de imkan tanımamaktadır. Ayrıca tasfiye sonrası, daha önce devredilen malların geri alındığının öğrenilmesi veya daha önce kendi üzerine edinilmeyen malların tasfiye sonrası üzerine alınması gibi durumların tespiti ve ispatı son derece güçtür. Kanaatimizce her şeyden önce bu konuların çözümüne yönelik olarak kanun düzenlemesine ihtiyaç olduğu açıktır.

V. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Manevi Tazminat Alacaklarının Kanun Gereği Kişisel Mal Kabul Edilmesi Sorunu.

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında kanun gereği kişisel mal kabul edilen hususlardan biri de manevi tazminat alacaklarıdır (TMK m. 220/b.3). Manevi zarara uğranılması durumunda malvarlığında bir eksilme olmaması, manevi tazminatın kişilik hakkı kapsamına giren değerlerden olması, manevi tazminat talebinin başkasına devredilememesi gibi sebeplerden dolayı, manevi tazminat alacaklarının kişisel mal kabul edilmesi genel olarak doğru kabul edilmektedir²⁹.

Kanaatimizce, kanun gereği manevi tazminat alacaklarının kişisel mal olarak kabul edilmesinin tatmin edici bir izahı yoktur. Düzenlemenin bu hali diğer eşin ileride doğacak olan katılma alacağının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar manevi tazminat kişilik hakkı kapsamında bir değer olsa da, evlilik esnasında eşler “meserreti ile mesrur, elemi ile müteellim”dir; yani sevinci birlikte yaşarken üzüntüyü de birlikte sırtlanmaktadırlar. Nitekim evlenme merasimlerinde usulî olarak da olsa, evliliğin yegâne düsturu olarak eşlere iyi günde kötü günde bir olmaları hususu hatırlatılmaktadır. Dolayısıyla evlilik devam ettiği süreçte yaşanmış bir olay nedeni ile eşlerden birinin manevi ıstıraba uğramasının neticesi olarak ödenen manevi tazminatın diğerinden esirgenmesi edinilmiş mallara katılma rejiminin temel amacına hizmet etmemektedir. Ayrıca manevi tazminat alacağının bir acı ve elemin dindirilmesi amacıyla verilmiş olması da bu acı ve eleme katlanma sürecinin doğal bir sonucu olarak edinilmiş mal olarak kabul edilmeyi haklı kılacak niteliktedir.

VI. Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Katılma Alacağı ile Birlikte Evliliğin Ölümle Sona Ermesine Bağlı Olarak Eşin Miras’ tan Pay Alması Sorunu.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile hem miras ve saklı pay hem de mal rejimi açısından eşi koruyan hükümler getirilmiştir. Gerçekten de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile eşin miras payı ve saklı payı zümre sistemi içerisinde önemli ölçüde artırılmıştır. Bunun yanı sıra eşe, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesince “*½ oranında katılma alacağı*”

²⁹ ACAR, s. 258-259; ŞIPKA 114; ULUÇ, s. 410-411; ERDEM, s. 271-272; KILIÇOĞLU, (2019), s. 276. İlgili maddenin gerekçesinde de manevi tazminat alacaklı için eşin kişisel durumuna binaen ödeme, onun acı, üzüntü ve ıstırabı sonucu tamamen kişisel nitelikteki zararlarının karşılığı olarak ödeme hususları ifade edilmiştir.

imkânı getirilmiştir. Bilindiği üzere evliliğin ölüm ile sona ermesi üzerine eş hem mirastan pay alarak hem de yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde katılma alacağı olarak³⁰ önemli ölçüde avantajlı bir konuma gelmiştir³¹. Ancak Medeni Kanunda evliliğin ölümle sona ermesi hali için miras hükümleri ile mal rejimi hükümlerinin uygulamasına ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiştir³². Buna bağlı olarak da doktrinde ve yargı uygulamasında farklı çözüm yolları benimsenmiştir. Doktrinde genel olarak önce mal rejiminin tasfiye edilmesi, daha sonra da miras hükümlerine göre terekenin paylaşılması gerektiği hususu kabul edilmektedir³³. Yargıtay ise farklı içtihatlar geliştirmek suretiyle meseleye çözümler getirmeye çalışmaktadır³⁴. Yargıtay'ın güncel içtihadı ise katılma alacağı belirlenirken, aynı zamanda re'sen miras payı düşülerek katılma alacağının hesaplanması şeklindedir³⁵.

Doktrindeki ve yargı uygulamasındaki bu çözümlere ilişkin eleştiri ve görüşlere girmeksizin ifade edebileceğimiz husus şudur: Eşin, edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde ½ oranında katılma alacağı alması ve bunun yanı sıra zümre sistemine bağlı olarak (1/4, 2/4, 3/4) miras payı

³⁰ ACAR, s. 179 vd.; ZEYTİN, s. 270; GÜMÜŞ, s. 400; ŞİPKA, s. 143, 347; ULUÇ, s. 540; ERDEM, s. 285;

³¹ Hayatta kalan eşin edinilmiş malının, ölen eşinkinden az olduğu durumlarda hayatta kalan eşin avantajlı, hayatta kalan eşin edinilmiş malının, ölen eşinkinden çok olduğu zaman ise hayatta kalan eşin dezavantajlı olduğu hususuna ilişkin açıklama ve örnek için bkz. ERTAŞ, s. 1365 vd.. Yazar makalede ayrıca gelecekte çalışan kadınların edinilmiş mallarının kocalarından daha fazla olacağı günlerin görüleceğini, kazanım olarak görülen edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona erme halinde kayba dönüşeceğini ileri sürmüştür. Doktrinde Kılıçoğlu ise, yasanın kamuoyunda tartışıldığı sırada, birçok kişinin ve hatta hukukçuların yanlış anladığı manada, ölüm halinde, sağ kalan eşin, katılma rejimi nedeniyle, önce ölen kişinin malvarlığının yarısını alması, kalan diğer yarısında da, miras hakkını alması, bu yolla terekede aslan payı sahibi olması, diğer mirasçılara ve özellikle ölenin çocuklarına mirastan bir şey kalmaması yönündeki, yanlış iddiaların haklı olmadığını ortaya çıktığını ileri sürmüştür. Bkz. KILIÇOĞLU, Katılma, s. 184 ve KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 287.

³² ZEYTİN, s. 270, 390. Yazar ayrıca bu duruma çözüm olarak Alman Medeni Kanunu m. 1371'deki gibi bir özel düzenleme ile sorunun çözümlenebileceğini belirtmiştir. Yine çözüm olarak doktrinde Şipka, ölüm halinde mal rejiminin uygulanmaması ve bunun yerine miras payının artırılmasını önermiştir. Bkz. ŞİPKA, s. 75; Aynı yönde ULUÇ, s. 1584.

³³ ACAR, s. 179 vd.; ZEYTİN, s. 270; GÜMÜŞ, s. 400; ŞİPKA, s. 143, 347; ULUÇ, s. 540; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 241; ERDEM, s. 285; KÖROĞLU, s. 232-233; YILDIRIM, s. 241.

³⁴ Yargıtay'ın içtihat süreçlerine ilişkin bilgi için bkz. ŞİPKA/ÖZDOĞAN, s. 489 vd.; ULUÇ, s. 1474 vd..

³⁵ Bkz. Y. 8. HD., 14.10.2015 T., 2015/16951 E., 2015/18335 K.; Y. 8. HD., 28.02.2017 T., 2015/11423 E., 2017/2742 K. (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Programı).

alabilmesi dikkate alınırsa diğer mirasçılar (örneğin anne için üvey evlat çocuklar) aleyhine bir adaletsizlik söz konusu olabilecektir. Burada yegane çözüm, bir kanun düzenlemesi ile ölüm haline has bir tasfiye modelinin benimsenmesidir³⁶. Aksi takdirde, hem maddi hukuk açısından hem de usul hukuku açısından tatmin edici tasfiye olanaklı görünmemektedir.

VII. Zina ve Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Kapsamında Katılma Alacağının Azaltılması veya Kaldırılması Sorunu.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde doktrinde yaygın olarak eleştirilen konulardan biri de, zina ve hayata kast nedeniyle boşanma halinde, hâkim tarafından, kusurlu eşin katılma alacağının azaltılması veya kaldırılmasına imkân tanınmış olmasıdır³⁷. TMK.m.236/II’de bu husus “*Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Oysa ki mehaz İsviçre Medeni Kanunu’nda böyle bir düzenleme yoktur³⁸.

Söz konusu düzenleme birçok yönden eleştiriye açıktır. Aynı zamanda hukukun temel ilkelerine de aykırıdır. Şöyle ki;

Her şeyden önce ifade edilmelidir ki, Türk Medeni Kanunu’nda zaten bu eylemelere ilişkin yeteri kadar yaptırım vardır³⁹. Örneğin, zina eden eşin mirasçılıktan çıkartılabilmesi (TMK m. 510), zina eden eşin tazminat (TMK m. 174) ve nafaka talep edememesi (TMK m. 175) gibi. Bu yaptırımlar var iken yıllarca verilen emeğin yok sayılması haksız bir yaptırımdır⁴⁰. Bunun

³⁶ Benzer çözüm önerileri için bkz. ŞIPKA, s. 75; ULUÇ, s. 1584.

³⁷ KILIÇOĞLU, Katılma, s. 146-147; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 256-257; KILIÇOĞLU, (2019), s. 347; SARI, s. 230; ÖZTAN, s. 534; ŞIPKA, s. 271; ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 460; GÜMÜŞ, s. 396; HATEMİ, s. 107; ZEYTİN, s. 310; DOĞAN/KÖROĞLU, s. 286; KÖROĞLU, s. 233-234; ÖZDOĞAN, s. 187.

³⁸ Şipka, s. 270; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 47; KILIÇOĞLU, (2019), s. 327; GÜMÜŞ, s. 396; ZEYTİN, s. 310; SARI, s. 229.

³⁹ KILIÇOĞLU, Katılma, s. 146; KILIÇOĞLU, (2019), s. 347; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 257; ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 461; ŞIPKA, s. 271-272; SARI, s. 230; ÖZDOĞAN, s. 188.

⁴⁰ KILIÇOĞLU, Katılma, s. 146; KILIÇOĞLU, (2019), s. 347; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 257; ŞIPKA, s. 271-272; ÖZDOĞAN, s. 187-188; Ayrıca yazar böyle bir düzenlemenin uygulamada, katılma alacağını engelleme kastı ile eşlerin birbirlerini zina ile suçlamasına kadar gidebileceği endişesini taşıdığını da ifade etmiştir. Bkz. s. 272, dp. 289; ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 461; SARI, s. 230; GÜMÜŞ, s. 396; HATEMİ, s. 107; ZEYTİN, s. 310; ÖZTAN, s. 534, Yazar ayrıca ilgili yerde hâkime re’sen yetki verilmesi hususunu da eleş-

yanı sıra ülkemizde erkeğin zinasının yaygın olduğu ve hali hazırda da ev işleri ile uğraşan kadınların zaten mal edinmediği dikkate alındığında, söz konusu yaptırımın kadın açısından pratik hiçbir değeri de yoktur. Zira katılma borçlusu eşe değil katılma alacaklısı eşe yaptırım düzenlenmiştir. Bu durumda katılma alacaklısı olan kocanın katılma alacağı olarak kadından talep edeceği pek bir edinilmiş mal da yoksa koca açısından katılma alacağının azaltılmış veya kaldırılmış olmasının bir yaptırım tarafı da kalmamaktadır⁴¹.

Yukarıda ifade edilen eleştirilerden öte bir husus da; mahiyeti itibariyle alacak hakkı olan katılma alacağının eşin kusurlu olup olmamasına göre azaltılması veya kaldırılması hâkim kararına da dayansa hukukun temel ilkelerine aykırı olacağıdır. Zira katılma alacağı bir tazminat değildir⁴². Ancak tazminat alacakları kusura bağlı olarak takdir edilebilir. Dolayısıyla tazminat alacağı olmayan katılma alacağının tazminat gibi görülerek azaltılması ve kaldırılması mümkün olmamalıdır. Netice olarak, mevcut düzenleme hem hakkaniyet hem de hukukun temel ilkeleri açısından kabul edilebilir bir düzenleme değildir.

VIII. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Emekli İkramesi vb. Ödemelerin Tamamının TMK m. 219/b.2 Kapsamında Edinilmiş Mal Sayılması Sorunu.

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında kanun gereği edinilmiş mal sayılan hususlardan biri de sosyal güvenlik ve yardım kuruluşları ya da çalışma gücü kaybı nedeniyle toptan ödenen tazminatlardır (TMK m. 219/b.2). Bu bağlamda sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler kapsamında emekli ikramiyesi vb. ödemeler edinilmiş mallara dâhil edilmiştir. Emekli ikramiyesi vb. ödemelerin, hak sahibi eşe ödendiği zaman dilimi esas alınarak bir bütün halinde edinilmiş mal sayılması, hak sahibi eşin haklarının zedelenmesine sebep olmaktadır. Söz konusu madde TMK m. 228/II ile dengelenmeye çalışılmıştır. Ancak kanaatimizce bu düzenleme de emekli ikramiyesi vb. ödemelerin hakkaniyetli biçimde edinilmiş mal ve kişisel mal şeklinde paylaşılması açısından yeterli bir çözüm değildir.

tirmektedir. Hükmün lehine olan görüşler için bkz. ACAR, s. 340 vd.; ÖZUĞUR, s. 83-84; ULUÇ, s. 1392.

⁴¹ KILIÇOĞLU, Katılma, s. 147; KILIÇOĞLU, (2019), s. 347-348; ÖZDOĞAN, s. 188.

⁴² Doktrinde Hatemi, konuya ilişkin olarak, alacağın temelinde “sebepsiz iktisap” düşüncesinin olduğunu ve sebepsiz iktisap alacağının da “kusur” ile ortadan kaldırılamayacağını ifade etmiştir. Bkz. HATEMİ, s. 107.

Her şeyden önce emekli ikramiyesi ve benzeri ödemelerin mutlak manada edinilmiş mal sayılması için malın karşılık verilerek⁴³ mal rejimi süresi içinde edinilmiş olması gerekir⁴⁴. Emekli ikramiyesi vb. ödemelerin; yukarıda ifade edilen iki kriteri her yönü ile sağlamadığı için nitelik olarak mutlak olarak edinilmiş mal kabul edilmesi pek mümkün görünmemektedir. Zira emekli ikramiyesi vb. ödemeler, çalışma gücünün yaş, hastalık, kaza veya benzer sebeplerle yitirilmesi sonucu, kişinin mevcut çalışmalarına karşılık her tam fiili hizmet yılı için emekli aylığına esas tutarın bir aylığı karşılığında Sosyal Güvenlik Kurumunca/Emekli Sandığına yapılan toplu bir ödemedir⁴⁵.

Örneğin, 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu m. 89'da da emekli ikramiyesi ödemelerine ilişkin şartlar düzenlenmiştir⁴⁶. Emekli Sandığı Kanunu'nda düzenlenmiş ve bu kanuna göre işleyen Emekli Sandığı da edinilmiş mallara katılma rejimi açısından niteliği itibariyle TMK m. 219/b.2'de sayılan sosyal güvenlik ve sosyal yardım kuruluşlarından biridir. Dolayısıyla Emekli Sandığı'nın yapacağı ikramiye tarzındaki ödemelerde edinilmiş mal kabul edilmektedir.

Kanaatimizce Emekli Sandığı ve benzeri kurumlarca yapılan emekli ikramiyesi vb. ödemelerin, herhangi bir ayrıma tabi tutmaksızın tamamının edinilmiş mal sayılması doğru değildir⁴⁷. Zira bu ödemeler uzun yıllar

⁴³ Bir malın edinilmiş mal sayılabilmesi için TMK m. 219 da açıkça ifade edildiği üzere o malın karşılık (emek) verilerek elde edilmiş olması gerekir. Karşılık kavramı ise eşin bir malı emek sarf ederek kazanmasını ifade eder. Bkz. ZEYTİN, s. 116 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 157; ERDEM, s. 273 vd.; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 237; KILIÇOĞLU, (2019), s. 268; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 112; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 209; ÖZTAN, s. 439 vd.; SARI, s. 138; ACAR, s. 200; ŞIPKA, s. 93; GÜMÜŞ, s. 254-255; ACABEY, s. 496-497; ŞAHAN, s. 35-39.

⁴⁴ Bu ilke de TMK m. 219/I de "*mal rejiminin devamı süresince...*" ifadesi ile açıkça ortaya konmuştur. Bkz. ACABEY, s. 506; ACAR, s. 198; ZEYTİN, s. 116; ŞIPKA, s. 92; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 156; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 209; ERDEM, s. 273; SARI, 136-137; GÜMÜŞ, s. 255; ÖZTAN, s. 436-437; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 237; KILIÇOĞLU, (2019), s. 267-268; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 112; GENÇCAN, s. 75; ŞAHAN, s. 31-35; Buna göre, eşlerden birinin mal rejimin başlamasından önce ya da bitmesinden sonra edindiği mallarda, türü ne olursa olsun diğer eş hiçbir hak sahibi olamayacaktır. ACAR, s. 197-198.

⁴⁵ Bkz. ACAR, s. 262; ULUÇ, s. 1028-1029.

⁴⁶ Emekli Sandığı ve benzer Sosyal Yardım kurumlarının yaptıkları ödemelere ilişkin bilgi ve mevzuat için bkz. HAYRAN, s. 97 vd..

⁴⁷ ACAR, s. 262-263; ULUÇ, s. 1028; Aksi yönde ZEYTİN, s. 151; ÖZUĞUR, s. 148 vd.; ÖZTAN, s. 443; ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 117; GÜMÜŞ, s. 258; ERDEM, s. 277; KILIÇOĞLU, (2019), s. 271-272; KILIÇOĞLU, Katılma, s. 132 vd.; KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 242 vd.; Bkz. Y. 8. HD., 10.07.2013 T., 2013/819 E., 2013/10821 K.; Y. 8. HD., 13.04.2016 T.,

primlerin birikmesi sonucu oluşan havuzdan geriye doğru nemalandırma suretiyle yapılan ödemelerdir. Oysa edinilmiş mal için evlilik süresince emek verilmesi aranır. Bu durumda emekli ikramiyesinin hak edilmesi için çalışma süresi evlilik birliginden önceki bir döneme denk geliyorsa, bu kısma denk gelen ikramiyenin baştan kişisel mal sayılması gerekir⁴⁸. Kişisel mal sayılan kısımdan geriye kalan kısım ise TMK m. 219/b.2 çerçevesinde edinilmiş mal sayılmalıdır. Böyle bir uygulama sonrası ortaya çıkan ikramiyeye de aynı zamanda ömür boyu irat bağlanmış olma kriterine göre paylaşım uygulanır (TMK m. 228/II)⁴⁹

Diğer yandan TMK m. 228/II'nin uygulanması da edinilmiş mallara katılma rejiminin ölüm ile sona ermesi de pratik bir sonuç vermez. Bu durumda olası yaşam süresinin hesaplanması da mümkün değildir. Çünkü artık ölüm gerçekleşmiştir. Bu durumda ileriye doğru bir hesaplama da yapılamayacaktır⁵⁰. Yine sağ kalan eş lehine aşırı bir korumacılık ve buna mukabil diğer mirasçılar aleyhine önemli bir hak kaybı söz konusu olacaktır. Emekli ikramiyesi gibi bu tarz ödemelerin mal rejiminin sona erme şekline göre farklı paylaşımını haklı kılacak bir neden de bulunmamaktadır.

Yukarıda özetlenen durumu somutlaştırmak adına emekli ikramiyesi vb ödemeleri için şöyle bir örnek verilebilir; örneğin 1960 doğumlu bir kimse 1982 yılında (22 yaş) memur olarak çalışmaya başlasa ve 1985 yılında evlense (25 yaş) ve 2012 yılında (50 yaş) emekli olsa ve emekli ikramiyesi olarak da 120.000 TL alsa ve 2015 yılında boşanmış olsa, genel eğilime göre 120.000 TL'lik emekli ikramiyesi tamamen edinilmiş mal sayılacak ve tamamı TMK m. 228/II çerçevesince olası ölüm yaşı dikkate alınarak paylaşımına konu edilecektir. Oysaki kanaatimizce TMK m. 228/II uygulanmadan önce, edinilmiş mallara katılma rejiminin başlangıç tarihinden önceki kısma tekabül eden kısım evleviyetle kesintiye uğratarak hesaplanması gerekir. Buna göre 120.000 TL'nin 30 yıllık çalışma yılına göre bölünmesiyle beraber yıla 4.000 TL ikramiye düşmektedir. Bu durumda edinilmiş mallara katılma rejimi öncesine tekabül eden 20 yıl (1982-2002 arası) için 80.000 TL'nin başlangıçta kişisel mal olarak ayrılması ve edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı

2016/5647 E., 2016/6710 K.; Y. 8. HD., 13.04.2016 T., 2016/5647 E., 2016/6710 K. (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Programı).

⁴⁸ ACAR, s. 263; ULUÇ, s. 1028

⁴⁹ ACAR, s. 263; ULUÇ, s. 1028-1029.

⁵⁰ ACAR, s. 264.

10 yıllık (2002-2012 arası) kısma tekabül eden 40.000 TL ise edinilmiş mal olarak TMK m. 228/II uyarınca olası ölüm yaşı esas alınarak ömür boyu irat bağlanma kriteri çerçevesince kişisel ve edinilmiş mal olarak paylaşımına tabi tutulması gerekir.

Söz konusu örnek bir adım daha öteye götürülecek olursa daha dramatik bir sonucun ortaya çıktığı görülecektir. Özellikle emekli ikramiyesinin elde edildiği tarihten çok kısa bir süre önce evlenilmiş olduğu durumlarda, gerek boşanma gerek ölümlü mal rejiminin sona ermesi halinde, diğer eş edinilmiş mal kapsamında ikramiye üzerinde karşılığını vererek elde etme kriteri ile hiç bağdaşmayan ölçüde hak sahibi olmuş olacaktır⁵¹. Birinci evliliğin sona ermesi sonrası ikinci evlilik yapıldığı durumlarda bu tür hadiselerle karşılaşılması her zaman için ihtimal dâhilindedir.

Sonuç

Türk Medeni Kanunu'nun mal rejimi tercihine yönelik düzenlemeleri eşlerin irade özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Zira Kanun koyucu TMK m. 202'de eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin asıl olduğunu belirterek onların yerine yasal mal rejimi tercihinde bulunmuştur. Keza aynı maddenin devamında da eşlerin seçimlik mal rejimi olarak ancak kanunda belirtilen diğer rejimlerden birini tercih edebilecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca TMK m. 203'te, eşlerin mal rejimlerinin muhtevasını kanunda yazılı sınırlar içinde değiştirebilecekleri, bunun dışında herhangi bir muhteva değişikliği yapamayacakları belirtilmiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi iş hayatında çalışan kadınlar için olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Çünkü hem çalışıp hem de ev işlerini yapan kadınların, çalışmalarının karşılığı olarak elde ettikleri malları üzerinde kocalarının katılma alacağı söz konusu olabilmektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK m. 236 gereğince çift yönlü bir tasfiye yapılması gerekirken, Yargıtay'ın mal rejiminin tasfiyesini kamu düzenine ilişkin görmeyerek hâkimin resen çift yönlü tasfiye yapmasını/ yapabilmesini imkân dâhilinde görmemesi ve çift yönlü tasfiyeyi ancak karşı tasfiye talebi veya savunma amaçlı takas talebinde çerçevesinde mümkün görmesi; mal kaçırmak isteyen eşlerin bu amacını gerçekleştirmesine fırsat vermekte ve mal kaçıran eşin alacaklıların haklarını da zedelemektedir.

⁵¹ ACAR, s. 263.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin bazı düzenlemeleri, özellikle de TMK m. 236 hükmü, eşlerin birbirlerinden mal kaçırmaları amacıyla muvazaalı devirler yapmasını teşvik eden bir düzenlemeye sahiptir. Bunu önlemek için düzenlenmiş olan TMK m. 229 ile m. 241 hükümleri de yeterli koruma sağlamaktan uzaktır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde manevi tazminatın TMK m. 230 gereğince kişisel mal kabul edilmesi diğer eşin ileride doğacak olan katılma alacağına ihlali sonucunu doğurmaktadır. Çünkü eşler sadece sevinçlerini birlikte yaşamamakta, aynı zamanda üzüntülerini de birlikte sırtlamaktadırlar. Dolayısıyla eşlerden birinin manevi ıstıraba uğramasının neticesi olarak ödenen manevi tazminatın diğerinden esirgenmesi edinilmiş mallara katılma rejiminin temel amacına hizmet etmemektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi durumunda sağ kalan eşin hem katılma alacağı elde etmesi hem de mirastan pay alması adaletsiz sonuçlara sebep olmaktadır. Çünkü bu durumun sonucunda sağ kalan eş diğer mirasçılara göre daha fazla pay alarak önemli bir avantaj elde etmektedir.

Zina ve hayata kast nedeniyle boşanma halinde kusurlu eşin edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında katılma alacağına azaltılması veya kaldırılması hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda bu tür eylemlere ilişkin olarak zina eden eşin mirasçılıktan çıkartılabilmesi (TMK m. 510), zina eden eşin tazminat (TMK m. 174) ve nafaka talep edememesi (TMK m. 175) gibi yaptırımlar bulunmaktadır. Kaldı ki katılma alacağı tazminat niteliği de taşımamaktadır. Ancak tazminat alacakları kusura bağlı olarak takdir edilebilir. Dolayısıyla tazminat alacağı olmayan katılma alacağına tazminat gibi görülerek azaltılması ve kaldırılması mümkün olmamalıdır.

Edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında emekli ikramiyesi ve bunun gibi ödemelerin (TMK m. 219/b.2) tamamının edinilmiş mal olarak kabul edilmesi, hak sahibi eşin haklarının zedelenmesine sebep olmaktadır. Zira bu tür ödemeler hak sahibi eşe ödendiği zaman dilimi esas alınarak bir bütün halinde edinilmiş mal olarak kabul edilmektedirler. Bununla birlikte bir malın edinilmiş mal olarak değerlendirilebilmesi için karşılığının verilerek ve mal rejimi süresi içinde edinilmiş olması gerekir. Emekli ikramiyeleri vb. ödemeler ise, uzun yıllar primlerin birikmesi sonucu oluşan havuzdan geriye doğru nemalandırma suretiyle yapılan ödemelerdir. Yani kişinin

mevcut çalışmalarına karşılık her tam fiili hizmet yılı için emekli aylığına esas tutarın bir aylığı karşılığında Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılan toplu bir ödemelerdir. Bu durumda emekli ikramiyesinin hak edilmesi için çalışma süresi evlilik birliğinden önceki bir döneme denk geliyorsa, bu kısma denk gelen ikramiyenin baştan kişisel mal sayılması gerekir. Kişisel mal sayılan kısımdan geriye kalan kısım ise edinilmiş mal sayılmalıdır. Böyle bir uygulama sonrası ortaya çıkan edinilmiş mala da aynı zamanda ömür boyu irat bağlanmış olma kriterine göre paylaşım uygulanır (TMK m. 228/II).

KISALTMALAR

Art.	Article
b.	bent
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bkz	Bakınız
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	Dipnot
E.	Esas
ERÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ERÜHFSD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
İHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İNÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar
m.	Madde
MÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
s.	Sayfa
T.	Tarih

TBB Dergisi Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TCC Turkish Civil Code

TMK Türk Medeni Kanunu

vb. ve bunun gibi

vd. ve devamı

Y. Yargıtay

KAYNAKÇA

ACABEY, Mehmet Beşir: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları –İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, **DEÜHFD**, Prof.Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Yıl 2007, Cilt 9, Özel Sayı, s. 491-534.

ACAR, Faruk: **Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

AKBULUT, Pakize Ezgi: “Mal Rejimi Sözleşmesinin Niteliği ve Geçerlilik Şartları”, **ERÜHFSD**, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-26.

AKÇİN, Fahri: “Mal Rejiminin Tasfiyesi Davalarında Yargıtay Uygulamaları”, **ERÜHFSD**, Cilt 1, Sayı 1, s. 155-162.

ATEŞ, Derya: “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **TBB Dergisi**, Yıl 2007, Sayı 72, s. 75-93.

AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: **Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 2. Cilt**, 21. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

AYBAY, M. Erdem: “Almanya Federal Mahkemesinin Evlilik Sözleşmelerinin İçerik Denetimi ile İlgili Bir Kararının Çevirisi ve Değerlendirmesi”, **MÜHFD**, Yıl 2007, Sayı 1, s.343-370.

ÇEKİN, Mesut Serdar: “Kişisel ve Edinilmiş Mal Ayrımı”, **Aile Hukukundaki Hak İhlallerinin Tespiti ve Çözüm Önerileri Çalıştayı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 127-131.

DOĞAN, Murat/ KÖROĞLU, Emre: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağıın Niteliği”, **ERÜHFSD**, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 1, s.

281-298.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.

ERDEM, Mehmet: **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

ERMAN, Hasan: “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İÜHF**, Cilt XXXVIII, Sayı 1-4, s. 601-620.

ERTAŞ, Şeref: “Edinilmiş Mal Rejiminin Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı”, **İÜHF**, Cilt LXXI, Sayı 1, s. 1365-1368.

GENÇCAN, Ömer Uğur: **Mal Rejimleri**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

HAYRAN, Burhan: **Mal Rejimleri Şerhi**, Asil Yayınları, Ankara 2004.

HATEMİ, Hüseyin: **Aile Hukuku**, 7. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Aile Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: 2019).

KILIÇOĞLU, Ahmet: **Katkı-Katılma Alacağı**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Katılma).

KILIÇOĞLU, Ahmet: **Medenî Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Yenilikler).

KÖROĞLU, Emre: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)”, **ERÜHFD**, Yıl 2016, Cilt 11, Sayı 1, s. 229-251.

ÖZDOĞAN, Ayça: “Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Yargıtay Uygulamaları”, **ERÜHFD**, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 163-191.

ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: **Mal Rejimleri**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

SARI, Suat: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.

- ŞAHAN, Gökhan: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar”, **ERÜHFSD**, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 27-56.
- ŞIPKA, Şükran: **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2011.
- ŞIPKA, Şükran/ ÖZDOĞAN, Ayça: **Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları**, 2. Bası, On İki Levha Yayınevi, İstanbul 2017.
- TUNCER KAZANCI, İdil: Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma ile Alacaklılardan Mal Kaçırmalarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu, **İNÜHFD**, Yıl 2015, Cilt 6, Sayı 2, s. 401-423.
- ULUÇ, Yusuf: **Mal Rejimleri ve Tasfiyesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- ÜNAL, Akın: **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ile Miras Hukuku Arasındaki İlişki”, **ERÜHFSD**, Yıl 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 237-261.
- ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

TİCARET HUKUKU AÇISINDAN ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI NİTELENDİRMESİ*

Hasan KARSLIOĞLU**

ÖZ

Türk hukuku uygulamasında şirketler, hesap dönemi sonunda kâr elde etmiş ise, bu kâr Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm altına alınan kurallara uyulmak suretiyle pay sahiplerine “kâr dağıtımı” adı altında dağıtılabilmektedir. Ancak pay sahiplerine hesap dönemi sonunda kâr dağıtılması halinde şirket açısından bazı vergisel sonuçlar doğar. Bu vergisel sonuçlardan kaçınmak için şirketler ortaklarına kârlarını başka adlar altında vergisiz dağıtma yollarını zorlamaktadırlar. Bu zorlamanın bir sonucu olarak; vergi güvenliğinin sağlanabilmesi amacı ile örtülü kâr dağıtımı müessesesi Türk hukukunda Kurumlar Vergisi Kanunu'nda (KVK) düzenleme altına alınmıştır. Ancak, pay sahiplerine yapılan bir ödeme için kâr payı nitelendirmesi yapıldığında, konunun yalnızca vergi hukuku açısından değil, ticaret hukuku açısından da ele alınması zarureti vardır. Çünkü kâr payının; şirket, ilgili pay sahipleri, diğer pay sahipleri ve vergi idaresi olmak üzere en az dört tarafı bulunmaktadır. Fakat KVK'ya göre yapılan örtülü kâr dağıtımı tespitlerinde dikkate alınan yalnızca vergi idaresi olup diğer taraflar tamamen göz ardı edilmektedir. Buna göre çalışmamızda, tamamen vergi güvenliğinin sağlanması saikiyle yapılan “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinin, hukukun temel ilkeleri ile ticaret hukuku açısından uygun bir nitelendirme olup olmadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler : Kâr Dağıtımı, Örtülü Kâr, Örtülü Sermaye, İlişkili Kişi, Emsale Uygunluk

QUALIFICATION OF DISTRIBUTION OF DIVIDEND IN JOINT STOCK COMPANIES IN ACCORDANCE WITH THE TURKISH COMMERCIAL LAW

ABSTRACT

In companies which made a profit in the end of the fiscal year, profit is distributed among shareholders under the name of “distribution of dividend to the shareholders” in Turkish Law practice. Profit is distributed to shareholders by following the rules

* İşbu makale, tarafımdan Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümündeki doktora programı esnasında hazırlanan ve 17.04.2015 tarihinde oybirliği ile başarılı bulunan ve Adalet Yayınevinde aynı isimle kitap olarak yayımlanan “Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı” isimli doktora tezinden türetilmiştir.

** **Av. Dr.**, Sistem Global Danışmanlık A.Ş.
e-posta: hasan.karslioglu@sistemhukuk.com
ORCID: 0000-0002-3872-9986
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637933

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 28/08/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 21/10/2019

stipulated in Turkish Commercial Code. However, if shareholders are given profits at the end of the fiscal year, some tax results arise for the company. To avoid these tax-related issues, companies attempt to distribute profit under other names. To prevent this, disguised profit distribution has been regulated in the Corporate Tax Law to ensure tax security. But, to define a payment made to shareholders as a dividend, addressing the subject in pursuant of Commercial Law is necessary. Because a dividend has at least four sides; the corporation, relevant shareholders, other shareholders and tax administration. But in Corporate Tax Law, regulations concerning disguised profit distribution are oriented towards only on the tax administration and ignores all other parties. Therefore, in this study, we analyzed the definition of disguised profit distribution which was regulated with the sole purpose of ensuring tax security.

Key Words : *Distribution of dividend, Disguised Profit, Disguised Capital, Relevant Party, Concurrently with Precedence*

GİRİŞ

Bilindiği üzere sermaye şirketleri kâr elde etmeyi ve elde edilen kârı da pay sahiplerine dağıtmayı amaçlamaktadır. Buna göre de kâr payı hakkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (“TTK”) uyarınca pay sahiplerinin en temel haklarından bir tanesini oluşturmaktadır. Bu kapsamda şirket, hesap dönemi sonunda kâr elde etmiş ise, bu kâr TTK’da hüküm altına alınan kurallara uyulmak suretiyle pay sahiplerine dağıtılabilmektedir. Ancak pay sahiplerine hesap dönemi sonunda kâr dağıtılması halinde şirket açısından bazı vergisel sonuçlar doğar. Bu vergisel sonuçlardan kaçınmak için şirketler, kâr payı dağıtmak yerine başka işlemler ile mali yapılarını korumaya yönelmektedir. Bu yönelimin bir sonucu olarak; vergi güvenliğinin sağlanabilmesi amacı ile örtülü kâr dağıtımı müessesesi Türk hukukunda düzenleme altına alınmıştır.

Örtülü kâr dağıtımı, genellikle vergi hukukçuları ve daha çok vergi uzmanları tarafından ele alınan bir konu olup; bu konu şimdiye kadar kâr payının temel unsurlarının düzenlendiği ticaret hukuku açısından detaylı olarak incelenmemiştir. Bu nedenle hem vergi kanunları hem de TTK kapsamında, kâr dağıtımının hangi hallerde örtülü olduğunun ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir.

Örtülü kâr dağıtımı müessesesi temel olarak 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda² (“KVK”) düzenlenmiştir. Örtülü kâr dağıtımı Türk

¹ RG. 14.02.2011, S. 27846.

² RG. 21.06.2006, S. 26205.

hukukunda, özellikle KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenen “*Örtülü Sermaye*” ve 13'üncü maddesinde düzenlenen “*Örtülü Kazanç Dağıtımı*” nitelendirmelerine bağlanan bir sonuç olarak ele alınmıştır. Bu düzenlemelere göre ilk olarak; bir şirketin, pay sahiplerine veya ilişkili kişilere sağladığı haksız menfaatler, emsallere uygunluk ilkesine aykırı ise bu haksız menfaatler için örtülü kâr dağıtımı nitelendirilmesi yapılması gerektiği **ifade edilmiştir**. Bunun yanında ikinci olarak; şirketin pay sahiplerinden veya ilişkili kişilerden aldıkları belli şartlardaki borçlar da örtülü sermaye olarak nitelendirilmektedir.

Ancak, pay sahiplerine veya şirketle ilişkili kişilere yapılan bir ödeme için kâr payı nitelendirmesi yapıldığında, konunun ticaret hukuku açısından da ele alınması zarureti hâsıl olmuştur. Çünkü kâr payının; şirket, ilgili pay sahipleri, diğer pay sahipleri ve vergi idaresi olmak üzere en az dört tarafı bulunmaktadır. Tarafımızca, şimdye kadar örtülü kâr dağıtımı incelemelerinde, konunun yalnızca şirket ve vergi idaresinden oluşan iki tarafının ele alındığı tespit edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda, örtülü kâr dağıtımının, diğer taraflar üzerindeki etkileri de incelenecektir.

Ayrıca, KVK'da örtülü sermaye veya örtülü kazanç aktarımı halinde yapılan örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi, TTK'daki kâr dağıtımı müessesesi ile çelişmektedir. Şöyle ki; TTK kapsamında kâr dağıtımı yapılabilmesi için öncelikle şirketin kâr elde etmiş olması, söz konusu kârdan kanuni yedek akçelerin ayrılması ve bunun üzerine alınacak bir genel kurul kararı ile pay sahiplerine sermayeye katılım oranlarına göre söz konusu kârın dağıtılması gerekmektedir. Ancak KVK'nın vergi güvenliğinin sağlanması amacı ile ihdas ettiği örtülü kâr dağıtımının tespiti halinde TTK'da düzenlenen kâr dağıtımı kurumuna tamamen aykırı bir nitelendirme yapılmış olmaktadır. Her ne kadar, KVK anlamında örtülü kazanç aktarımı ve/veya örtülü sermaye tespiti halinde vergi idaresi söz konusu haksız işlemi bir kâr dağıtımı olarak nitelendirerek, bu dağıtımdan payını (vergisini) almayı amaçlamış olsa da, kâr dağıtımı nitelendirmesinin diğer pay sahipleri, şirket alacaklıları ve hatta şirket çalışanları nezdinde eşitsizliğe yol açacağı ve sonucunda hukuka aykırı bir işlem ortaya çıkacağı göz ardı edildiği değerlendirilmiştir.

Buna göre çalışmamızda, tamamen vergi güvenliğinin sağlanması saikiyle yapılan “*örtülü kâr dağıtımı*” nitelendirmesinin, hukukun temel ilkeleri ile ticaret hukuku açısından uygun bir nitelendirme olup olmadığı incelenecektir. Ayrıca KVK'daki “*örtülü kâr dağıtımı*” nitelendirmesi yerine başka bir nitelendirme yapılarak TTK ile KVK arasındaki çelişkinin giderilmesi gerektiğinin de altı çizilmiştir. Ancak elbette ki; ilişkili bir kişi lehine *örtülü*

kâr dağıtımı yapıldığının tespit edilmesi ile, bu durumun diğer ilgililer (şirket, alacaklılar ve diğer pay sahipleri) aleyhine bir durum olduğu sonucu da doğal olarak ortaya çıkacaktır. İşte bu şekilde diğer ilgili kişilerin açıkça zararına sebep olan eylem veya işlemlerin tespiti halinde; vergi kanunları dışındaki diğer kanunların da hilafına bir işlem yapılmakta ve bu kanunsuz işlemler sonucunda şirket, alacaklılar veya diğer pay sahipleri doğrudan veya dolaylı olarak zarar etmektedir. Her ne kadar hukukumuzda vergi güvenliği amacıyla KVK'ya göre *örtülü* kâr dağıtımı tespit, yapılırsa da, bu tespitin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu³ (“**TMK**”), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁴ (“**TBK**”) ve TTK açısından yarattığı sonuçlara da değinmek gerekmektedir.

Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle kâr ve kâr payı kavramları açıklanacak, ardından KVK'da düzenleme bulan örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye kavramları ile ilişkili kişi ve emsallere uygunluk ilkesi açıklanacaktır. Sonrasında, KVK'nın örtülü kâr dağıtımına ilişkin düzenlemeleri ile TTK'nın kâr dağıtımına ilişkin hükümleri karşılaştırılacak ve konu TTK'nın temel ilkeleri ışığında detayları ile ele alınacaktır.

Örtülü kâr dağıtımı tespiti sonucunda, ilişkili kişi lehine bir işlem yapıldığı da doğrudan tespit edildiği için, bunun sonucunda ilişkili kişi dışındaki şirket, alacaklılar veya diğer pay sahiplerinde oluşan zararların da hukuk ve hakkaniyet gereği telafi edilmesi gerekmektedir. Buna göre çalışmamızda, bu zararlar ve zararların telafi edilmesi hususu da ayrı bir başlıkta ele alınacaktır. Bunun yanında, konu öncelikle TTK ve TMK açısından değerlendirilecek olup uygulamada daha çok kullanılmasını önerdiğimiz “*Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisine*” de bu bölümde kısaca değinilecektir. Devamında örtülü kâr dağıtımını yapan veya buna katılan yöneticilerin TTK açısından sorumlulukları da ele alınarak, TTK'nın “*Yöneticilerin Sorumluluğu*” konusunda getirdiği yenilik veya değişikliklere de değinilecektir.

I. KÂR PAYI VE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI İLİŞKİSİ

A. KÂR VE KÂR PAYININ TANIMLANMASI

1. Kâr Kavramı

Sözlük anlamı olarak kâr, “*alışveriş işlerinin sağladığı para kazancı, maliyet fiyatı ile satış fiyatı arasındaki fark*”⁵ olarak tanımlanmaktadır. 193

³ RG: 08.12.2001; S. 24607

⁴ RG: 04.02.2011; S. 27836.

⁵ <http://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.07.2019)

sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun ("GVK")⁶ 38'inci maddesinde ise kâr; *"teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet fark"* olarak tanımlanmıştır. Ticaret hukuku bakımından kâr ise; *"yıllık hesap dönemi içinde ticari işletmenin gerçekleştirdiği iktisadi faaliyetler sonucunda, o yılın kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi vermesi ile pay sahiplerine dağıtılmaya ayrılan tutar"*⁷ olarak tanımlanabilecektir. Zira TTK kârı tanımlarken üçüncü kişilerin hak ve çıkarlarını, vergi kanunları ise kârdan alınan vergi üzerinde yoğunlaşarak kârın tanımını yapmaktadır. Farklı tanımlamalara tabi tutulabilmekle beraber, genel olarak sermaye şirketleri bakımından dağıtılacak kâr, ticaret hukuku ilkelerine göre tespit edilen kârdır⁸.

2. Kâr Payı

Anonim şirketlerin nihai amacı kâr elde etmektir. Kâr elde etme gayesi ile de şirketler buna yönelik faaliyetler göstermektedir. Bu kapsamda da şirketin, yönetim kurulu ve genel kurul dâhil tüm organları kâr elde etme amacına ulaşmak için çaba gösterir ve kararlar bu doğrultuda alınır. Şirketin elde ettiği kârın da ortaklara dağıtılması hedeflenir.

Her ne kadar TTK'nın ilgili maddelerinde kâr payı tanımına yer verilmemiş olsa da Kâr Payı Tebliği'nin⁹ 3'üncü maddesinin I-e bendinde; *"Net dönem kârı veya kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynaklar üzerinden ortaklara ve kâra katılan diğer kimselere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutar"* denilmek suretiyle kâr payı tanımına yer verilmiştir¹⁰.

Ayrıca, doktrinde birçok yazar tarafından da tanımı yapılan kâr payı, en önemli mali hak ve ortaklar tarafından şirkete ödenen sermayenin bir semeresi¹¹ olarak nitelendirilmektedir.

Buna göre; ortakların en temel malvarlığı hakkı kâr payı hakkı olup; bu hak ortaklar açısından vazgeçilemez bir haktır¹². TTK'nın 508'inci maddesine göre esas itibarıyla pay sahibi bu hakkını, sermaye payı için şirkete yaptığı

⁶ RG. 06.01.1961, S. 10700.

⁷ İMREGÜN, s. 290-291; KARSLIOĞLU, s. 40.

⁸ KARSLIOĞLU, s. 41.

⁹ RG. 23.01.2014, S. 28891.

¹⁰ CANÖZÜ, s. 23.

¹¹ BAHTİYAR, s. 295.

¹² TEKİNALP(POROY /ÇAMOĞLU), s. 696.

ödemelerle orantılı olarak, bir başka anlatımla sermayeye katılım oranına göre almaktadır.

Diğer yandan kâr payı kavramı TTK'da düzenlenmiş bir müessese olup, ortaklara dağıtılabilmesi için TTK'da sayılan koşulların gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda "*kâr payı hakkı*" genel olarak faaliyet yılı sonunda dağıtmaya tahsis edilmiş net dönem kârının varlığı halinde, genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre kârın dağıtılmasına karar vermesi, pay sahiplerinin esas sermayedeki payları oranında talep etmesi mümkün olan alacak haklarıdır. Bir başka ifadeyle kâr payı, hesap dönemi sonunda dağıtılabılır bir kârın olması halinde, şirkete koymuş oldukları sermaye payı karşılığında pay sahiplerine ödenecek paradır¹³.

Yıllık bilançooya göre belirlenen kâr payından sadece pay sahipleri değil, aynı zamanda yönetim kurulu üyeleri, intifa hakkı sahipleri, kurucu ortaklar ve şirket çalışanları gibi birçok kişi de "*dağıtmaya tahsis edilen kâra*" katılabilmektedir¹⁴.

Kâr payının pay sahibinin vazgeçilmez haklarından biri olması nedeniyle, ancak esas sözleşmeye konulacak hükümler ve TTK'nın 523'üncü maddesinde gösterilen istisnai nedenlerin varlığının ispatı halinde şirket kâr dağıtmaktan kaçınabilecektir. Şirketin elde ettiği kârı, pay sahiplerine dağıtması gerekse de bu kârın tamamının pay sahiplerine dağıtılması da düşünülemez. Zira şirketler ticari hayatın olağan risklerine, ileride karşılaşılabilecek muhtemel tehlikelere karşı basiretli tacir gibi davranarak içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki çevreye ve ileriye dönük planlarına göre kâr dağıtım politikası oluştururlar. Bu kapsamda TTK'da pay sahiplerine kâr payı dağıtılabilmesi için belli başlı koşullar düzenlenmiş olup; şirket bu koşulları gerçekleştirmeden pay sahiplerine kâr payı dağıtamaz.

B. ÖRTÜLÜ KÂR İLE ÖRTÜLÜ KAZANÇ/SERMAYE İLİŞKİSİ

Genel bir anlatımla KVK'da örtülü kâr kavramı; örtülü kazanç dağıtımı veya örtülü sermaye tespiti sonrası ortaya çıkan vergilendirilmemiş haksız menfaatler için kullanılan bir tanımlama olarak ifade edilebilecek olup; konuya ilişkin detaylı bilgiye çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir. Şirketle ilişkili kişi veya kişilere kanuna uygun olmayan şekilde, vergi kaçırmak amacıyla yapılan, haksız menfaat aktarımı sonrası ortaya

¹³ KARSLIOĞLU, s. 51-52.

¹⁴ PULAŞLI, s. 616.

çıkan bu haksız menfaat için “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesi yapılmıştır (KVK m. 13). Buna ek olarak şirketlerin ilişkili kişilerden, sermayelerine göre belli oranların üzerinde aldıkları borçlar için ödenen faiz vb. ödemeler de ilişkili kişi açısından bir “örtülü kâr dağıtımı” sayılarak buna göre vergilendirilmiştir (KVK m. 12). Burada şunu ifade edelim ki; çalışmamızda “örtülü kâr” kavramı KVK’deki düzenlemeyi karşılayacak şekilde kullanılmış olup, devlet dışındaki diğer ilgili kişilerin de (şirket, pay sahibi, alacaklılar) zararına olabilecek şekilde, ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaat olarak tanımlayabileceğimiz “örtülü kazanç” kavramı, KVK’deki “örtülü kâr” kavramından farklıdır. Esasından KVK’da tanımlandığı üzere “örtülü kâr” ancak iki durumda söz konusu olabilir:

1. İlişkili kişilere sağlanan haksız menfaatler sonrasında o ilgili kişi bünyesinde oluşan haksız menfaat hali,
2. İlişkili kişi ile haksız borç alışverişi sonrasında yine ilişkili kişi nezdinde oluşan kasız menfaat hali,

Bu durumların tek başına gerçekleşmesi KVK kapsamında “örtülü kâr” tespiti için yeterli olmayıp bunun yanında ilişkili kişilerde ve ebetteki şirket yönetiminde “vergi kaçırma, vergiyi aşındırma, vergisiz kazanç elde etme” niyetinin de (sübjektif unsur) varlığı zaruridir¹⁵.

Dolayısıyla bizler de çalışmamızda KVK’da tanımlanan örtülü kâr kavramından hareketle bu ifadeyi kanuna uygun kullanmaya ve esasında yapılan bu nitelendirmenin TTK’ya uygun bir nitelendirme olmadığını ifade etmeye gayret ettik. Çalışmamızda aynı zamanda bu nitelendirme yerine “örtülü kazanç dağıtımı” şeklinde bir nitelendirme yapmanın “kâr dağıtımı” konusunun TTK’da düzenlenmiş olması ve kanunda bunun çok sıkı şekil şartlarına bağlı olması gibi nedenlerle daha uygun olacağını da gerekçeleri ile açıklamaya çalıştık. Bunu yaparken ortaya çıkan “örtülü kazanç” konusunun da genellikle KVK ve vergi uygulamaları açısından ele alındığını tespit ettik.

Şirketleri yönetenler açısından elbette vergi vermek ve işlemlerini vergi kanunlarına uygun yapmak temel bir görevdir. Ancak bunun yanında şirket yöneticilerinin; hem TMK’dan hem TTK’dan ve diğer ilgili düzenlemeler ile bunlarında ötesinde hukukun temel ilkelerinden kaynaklanan öncelikli ve temel görevleri de vardır. Bunların başında şirketi yönetirken bu düzenlemelere uygun davranarak şirketin, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının haklarının

¹⁵ Örtülü kar dağıtımında sübjektif unsurun açıklaması için bkz: KARSLIOĞLU, s. 195.

korunması ve bunların zararlarına sebebiyet verecek iş ve işlemlerden uzak durmak gelmektedir. Çalışmamızın devamında açıklandığı üzere; KVK kapsamında bir “örtülü kâr dağıtımı” tespiti yapıldığında vergi idaresi kendi zararını, şirketten vergi ve ceza uygulaması yaparak karşılamaktadır. Ancak bu durumda elbette yapılmış olan haksız menfaat dağıtımından etkilenerek doğrudan veya dolaylı zarar etmiş diğer ilgili kişilerin (şirket, diğer pay sahipleri veya alacaklılar) var olması da yüksek ihtimaldir. İşte bu durumda devlet dışındaki ilgili kişilerin zararları ne olacak ve bu zararlar nasıl telafi edilecektir?

Tüm bu gerekçelerle bizler uygulamada sıkça karşılaştığımız şekilde, şirketlerin malvarlığının hukuksuz ve haksız bir şekilde şirket dışına kaçırılarak, şirket alacaklılarının hatta diğer pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi, buna ek olarak; hâkim ortağın veya yöneticilerin diğer pay sahiplerinin haklarını ihlal edilebilecek muvazaalı veya peçelenmiş¹⁶ işlemler yaparak “eşit işlem ilkesine” aykırı eylemleri veya işlemleri ile diğer pay sahiplerinin açıkça zararlarına sebep oldukları durumların da “örtülü kazanç” olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla ister KVK kapsamında örtülü kâr dağıtımına konu işlemler sonucu ortaya çıksın, isterse vergi kapsamı dışında ortaya çıksın; şirket, pay sahipleri veya alacaklıların zararları sonucunu doğuran ve muvazaalı veya peçelenmiş bir işlemi/ eylemi genel olarak “örtülü kazanç” olarak tanımlamanın isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu tanımlamayı yapmanın asıl amacı, ilgili kişiler nezdinde ortaya çıkan zararın kanuni düzenlemeler ile tazmin edilmesinin sağlanması olduğundan, bu tanımlamanın daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Aşağıda KVK kapsamında “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinin kanaatimizce hatalı olduğu nedenleri ile birlikte açıklanacaktır.

1. Genel Olarak Örtülü Kâr

Örtülü kâr müessesesi hukukumuzda net bir şekilde tanımlanmış bir kavram değildir. Genel bir ifade ile örtülü kâr; “*sermaye şirketlerinin, vergi kaçırmak ve/veya şirketle ilişkili kişilere haksız menfaat sağlamak amacıyla, örtülü sermaye kullanarak veya ilişkili kişilere örtülü kazanç aktararak, şirket açısından haksız ve hukuksuz bir şekilde matrahtan indirilecek bir gider oluşturulması veya ilişkili kişi açısından haksız bir menfaat temini elde edilmesi hali*” olarak tanımlanabilir¹⁷.

¹⁶ Muvazaa ve Peçeleme kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: KARSLIOĞLU, s. 124-137; Ayrıca, muvazaa ile ilgili bkz: KILIÇOĞLU, s. 240 vd.

¹⁷ KARSLIOĞLU, s. 107-108.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, örtülü kâr kavramı, ilişkili kişilere örtülü sermaye aktarılması veya örtülü kazanç sağlanması hallerinde ortaya çıkmaktadır. KVK kapsamında örtülü kazanç elde eden pay sahibi/ ilişkili kişiye ödenen bahse konu kazanç, örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirmenin amacı temelde vergi güvenliğinin sağlanmasıdır. Vergi güvenliğinin sağlanması ve şirketlerin veya gerçek kişilerin vergi kaçırmalarının önlenmesi amacıyla, bir perdeleme işlemiyle, esasında pay sahibine haksız (vergisiz) kazanç sağlanmış olmasının bir yaptırıma bağlanması elbette vergi hukuku açısından bir gerekliliktir. Ancak bu haksız kazancın vergilendirilmesi amacıyla, bahse konu kazancın “örtülü kâr” olduğu yönünde bir tespit yaparak, bu kazancın yalnızca vergisini tahsil etmek için böyle bir nitelendirme yapmanın ticaret hukuku açısından yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Bu nedenle çalışmamızda, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin, ticaret hukuku açısından sebep olduğu sorunlar ortaya konulmaya ve bu sorunlar ticaret hukukunun temel ilkeleri ışığında çözümlenmeye çalışılacaktır. Ancak, konunun takdimine geçmeden önce örtülü kâr dağıtımının mevcut olduğu durumlarda gündeme gelebilecek örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye müesseselerinin de açıklanması gerektiği değerlendirilmiştir.

2. Örtülü Kazanç Dağıtımı Kavramı

Örtülü kazanç dağıtımı, şirketlerin pay sahipleri veya ilişkili kişilere, vergilendirme işlemine tabi olmayacak şekilde, bu asıl niyeti peçeleyerek emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak yaptıkları haksız kazanç aktarımlarıdır. Örtülü kazanç aktarımında, şirketler tarafından ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde (yüksek alım ve/veya düşük satım vb.) işlem yapılması yoluyla, şirket yasal zorunlulukları yerine getirmeksizin kazancı dağıtmayı amaçlamaktadır. Bu haksız kazanç aktarımları da KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

KVK'nın 13'üncü maddesinde; “Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen **transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır**” denilmek suretiyle örtülü kazanç kavramının tanımı yapılmıştır. Aynı maddenin 6'ncı fıkrasında; “**Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son**

günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır...” hükmü bulunmaktadır.

Tanımdan görülebileceği üzere, ilişkili kişilere emsallere göre daha düşük faizle veya faizsiz borç verilmesi, ilişkili kişilerden emsallere göre daha yüksek faizle borç alınması¹⁸, satılacak bir malvarlığı unsurunun emsallere göre daha düşük bir bedelle satılması ya da alımı gerçekleştirilecek bir değer emsallere göre daha yüksek bir bedelden satın alınması gibi uygulamalar KVK’ya göre örtülü kazanç aktarımı sayılacaktır.

Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde görülebileceği üzere, şirketin pay sahibi veya ilişkili kişiyle girdiği ticari ilişkide bu kişilere emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde sağladığı bu haksız menfaatlerin örtülü kazanç dağıtımı sayılmasının hukuk zemininde yarattığı bir sonuç vardır. Bu sonuç “Örtülü Kâr Dağıtımı” nitelendirmesidir. Bu kapsamda, şirketlerin ilişkili kişilere emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak sağladığı haksız menfaatler pay sahibine veya ilişkili kişiye sağlanmış örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla örtülü kazanç dağıtımının sonucu örtülü kâr dağıtımıdır.

3. Örtülü Sermaye Kavramı

Bilindiği üzere, pay sahiplerinin birinci ve en önemli yükümlülüğü, şirkete sermaye koyma borcudur. TTK’nın 332 ve 344’üncü maddelerine ve diğer ilgili hükümlerine göre, pay sahipleri, sermaye taahhüt eder ve şirket esas sözleşmesinde belirlenen sürede sermaye taahhüt yükümlülüğünü yerine getirirler. Şirket de ödenen bu sermaye ile faaliyetlerini sürdürmeye devam eder. Ancak, sermaye pay sahibi tarafından şirkete ödendiği anda, artık bu sermayenin tasarruf yetkisi şirkete geçmektedir. Pay sahiplerine söz konusu sermayenin iadesi ancak çok istisnai hallerde mümkün olmaktadır¹⁹. Dolayısıyla, pay sahipleri kişisel menfaatlerini düşünerek ve kâr elde etme gayesiyle, sermaye yerine şirkete borç vermek suretiyle, hem ödemeleri gereken sermaye tutarını azaltmak, hem de bu para üzerinde tasarruf yetkilerini kaybetmemek için, hukuksuz da olsa, örtülü sermaye uygulamasını tercih edebilmektedir. Bu şekilde pay sahipleri, hem şirketten kâr alma işlemini vergisiz yapabilmeyi hem de borç verdikleri bedelin üzerine faiz vb. menfaatler alarak gelirlerini artırmayı hedeflemektedirler. Nitekim elde edilen haksız menfaat de örtülü sermaye olarak nitelendirilmektedir.

¹⁸ GÜCENME GENÇOĞLU/ERTAN, s.88.

¹⁹ ÇAĞLAR, s. 98-100.

Örtülü sermaye KVK'nın 12'nci maddesinde; “Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin 7'nci fıkrasında da; “...[G]erek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla **dağıtılmış kâr payı** veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır...” hükmü bulunmaktadır.

Örtülü sermaye hakkında yukarıda yapılan tanıma ek olarak Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)²⁰'nin (“**Tebliğ**”) 12.1.6'ncı maddesi uyarınca “... [B]u kısma ilişkin faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin, Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasında gider kabul edilmemesi ...” düzenlemesi yer almaktadır. Örtülü kazanç aktarımında olduğu gibi, örtülü sermayede de idare, vergi aşındırıldığını (kaçırıldığını) kabul ederek, ilişkili kişiye örtülü sermaye (sermayenin üç katını aşan borç) için ödenen faizi örtülü kar dağıtımı olarak nitelendirmekte olup, böylelikle eksik vergiyi tahakkuk ettirmeyi amaçlamaktadır.

Görülebileceği üzere şirketin ve ilişkili kişilerin birlikte yürüttüğü örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye işlemleri çoğunlukla şirketin vergisel yükümlülüklerinin en aza indirilmesi veya vergiden kaçınılması amacıyla yapılmaktadır. Borç almak/vermek, alım/satım yapmak, faiz ödemek vb. tüm işlemler esasında bir peçeleme olup, bu ve benzeri işlemlerde taraflar yalnızca bir görüntü yaratmak adına bir işlem yapma gayesi içerisindeyler. Dolayısıyla peçeleme işleminin arkasında saklı olan esas işlem, ilişkili kişiye haksız menfaat sağlamak olduğu için, bunun tespiti halinde KVK açısından bu menfaatler örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmektedir.

Örtülü kazanç aktarımında ilişkili kişi ile emsallere aykırı bir işlem yapılyorken; örtülü sermayede ise ilişkili kişiden öz sermayenin üç katını aşan tutarda borç alınmaktadır. Örtülü sermaye ile alınan borç kapsamında ilişkili kişiye faiz vb. ödemeler yapılmaktadır. Ancak yukarıda izah edildiği üzere her ikisinde de asıl amaç ilişkili kişiye vergisiz menfaat sağlamaktır.

4. İlişkili Kişi Kavramı ve Emsallere Uygunluk İlkesinin Açıklanması

Örtülü kâr nitelendirmesi, örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespitinin bir sonucudur. Dolayısıyla bir örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi

²⁰ RG. 03.04.2007, S. 26482.

yapılmışsa, muhakkak ya bir örtülü kazanç ya da bir örtülü sermaye tespiti yapılmış olmalı ki, bunların sonucu olan haksız menfaate KVK kapsamında örtülü kâr denebilsin. Örtülü kâr tespiti yapılabilmesi için her iki durumda da haksız menfaat ancak ilişkili kişiye yapılmalı ve emsallere uygunluk ilkesine aykırı olmalıdır.

a. İlişkili Kişi Kavramı

Tebliğ'in 13.1'inci maddesinde; ilişkili kişi; "... Kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları" olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca örtülü sermaye uygulaması kapsamında ortakla ilişkili kişi tanımı da KVK'nın 12'nci maddesinde yapılmıştır. Buna göre; "*Ortakla ilişkili kişi, ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az % 10 oranında ortağı olduğu veya en az bu oranda oy veya kâr payı hakkına sahip olduğu bir kurumu ya da doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurum*" denilmek suretiyle örtülü sermaye uygulamasında pay sahibiyle ilişkili kişinin sınırları çizilmiştir.

Buna göre; bir örnek üzerinden ilişkili kişilerin kimler olduğu açıklanacak olur ise, bir (A) gerçek kişinin aynı zamanda (ABC) Anonim Şirketi'ne en az %10 ortak olduğu durumda, (A) gerçek kişisi ile (ABC) Anonim Şirketi ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Benzer şekilde, (A) gerçek kişisi ile (ABC) Anonim Şirketi'nin diğer ortakları da Tebliğ²¹'de yer alan tanım gereği (bunlar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir) ilişkili kişi kapsamına girmektedir²².

b. Emsallere Uygunluk İlkesi

Tebliğ'in 13.1'inci maddesinin devamında, emsallere uygunluk ilkesi tanımı yapılmış olup; buna göre, "... İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir

²¹ Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1), RG. 03.04.2007, S. 26482.

²² KARA/CAN, s. 29.

ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade etmektedir”.

Benzer şekilde KVK'nın 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında; *“Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder”* hükmü bulunmaktadır. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, şirketlerin ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine göre tespit ettikleri fiyat ya da bedel üzerinden mal ya da hizmet alışverişi yapmaları halinde, örtülü kazanç dağıtımı gerçekleşmemiş olacaktır. Şirketlerin ilişkili kişilerle yaptıkları alışverişler sonucunda elde edilen kazancın örtülü kazanç olarak nitelendirilebilmesi için hem ilişkili kişi ile yapılması hem de emsallere uygunluk ilkesine aykırı davranılması gerekmektedir²³. Aksi takdirde KVK ve vergi mevzuatı anlamında örtülü kârdan bahsedilemeyecektir²⁴.

II. ÖRTÜLÜ KÂR NİTELENDİRMESİNİN TÜRK TİCARET HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. GENEL OLARAK

Yukarıda açıklandığı üzere, kâr payı kavramı, TTK'da düzenlenmiş bir müessese olup, TTK'daki şartları yerine getirmeyen şirketler pay sahiplerine kâr payı dağıtamaz. Ayrıca pay sahibinin kâr payı hakkı, pay sahibi açısından ancak genel kurul tarafından kârın dağıtılması kararı verilmesi halinde şartsız ve talep edilebilir bir alacak haline gelir²⁵. Bu kapsamda, yukarıda açıklanan, örtülü kazanç dağıtımı yoluyla veya örtülü sermaye ile ilişkili kişiye/pay sahibine sağlanan haksız menfaatlerin *“kâr payı”* olarak nitelendirilmesi kanaatimizce TTK'daki hükümler dikkate alındığında hukuken isabetli olmadığı söylenebilir²⁶. Çünkü kâr payı olarak nitelendirilen bir menfaat, yalnızca bu menfaati kullanan ve bunu ödeyen şirket açısından değil, tamamen bu ilişkinin dışındaki diğer pay sahipleri, şirket alacaklıları hatta şirket çalışanları ve elbette idare açısından da farklı sonuçlar doğurmaktadır²⁷. Bu nedenle, örtülü kazanç dağıtımı tespiti sonunda

²³ KARA/CAN, s. 24.

²⁴ KARSLIOĞLU, s. 120.

²⁵ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.430.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 105 vd.

²⁷ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.696-697.

bu kazancın “*kâr dağıtımı*” olarak nitelendirilmesi yerinde olmadığı gibi TTK’ya uygun bir nitelendirme de değildir. Bu görüşümüzün temelini aslında ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatin sadece kâr payı dağıtılması olarak nitelendirilemeyeceği, kâr payı haricinde başka birçok ad altında haksız menfaat sağlanabileceği hususu oluşturmaktadır. Örneğin TTK’nın “*kazanç payları*” başlıklı 511’inci maddesine göre yönetim kurulu üyelerine, kâr dağıtımından bağımsız olarak, kazanç payı adı altında bir nevi teşvik niteliğinde ilave menfaatler sağlanabilecektir²⁸. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında; yönetim kurulu üyelerine emsallerin çok üzerinde huzur hakkı verilmesine ilişkin genel kurul kararının iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesi ile iptaline karar verilmiştir²⁹. Buna göre; yönetim kurulu üyelerine haksız olarak sağlanan kazanç da aslında KVK anlamında bir örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilebilecektir. Ancak, yönetim kurulu üyelerine kâr dağıtımı yapılamayacağından, üyelere sağlanan haksız menfaatin “*örtülü kâr dağıtımı*” olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü şirketin pay sahibine yaptığı bir ödeme için “*kâr dağıtımı*” tespiti yapıldığında, bu kâr dağıtımından pay alması gereken diğer pay sahipleri ve ilgililerin de talep veya itiraz haklarının olduğunun kabulü gerekmektedir. Kâr dağıtımı

²⁸ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 391; ÖZER, s. 228-229.

²⁹ Yargıtay 11. H.D.’si, 16.06.2014 tarihli ve E. 2014/4218, K. 2014/11560 sayılı kararında; “...[Y]önetim kurulu üyelerine de aylık net 11.000 TL verilmesine ilişkin kararın örtülü kar dağıtımı olup bu kararın mahkeme hükmü ile iptalinden sonra bu kez 18.05.2010 tarihinde toplanan şirket genel kurulunun göstermelik 1.000 TL’lik bir indirimle huzur hakkını yönetim kurulu başkanı için 14.000 TL, yönetim kurulu üyeleri için 11.000 TL olarak belirlediğini, bu kararın da huzur hakkının emek ve mesainin karşılığı olarak değil, aylık ortakların paylaşıktan doğan haklarının ihlaline ve örtülü kar dağıtımına yönelik olduğunu, mahkeme kararının hiçe sayıldığını, yasa ve afaki iyiniyet kurallarına aykırılık taşıdığını ileri sürerek 18.05.2010 tarihli genel kurulda gündemin 4’üncü maddesi ile alınan kararın iptalini talep ve dava etmiştir. 18.05.2010 tarihli genel kurulda yönetim kuruluna ödenecek ücretin 16.05.2005- 09.06.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere yönetim kurulu başkan ve yardımcısı için aylık net 14.000 TL, yönetim kurulu üyesi için aylık net 11.000 TL olarak belirlendiği, aradaki farkın şirkete iade edilmesine karar verildiği, davacıların bu karara muhalefet şerhi koyduğu, ... Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2005/450 E. 2007/57 sayılı kesinleşen kararın dikkate alınarak, iptali istenen 4 no’lu gündem maddesi ile yönetim kurulu başkan ve üyelerine ödenen ücretin 1.000’er TL düşürülmesine dair verilen kararın objektif iyi niyet kurallarına aykırılık taşıdığı gerekçesiyle davanın kabulü ile, davalı şirketin 18.05.2010 tarihli genel kurul kararının 4. maddesinin iptaline, birleşen dosyanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiştir.” denilmek suretiyle Yönetim Kurulu’na iyi niyet kurallarına aykırı şekilde sağlanan menfaatin “*kâr payı*” olarak nitelendirilmediği halde şirkete iadesine karar verilmiştir. Buna göre, ilişkili kişilere sağlanan menfaatin sadece kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Benzer yöndeki kararlar için bkz. (Yargıtay 11. H.D.’si, 16.12.2014 tarihli ve E. 2014/13795, K. 2014/19826 sayılı kararı; Yargıtay 11. H.D.’si 03.12.2015 tarihli ve E. 2014/18093, K. 2015/12978 sayılı kararı), (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

yapılması halinde, bahse konu ilgili tarafların yanında, vergi dairesinin de şirketlerin kâr dağıtımından belli oranda pay (vergi) alması gereken bir taraf olduğu açıktır. KVK'daki örtülü kâr dağıtımını düzenlemesinde de vergi idaresi söz konusu haksız işlemi bir kâr dağıtımını olarak nitelendirerek, bu dağıtımdan payını (vergisini) almayı amaçlamıştır. Yukarıda ayrıntısına değindiğimiz üzere örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesi hukuka uygun olmamakla birlikte; bu nitelendirme yalnızca eksik verginin tahakkuk ettirilmesi ile sonuçlanmamakta, aynı zamanda da şirketin vergi beyanlarının dolayısıyla mali kayıtlarının da bu nitelendirmeye yani örtülü kâr dağıtımına göre revize edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Esasında çalışmamızın son bölümünde de belirttiğimiz üzere; vergisel bir tespit veya sakınca olmasa bile KVK kapsamı dışında da, hukuksuz bir şekilde yönetim kurulu üyelerine veya onlarla ilişkili kişilere, emsallerine uygun olmayacak şekilde haksız bir menfaat sağlanması halinde de bu durumun bizce örtülü kazanç olarak nitelendirilmesi ve bu işleminden zarar görenlerin (şirket, pay sahipleri veya alacaklılar) zararlarının tazmin edilmesi gerekecektir³⁰. Bu kapsamda TTK'nın 512'inci maddesinde haksız ve kötüniyetli bir şekilde yönetim kurulu üyelerinin elde ettiği haksız menfaatin iade edilmesi gerekeceği belirtilmiş olup; söz konusu düzenleme ile KVK'daki örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesine benzer bir nitelendirme yapıldığı değerlendirilmektedir³¹.

Ancak KVK'daki bu düzenleme ile kâr dağıtımının diğer tarafları olan menfaati zedelenen diğer pay sahipleri, şirket alacaklıları ve şirket çalışanları göz ardı edilmiştir. Bu nedenle KVK'daki örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin, ticaret hukuku açısından çok önemli sakıncaları olduğu kanaatindeyiz. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak için, KVK'da yapılan düzenlemelerin amacına da uygun olacak şekilde, örtülü kâr dağıtımına konu haksız kazancın, idarenin yine söz konusu eksik vergisini tahakkuk ettirebileceği bir şekilde, "*kâr dağıtımını*" dışında farklı bir ad ile nitelendirilmesinin çok daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Örneğin örtülü kâr dağıtımını ifadesinin, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda³² (SerPK) düzenlenen "*örtülü kazanç aktarımı*" gibi bir ifade ile değiştirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda, vergi kanunlarında kâr payı nitelendirmesi yapılan ve ilişkili kişiye örtülü kazanç dağıtımını veya örtülü sermaye yoluyla ödenen haksız

³⁰ Bu konudaki açıklama ve önerimiz için bkz; 31 vd. Bölüm D.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, s. 337 vd.

³² RG. 32.12.2012, S. 28513.

menfaatlerin, ticaret hukuku açısından da gerçekten kâr payı olup olmayacağı sorusunun cevabını bulmak için kanaatimizce TTK'daki düzenlemelere kısaca değinmek gerekmektedir.

1. Örtülü Kazanç Niteliğinin Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Müessesesinin Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi

Yukarıda da açıklandığı üzere vergi uygulamaları açısından, örtülü kazanç dağıtımı KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenmiş olup; bu maddeye göre örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için, şirketin pay sahibi veya ilişkili kişi ile ticari ilişkiye girmesi, bu ilişki sonunda pay sahibine/ilişkili kişiye haksız menfaat sağlanması, yapılan işlemlerin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olması gerekmektedir. Konumuzla bağlantılı olarak, anonim şirketlere hakim olan esaslardan birisi de "*malvarlığının korunması ilkesi*" olup; bu ilke çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntısı ile ele alınacaktır.

Örneğin; şirket, pay sahibine ürünün emsali 100.000-TL olmasına rağmen, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak, bu ürünü 60.000-TL'ye satmış ise, şirket 40.000-TL gelirden mahrum kalmış olur. Dolayısıyla, 40.000-TL'lik satışın vergisini almak konusunda idarenin bir vergi kaybı doğmuş ve bu örtülü işlemlerle verginin aşındırılması söz konusu olmuştur.

Bahse konu 60.000-TL'lik satışın, emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde, eksik bedelle yapıldığı tespitiyle bir vergi düzeltmesi talep edilecektir. Bunun neticesi olarak, ilgili satışın vergisi 60.000-TL'den değil gerçek değeri olan 100.000-TL üzerinden tahakkuk ettirilecektir. Kanunda öngörüldüğü üzere bu işlem ile ilgili "*örtülü kâr dağıtımı*" niteliğindeki yapıldığında pay sahibi, haksız olarak şirketten fazladan elde etmiş olduğu bu 40.000-TL'yi, kâr payı olarak şirketten almış kabul edilecektir. Genel kural olarak da bu 40.000-TL tutarındaki işlemin (kâr payı dağıtımı kabul edilmesi nedeniyle) %15 stopajı³³ olan 7.059-TL³⁴ tutarındaki vergisi ödenerek idare

³³ Stopaj olarak tahakkuk eden vergiyi asıl ödemesi gereken kişi, kâr payını alan gerçek kişidir. Ancak stopaj kaynaktan kesilerek peşinen ödenen bir vergi olması nedeniyle, bu vergiyi kâr payını ödeyecek olan şirket kâr payından keserek vergi idaresine öder. Dolayısıyla kâr payı, yaklaşık %15 stopaj kesildikten sonra hak sahibi olan kişiye ödenir. GVK 94 ve 75'inci maddeleri; kâr payının vergilendirilmesi ve kâr payı stopaj uygulaması ile ilgili açıklama için bkz. BARINIR, s. 52 vd.

³⁴ Düzeltme işlemlerinde örtülü kâr dağıtımına konu tutar önce brüte yani miktara %15 eklenmek sureti ile yapılacak hesaplama ile nihai tutara artırılarak matrah bulunmaktadır. Örneğimizdeki 40.000 TL'yi net kâr payı kabul edip, K/0,85 formülünden brüt kâr payı bulunup, brütün %15'i hesabı ile 7.059-TL'ye ulaşılmıştır.

ile vergisel açıdan ilişki eşitlenecek ve idare açısından işlem tamamlanmış olacaktır³⁵. Ancak şirket bu 40.000-TL'yi kâr payı olarak dağıtmış gibi kabul ederek, bunun vergisini ödemesi nedeniyle kayıtlarını bu şekilde yapar ise (KVK'ya göre bu şekilde yapması gereklidir), TTK hükümlerine uymadan ve açıkça kanunsuz bir kâr payı dağıtım işlemi gibi bir vergisel kayıtlama yapmış olacaktır³⁶. Bu durumda; ticaret hukuku açısından teorik olarak bile mümkün olmayacak şekilde, TTK'nın 357'inci maddesindeki eşit işlem ilkesi gereği diğer pay sahiplerine de benzer ödemenin yapılıp yapılmayacağı, yapılmayacaksa bir sonraki kâr dağıtımında söz konusu pay sahibine bu kadar eksik ödeme mi yapılacağı, ilişkili kişi pay sahibi değilse pay sahibi olmayan bir üçüncü kişiye sağlanan haksız menfaatin nasıl kâr payı olarak nitelendirileceği vb. gibi birçok çözümsüz soru gündeme gelecektir.

Tüm bu nedenlerle, KVK'daki düzenlemelere göre yapılan örtülü kazanç dağıtımı tespiti sonunda haksız dağıtılan kazancın KVK'ya göre "*kâr dağıtımı*" olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı ve bu nitelendirmenin "*örtülü kazanç*" gibi bir ifade ile değiştirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Elbette söz konusu değişiklik teklifindeki amacımız yalnızca, müessesenin adının değiştirilmesinden ibaret değildir. Değişiklik teklifi ile örtülü kâr dağıtımı müessesesi yerine yeni bir müessesenin ihdas edilerek, tüm ferileri ile birlikte yeni müessesenin uygulanmaya geçirilmesi amaçlanmıştır.

Örneğin SerPK'nın 21'inci maddesindeki düzenlemede, çok benzer bir

³⁵ Bu örnekte, konu yalnızca kâr dağıtımı açısından ele alınmış olup, vergi ziyayı ve gecikme cezaları gibi diğer detay işlemler hesaba katılmamıştır.

³⁶ Vergisel açıdan örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında, (yukarıdaki örnekte) bu tespite konu 40.000-TL, haksız menfaat edinen ilgili pay sahibine sağlanmış bir kâr dağıtımı olarak nitelendirilecek olup, bunun stopajı olan 7.059-TL'yi şirket vergi idaresine ödeyecektir. Devamında bu ödemeyi de "Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler (KKEG)" hesabına kaydedecektir. **Ayrıca şirket muhasebe kayıtlarında sanki bahse konu 40.000-TL'yi kâr dağıtımı yapmış gibi, bir muhasebe kaydı yapmamaktadır. Dolayısıyla, örtülü kâr dağıtımı tespiti ile ilgili düzeltme işlemlerinden sonra da şirket muhasebe kayıtlarında "KKEG" kayıtlarında, ödenmiş stopaj vergisi kaydı dışında bir muhasebe kaydı görünmeyecektir.** Vergisel olarak konu bu ödeme ve kayıtlarla tamamlanmaktadır. Ancak bizim görüşümüz, bu kaydın gerekçesinin; şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlamış olduğunun tespitidir. **Dolayısıyla şirket bir pay sahibi lehine haksız bir menfaat sağlamışsa, doğal olarak diğer pay sahibi veya diğer ilgililer açısından da aleyhlerine bir durum yaratmış demektir.** Bu nedenle de vergisel olarak örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılmaya müteakip, şirket bir vergi ödemek zorunda kalmışsa, bu verginin bir hesapta gösterilmiş olması yeterli değildir. Bununla birlikte diğer ilgililerin; bu kayıttan sonra hem sağlanan haksız menfaat ve hem de bunun için ödenen vergi ve ferilerinden dolayı, şirketin veya doğrudan kendilerinin zararlarının doğduğu iddiası ile bunun tazminini talep edebilecekleri kanaatindeyiz.

konu “örtülü kazanç aktarımı” adıyla düzenlenmiş olup, iade vs. aşamaları da maddede yer almaktadır. Benzer şekilde, örtülü kazanç aktarımına konu haksız menfaatten de normal kâr dağıtımındaki oranlara eşit şekilde vergi alınabilecek bir düzenleme yapılırsa, konunun vergisel boyutunun da çözüleceği ve vergi güvenliğinin sağlanacağı kanaatindeyiz. Bu şekilde “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesi yerine bir başka (yeni) düzenleme yapılırsa, zaten TTK’da, haksız ödenen kâr payının iadesi, yöneticilerin bu kapsamdaki sorumlulukları gibi diğer konular düzenlendiği için, ticaret hukuku açısından da bu konuda net bir usul belirlenmiş olacaktır.

KVK’nın 13’üncü maddesinin açık hükmü, örtülü kazanç dağıtımına konu menfaatin kurumlar ve gelir vergisi açısından örtülü kâr dağıtımı olduğu yönündedir. Dolayısıyla kanunda bir değişiklik olmadığı sürece, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında ödenen bedel kayıtlara örtülü kâr payı dağıtımı olarak girecektir. Uygulamada da bu şekilde işlem yapılmaktadır. KVK’nın 13’üncü maddesinin açık hükmü örtülü kâr dağıtımı tespitinin KVK ve GVK açısından yapılacağı yönünde olduğu için, TTK açısından bir kâr dağıtımı söz konusu olmamaktadır. Sonuç olarak yukarıdaki açıklamalarımızda ortaya konulan karmaşık durumun, bir faraziye den ibaret olduğu söylenebilir. Fakat şirket mali kayıtlarında ve idareye vermiş olduğu beyannamelerde, söz konusu ödeme, bir kâr dağıtımı olarak nitelendirilecek ve vergisel tüm işlemler buna göre yapılacaktır³⁷. Şirket kayıtlarının gerçeği yansıtması ve objektif olması temel kuraldır³⁸. Hal böyle olunca, muhasebe kayıtları ve vergisel işlemlerde “kâr payı” olarak görünen bir kalemin, şirketin pay sahipleri ve diğer ilgili kişiler ile ilişkilerde, muhasebe kayıtlarının dışında ve bunlara açıkça aykırı şekilde, başka bir kalemden göstermesi, hem şeffaflık ilkesine³⁹ hem dürüst resim ilkesine⁴⁰, hem de tedbirli yönetici olma kuralı gibi birçok hukuki ve fiili gerçekliğe aykırı olacaktır. Bu nedenle, örtülü kâr dağıtımı tespitinin yapılması KVK ve GVK’ya uygun da olsa, yapılan bu tespitten başta TTK

³⁷ Esasında, örtülü kâr dağıtımı tespiti ile yapılacak düzeltme işlemleri neticesinde, **yalnızca ödenecek vergi ile ilgili bir KKEG kaydı yapılmakta olup, ancak bahse konu haksız kazancın tamamı bir kâr dağıtımymış gibi bir muhasebe kaydı yapılmamaktadır.** Ancak, gerekli düzeltme işlemlerinin yapılması ve devamında bahse konu KKEG kaydının yapılmasının gerekçesi, ilgili pay sahibine/ilişkili kişiye sağlanan haksız menfaat ve bu menfaatin bir örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

³⁸ TTK m. 515’de yer alan şirket kayıtlarının dürüst resim ilkesine uygun olarak gerçeği yansıtması esastır. Konuyla ilgili olarak bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 524.

³⁹ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 318.

⁴⁰ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 524; ULUSOY, s. 52.

olmak üzere birçok başka mevzuat ile çeliştiği kanaatindeyiz.

Bu kapsamda önemle belirtmek gerekmektedir ki, TTK'ya göre kâr dağıtımı yapılabilmesi için, bilanço ve mali tablolar dürüst resim ilkesine göre çıkartılmalı akabinde yapılacak olan hesaplama ile yedek akçeler ayrıldıktan sonra, genel kurulun uygun bulacağı miktar, ödenmiş sermaye oranına göre pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılmalıdır⁴¹. Dolayısıyla esasında KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan haksız menfaatin, TTK açısından bir "*kâr payı ödemesi*" olarak nitelendirilmesi kanaatimizce, yukarıda da izah edildiği üzere, mümkün değildir.

Örtülü kazanç dağıtımı tespitinin sonucu olan örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi neticesinde, uygulamada bahse konu bedel normal bir kâr dağıtımı gibi işlem görmektedir. Yukarıdaki örnek açıklamalardan da görüleceği üzere, vergisel açıdan konu genel olarak idarenin alacağı ve zararının karşılanması açısından halledilmiş gibi gözükmekle birlikte, konunun diğer tarafları açısından maalesef karmaşıklık devam etmektedir. Sonuç olarak, eğer bir şirket ilişkili kişiye/pay sahibine emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde bir haksız menfaat sağlamışsa örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilerek, söz konusu menfaati elde etmiş kişiler açısından örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılacaktır. Vergi idaresi bu tespiti yaptıktan sonra, kâr dağıtımına konu bedelin %15 stopajını almakla birlikte, ilave olarak bahse konu kişiler adına vergi ziyayı ve gecikme faizi de tahakkuk ettirecektir.

Örtülü kazanç dağıtımı tespitinin sonucu, yukarıda da değinildiği üzere, kazancın örtülü kâr payı olarak dağıtılmış olmasıdır. Bu menfaati alan ilişkili kişi pay sahibi ise, yukarıda ifade edilenler dışında başkaca bir hukuki sorun ortaya çıkmaz. Ancak bahse konu ilişkili kişi pay sahibi değil veya pay sahibinin bir şekilde bu menfaatten dolayı olarak etkilenmesi (nemalanması) mümkün değilse bu durumda başka bir sorunla daha karşı karşıya kalınır. Örneğin menfaati alan ilişkili kişi pay sahibinin yakın akrabası ise veya bir şekilde menfaat pay sahibine izafe edilebilirse, pay sahibi açısından, teorik olarak (yukarıdaki çekincelerimizin varlığı ile birlikte) bir kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilebilir. Ancak ilişkili kişi ile pay sahibi arasında hiçbir bağlantı kurulamıyor ise, başka bir deyişle pay sahibinin gerçekten sağlanan menfaatten bir şekilde dolayı veya doğrudan nemalanmış olması mümkün değilse, pay sahibinden bağımsız olan bahse konu ilişkili kişiye sağlanan

⁴¹ Kâr payının hesaplanması ve dağıtım ilkelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 70 vd.

haksız menfaatin de evleviyetle “*kâr dağıtımı*” olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira kâr dağıtımı kural olarak pay sahiplerine yapılabilir (TTK m. 507 vd.). Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımına konu menfaate “*kâr dağıtımı*” nitelendirmesi yapılacaksa, ki kanunun amacı budur, o zaman pay sahibi olmayan ya da bir şekilde pay sahibiyle ilişkilendirilemeyen bir kişiye sağlanan haksız menfaat için de örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılması mümkün değildir⁴². Kanaatimizce, bu tespitin yapılması halinde TTK’nın emredici hükümleri⁴³ ile çelişen hukuk dışı bir işlem ortaya çıkacaktır.

2. Örtülü Sermaye Tespiti Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Müessesesinin Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi

Yukarıda detayları verilen örtülü sermaye çok genel bir anlatımla, esasında şirkete sermaye koymak zorunda olan pay sahiplerinin, şirketin sermayesi olması gereken bedeli sermaye olarak koymak yerine başka adlar altında şirkete borç olarak vermelerini ama şirketin de bu miktarı sermaye gibi kullanmasını ifade eder⁴⁴.

Ayrıca, eğer pay sahibinin/ilişkili kişinin şirkete verdiği bir borç, hem objektif (KVK’daki şartlar, örneğin borç miktarının sermayenin 3 katını aşıyor olması) hem de sübjektif (haksız menfaat elde etme/sağlama niyeti) unsurların⁴⁵ varlığı açısından örtülü sermaye olarak nitelendirilmişse verilen borç için bir faiz alınmadığında, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılmamaktadır. Başka bir deyişle, pay sahibi borç miktarı üzerinden faiz gibi bir menfaat elde etmemişse, örtülü sermaye tespitinin ticaret hukuku açısından nasıl nitelendirileceği de gündeme gelebilecek diğer bir sorudur. Anılan sorunun ticaret hukuku açısından tartışılması oldukça önemlidir.

Pay sahibinin şirkete verdiği borç sonucunda borç bedeline ilave, ek bir faiz vb. başkaca bir bedel ödenmemişse, yalnızca borç verilen miktar geri alınmışsa, ortada ticaret ve vergi hukuku açısından eleştirilebilecek bir

⁴² ÖNCEL, s.65-66.

⁴³ TTK’nın 507’nci maddesinin 1’inci fıkrasında “*her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir*” hükmü ve aynı şekilde TTK’nın 508’inci maddesinin 1’inci fıkrasında “*esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir*” hükmü ile “**kâr payı dağıtımının ancak pay sahiplerine yapılabileceği**” açık bir şekilde düzenlenmiştir.

⁴⁴ GÜCENME GENÇOĞLU/ERTAN, s. 83.

⁴⁵ Bu unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 210 vd.

fiil var mıdır? Bir görüşe⁴⁶ göre bu örtülü sermayenin, bir sermaye azaltımı olduğu tespiti yapılabilir. ÖNCEL⁴⁷ bu konuda; “*Örtülü sermayenin geri ödenmesi de sermayenin azaltılması olarak ele alınmalıdır; çünkü ekonomik bakımdan bu olay sermaye azaltılmasına eşittir.*” diyerek farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Konuya ilişkin olarak sermayenin bir kısmının pay sahiplerine iade edilmesi suretiyle sermaye azaltılması⁴⁸ mümkün olduğundan kanaatimizce, eğer bahse konu örtülü sermaye için ilgili pay sahibine/ilişkili kişiye faiz vb. bir ödeme yapılmamışsa, ortada örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilebilecek bir ödeme bulunmamaktadır.

Ancak örtülü sermaye tespitini yaparken, örtülü sermaye olarak nitelendirilen ve pay sahibinden/ilişkili kişiden alınan borcun KVK açısından bir sakıncası bulunmamakla birlikte konunun TTK ve diğer ilgili mevzuata göre de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce; eğer bu borç devamlılık arz ediyor ve şirkete sermaye olarak konulması gereken bedel, şirkete borç para verip alarak karşılanıyorsa, ortada yine hukuka aykırı bir durumdan bahsetmek gerekmektedir. Her ne kadar KVK’da düzenlendiği üzere sermayenin üç katının aşılması örtülü sermaye için bir üst sınır olarak düzenlenmiş olsa da kanaatimizce, TTK’da tanımını bulan; sermayenin korunması ve dürüst resim ilkesi gereğince böyle bir üst sınır öngörülmeksizin örtülü sermaye kavramını geniş yorumlamak gerekmektedir⁴⁹. Bu kapsamda sermayenin korunması ilkesi ve sermayenin şirketle iş yapan üçüncü kişiler için önem arz etmesi nedeniyle, sermayenin çok düşük tutularak şirket ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanamayacağı hallerde, bunun ortaklardan devamlı surette borç alıp vererek karşılanmasının uygun

⁴⁶ ÖNCEL, s. 182. Yazar çalışmasında ayrıca isabetli bir şekilde “*Ancak bu borç için faiz ödenmez ise vergi hukuku açısından yapılabilecek bir işlem yoktur. Çünkü Kurumlar Vergisi Kanunu örtülü sermayeyi değil bu nitelikteki sermayeye ödenecek faizi gider olarak kabul etmemektedir.*” tespitine vurgu yapmıştır ÖNCEL, s. 182-183.

⁴⁷ ÖNCEL, s. 183.

⁴⁸ ÇAĞLAR, s. 21-22, 35.

⁴⁹ PULAŞLI, çalışmasında bu şekilde **pay sahiplerinin şirkete borç vermesi halinin, belli şartlarda eleştirilmesi gerektiğini**, bunun Alman hukukunda olduğu gibi “*sermaye yerine geçen borç*” veya “*yedek özsermaye*” benzeri bir nitelendirme ile şirket sermayesine eklenmesi gereken şekilde yasak bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir. (Bkz. PULAŞLI, s. 382-385). Konuyu **sermayenin korunması ilkesi** açısından değerlendirdiğimizde, kanaatimizce de yazarın ifade ettiği gibi kanuni bir düzenleme yapılmış olması; şirketler, şirket pay sahipleri ve hatta şirket alacaklıları için daha isabetli olabilir.

olmayacağını değerlendiriyoruz⁵⁰. Aynı şekilde; yalnızca şirkete verilen borç miktarının hiçbir ek menfaat sağlanmadan, borcu veren pay sahibi/ilişkili kişi tarafından geri alınması halinde de KVK'nın 12'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan, örtülü sermayenin objektif unsurları açısından borcun örtülü sermaye olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenebilir⁵¹.

3. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Kâr Dağıtım Kuralları ile Kurumlar Vergisi Kanunu'ndaki Örtülü Kâr Dağıtımı Nitelendirmesinin Karşılaştırılması

Yukarıda da tanımlı yapıldığı üzere kâr payı, payın sağladığı en önemli mali haklardan bir tanesidir⁵². Pay sahiplerinin söz konusu hakkını elde edebilmesi TTK'da belli şartlara bağlanmıştır. Buna göre TTK'nın 507'nci maddesi uyarınca, “...[H]er pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir.”. Ayrıca kâr dağıtımına karar verme görev ve yetkisi, TTK'nın 408'inci maddesinde genel kurulun devredilmez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Bunun yanında, kâr payının hesaplanması ile ilgili de TTK'nın 508'inci maddesinde açıkça; “...[E]sas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kâr ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir. Yıllık kâr, yıllık bilançoya göre belirlenir” hükmü bulunmaktadır. Buna ilave olarak da, 523'üncü maddedeki “kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez” hükmü de kâr payının dağıtımı için ilave bir şart getirmiştir. Bu hükümler çok genel olarak, anonim şirketlerde kâr dağıtımının yapılması ile ilgili düzenlemeleri ihtiva eden temel hükümlerdir. Buna göre; kâr dağıtımı hiçbir şartta, kanuna ve esas sözleşme hükümlerine aykırı şekilde yapılamaz. Örneğin; pay sahiplerinin bir kısmına kâr dağıtımı adı altında ödeme yapılırken, diğerlerinin bu dağıtımdan pay alması engellenemez. Hesaplamanın kanuna ve esas sözleşmeye uygun yapılması gereklidir. Bu kapsamda kâr dağıtılabilmesi için temel şartlardan bir tanesi de net dönem kârından veya önceki yıllar kârlarından bu amaçla kanuni yedek akçe ayrılmış olmasıdır⁵³. Ek olarak kâr dağıtımı konusunda gerekli tüm

⁵⁰ KARSLIOĞLU, s. 144-145

⁵¹ Benzer görüş için bkz. KIZILOĞLU, s. 564 vd.

⁵² AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 428.

⁵³ BAHTİYAR, s. 296.

bilgileri ihtiva eden genel kurul kararının da usulüne uygun alınmış olması gerekmektedir⁵⁴. Bilanço, kâr-zarar hesabı ve ilgili mali tabloların gerçeği yansıtması ve “dürüst resim ilkesi”ne uygun hazırlanmış olması gerekir. Bu örneklerde de görüleceği üzere, kâr dağıtımını yapma kararının, şirket açısından oldukça önemli ve şekil şartlarına bağlanmış bir karar olduğu rahatlıkla söylenebilir⁵⁵.

Açıklanan hususlar ışığında, KVK’da yapılan örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin TTK’daki kâr dağıtım kurallarına uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere TTK’nın anılan düzenlemeleri ile KVK’nın ilgili hükümleri arasında bir karışıklık ve tutarsızlık olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Söyle ki; vergi idaresi, KVK’ya göre bir tespit yapıp, şirketin bir pay sahibine/ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir haksız menfaat sağladığını tespit ettiğinde, bedel olarak elde edilen menfaat şirket açısından dağıtılmış kâr payı addedilecektir. Ek olarak aynı haksız menfaati elde eden pay sahibi/ilişkili kişi açısından da gelir olarak elde edilmiş bir kâr payı olarak nitelendirilecektir. Yapılan nitelendirme sonucunda, vergi idaresi tarafından, gerekli vergisel işlemler, kayıtlar, cezalar vs. bahse konu bedelin “dağıtılmış kâr payı” olduğu faraziyesiyle yapılacak veya yaptırılacaktır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, kanaatimizce bu tespit TTK hükümleri ile açıkça çelişmektedir. Nitekim, KVK kapsamında yapılan “örtülü kâr dağıtımını” nitelendirmesi, aşağıdaki soruları cevapsız bırakmaktadır:

1. Haksız menfaati alan ilişkili kişi, pay sahibi değilse veya aldığı menfaat, pay sahibine izafe edilebilecek bir menfaat değilse, bu kişiye yapılan ödeme hakkında nasıl kâr payı nitelendirmesi yapılacaktır⁵⁶?
2. Bahse konu haksız menfaat için kâr payı dağıtımını nitelendirmesini kabul edersek, eşit işlem ilkesi gereğince, diğer pay sahiplerinin de

⁵⁴ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 430.

⁵⁵ KARSLIOĞLU, s. 101-102; **Yargıtay**, 11. H.D.’si 07.11.2002 tarihli ve E: 2002/6988, K: 2002/10119 sayılı kararında “Şirket ana sözleşmesinde şirket kârının pay sahiplerine nasıl dağıtılacağına yönetim kurulunun önerisi ile Genel Kurul tarafından kararlaştırılacağı öngörüldüğüne ve şirket genel kurulunda bilançoda gösterilen kârın kanuni yedekler ve vergiler düşüldükten sonra dağıtılmamasına davacının da katıldığı toplantıda oybirliğiyle karar verildiğine göre, bu karar iptal edilmedikçe şirket ortakları kâr payı istemeyeceği...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

⁵⁶ Burada, TBK’nın 77 vd. maddelerinde düzenlenen Sebepsiz Zenginleşme hükümlerinin uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

kâr payı alma hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Buna göre; diğer pay sahiplerine nasıl, hangi esaslara göre ve ne zaman bir dağıtım yapılacaktır?

3. Kâr dağıtımı ile ilgili TTK'da öngörülen zorunlu meydana geliş şartlarına uyulmadan yapılmış bir kâr dağıtımının varlığını kabul edersek, şirket kayıtları ve buna bağlı işlemler yapılabilecek midir?
4. Hesaplama nasıl yapılacaktır?
5. Şirket kâr payı dağıtılacak finansal durumda değilse, nasıl bir yol izlenecektir?

Görüldüğü üzere örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi ile TTK'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil eden bir dizi işlem yapılmaktadır. Bu haliyle de örtülü kâr dağıtımı ifadesi ve bu ifadeye bağlanan nitelendirmelerin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira KVK uygulaması açısından yukarıda açıklandığı şekilde bir “örtülü kâr dağıtımı” tespiti yapılması halinde; TTK açısından kâr dağıtımı yapılması için usulüne uygun olarak alınmış bir genel kurul kararı, dürüst resim ilkesine göre çıkarılmış bilanço ve mali tablolar mevcut olmayıp, TTK'daki esaslara göre yapılan bir kar dağıtım hesabı yoktur. Dolayısıyla esasında KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan haksız menfaatin, TTK açısından bir “kâr payı ödemesi” olarak nitelendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

B. TÜRK TİCARET HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ AÇISINDAN ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI NİTELENDİRMESİ

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere, şirketler, Türk Hukuku'nda kural olarak TTK'ya göre kurulur ve işletilirler. Şirketlerin organları, bu organların görev ve yetkileri, tüm işleyişi ve tasfiyesi ile ilgili temel esaslar TTK'da düzenlenmiştir. Elbette şirketlerin işleyişinde ve yönetilmesinde yalnızca TTK'yı esas almak yeterli değildir. Diğer birçok düzenlemenin yanında vergi kanunlarındaki düzenlemeler de şirketler açısından en az TTK'daki düzenlemeler kadar önemlidir. Ancak şirketler yalnızca vergi düzenlemeleri ve uygulamalarına göre işletilemeyeceğinden bunun tam tersinin söylenmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, bir vergi güvenliği müessesesi⁵⁷ olan “örtülü kâr dağıtımı” konusunu şirketler açısından incelerken, yalnızca vergi düzenlemelerinin

⁵⁷ KARSLIOĞLU, s. 333-334.

bilinmesi ve uygulaması yeterli olmayacaktır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, şirketin yapmış olduğu bir alım/satım işlemi hakkında örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesi yapıldığında, ortada emsallere aykırı bedelle pay sahibine/ilişkili kişiye sağlanmış haksız bir menfaat var demektir. Şirketin de bu haksız işlem sonrasında zararı doğmuştur. Zarar etmese bile, en azından diğer pay sahipleri açısından bir haksızlık ve dolaylı zarar⁵⁸ söz konusudur. Bunun yanında sermaye yönünden şirketin olumsuz etkilenmesi ve bu nedenle de şirket alacaklılarının dolaylı zararlarla karşı karşıya kalmaları muhtemeldir.

Nihayetinde, açıklanan konuların hepsi süreç içerisinde veya sonrasında doğrudan TTK ile ilgilidir. Sürecin sonucunda ortaya çıkan “örtülü kâr dağıtımını” müessesesinin tam olarak incelenmiş olması için, konunun TTK düzenlemeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda TTK düzenlemelerinde, örtülü kâr dağıtımını müessesesi ile paralel amaç taşıyan düzenlemeler de aşağıda incelenecektir.

2. Türk Ticaret Kanunu’na Hâkim Olan İlkeler ile Örtülü Kâr İlişkisi

TTK’nın temel ilkelerden biri “*eşit işlem ilkesi*⁵⁹” ve TTK’da düzenlenmiş yasalardan biri de “*pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağıdır*⁶⁰”.

⁵⁸ Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı için bkz. KILIÇOĞLU, s.699-702.

⁵⁹ Doktrin ve Yargıtay kararlarında sıkça kullanılan “**eşit işlem ilkesi**” TTK’nın 357’nci maddesi ile açık bir şekilde düzenlenerek kanuni bir ilke haline getirilmiştir. İlgili madde hükmüne göre; “*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*”. TTK’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hüküm ile bir taraftan organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanunî bir barikat çekilmekte, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasının sağlanması amaçlanmaktadır. (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Hükümet Gerekçesi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Yasama D. 23, Yasama Y. 2, Sıra S. 96, s. 164.) Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 354-357; PULAŞLI, s. 282-284; 439-441; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.514 vd.; YILDIZ, s. 25 vd. Yargıtay, 11. H.D.’si 05.02.2010 tarihli ve E: 2008/4676, K: 2010/1315 sayılı kararı, (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

⁶⁰ Gerekçede “**Temel İlkeler**” Başlıklı (c) bendinde “*Tasarı iki temel ilkeyi açıkça hükme bağlamıştır. Bunlardan birincisi evrensel nitelikteki, pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulması ilkesidir. İkincisi ise, pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarının yasaklanmasıdır. Birincisinin pay sahiplerine özgülenmiş olmasının, kurumsal yönetim ilkeleri ile örtüşmediği (89 nolu paragraf) düşünülebilir. Ancak, Tasarının 358 inci maddesi, yönetim kurulunun pay sahipleri dışındaki ilgililere de eşit işlem yapmasına engel değildir. Ayrıca eşit işlem ilkesinin ilgililer bağlamında, kendi içinde mi uygulanacağı, yoksa çeşitli çevreler arasında mı geçerli olması gerektiği sorunu kurumsal yönetim ilkelerince henüz açıklığa kavuşturulmamıştır*” şeklinde açıklama bulunmaktadır. (Gerekçe, s. 43.)

Elbette anılan ilkelere ek olarak “*sermayenin korunması*” ilkesi de TTK’nın vazgeçilmez ilkelerinden biridir⁶¹. Bazı yazarlar, sermayenin korunması ilkesini “*malvarlığının korunması*” ilkesi olarak nitelendirmektedir⁶². TTK’da şirket sermayesinin korunması ve şirket zararlarının önlenmesi amacıyla birçok hüküm bulunmaktadır.

Örtülü kazanç dağıtımında olduğu gibi; TTK’daki bahse konu düzenlemeler ile de, şirketin yapacağı her işlemde, şirketin kendisinin, pay sahiplerinin ve hatta şirket alacaklılarının korunması amaçlanmıştır. Benzer düzenlemeler TTK ile hukuk hayatımıza giren “*şirketler topluluğu*” hükümlerinde de kendini göstermektedir. Örneğin şirketler topluluğu ile ilgili TTK’nın “*bağlı ve hâkim şirketlerin raporları*” başlıklı 199’uncu maddesinde; bağlı/yavru şirketlerin zararlarını önleyici tedbirler içeren hükümler bulunmaktadır. Maddeden de anlaşılacağı üzere; kanun koyucu, şirketin hâkimiyet gücünü kullanarak, diğer yavru şirketlerle yaptığı işlemlerde, yavru şirketin zararını önleyecek bir dizi tedbir öngörmüş ve taraflar arasındaki ilişkinin tüm gerçekliği ile görünürde (şeffaf) olmasını istemiştir⁶³. Görülebileceği üzere, KVK’nın 13’üncü maddesindeki “*ilişkili kişiye yapılan alım satım işlemlerinde emsallere uygunluk ilkesine aykırı işlemler örtülü kazanç dağıtımı sayılır*” yaklaşımındaki “*ilişkili kişi*” ve “*zarar*” faktörleri, TTK’nın 199’uncu maddesindeki hükümler ile benzerlik göstermektedir. TTK düzenlemesine göre hâkim şirket, kendi pay sahibi olan bir şirketle veya kendisinin pay sahibi olduğu bir şirketle, ticari ilişkide bulunurken, üçüncü kişilerle ilişkilerde olmayan bazı ek kurallara tabi tutulmuştur. Amaç, yukarıda da değinildiği üzere, hâkim olanın, hâkimiyet hakkının kötüye kullanılmasının

⁶¹ TTK’nın 480’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan “*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır*” hükmü ile sermaye ve sermayenin karşılığının korunması prensiplerinin çerçevesini çizmiştir. İlkenin istisnasını da aynı maddede düzenlemiştir. **POROY** tarafından “*sermayenin korunması ilkesi*” terimi isabetli görülmemekle, bu terim yerine “*malvarlığının korunması*”, bir başka ifadeyle ortaklığın sahip olduğu tüm özvarlığın korunması ilkesi benimsenmiştir; **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 316; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 204 vd.; Malvarlığının korunması ilkesi için bkz. **PULAŞLI**, s. 277 vd.; Sermayenin korunması ilkesi diğer birçok OECD üyesi ülke hukukunda da kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **MICHELER**, s. 151 vd.

⁶² **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 282; **PULAŞLI**, s. 277.

⁶³ Maddenin gerekçesinde de “*Hukuka aykırılık, hâkimiyetin kullanılması ve uygulanması bağlamından doğmaktadır. Hukuka aykırılık, işlemin, alınan kararın veya uygulanan ya da uygulanmasından kaçınılan önlemin bağlı şirketin kaybına sebep olmasından ve şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına zarar vermesinden ve şirket yönünden haklı bir sebebi bulunmamasından kaynaklanmaktadır*” açıklaması bulunmaktadır, (Gereke s. 138-139.) Ayrıntılı bilgi için bkz. **PULAŞLI**, s. 157 vd.; **BAHTİYAR**, s. 77 vd.

önlenmesi, dolayısıyla şirketlerin zarara uğratılmasının önüne geçilmesidir.

Temelde KVK 13'üncü maddede düzenlenen “örtülü kazanç dağıtımı” müessesinin amacının da dolaylı olarak bununla benzer olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla TTK'da düzenlenen ve yukarıda anılan birçok ilke ile birlikte “şirketler topluluğu” düzenlemeleri ve KVK 13'üncü maddesinde düzenlenen “örtülü kazanç dağıtımı” müessesesinin amaçları ve getirdikleri prensiplerin birbirini destekler nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

TTK'da şirketler topluluğu ile ilgili hükümler dışında, şirketlerin örtülü kazanç dağıtımı yapmalarının önüne geçmeyi amaçlayan ve örtülü kazanç dağıtımı düzenlemeleri ile aynı paralellikte birçok düzenleme bulunmaktadır. Örneğin; TTK'nın “şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı”⁶⁴ başlıklı 395'inci maddesindeki hüküm, KVK'nın 13'üncü maddesindeki “örtülü kazanç dağıtımı” konulu hüküm ile paralellik göstermektedir⁶⁵.

⁶⁴ Şirkete borçlanma yasağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 4 vd.

⁶⁵ ÖCAL çalışmasında konuyu isabetli bir şekilde örneklemiştir; “Bilindiği gibi, kâr dağıtımı şirket özvarlığının dağıtılan miktar kadar azalması sonucunu doğurur. Aslında, kârın bir tanımı da; “dönem sonu özvarlığı ile dönem başı özvarlığı arasındaki olumlu fark olarak, yani dönem içinde öz varlıkta olan artış” olarak yapılmaktadır. Eğer, kabul görmüş muhasebe ilkelerine göre hazırlanmış gerçeği yansıtan bir gelir tablosuna göre çıkan kârın, TTK hükümlerine göre yetkili organlardan alınan kararlar çerçevesinde dağıtılması söz konusu ise, burada her şey yasaldır. Ne pay sahiplerinin ne de alacaklıların itiraz hakkı olamaz. Örtülü kazanç dağıtımında ise, özvarlığın ya da öz varlıktaki artış olarak tanımlanan kârın kayıtlara ve mali tablolara yansıtılmadan dağıtımı söz konusudur. Örnek vermek gerekirse; bir (A) anonim şirketi piyasa değeri 1.000,00 YTL olan bir malı/sabit kıymeti/hizmeti ilişkili kişiye 500,00 YTL'ye satmışsa, işletme özvarlığından 500,00 YTL'yi kayıtlara ve mali tablolara yansıtılmadan dağıtmış olmaktadır. Eğer söz konusu malın/sabit kıymetin net defter değerinin 300,00 YTL olduğunu farz edersek; bu kadar özvarlığın ve 200,00 YTL kârın örtülü olarak dağıtıldığı söylenebilir. Aynı şekilde, (A) anonim şirketinin aynı malı/sabit kıymeti/hizmeti, ilişkili kişiden 2.000,00 YTL'ye satın aldığını farz edersek, fazladan ödenen 1.000,00 YTL, satılan malın maliyeti/amortisman/işletme gideri yoluyla, olması gereken kârı azaltarak; eğer kâr yoksa zararı artırarak, özvarlığın bu kadar azalmasına sebep olacaktır. İşletmenin piyasa değeri ister sabit kıymetlerin emsal bedeli ya da yerine koyma metodu ile değerlendirilmesi ya da işletmenin belli bir dönemde üreteceği net nakdin bugünkü hali hazır değeri dikkate alınarak hesaplanmış olsun, örtülü kazanç dağıtımına yol açan işlem nedeniyle, işletmenin değerinde bir azalma olacaktır. Bu dağıtımın, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, vergi kaybına yol açmaması için, kanunen kabul edilmeyen gider olarak vergi matrahına eklenmesi, vergi kaybını önleyecek, ancak işletme özvarlığındaki eksilmeyi gidermeyecektir. Ancak, dönem sonu düzeltilmesinin örtülü kazanç dağıtımına yol açan işleme ait bedelin, faturalaştırma yoluyla emsal bedele (satış yapılmışsa) çıkartılması/(alış yapılmışsa) indirilmesi halinde, vergi kaybının önlenmesi yanında işletme özvarlığının azaltılmasının da önüne geçilmiş olacaktır”, (Bkz. ÖCAL, s.2). Benzer açıklama için bkz. YASAMAN, s.329-331.

Madde gerekçesinde de bu hükümlerin “*sermayenin korunması*” ilkesinin bir sonucu olduğu ve kötüye kullanımın engellenmek istendiği ifade edilmiştir⁶⁶.

TTK'nın 395'inci maddesine ilave olarak, 396'ıncı maddesindeki hüküm ile de yönetim kurulu üyelerinin “*rekabet yasağı*”nın kapsamı çizilmiştir. Bu maddede tanımlanan “*rekabet yasağı*” şirket yöneticilerinin, yönetim yetkilerini kötüye kullanmalarını önlemek amacıyla getirilmiştir⁶⁷. Kanaatimizce, bu hüküm de sermayenin korunması ilkesinin doğal sonucu olan bir düzenleme olarak görülebilir. Şöyle ki; malvarlığını korumak esasında yöneticilere verilmiş temel bir görev olup; yöneticiler sermaye şirketlerinde sermayenin (pay sahiplerinin emanetinin) temel kullanıcısı ve koruyucusudur. Hal böyle olunca, yöneticiler eğer şirketin malvarlığını koruma ve bunu hukuka uygun yönetme görevini yerine getirmezler ise genel bir ifade ile bu eylemlerinden dolayı oluşan zarardan sorumlu olacaklardır. Şirket ile rekabet ederek dolaylı bir şekilde bu zarara sebebiyet veren yöneticilerin de bu zarardan sorumlu olmaları kaçınılmaz olduğundan, bu gerekçelerle bizce bu iki düzenleme birbirini destekler niteliktedir. Her iki düzenlemede de örtülü kazanç dağıtımında işaret edilen “*ilişkili kişilerin*” şirketi zarara uğratmaları ve ilişkili olmalarından kaynaklanan haklarını/yetkilerini kötüye kullanarak haksız menfaat elde etmelerinin önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla, esasında şirketin zararının önlenmesi veya sermayenin korunması amacı güden bu düzenlemeler; haksız işlemlerin önüne geçmek gayesi ile düzenlenmiş olmalarının doğal bir uzantısı olarak, peçeleme eylemlerinin⁶⁸ engellenmesi

⁶⁶ TTK'nın 395'inci madde gerekçesinde; “...[B]ir açıdan *sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir. Hüküm bir anlamda 358 inci maddenin tamamlayıcısıdır ve uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanmaların engellenmesini amaçlamaktadır.*” ifadesi yer almaktadır. (Gerekçesi, s. 188.) Sermayenin korunması ilkesi TTK açısından oldukça önemlidir. Kanun, sermayenin azalmasını önleyecek birçok tedbir almıştır. Örneğin 348'inci maddede; “*Şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınmaz. Bu hükme aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir*” hükmünde de görüleceği üzere, kuruculara bile, harcadıklarından dolayı sermayeyi azaltacak bir menfaat sağlanamayacağı hükmedilmiştir. Aynı şekilde TTK'nın “**kanuna karşı hile**” başlıklı 356'nci maddesinde; “*Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz*” hükmü de **sermayenin korunması** yönünde getirilmiş bir düzenlemedir.

⁶⁷ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 414 vd.

⁶⁸ Peçeleme ya da perdeleme genel olarak; “*vergi kanununun vergilendirme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemiyle ulaşılmaması gereken bir iktisadi sonucu elde etmek için, vergi kanununda vergilendirme konusu sayılmamasından yararlanmak üzere, olağan ve doğal kulla-*

sonucunu da doğurur. Bu hükümlerin uygulanması ile vergi aşındırılmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. TTK'daki bu düzenlemelerin, dolaylı olarak örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin temel prensibi olan “*vergi güvenliği*”nin sağlanmasına yardımcı olan düzenlemeler olduğunu değerlendiriyoruz.

TTK'da, yukarıda zikredilen düzenlemeler dışında, örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin amacıyla örtüşen ve hatta aynı amaca hizmet eden başka birçok hüküm bulunmaktadır. Bunların başında, TTK'nın önemli ilkelerinden olan “*eşit işlem ilkesi*” gelmektedir⁶⁹. Eşit işlem ilkesi temel olarak TTK'nın 357'nci maddesinde düzenlenmiş olup maddede; “*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*” hükmü bulunmaktadır. Madde gerekçesinde de, “...[E]vrensel nitelikteki eşit işlem ilkesini kanunî bir üst-kural haline getirmiştir...” açıklaması yer almıştır⁷⁰. Dolayısıyla, anonim şirketlerde, pay sahipleri açısından eşit işlem ilkesi üst bir ilke olup, doğrudan veya dolaylı olarak pay sahiplerini ilgilendiren konularda, şirketin eşit şartlardaki pay sahiplerine eşit davranması zorunludur. Bu yaklaşımla, şirketin pay sahibiyle arasındaki bir ticari ilişkide, diğer pay sahiplerine oranla, o pay sahibine daha fazla menfaat sağlanması, hukuka aykırı olacaktır⁷¹. Başka bir deyişle, bir pay sahibine emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir menfaat sağlandığında bu menfaat “*haksız*” olarak nitelendirilecek ve bu kapsamda örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olabilecektir⁷².

nımı dışında başvurulmuş başka tür ve nitelikteki özel hukuk işlemi” olarak ifade edilebilir. Peçeleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 130 vd.

⁶⁹ Eşit işlem ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA /ŞEHİRALİ ÇELİK /MANAVGAT, s. 131-152.

⁷⁰ Gerekçe, s. 164. Ayrıca ilgili maddenin gerekçesinde; “*Tasarımın 357'nci maddesi, Yargıtay'ın yerleşik kararıyla kabul edilen, AET'nin ticaret şirketlerine ilişkin, sermayeyi konu alan, 77/91 sayılı İkinci Yönergesinin 42'nci maddesinde öngörülmüş bulunan evrensel nitelikteki eşit işlem ilkesini kanunî bir üst-kural haline getirmiştir. Bu hüküm, bir taraftan organların özen ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanunî bir barikat çekmekte, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını sağlamaktadır. İmtiyazlara ilişkin 478 ile 479 uncu maddelerin bu ilke yönünden değerlendirilmesi aşırılıkları önleyebilir. İkenin bağlılık yükümine de yeni anlamlar kazandıracağı şüphesizdir. Eşit işlem ilkesi ancak şartların eşit olması halinde uygulanabilir*” açıklaması da bulunmaktadır (Gerekçe, s. 164).

⁷¹ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.354 vd.

⁷² **Yargıtay 11. H.D.**'si 08.04.2019 tarihli ve E: 2018/353, K: 2019/2685 K. sayılı kararında; “*Sözü edilen karar, şirket ortağının, ortaklıktan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki kâr payı alma hakkını, elde edilen kârın yönetim kurulu üyelerine örtülü olarak dağıtılması suretiyle sınırlandırmaktadır. Ayrıca, bu kararlar, şirket bünyesinde aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olarak da görev yapan ortaklıkların elde edilen kârdan daha fazla pay alabil-*

TTK'nın diğer önemli ilkelerinden biri olan “sermayesinin korunması” ilkesinin bir yansıması da TTK'nın 358'inci maddesindeki düzenlemedir. “Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı” başlıklı maddesindeki; “[P] ay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz” hükmü ile sermayenin korunması yönünde tedbirler getirilmiştir. İlgili hüküm kanun koyucunun; pay sahipleri ile şirket arasındaki borç ilişkisinin, sınırlı olması ve şirket sermayesinin belli bir güce ulaşması iradesinde olduğunun bir göstergesidir⁷³. Anılan hüküm ile pay sahipleri ile şirketin ayrı kişilikler olduğu ve pay sahibinin şirket mal varlığını, kendi mal varlığı gibi kullanmaması amaçlanmıştır⁷⁴. Ayrıca madde gerekçesindeki; “şirketin, pay sahiplerine istisnalar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırı olur” ifadesi de örtülü kazanç dağıtımı müessesesindeki “emsallere uygunluk ilkesine aykırılık” haline benzer bir duruma işaret etmektedir⁷⁵. Bu kapsamda, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının da yukarıdaki diğer düzenlemeler gibi, örtülü kazanç dağıtımı müessesesine amaçsal olarak uygun olduğu; hatta her iki düzenlemenin birbirini tamamlamış olduğu ifade edilebilir.

TTK'ya hâkim olan ilkelerden bir diğeri de “şeffaflık ilkesi”dir. Şeffaflık ilkesi, pay sahiplerinin şirket bilgilerine kolaylıkla ulaşabilmelerini sağlamak

mesinin önü açılmakta, karar bu yönüyle, esit işlem ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. **Bu itibarla, mahkemece, anılan kararın örtülü kâr payı dağıtım amacını taşıyan ve esit işlem ilkesine aykırı olduğu gözetilerek, butlanına karar verilmesi gerekirken bu hususta bir değerlendirme yapılmaması doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.**” denilmek suretiyle yönetim kurulu üyelerine %50 oranında kar dağıtılmasına dair verilen genel kurul kararının butlanına hükmedilmiştir.

⁷³ TTK'nın 358'inci maddesinin gerekçesinde; “Hüküm yenidir; ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. **Çünkü, hükümlerle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır.** Bu kısımda işletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmıştır. İstisna pay sahiplerinin, şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tâbi tutulmasını gerekli kılar. Şirketin, pay sahiplerine istisnalar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırı olur” ifadesi bulunmaktadır.

⁷⁴ Şirkete borçlanma yasağı ve alacaklılarla şirket malvarlığının korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEKER, s. 659-670; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 5 vd.

⁷⁵ Gerekeçe, s. 164.

amacıyla getirilmiş bir ilkedir⁷⁶. Esasında adından da anlaşılacağı üzere şeffaflık ilkesi, şirketin yapacağı işlemlerin, pay sahipleri açısından açık ve anlaşılır olmasını ve nihayetinde de pay sahiplerinden gizlenen bir işlem yapılmamasını ifade eder⁷⁷. Konumuzla sınırlı olarak, örtülü kazanç dağıtım müessesesini ilgilendiren düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir. Örneğin TTK'nın 77'nci maddesindeki “...[Ü]çüncü kişiler lehine taahhütlerden doğan sorumluluklar ile Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen diğer sorumluluklar pasifte gösterilmemişlerse, bilançonun altında veya ekte Türkiye Muhasebe Standartlarına göre açıklanır.” hükmü şeffaflık ilkesinin bir yansımasıdır⁷⁸. Anılan hükme göre şirket bilançosu ve finansal tabloları hazırlanırken; çek düzenleme, üçüncü kişi lehine taahhütler vb. şekildeki, şirketi taahhüt altına sokan işlemlerin bilançoda gösterilmesi, eğer gösterilmemişse de bu durumun bilançonun altında gösterilmeme nedeninin açıklanması istenmiştir. Kanun koyucu ilgili hükümde, şirketi ilgilendiren her türlü taahhüdün mali kayıtlarda görünmesini arzulamıştır. Şirket kayıtları şeffaflık ilkesi gereğince tüm pay sahiplerine ve diğer ilgililere açık olduğu için, emsallere uygun olmayan bir haksız menfaat sağlama durumunun olup olmadığı konusunda bir kontrol zemini hazırlanmak istenmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere; bilançonun ve finansal tabloların hazırlanması konusunda hâkim olan bir diğer temel ilke de şeffaflık ilkesidir. İlkenin amacı ise, bir peçeleme olmasını engellemek ve yönetimin yetkisini kötüye kullanarak, şirketin veya diğer ilgililerin zararına işlem yapmasının önüne geçmektir⁷⁹. Bu açıdan, pay sahipleri ve vergi idaresi de tartışmasız bir şekilde “*ilgililer*” olarak kabul edilecektir. Ayrıca TTK'nın 149'uncu maddesindeki, birleşme durumunda ilgililere inceleme hakkının tanınması da

⁷⁶ TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 318.

⁷⁷ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 140 vd.

⁷⁸ Konuyla ilgili olarak, TTK 77'nci madde gerekçesinde; “*Hüküm şeffaflık ilkesininin gereği olarak, pasifte yer almayan sorumluluk ilişkilerinin ekte açıklanmasını öngörmektedir. Sorumluluk ilişkileri 77 nci maddede sınırlı sayıda sayılmamışlardır. Zaten Türkiye Muhasebe Standartlarına yapılan gönderme de bunu doğrular*” ifadesi bulunmaktadır.

⁷⁹ TTK'nın 78'inci madde gerekçesinde de “*şeffaflık ilkesi*” ile ilgili şu açıklama bulunmaktadır: “*Bu ilke, iki alt ilkeyi içerir: **Bilanço günü ve teker teker değerlendirme.** Değerlemeler bilanço günü itibarıyla yapılmalı, bu tarihe kadar değerlendirmeyi etkileyen bütün etkenler dikkate alınmalı, anılan tarihten sonrakiler de hesaba katılmamalıdır. Teker teker değerlendirme ise şeffaflığın vazgeçilmez gereğidir. Aksi halde kalemler toplanır ve mahsuplarla bir değer elde edilirse, finansal durum anlaşılabilir.*” (Gerekçe, s. 98.)

madde gerekçesinde şeffaflık ilkesinin bir gereği olarak ifade edilmiştir. Bu hükme, haksız kazancın önlenmesi amacıyla maddede yer verildiğine dikkat çekilmiştir⁸⁰.

TTK'da genel olarak dayanılan şeffaflık ilkesinin en önemli yansıması, kendini denetim ile ilgili hükümlerde gösterir. Denetim TTK'da yeni bir anlayışla ele alınmış olup⁸¹, denetime tabi olan şirketlerin yükümlülükleri ile denetçinin yetkileri ve sorumlulukları farklı, yeni ve etkin bir yaklaşımla düzenlenmiştir. TTK'da öngörüldüğü şekilde denetime tabi olan şirketlerin, mali kayıtları ve finansal raporları internet sitesi aracılığı ile paylaşılmakta ve elbette tüm ilgililer istediklerinde bu bilgilere rahatlıkla ulaşabilmektedir. Ancak kanaatimizce, asıl sorun bilgilere ulaşmaktan ziyade, ulaşılan bilgilerin ve belgelerin içeriklerinin güvenilirliğidir. TTK'nın getirdiği düzenleme ile belgelerin ve kayıtların denetçi tarafından kontrolü ve onaylanması gerekecektir. Onaylanan belgelerde veya ilgili raporlarda gerçeğe aykırı bir durum söz konusu olduğunda, denetçinin de sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır⁸². Bu doğrultuda denetime tabi şirketlerin hem mali kayıtlarına veya finansal tablolarına ulaşmak hem de mali kayıtların veya finansal tabloların içeriklerinin güvenilirliğini sağlamak mümkün olacaktır⁸³. Yukarıda yapılan tüm açıklamalar şeffaflık ilkesinin doğal bir sonucudur.

TTK'nın “*Dürüst Resim İlkesi*” başlıklı 515'inci maddesinde, “*Anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun*

⁸⁰ TTK'nın 149'uncu madde gerekçesinde; “*Maddenin kaynakları İBirk 16'ncı madde ile 78/855/AET sayılı Yönergenin 11 inci maddesidir. Hükümün amacı, ortaklara, intifa senedi hamilleri ile menkul değer veya menfaat sahiplerine ve diğer ilgililere bilgi vermek; bu suretle haksız menfaat sağlanmasını ve kaybını önlemek; şeffaflığı sağlamak ve oy hakkını haiz olanlara bu haklarını bilinçli olarak kullanmalarında yardımcı olmaktır*”. (Gerekeçe, s. 118). Benzer ifadeler 171'inci madde gerekçesinde de bulunmaktadır. Bkz. Gerekeçe, s. 128.

⁸¹ Denetim konusu ile ilgili TTK ile getirilen yenilikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AY-HAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 370 vd.; PULAŞLI, s. 505 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 413 vd.

⁸² **Denetçinin sorumluluğu**, TTK'nın 554'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; “*Şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi ve özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur*” hükmü amirdir.

⁸³ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 522-523 vd.

bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır” hükmü ile dürüst resim ilkesine vurgu yapılmıştır. Dürüst resim ilkesi, şeffaflık ilkesinin tam bir yansımasıdır. Kısacası; şirket şeffaflık ilkesi gereğince, tüm işlemleri ve ihtiyaç duyulan bilgileri zamanında ilgililere verecek ve bahse konu bilgileri daima açık tutacaktır⁸⁴. Ayrıca tüm kayıtlar ve işlemler, denetime açık, karşılaştırmaya müsait ve doğru (dürüst) olacaktır (TTK m. 402/5)⁸⁵. Bu kapsamda hem mali kayıtların tutulması hem de denetlenmesi dürüst olarak yapılacak ve temel ilkelere aykırılık, yetkililerin doğrudan sorumluluklarının doğmasına neden olacaktır⁸⁶. Hal böyle olunca, TTK’daki şeffaflık ilkesi kapsamındaki hükümlerin hepsinin doğrudan, örtülü kâr dağıtımının önlenmesine yardımcı düzenlemeler olduğu söylenebilir. Her iki düzenlemenin temel amacının, dürüst işlem yapılması, şirketin şeffaf yönetilmesi ve hiçbir peçeleme yapılmadan, görünürdeki işlemle gerçek işlemlerin tamamen örtüştüğü bir yönetim sistemi oluşturmak olduğu ifade edilebilir.

Sonuç olarak; anılan tüm düzenlemeler genel olarak ifade etmek gerekirse; öncelikle şirket zararının önlenmesini ve devamında da pay sahipleri başta olmak üzere diğer ilgililerin haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Kanaatimizce, KVK’nın 12’nci ve 13’üncü maddesindeki **“örtülü kâr dağıtımı” düzenlemeleri öncelikli olarak vergi güvenliğinin sağlanması amacıyla ihdas edilmiş olsa da, bu amacının yanı sıra TTK’nın temel ilkeleri doğrultusunda korunmak istenen şirket menfaatleri ile paralellik**

⁸⁴ TTK’nın 437’nci maddesindeki **“Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”** ile 438’inci maddesindeki **“Özel Denetim İsteme Hakkı”**, şeffaflık ilkesi gereğince pay sahiplerine tanınmış önemli haklardandır.

⁸⁵ Ayrıca TTK’nın 515’inci madde gerekçesinde de; *“Madde, dört emredici ilkeyi içerir: (a) Yılsonu finansal tabloları Türkiye Muhasebe Standartlarına (m. 88, geçici m. 1) göre çıkarılır. (b) Finansal tablolardan şirketin malvarlığı, borçları, yükümlülükleri, öz kaynakları ve faaliyet sonuçları anlaşılmalıdır. (c) Finansal tablolar tam, anlaşılabilir, geçmiş yıllarla karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun, şeffaf, güvenilir olmalıdır. (d) Şirketin durumunun resmini vermelidir; bu resim gerçeği dürüst ve aslına uygun olarak yansıtmalıdır. Anglo-Sakson hukukunun ünlü üst hukuk kuralı “true and fair view” ilkesi bu suretle “dürüst resim” ilkesi olarak ifade edilmiştir. Dürüst resim ilkesi kanunî terimdir. Dürüst resim ilkesinin içeriği ve alt ilkeleri IFRS’yi aynen yansıtan Türkiye Muhasebe Standartları, öğreti ve mahkeme kararlarınca doldurulur. Dürüst resim ilkesi bir üst hukuk kuralıdır. Yani bu ilkeye uymayan, bu ilkeyi yeteri kadar temsil etmeyen standart ve hükümleri bertaraf eder ve tabloyu çıkarandan ilkeye uygun hareketin yerine getirilmesini ister (Türk Medenî Kanunu 1 inci maddesi)”* açıklaması yer almaktadır. (Gerekçe, s. 241.)

⁸⁶ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 473.

göstermektedir. Bu düzenlemedeki “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinden vazgeçilerek, yukarıda önerdiğimiz şekilde, idare açısından aynı sonucu doğuracak ve TTK ile çelişmeyecek bir nitelendirme yapılması halinde tüm bu düzenlemelerin tam olarak birbiri ile örtüşeceği hatta birbirini tamamlayacağı kanaatindeyiz.

C. KVK KAPSAMINDA YAPILAN ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI TESPİTİ SONUCUNDA SORUMLULUK HALLERİ

1. Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Genel Sorumluluk Halleri ile Örtülü Kâr Dağıtımı İlişkisi

TTK’nın “*hukuki sorumluluk*” başlıklı 11’inci Bölümü’nde genel olarak, şirketi, alacaklıları ve dolayısıyla pay sahiplerini zarara uğratanların sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Bilindiği üzere peçeleme işlemi hakkın kötüye kullanımının vergi hukukundaki bir yansıması olduğundan örtülü kâr dağıtımının bir görünüm şekli olması nedeniyle çalışmamızın bu başlıkta incelenecek sorumluluk hallerinin işlemleri gerçekleştiren kişilere karşı da ileri sürülebileceği kanaatindeyiz.

TTK’nın “*belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması*” başlıklı 549’uncu maddesinde; “*Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur*” hükmü bulunmaktadır. Hükümden anlaşılabilirliği üzere, ortada hakkın kötüye kullanımı sayılacak bir hukuksuz işlem varsa, işlem sonucunda zarara maruz kalanlara karşı, işlemi yapan kişiler ve hatta işleme katılanlar sorumlu olacaktır⁸⁷.

Başka bir deyişle, yönetim kurulu/yönetim kurulu üyesi, bir pay sahibi veya pay sahibinin yakınıyla yapılan bir alım-satım işleminde, emsallerinden daha düşük bedelle bir satış yapmışsa, bu satıştan, emsalinden eksik alınan bedel kadar şirket zararı doğacağı ortadadır. Bahse konu alım-satım eyleminin, objektif ve sübjektif unsurları taşıması şartıyla, örtülü kâr dağıtımına konu bir eylem olarak nitelendirilmesi halinde, emsaline göre eksik satış bedeli kadar şirket zararı, ilgili yönetim kurulundan TTK’nın 549’uncu ve diğer ilgili

⁸⁷ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 473; ERİŞ, s.2768 vd.

hükümleri kapsamında talep edilebilecektir⁸⁸. Zira ortada hukuksuz bir işlem ve işlem sonrasında ortaya çıkan bir şirket zararı mevcuttur⁸⁹. Bunun yanında, örtülü kâr dağıtımının tespit edilmesi sonucunda, şirket ekstra bir vergi cezası vb. bir fer'i ödemek zorunda kalmışsa, bahse konu örtülü kâr dağıtımını işlemi ile zarar arasında uygun illiyet bağı olduğu için, ilgililer yine anılan zarar kalemlerinden sorumlu olacaktır⁹⁰. Sorumlu olacak ilgililerden kasıt, elbette TTK'nın 553'üncü maddesinde sayılan yetkililerdir.

Örtülü kar dağıtımını tespiti sonucunda da bizce yöneticiler birinci derecede bu işlemlerden sorumlu olacaklardır. Şöyle ki; hukukun temel ilkelerine göre, genel olarak ifade etmek gerekirse, kusurlu bir hareketiyle bir başkasının zararına sebep olan kişi, bu zarardan sorumludur⁹¹. Örneğin, eğer şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki borç ilişkisi, KVK kapsamında örtülü sermaye tespiti yapılabilecek bir seviyede ise, bu borç için pay sahibi/ilişkili kişiye ödenen faiz vb. haksız ödemeler, örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilecektir. Örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilen haksız ödeme sonucunda, şirketin temelde iki şekilde zararı oluşur.

Birinci olarak; pay sahibi/ilişkili kişiden aldığı borç için ödemediği faiz vb. haksız ödemeleri gider olarak vergi matrahından indiremez. Eğer bu borç, örtülü sermaye olarak nitelendirilmeyecek bir borç olsaydı şirketin katlandığı faiz vb. ödemeler gider olarak nitelendirilecek ve bunların vergi matrahından indirilmesine imkân tanınmış olacaktı. Dolayısıyla örtülü sermaye tespitiyle, şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye ödemediği bahse konu faiz vb. haksız ödemeler vergi matrahından indirilmeyecek ve şirket bu kadarlık bir indirimden mahrum kalacaktır. Şirketin doğrudan ve dolaylı zararına sebep olan kişilerin de (yönetim) zarardan sorumlu olmaları gerekecektir.

İkinci olarak; bu ödemeler haksız ödemeleri alan pay sahibi/ilişkili kişi açısından da örtülü kâr dağıtımını sayılacaktır. Bunun bir sonucu olarak da şirket idareye (yukarıda izah edildiği gibi stopaj) vergi ödemek zorunda kalacaktır. Aynı durum örtülü kazanç dağıtımını tespiti sonucunda ortaya çıkan

⁸⁸ ERİŞ, s. 2788; Yargıtay 11. H.D.'si 25.06.2012 tarihli ve E. 2012/4958, K. 2012/10828 sayılı kararı (Kararın tam metni için bkz. ERİŞ, s. 2788-2789).

⁸⁹ Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 292 vd.

⁹⁰ **Yargıtay**, 11. H.D.'si 06.07.1993 tarihli ve E: 1993/7107, K: 1993/5002 sayılı kararı "...İdare meclisi üyeleri, şirket defter ve kayıtlarının usulsüz tutulması nedeniyle doğan zararlardan sorumludur. **Bu usulsüzlük nedeniyle şirket vergi cezası ödemişse, bu cezadan idare meclisi üyeleri sorumludur...**", (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

⁹¹ EREN, s. 512.

örtülü kar dağıtımı durumunda da söz konusu olacaktır. Burada da alım veya satım gerçek bedel üzerinde yapılıyorsa, bu bedel kadar matrahta bir eksiklik ortaya çıkması gündeme gelecekti. Diğer bir ifadeyle, şirket gideri ya daha fazla ya da geliri daha az tespit edilecek ve her durumda vergi matrahı bu kadar eksik çıkacaktı. Bu nedenle her iki örtülü kar dağıtımı tespiti halinde de şirket bu haksız menfaat kadar bir vergi matrahı fazlalığı ile karşı karşıya kalacak, sözün özü doğrudan zarar etmiş olacaktır.

Bu zarara ilave olarak, idare tarafından yapılacak tespit sonucunda, örtülü sermaye için ödenen faiz vb. giderler ile örtülü kazanç dağıtımı sonucunda yapılmış olan giderlerin kanunen kabul edilmeyen giderler kapsamına alınması gerekecek ve bunun için düzeltme gibi işlemler yapılacak olup bu işlemler için şirket, vergi ziyayı cezası ile gecikme faizine de katlanmak zorunda kalacaktır⁹². Aynı şekilde, idare tarafından örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi yapılan kısım için de şirket, vergi ziyayı cezası ile gecikme faizine katlanacaktır. Sonuç olarak, şirketin pay sahibi/ilişkili kişiden almış olduğu borç için bir örtülü sermaye tespiti yapıldığında veya bu kişilerle örtülü kazanç dağıtımına konu bir ilişki tespiti halinde şirket açısından en az yukarıda ifade edilen kadar zararlarla karşılaşmış olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, örtülü kar dağıtımı tespiti halinde, vergi kanunlarına ek olarak, ticaret hukuku açısından da şirket yöneticilerinin şirkete vermiş oldukları zararlarla ilgili konuyu ele almak ve şirketin zararlarının karşılanması yoluna gitmek gerekecektir.⁹³

Ayrıca, yukarıda detayları verilen “eşit işlem ilkesi”nin yönetim kurulu üyeleri tarafından eşit statüdeki ortaklar arasında ayırım yapılmak suretiyle ihlal edilmesi halinde de pay sahipleri doğrudan zarar gördüğünden söz konusu zararlardan yönetim kurulu üyeleri sorumlu olacaktır⁹⁴. Bu kapsamda, “eşit işlem ilkesi”ne aykırı şekilde örtülü kâr dağıtımı yapılması halinde de söz konusu işlemi gerçekleştiren yöneticilerin doğacak zararlardan sorumlu olacağı açıktır.

Konumuzla ilgili olarak, örtülü kâr dağıtımı yapanlar, şirketin zararından sorumlu olmakla beraber, kusurlarının varlığı halinde bu haksız kazancı

⁹² Vergi ziyayı ve cezası hususu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (RG. 12.01.1961, S. 10705) 341 ve 344'üncü maddesinde, gecikme zammı hususu ise 112'nci maddede düzenlenmiştir.

⁹³ Yöneticilerin şirket zararlarından sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 693 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 470 vd.

⁹⁴ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 471; AKDAĞ GÜNEY, s. 295-296.

(menfaati) elde edenler de şirketin zararlarından sorumlu olacaktır⁹⁵. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, düzenleyenler ve katılanlar açısından farklı sorumluluk halleri öngörülmüştür⁹⁶. Düzenleyenler, yani konumuzla sınırlı olarak, örtülü kazanç dağıtımına konu işlemi yapanlar açısından TTK ile bir “*kusur karinesi*” getirilmiştir⁹⁷ (TTK md. 553/1). Kanunun ilk halinde, işlemi yapan (düzenleyen) yöneticinin bu işlem sonucunda şirketi bir zarara uğratması halinde, yönetici davacıların ayrıca yöneticinin kusurunun varlığını ispatlamaya gerek olmadan bu zarardan sorumlu olacağı düzenlenmekteydi. Ancak, madde metninde yer alan “...[K]usurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça...” ibaresi, 6335 sayılı Kanun⁹⁸ ile yapılan değişiklik⁹⁹ sonucunda kaldırılmış olup, maddeye bu ibare yerine “*kusurlarıyla*” ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla TTK’nın 553’üncü maddesinde yapılan değişiklik ile zarardan dolayı yöneticilerin sorumlu tutulabilmesi için, zararın varlığını, zarar ile yöneticilerin eylemleri/eylemsizlikleri arasında illiyet bağı olduğunu ve yöneticilerin kusurlarıyla bu zarara sebep verdiklerini iddia eden (davacının) ispat etmesi gerekecektir¹⁰⁰. Buna göre; madde metninin değişiklik yapılan halinde kusur karinesine dayalı sorumluluk terk edilerek TBK’nın haksız fiil hükümlerine paralel bir sorumluluk sistemi kabul edilmiştir¹⁰¹. Bunun yanında, örtülü kazanç dağıtımında, işlemi yapan yöneticinin kusurunun tam olarak ispatlanamadığı noktada, yöneticinin “bilerek-isteyerek” yapma halinin de ispatlanmış olmayacağı, dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı değerlendirilmektedir. Çünkü TTK 553’üncü maddesinde düzenlenen sorumluluk hali bir “*kusursuz sorumluluk hali*” değildir¹⁰².

⁹⁵ **Yöneticilerin hukuki ve cezai sorumluluğu** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞRU-SÖZ KOŞUT, s.683-696.

⁹⁶ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 473.

⁹⁷ Mülga 6762 sayılı TTK’nın 336’ncı maddesinde de yöneticiler için “**kusur karinesi**” kabul edilmişti AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 478.

⁹⁸ RG. 30.06.2012, S. 28339.

⁹⁹ 6335 sayılı kanunun 41’inci maddesinin 16’ncı bendi ile TTK’nın 553’üncü maddesinde yapılan değişiklik.

¹⁰⁰ TTK’nın 553’üncü maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, **kusur karinesinin kaldırılması ve yöneticilerin sorumluluğu için kusurlarının, bunu iddia eden tarafından ispatının gerekeceği** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), s. 430 vd.; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 697; PULAŞLI, s. 715 vd.; TEKİNALP, Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 280 vd.

¹⁰¹ BAHTİYAR, s. 393-394.

¹⁰² AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 476. TBK’nın 65-71’inci maddeleri arasında düzenlenen “**Kusursuz Sorumluluk**” halleri arasında, anonim şirket yöneticilerin sorumluluğu

Dolayısıyla, hakkında örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan işlemle ilgili olarak; TTK'nın 549'uncu maddesi kapsamında işlemi yapan yönetici (düzenleyen), TTK'nın 553'üncü maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, artık kusursuzluğunu ispat külfeti altında olmayıp, aksine iddia edenin, yöneticinin kusurunu ispatlaması gerektiğini¹⁰³ ifade edebiliriz¹⁰⁴.

Örtülü kâr dağıtımına konu haksız menfaati, KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre elde eden kişi (katılan), normal ispat hükümlerine tabi olduğundan, şirketin zararını talep edebilmek için katılanın kusurunun, iddia eden tarafından ispatlanması gerekecektir. Örtülü kâr dağıtımında, TTK'nın 549'uncu maddesinin uygulanabilmesi için, bahse konu işlemler sonucunda şirketin bir zararının doğmuş olduğunu net bir şekilde ortaya koymak gerekecektir¹⁰⁵. Madde gerekçesinde; *“Sorumluluk şartları ise kanuna aykırı, doğru olmayan, gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmayan beyanlar ve bazı hususların gizlenmiş olması bundan zarar doğmuş bulunması ve uygun nedensellik bağıdır”* ifadesiyle konu net bir şekilde açıklanmıştır¹⁰⁶. Zararın ispatlanması konusu genellikle, teknik açıdan zor olmakla beraber, ispat için istifade edilecek deliller arasında, vergi müfettişi tarafından örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan *“vergi inceleme raporunun”* öncelikli olarak kullanabileceği

bulunmamakta olup, kanunda açıkça düzenlemeyen hallerde kusursuz sorumluluk öngörülemez.

¹⁰³ **Yargıtay**, 23. H.D.'si 06.02.2019 tarihli ve E:2016/2905, K:2019/301 sayılı kararında; *“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553. maddesinin 1. fıkrasının ilk halinde, ‘Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurları bulunmadığını ispatlamadıkça hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar”* şeklinde düzenlenme yapılmış ve kusur bir karine olarak kabul edilerek, ispat yükü yönetim kurulu üyeliklerinde görev alanlara yüklenmişti. Söz konusu maddenin 26.06.2012 tarih ve 6335 Sayılı Kanun'un 28. ve 41. maddeleri ile düzenlenmiş son hali ise, *“Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar”* şeklinde olup, kusurluluk bir karine olmaktan çıkmış ve yönetim kurulu üyeliklerinde görev alanların kusurlu oldukları ispat edilmedikçe sorumlu olmadıkları düzenlenmiştir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya baktığımızda, yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporlarında ihtimalli değerlendirmeler yapılmış ve vergi beyannamelerinin verilmemesinde davalı yönetim kurulu üyelerinin kusurları davacı yanca kesin olarak ispat edilememiştir. Bu itibarla, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisini doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir.” hükmüyle kusur karinesinin kaldırıldığı yönünde karar vermiştir, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

¹⁰⁴ PULAŞLI, s. 715 vd.; ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), s. 432.

¹⁰⁵ YASAMAN, s. 331-359.

¹⁰⁶ Gerekeçe, s. 254.

kanaatindeyiz¹⁰⁷.

Örtülü kâr dağıtımına konu işlem ile emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde ortaya çıkan haksız menfaati elde eden ilişkili kişinin/pay sahibinin, yukarıda ifade edilen TTK'nın 549'uncu maddesine göre, şirketin zararından sorumlu olmasının yanı sıra, elde ettiği bu haksız menfaatin şirkete iadesi konusunda da TTK'nın 512'nci maddesinin gündeme geleceği ifade edilebilir. “*Kötü niyet halinde*” başlıklı 512'nci maddede; “*Haksız yere ve kötü niyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdür. Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları hakkında da aynı hüküm uygulanır*” hükmü bulunmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, haksız kâr payını veya kazanç payını alan pay sahibi veya yönetim kurulu üyesi, haksız ve kötü niyetli olduğu takdirde bu bedeli geri vermekle yükümlüdür¹⁰⁸.

TTK'nın 549'uncu maddesinde de olduğu gibi, TTK'nın 512'nci maddesinde de haksız menfaati elde eden pay sahibinin/ilşkili kişinin kötü niyetli olduğunun, başka bir deyişle kusurlu olduğunun ispatı, iade talebinde bulunan kişiye ait olacaktır¹⁰⁹. İlgili hüküm düzenlenmemiş olsaydı bile, TTK'nın 549-553'üncü maddeleri ile TBK'nın 49'uncu ve 50'nci maddeleri gereğince, zararını ispat eden ve zarar ile pay sahibinin/ilşkili kişinin kusuru arasında uygun illiyet bağının var olduğunu ispat edebilen şirket veya kişilerin, zararlarını ilgili pay sahibinden/ilşkili kişiden talep edebileceği kanaatindeyiz¹¹⁰. Ancak her ne kadar, KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerinde “*örtülü kâr dağıtımı*” sayılma halleri hüküm altına alınmış olsa da yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde; örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan bir haksız menfaatin, TTK kapsamında “*kâr payı dağıtımı*” olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüşümüzü burada bir kere daha tekrar ediyoruz¹¹¹. Bu görüşümüze göre ortada TTK kapsamında bir kâr payı söz konusu olmadığı için, TTK'nın 512'nci maddesinin burada uygulanamayacağı da başka bir açıdan ele alınabilir. Ancak yönetim kurulu üyelerine ödenecek

¹⁰⁷ ÖCAL, s. 6.

¹⁰⁸ PULAŞLI, s. 470; YASAMAN, s. 100-103.

¹⁰⁹ ÖZDAMAR, s. 327-329.

¹¹⁰ Örtülü kâr dağıtımı tespiti halinde, **diğer pay sahiplerinin veya ilgililerin talep hakları konusunda** TTK'nın “**şirketin zararı**” başlıklı 555'inci maddesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yanında doktrinde yapılan **doğrudan-dolayısıyla zarar ayrımları** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 893 vd.

¹¹¹ Bkz. Başlık II.A.3.

kazanç payları açısından, ödenen kazanç payları TTK'da kâr payı olarak nitelendirilmediği için, TTK'nın 512'nci maddesine dayanarak talepte bulunulabileceği görüşündeyiz¹¹². Kaldı ki, TTK'nın 512'nci maddesinde sadece yönetim kurulu üyelerine sağlanan haksız kazanç payları değil aynı zamanda haksız yere ve kötü niyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahiplerinin de geri verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. İlgili madde ile KVK'daki düzenlemeye benzer şekilde haksız ve kötü niyetle menfaat elde edilmesin de yaptırıma bağlanmıştır. Zira, konumuzla ilgili olarak TTK'nın 512'nci maddesi de; “*malvarlığının korunması ilkesi*”nin bir sonucudur¹¹³.

2. Örtülü Kâr Dağıtımına Konu İşlemi Yapan Yöneticilerin Türk Ticaret Kanunu Açısından Sorumlulukları

KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddesinde düzenlenen, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapıldığında, haksız menfaat sağlama işlemine konu eylemde bulunan yetkili yöneticinin sorumluluğu da yukarıda ifade edilen hükümler kapsamında gündeme gelecektir. Yetki devri TTK'nın 367'nci maddesine göre yapılmış da olsa, sonuç itibarıyla, şirkette örtülü kâr dağıtımına konu işlemi yapan bir yönetici bulunmaktadır. Örtülü kâr dağıtımı tespiti idare tarafından net bir şekilde yapıldığı takdirde yöneticinin bilerek ve isteyerek, vergiyi aşındırmak kastıyla bir haksız menfaat elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu kabul

¹¹² Yargıtay 11. H.D.'si 14.09.2017 tarihli ve E:2016/5118, K:2017/4360 sayılı kararında; “Yönetim kurulu üyelerine ödenen yıllık toplam ücretin ise yıllık 120.000 Avro olduğu dikkate alındığında şirketin elde ettiği gelirin yarısından fazlasının yönetim kurulu üyelerine ücret olarak dağıtılmasına karar verildiği görülmektedir. TTK 507/1.maddesi uyarınca «Her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış dönem kârına payı oranında katılma hakkını haizdir...». Şirket yöneticilerine verilecek yüksek miktarlı huzur hakkı ile yönetim kurulu üyesi olmayan ortakların payları oranında kâr payı alma haklarının zayıflatıldığı, belli ortaklara örtülü kâr dağıtılması sonucunu doğuracağı bir gerçektir. Dolayısıyla şirketin elde ettiği gelir ile yönetim kurulu üyelerine ödenmesine karar verilen ücretler nazara alındığında, yönetim kurulu üyelerine verilmesine karar verilen huzur hakkının şirketin geliri, yapılacak işler ve yönetim kurulunun görevleriyle orantılı olmadığı, dava konusu genel kurulun 5 numaralı maddesinde alınan kararın belli ortaklara örtülü kâr dağıtımı niteliğinde olduğu kabul edilmeli, bu kararın eşitlik dürüstlük kurallarına da aykırı bulunduğu nazara alınmalıdır. Bu suretle; dava konusu davalı şirketin olağan genel kurulunun 5. maddesi uyarınca huzur hakkı belirlenmesine ilişkin olarak alınan kararın iptali gerekirken, yanılığılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın *bu nedenle bozulması gerekmiştir.*” denilmek suretiyle, Yönetim Kurulu üyelerine sağlanan menfaatin örtülü kâr dağıtılması sonucunu doğurduğu gerekçesi ile zarar görenlerin talebini haklı bulmuştur. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. H.D.'si 29.05.2018 tarihli ve E:2016/8998, K:2018/4037 sayılı kararı; Yargıtay 11. H.D.'si 07.12.2017 tarihli ve E:2016/4782 K:2017/7020 sayılı kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019). Ayrıntılı görüşümüz için bkz: s. 35 vd. Ayrıntılı görüşümüz için bkz. Bölüm D.

¹¹³ AYHAN, s. 17.

edilecektir. Zaten ortada, bilmek veya istemek kastı yoksa başka bir deyişle yöneticinin kusuru yoksa, kanundaki şartları taşıyan bir örtülü kâr dağıtımı tespitinden söz edilemeyeceği için, sorumluluk da söz konusu olmayacaktır¹¹⁴.

Ancak diğer taraftan elbette sorumluluk, örtülü kâr dağıtımı müessesesi ile ilgili olarak, TTK'nın yukarıda değinilen genel sorumluluk hallerinin düzenlendiği temel hükümler esas alınmak suretiyle belirlenecektir. TTK'da özel bazı sorumluluk halleri de düzenlenmiş olup, yapılan düzenlemelerden bir kısmı da örtülü kâr dağıtımı tespiti yapıldığında, yöneticilerin sorumluluğu açısından öncelikli olarak gündeme gelebilecektir.

Buna göre; TTK'nın "*Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi*" başlıklı 550'nci maddesinde; "*Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edirlirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler; söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar*" hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemede aslında, "*sermayenin korunması ilkesi*"nin bir gereği olarak, bilerek ve kusurlu bir şekilde haksız bir menfaat sağlanmasına sebep olan kişilerin sorumlulukları düzenlenmektedir¹¹⁵.

Bunun yanında TTK'nın "*Değer biçilmesinde yolsuzluk*" başlıklı 551'inci maddesinde de "*Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve*

¹¹⁴ KARSLIOĞLU, s. 374; YASAMAN, s. 344.

¹¹⁵ TTK'nın 550'nci madde gerekçesinde; "*Sermayenin korunması ilkesinin bir uygulaması olan bu hüküm, aynı ilke bağlamında öngörülmüş bulunan 549 uncu maddenin tamamlayıcısıdır. 549 uncu maddenin özellikle taahhütlere ilişkin yönü 550 nci madde ile yakından ilgilidir. İki madde arasındaki ayırım şöyle konulabilir: Sermaye tamamen taahhüt olunmamışken ödenmiş gibi gösterilmişse sermaye taahhüdünde bulunanlar 341 inci maddeye göre; onayan noter düzenleyen olarak 549 uncu maddeye göre sorumlu olurlar ve onlara katılanlar da aynı hükmün kapsamındadır. Buna karşılık 550'nci madde sermayede bir boşluk kalmamasını sağlamak amacıyla, kusurlu olmaları şartıyla "şirket yetkilileri"nin bu payları üstlenmesini ve zararın varlığı halinde bu zarardan müteselsilen sorumlu olmalarını hükme bağlamaktadır. Aynı ilkeler kanun ve esas sözleşme gereği ödenmesi gereken pay karşılıkları için de geçerlidir.* «Şirket yetkilisi» geniş şekilde anlaşılmalıdır" açıklaması bulunmaktadır (Gereke. s. 254). Ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 588 vd.

aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur” denilmek suretiyle, kusurlu olarak, bir haksız menfaat sağlanmasına sebep olan yöneticinin bundan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede de kusurlu sorumluluk hali kabul edilmiş olup, kusurlu sayılacak eylemler, örnekleme yoluyla sayılmıştır. Buna göre; “başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar” ifadesi ile her türlü yolsuzluk (hakkın kötüye kullanım halleri de dâhil) madde kapsamında açıkça belirtilen hukuka aykırılıklardan biridir¹¹⁶. Maddede örtülü kâr dağıtımı ile paralel bir yaklaşımla “emsaline oranla yüksek fiyat biçenler” ifadesi ile sağlanacak haksız menfaatin şekli belirtilmiştir¹¹⁷.

Sonuç olarak örtülü kar dağıtımı tespiti yapıldığında, yukarıda ayrıntısı ile değinildiği üzere, şirketin veya diğer ilişkili kişilerin zararlarının doğmuş olduğu kural olarak kabul edilmektedir¹¹⁸. Bu zararların doğmasına sebep olan da söz konusu haksız ve hukuksuz işlemi yapan da şirketin yöneticileridir. Yöneticiler de elbette kusurlarının varlığı halinde TTK’daki düzenlemeler kapsamında bu zararlardan birinci derecede sorumludurlar. Bu sorumluluğun ispatı için söz konusu örtülü kar dağıtımı tespitine konu vergi inceleme raporu kullanılabilirlikle birlikte, şirket zararının varlığı zaten şirketin ödeyeceği ilave vergiler ve cezaları ile de sabit hale gelecektir. Örtülü kar dağıtımı tespiti sonucunda yöneticilerin doğrudan bu zarardan sorumlu olmalarının yanında,

¹¹⁶ ERİŞ, s. 2771.

¹¹⁷ TTK’nın 551’inci madde gerekçesinde; “Bu madde, 6762 sayılı Kanununun 307’nci maddesinin tekrarıdır. Ancak bazı noktalarda eski hükümden ayrılmıştır. (1) Hükümün uygulanabilmesi için hile yapılmasına gerek yoktur. Aynı sermayeye emsaline nazaran yüksek fiyat biçilmiş olması veya işletme veya aynın niteliğinin (meselâ, arsa iken bina; sosyal amaçlı yapı iken üretim birimi; mesken iken turistik tesis gösterilmesi gibi) veya durumunun (meselâ, imar durumu yokken varmış gibi gösterme; imar durumunu olduğundan iyi gösterme; imar durumu hakkında belirtme yapmama gibi) farklı gösterilmesi veya başka bir tarzda yolsuzluk yapılması (kurucular kabul etmemişken etmiş göstermek; mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor almak vs. gibi) yeterlidir. **Hüküm kusur esasına dayalıdır. Bu, özellikle “emsaline nazaran yüksek” ibaresi yönünden önem taşır. Madde kaleme alınırken “yüksek”lik, “açık”, “önemli derecede yüksek”, “aşırı” gibi sıfatlara bilinçli olarak yer verilmemiştir.** Bunun iki sebebi vardır: Bir taraftan bu sıfatların yorum güçlükleri doğuracağı, diğer taraftan da ölçümü altındaki farkların yasal kabul edileceğinden endişe edilmiştir. Oysa mahkeme konuyu hem kusur araştırması hem de takdir hakkı bağlamında karara bağlar. Kusursuz sorumluluk, değerlendirmeye, emsal belirleme hatalarının bile sorumluluk doğurmasına yol açard. Aktif dava ehliyeti şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara aittir. Pasif dava ehliyeti somut olaya göre belirlenir” açıklaması bulunmaktadır (Gerekçe, s. 254). Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 696; ÖZDAMAR, s. 338-341.

¹¹⁸ KARSLIOĞLU, s. 341.

zarara konu haksız kazancı elde edenlerin de bunu faizi ile birlikte şirkete iade etmeleri gereğine de yukarıda değinilmiştir.

D. VERGİ KANUN VE UYGULAMASI DIŞINDA ORTAYA ÇIKAN ÖRTÜLÜ KAZANÇ HALLERİNİN TTK AÇISINDAN İRDELENMESİ

Yukarıda genel olarak KVK kapsamında ortaya çıkan örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespiti sonucunda yapılan “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesine ve bu nitelendirmenin TTK hükümlerine aykırı olduğuna değinilmiştir. Sonuç olarak “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinin, SerPK’nın 21’inci maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme ile “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı” olarak değiştirilmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

Ancak çalışmamızın başında ifade ettiğimiz gibi¹¹⁹ konu yalnızca vergi kanunları ile sınırlı bir konu değildir. Şirketler faaliyetlerini yürütürken vergi kanunları dışında TMK, TTK ve TBK gibi birçok temel kanun ile ikincil mevzuata uymak zorundadırlar. Şirketler tüzel kişiliğe sahip olmaları nedeniyle TMK’nın 49’uncu maddesine göre organları aracılığı ile yönetilir ve temsil edilirler. Bir önceki bölümde de ayrıntısına değindiğimiz gibi anonim şirketler de yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil edilirler. Çalışmamızın önceki bölümlerinde belirtildiği gibi yönetim kurulu, KVK kapsamında ortaya çıkan şekilde örtülü kâr dağıtımına konu bir işleme sebebiyet verdiğinde, bu işlem veya eylemi sonucunda ortaya çıkan zarardan da sorumlu olmalıdır. Bu hususu yukarıda tartışarak görüşümüzü TTK’nın 553’üncü madde ve diğer ilgili hükümler kapsamında gerekçelendirdik. Ancak burada tartışılması gereken ve uygulamada çok daha sık karşılaşılan diğer bir husus; vergi uygulamaları veya tespiti sonucunda ortaya çıkan örtülü kâr dağıtımına bağlı devlette oluşan vergi zararı dışında diğer ilgililer nezdinde oluşan zararların nasıl ve ne şekilde tazmin edilebileceği hususudur.

Öncelikli olarak konuya kanuni düzenlemeler ışığında baktığımızda; yönetim kurulu şirketi yönetme ve temsil etme görevini yerine getirirken temelde TTK ve TMK’daki düzenlemelere göre ve elbette hukuka uygun davranmak zorundadır. Bu düzenlemelerin en başında TMK’nın 2’nci maddesindeki “Dürüstlük Kuralı” gelmektedir. TMK’nın 2’nci maddesinin birinci fıkrasına göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine

¹¹⁹ Bkz: s. 8-9. Bkz. Bölüm II, A, 1.

getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır". Dürüstlük kuralları, herhangi bir organ ya da makam tarafından konulmuş olan yazılı kurallar değildir. Bunlar, toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı kişilerin ahlak, dürüstlük ve karşılıklı güven esaslarına uygun olarak sürekli davranışları sonucu oluşan ve toplum tarafından da toplumun menfaatlerine ve iş hayatı gereklerine uygun görülerek benimsenen kuralların tümüdür¹²⁰. Dürüst davranmanın en önemli işlevi, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde hak sahibinin veya borçlunun davranış biçimlerini saptamak, bunun sınırlarını belirlemektir¹²¹. TMK'nın 2'nci maddesinin 2'nci fıkrası ise dürüstlük kurallarına uymamanın yaptırımını ortaya koymuştur. Maddeye göre, *"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"*. Her hak, hakkı tanıyan hükmün ve genel olarak hukuk düzeninin izin verdiği sınırlar içerisinde kullanılır. Bu çerçevede sahip olunan hakkın, en genel anlamıyla o hakkı tanıyan hükmün amacına aykırı ve hukuk düzeninin izin vermeyeceği bir çizgide kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasıdır¹²². Konuya yalnızca bu düzenleme ışığından baktığımızda bile temel olarak şirket yönetim kurulunun dürüstlük kuralına aykırı işlemleri ile şirkette, pay sahiplerinde ve alacaklılarda oluşmuş zararlardan dolayı sorumlu olacağı en başta söylenebilir.

Bunun yanında bir önceki bölümde detayıyla değindiğimiz üzere; TTK'nın 553'üncü maddesine göre; *"kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurları ile ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumludurlar"*. Benzer amaca hizmet edecek şekilde, yukarıda da değindiğimiz gibi TTK'nın 512'inci maddesinde; *"haksız yere ve kötü niyetle kar payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdürler. Yönetim kurulu kazanç payları hakkında da aynı hükümler uygulanır"* hükmü ile hukuk dışı eylemler sonrasında ortaya çıkabilecek şirket zararları başta olmak üzere, pay sahipleri veya alacaklar nezdinde de oluşabilecek zararların telafisi için yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere haksız ve kötü niyetle alınmış kâr payı veya hazırlık dönemi faizi söz konusu olduğunda zararın telafisi iade işlemi ile gerçekleştirilir. Buna göre; konumuzla bağlantılı olarak, yönetim kurulu üyeleri tarafından haklı bir neden olmaksızın elde edilen haksız kazanç paylarının, başka bir ifade ile örtülü kazanç aktarımlarının iadesi

¹²⁰ ATEŞ, s. 82.

¹²¹ AKINTÜRK/KARAMAN, s. 92

¹²² ZEVKLİLER, s.148.

TTK'nın 512'nci maddesine göre talep edilebilecektir¹²³. Ancak ebetteki ticari hayatta karşılaşılabilecek durumlar bunlarla sınırlı değildir.

Bu konuda istifade edilebilecek bir diğer düzenleme de şirketin iflası halinde gündeme gelebilecek TTK'nın 513'üncü maddesindeki düzenlemedir. Buna göre; “*şirketin iflası hâlinde, yönetim kurulu üyeleri şirket alacaklılarına karşı, iflasın açılmasından önceki son üç yıl içinde kazanç payı veya başka bir ad altında hizmetlerine karşılık olarak aldıkları ve fakat uygun ücreti aşan ve bilanço uygun bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda düzenlenmiş olsaydı ödenmemesi gereken paraları geri vermekle yükümlüdürler*”. Şirketin iflası halinde, iflas öncesi dönemde yöneticilerin şirketin malvarlığını korumak yerine alacakların karşılıksız bırakılması, başka bir ifade ile şirketin içinin boşaltılmasına sebebiyet verecek şekilde haksız menfaat elde etmeleri hali yaptırıma bağlanmıştır. Ancak ilgili düzenleme kapsamında KVK'da yapılan düzenlemeler ve TTK'nın 512'nci maddesinden farklı olarak, iade yükümlülüğü kazanç paylarının haksız ve kötü niyetli olarak alınması şartına bağlanmamış “tedbirli tarzda yapılan düzenlemeler” esas alınmıştır.¹²⁴.

Tüm bu düzenlemelerden de görüleceği üzere kanun koyucu şirket yöneticilerine temel görev olarak şirketin malvarlığını koruma görevini vermiştir¹²⁵. Yöneticiler görevlerini yerine getirirken şirketin malvarlığını korumalı ve bunun yanında şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların da haklarına zarar getirebilecek eylem veya işlemlerden uzak durmalıdırlar. Bunun yanında yönetim kurulu görevlerini yerine getirirken özen ve sadakat ile hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluğun bir yansıması olarak, TTK'da yukarıda da detayına değindiğimiz gibi, 395'inci maddede “*şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı*” düzenlenmiş, yine bu kapsamda 396'ncı maddede de “*rekabet yasağı*” düzenlenmiştir. Esasında TMK'nın 2'nci maddesindeki “*Dürüstlük Kuralı*” ve diğer tüm bu kanun hükümleri beraber değerlendirildiğinde görüleceği üzere; ortada bir şirket zararı veya pay sahipleri veya alacaklılar nezdinde oluşan bir zarar varsa ve bu zarar da örtülü, muvazaalı veya peçelenmiş bir işlemde kaynaklanmış ise bu zararın telafisi mümkün olabilecektir. Buna göre çalışma konumuzla sınır olarak göre örtülü kazanç aktarımı hususunun da bu açıdan değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Tarafımızca, tercih edilmesi önerilen “*örtülü kazanç dağıtımı*”

¹²³ AYHAN, s. 19.

¹²⁴ AYHAN, s. 15.

¹²⁵ Malvarlığının korunması ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: PULAŞLI, s. 277; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 282; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 316.

aktarımı” ifadesi için yukarıda değindiğimiz SerPK 21’inci maddesindeki düzenlemenin de bu bilgiler ışında önemli olduğu değerlendirilmektedir. Maddede; *“Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır”* hükmü bulunmaktadır. Her ne kadar ilgili hüküm doğal olarak halka açık şirketler için vaaz edilmiş olsa da madde metni incelendiğinde, düzenlemenin yukarıda detaylarına yer verilen düzenlemelere paralel olarak konumuza hizmet eden bir amacının olduğu kanaatindeyiz.

Bu konuda bir tespitte bulunabilmek için yargı uygulamalarında karşımıza çıkan *“Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”* teorisine de kısaca değinmekte fayda mütalaa etmekteyiz. Kural olarak bir sermaye şirketi olan anonim şirketler için “sınırlı sorumluluk” ilkesi geçerlidir. Çalışmamızın temelini oluşturan örtülü kazanç dağıtımı konusunda da görüleceği üzere, kimi zaman sözleşme ve kanundan doğan borç ve yükümlülüklerden kurtulabilmek için tüzel kişiliğin araç olarak kötüye kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Bunun engellenebilmesi amacıyla doktrinde *“Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”* geliştirilmiş, zaman içerisinde Yargıtay uygulamalarında da bu teori benimsenmiştir¹²⁶. Perdenin aralanması ile şirket kurucusu veya yöneticisi gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebildiği gibi, aynı şirketler topluluğu içerisinde yer alan kardeş şirketler arasında da benzer bir sorumluluğun gerçekleşebileceğinin kabulü mümkündür¹²⁷.

Yargıtay bir kararında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini şu şekilde açıklamaktadır; *“...Ticaret şirketlerinde ise sınırlı sorumluluk ilkesi ayrı ve bağımsız malvarlığı oluşumunu yaratmaktadır. Tüzel kişi ile ortakları arasında malvarlığı ile sorumluluk ayrılmaktadır. Ticaret şirketlerinde sınırlı sorumluluk ya da ayrı malvarlığı ilkesinin alacaklıların menfaatlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanılması durumunda alacaklıların hak ve*

¹²⁶ Yargıtay 11. HD’si 15.05.2015 tarihli ve E. 2015/1107, K. 2015/6980 sayılı kararı (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

¹²⁷ ÇAMOĞLU, s.17; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 106 vd.; TEKİNALP, Yeni Hukuk, s. 689; PULAŞLI, Şerh, s. 643.

*menfaatlerini korumak için Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi” geliştirilmiş ve tüzel kişiliğin arkasına sığınarak durumu kötüye kullanan ortakları sorumlu tutma imkanı getirilmiştir. Teorinin amacı, hakkaniyet gerektirdiği zaman tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınulmasının önlenmesidir. Teorinin uygulanmasının yasal dayanağı olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK’nın 2. maddesi kabul edilmektedir”¹²⁸. Bu teoriye göre eğer somut olayda tüzel kişilik kurumu bir kişi veya kuruluşun sorumluluktan kurtulmasının aracı yapıyor, diğer bir anlatımla *kötüye kullanılıyorsa*, bu takdirde tüzel kişilik zırhı kaldırılabilir ve arkasındaki gerçek sorumluya gidilebilir¹²⁹. Görüldüğü gibi bu teori hukukî temelini, TMK’nın 2’inci maddesindeki “*dürüstlük kuralında*” bulmaktadır¹³⁰. Bu teori esasında, konumuzla bağdaştırdığımızda; örtünün kaldırılarak gerçek durumun ortaya çıkartılmasını ve gerçek duruma ve gerçek esas niyete göre karar verilmesi gerektiği esasına dayanmaktadır¹³¹.*

Tüm bu açıklamalar ışığında şunu söylemek mümkündür; şirket, pay sahipleri veya alacaklılar nezdinde zarar doğurabilecek bir örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı söz konusu ise bu öncelikle TTK’da yukarıda zikredilen hükümlerden (TTK. m. 553, 512, 513, 395,396 vb) istifade edilerek, zarar ile yapılan örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı arasındaki illiyet bağının kurulması sureti ile işlemi yapanlardan bu zararların karşılaması talep edilebilecektir.

¹²⁸ Yargıtay 11. HD’si 04.04.2019 tarihli ve E. 2017/2384, K. 2019/2653 sayılı kararı (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019)

¹²⁹ Yargıtay 23. HD’si 23.12.2015 tarihli ve E.2014/10384, K.2015/8391 sayılı kararında; “...*davalı şirketlerin ortaklık yapıları ve davalı ...’in her iki davalı şirketin de hakim ortağı olduğu birlikte değerlendirildiğinde TMK’nın 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalı her iki şirketin de davacı zararından sorumlu olması gerektiği gerekçesiyle... davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir*” hükmü ile konuya dikkat çekilmiştir (www.sinerjimevzuat.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

¹³⁰ ÇAMOĞLU, s.17; Yargıtay 11. HD’si 10.03.2017 tarihli ve E.2016/5148, K.2016/7084 sayılı kararında; “(...) *pay sahibinin şirket tüzel kişiliğiyle özdeşleşmesinin, şirket ortağının malvarlığı ile şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının birbirine karışmasının, art niyetli ve hesaplı davranışlarla sırf sorumluluktan kurtulmak amacıyla, tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanması hakkın köyüye kullanılması mahiyeti taşıması gibi hallerde tüzel kişilik perdesi aralanarak şirket borcundan dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir*”denilmek suretiyle konuya vurgu yapılmıştır. (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019) .

¹³¹ Bu teori hakkında ayrıntılı açıklama için bakz: TEKİNALP, Yeni Hukuk, s. 689; ULUSOY, s. 370 vd.; TEKİNALP /TEKİNALP, s. 387, 396.

Bunun yanında bu illiyet bağının kurulması hususunun veya kusurun ispatının tüzel kişilik perdesine takıldığı, başka bir anlatımla tüzel kişilik zırhına sarılarak bu işlemlerin örtüldüğü durumlarda da kanattimizce tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden istifade edilerek zararların tazmini talep edilebilecektir¹³².

Yargıtay uygulamalarında olduğu gibi, esasında bir yeknesaklık olmamakla birlikte¹³³, şirket yöneticilerine veya hâkim kişiye sağlanan haksız menfaatler için genel olarak “örtülü kazanç” nitelendirmesi yapmak kanaatimizce isabetli olacaktır. Çalışmamızda ayrıntısı ile değindiğimiz üzere; KVK kapsamında yapılan tespitler ile ilişkili kişiye sağlanan emsallere uygunluk ilkesine aykırı haksız menfaatler için yapılan “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesi yerine, SerPK’nın 21’inci maddesindeki düzenlemeye de uygun olarak yapılacak “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı” nitelendirmesinin daha uygun olacağı kanaatimizi gerekçeleri ile ifade etmiştik. Ancak uygulamada vergi kaçırma saiki dışında birçok hukuksuz amaca da hizmet edebilecek şekilde, şirketlerin malvarlıklarının üçüncü kişilere muvazaalı veya peçelenmiş işlemler ile aktarıldığı veya yöneticilerin çok yüksek miktarda huzur hakkı, kazanç payı (prim) vb. adlar altında haksız menfaatler elde ettiği durumlar söz konusu olabilmektedir¹³⁴. Bu nitelendirme yapılırken kanaatimizce; haksız menfaat, ilişkili kişi ve emsallere uygunluk ilkesine aykırılığın tespit edilebilmesi için uzun zamandır vergi uygulamalarında

¹³² Konuyla ilgili olarak Yargıtay 11. HD’si 19.03.2018 tarihi ve E. 2016/9387, K. 2018/2071 sayılı kararında özetle; “Tüzel kişiliklerde mal ayrılığı ilkesi geçerli olup, tüzel kişinin malvarlığı onun ortaklarının ve onun yönetiminde bulunan organları oluşturan kişi ve kardeş ortaklıklarından bağımsız ve ayrıdır. Eğer kişilik ve malvarlığı ayrılığı ilkesi uygulanmıyorsa yani malvarlıkları birbirine karışmışsa ve bu durumdan 3. Kişiler zarar görmüyorsa, art niyetle ve hesabi davranışlarla sırf sorumluluktan kurtulmak amacıyla tüzel kişilik perdesi ardına sığınmış ise bu durumda TMK’nın 2. Maddesi gereği şahıs ve mal ayrılığı ilkesi istisnaen uygulanmamaktadır” hükmünü kurmuştur (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

¹³³ Makalemizde yer verilen Yargıtay kararlarının tetkikinde de görüleceği üzere; bazı kararlarda Yargıtay, “örtülü kar” ifadesini kullanırken bazıları için ise “örtülü kazanç” ifadesini kullanmıştır. Ancak biz yeknesaklık önerimizde daha kapsayıcı olduğunda değerlendirdiğimiz “örtülü kazanç” ifadesinin tercih edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

¹³⁴ Yargıtay 17. HD’si 26.4.2011 tarihli ve E. 2010/12173, K. 2011/3938 sayılı kararında; “Borçlunun alacaklılardan mal kaçırma amacı ile yine kendisine ait aile şirketi olan davalı şirketin tüzel kişilik perdesinden yararlanarak, ticari faaliyete bu şirket üzerinden devam ettiğini,” belirterek, tüzel kişilik perdesinin aralanmasının koşulu olan kötü niyeti, alacaklılardan mal kaçırma amacının bulunduğuna hükmetmiştir (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

içtihat haline gelmiş ölçülerden de istifade edilebilir. Esasında vergi alacaklısı olarak devlet de pay sahipleri veya alacaklılar gibi şirketin bir muhatabı olup vergi esaslı inceleme yapılırken bir işlem için emsallere uygunluk ilkesine aykırılık tespitinin yapılmış olması veya bir üçüncü kişiye sağlanan menfaat durumunda bu kişinin şirketle ilişkili kişi sayılması hususu, vergi söz konusu olmayan durumlarda da, başka bir deyişle, yapılan işlemin TTK veya TMK kapsamında bir haksız menfaat sayılacağı durumlar için de birer karine teşkil etmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, benzer durumlarda, vergisel bir sonuç veya vergisel bir tespit söz konusu olmasa bile şirket, alacaklılar veya pay sahiplerinin zararlarının tespit ve tazmini için bu eylemlere “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı” nitelendirmesinin yeknesak bir şekilde yapılmasının, bu kapsamda yasal bir düzenleme yaparak, Yargıtay kararları ile doldurulmaya çalışılan önemli bir boşluğun kanun maddesi ile doldurulmasının daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Örtülü kâr dağıtımı Türk hukukunda yalnızca KVK'nın 12'nci maddesindeki “örtülü sermaye” ve 13'üncü maddesindeki “örtülü kazanç dağıtımı” hallerinde söz konusu olmaktadır. Söz konusu kanun maddelerindeki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, belli şartlarda pay sahibinin veya pay sahibiyle ilişkili kişilerin şirkete verdikleri borçlar örtülü sermaye sayılmakta ve bu borçlar için ödenen faiz vb. ödemeler de örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Aynı şekilde şirketin pay sahibi veya ilişkili kişiyle girdiği ticari ilişkilerde emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak sağladığı haksız menfaatler örtülü kazanç dağıtımı sayılmakta ve sağlanan haksız menfaatler pay sahibine veya ilişkili kişiye dağıtılmış örtülü kâr olarak kabul edilmektedir. Sonuç olarak, örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı tespitine bağlanan sonuç, örtülü kâr dağıtımıdır.

Vergi hukuku açısından örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı, dolayısıyla pay sahibine ödenen haksız menfaatlerin örtülü kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilmesinin temel nedeni, vergi kaybının/ aşındırılmasının önlenmesidir. Başka bir deyişle, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin gerekçesi; pay sahibinin veya ilişkili kişinin haksız yere ve vergilendirilmeden şirketten para almasıdır. Bahse konu haksız menfaatin, şirketten pay sahibine ödenirken vergi kesintisi yapılarak ödenmemiş olması ve böylelikle vergi kaçırma/vergiyi aşındırma fiilinin gerçekleşmiş olması da örtülü kâr dağıtımının bir gerekçesidir. Dolayısıyla, KVK'da, pay sahibinin şirketten örtülü sermaye için aldığı faiz vb. bedellerin vergilendirilmesi amaçlanarak,

fazladan alınan haksız menfaatlere örtülü kâr payı nitelendirmesi yapılmıştır.

Kâr dağıtımı, şirket ve diğer pay sahipleri yanında başka kişileri de doğrudan ilgilendiren bir işlemdir. **Fakat KVK’da düzenlenen “örtülü kâr dağıtımı” olgusunun, şirket ve diğer pay sahipleri yanında diğer ilgilileri hesaba katmadan öngörülmuş bir düzenleme olduğu değerlendirilmektedir.** Çünkü şirketin pay sahibine yaptığı bir ödeme için “kâr dağıtımı” tespiti yapıldığında, kâr dağıtımından pay alması gereken diğer pay sahipleri ve ilgililerin de talep veya itiraz haklarının olduğunun kabulü gerekmektedir. Şirketlerin kâr dağıtımı yapması halinde, bahse konu ilgili tarafların yanında, vergi idaresi de genel bir ifadeyle, kâr dağıtımından belli oranda pay (vergi) alması gereken bir taraftır. KVK’daki örtülü kâr dağıtımı düzenlemesinde, vergi idaresi söz konusu haksız işlemi bir kâr dağıtımı olarak nitelendirerek, bu dağıtımdan payını (vergisini) almayı amaçlamıştır. Ancak yapılan düzenlemede kâr dağıtımının diğer tarafları göz ardı edilmiştir. KVK’daki düzenlemenin, söz konusu haksız kazancın vergilendirilmesi amacıyla yapılmış olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. **Bu amacı karşılayacak şekilde, örtülü kâr dağıtımına konu haksız kazancın, “kâr dağıtımı” dışında başka bir adlandırmayla, aynı oranda vergilendirilebilecek şekilde bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.**

Ayrıca, KVK’da düzenlenen örtülü kâr dağıtımı düzenlemeleri TTK’ya hâkim olan ilkelerden; “*eşit işlem*”, “*sermayenin korunması*”, “*şeffaflık*” ve “*dürüst resim*” ilkeleri kapsamında değerlendirilmiştir. Söz konusu ilkeler kapsamındaki yasaklardan; “*rekabet yasağı*”, “*pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı*” ve “*şirketle işlem yapma yasağı*” temel olarak şirketin dürüst ve tüm ilgililerin denetimine açık şekilde yönetilmesini amaçladığı için KVK’daki düzenlemeler ile paralellik göstermektedir. Ancak KVK’nın 12’nci ve 13’üncü maddesindeki “*örtülü kâr dağıtımı*” nitelendirmesi, TTK’daki “*kâr dağıtımı*” düzenlemeleri ile çelişen sonuçlar doğurmaktadır.

Bilindiği üzere kâr dağıtımı ile ilgili temel düzenleme, TTK’nın 507’nci maddesindeki düzenlemedir. Kanaatimizce anılan düzenleme “*eşit işlem ilkesi*”nin bir yansıması olup; kâr dağıtımı yapılırken, eşit şartlardaki tüm pay sahiplerine, eşit davranılması gerekmektedir. Ancak yukarıda da detayları ile açıklandığı üzere, KVK’da düzenleme bulan örtülü kâr dağıtımı hükümlerinde, şirketin diğer pay sahipleri ve ilgili kişiler hesaba katılmamıştır. Dolayısıyla örtülü kâr dağıtımı düzenlemesinin, en başta “*eşit işlem ilkesine*” aykırı sonuçlar doğurabileceği ifade edilebilir.

Kanaatimizce, örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye sonucunda elde edilen haksız menfaatler, örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilir ise, yukarıda değinilen çelişkilerin hiçbiri hukuka uygun şekilde çözülemeyecektir. Çünkü örtülü kâr dağıtımı tespiti ile TTK'nın emredici hükümleri ile çelişen bir dizi işlem yapılmaktadır. Bu haliyle de örtülü kâr dağıtımı ifadesi ve ifadeye bağlanan nitelendirmelerin kanuna aykırı olduğu kanaatindeyiz. Kanaatimizin temelini KVK uyarınca örtülü kazanç dağıtımı işlemi ve emsale aykırı bedel ile örtülü sermaye için ödenen faiz vb. bedellerin örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmesi oluşturmaktadır. Ancak TTK'ya göre kâr payı dağıtımı yapılabilmesi için öncelikle bilanço ve mali tabloların dürüst resim ilkesine göre çıkartılması, yedek akçelerin ayrılması üzerine genel kurulun kararı doğrultusunda, genel kurul tarafından öngörülen net kârın ödenmiş sermaye oranına göre pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması gerekmektedir.

Aktarılanlara ek olarak, SerPK 21'inci maddesi de **“örtülü kazanç aktarımı”** hakkında KVK'daki düzenlemeye benzer bir hüküm öngörmektedir. SerPK'da şirketten ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatler örtülü kazanç aktarımı yasağı olarak düzenlenmiş ve sağlanan haksız menfaatlerin faiziyle birlikte şirkete iade edilmesi gerektiği de dâhil bir dizi ceza öngörülmüştür. Fakat her ne kadar SerPK kapsamında KVK'ya benzer bir düzenleme yapılmış olsa da haksız menfaatler ile ilgili olarak **“kâr payı”** nitelendirmesi KVK aksine yapılmamıştır. Benzer bir düzenlemenin de KVK'da yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan haksız ödemenin, TTK açısından bir **“kâr payı ödemesi”** olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatinde olmakla birlikte örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespiti yapılan bahse konu bu haksız ödeme hakkında KVK'daki **“...[K]âr dağıtımı sayılacaktır”** hükmünün, **kâr payıyla örtüştürülmeden başka bir ifade ile değiştirilmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Bu kapsamda KVK'nın ilgili hükmünün “söz konusu olan vergi kaybını önlemek amacıyla, bahse konu haksız menfaat için uygun bir oranda vergi tahakkuk edeceği”** şeklinde değiştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Buna ilave olarak, KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerindeki **“örtülü kâr dağıtımı”** tespitine bağlanan vergisel sonuçların, bir dizi düzenleme ile **“kâr dağıtımı”** dışında başka bir nitelendirmeye bağlanması da mümkündür. Bu değişikliklerin yapılması halinde; yukarıda ifade edilen hem kanunlar arası çelişkinin hem de şirket ile pay sahipleri, pay sahipleri ile diğer pay sahipleri veya şirket alacaklıları ile şirket arasındaki

karmaşanın önüne geçileceği kanaatindeyiz.

Yukarıda açıklanan hususlara ilave olarak; şirket malvarlığının korunması, ticari istikrar ve güvenin sağlanması ve ticaretin daha sağlam temellerde yürütülebilmesi için; vergi kaçırma amacı taşıyan veya taşıyan, yöneticilerin kendilerine veya diğer ilişkili kişilere haksız menfaat sağlamak amacıyla yaptıkları örtülü işlemler sonucu ortaya çıkan zararların telafi edilmesi gerekmektedir. Ayrıca şirketlerin özellikle alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla şirketin malvarlığını üçüncü kişiler aleyhine olacak şekilde muvazaalı veya peçelenmiş işlemlerle aktarmaları, başka bir deyişle şirketin içini boşaltmalarının da, söz konusu sonucu doğuran işlemlerin örtüsünün kaldırılması ve gerçek durumun ortaya çıkartılması ile engellenmesi hususu oldukça önemlidir. TMK’da düzenlenen “*Dürüstlük Kuralı*” ve TTK’nın 553’üncü maddesindeki düzenlemeler ile diğer ilgili düzenlemelerden istifade ederek; vergi kaçırma niyetinin varlığına bakılmaksızın, yöneticilere veya yöneticilerle/şirket ile ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatlere de “*örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı*” nitelendirmesi yapmanın isabetli olacağını değerlendirmekteyiz. Örtülü kazanç aktarımı/dağıtımı tespiti yapıldığında bu tespite göre örtünün kaldırılarak aynen “*Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinde*” olduğu gibi gerçek durum ortaya çıkartılmalı ve bu gerçek niyet ve duruma göre zarar tazmin edilerek hukuksuz durum düzeltilmelidir. Bunun sağlıklı bir şekilde işletilebilmesi ve yargı kararları ile istikrar sağlanarak var olan boşluğun doldurulması sureti ile ticari hayatta oluşan güvensiz ortamın düzeltilmesi için, bu konuda yasal bir düzenleme yapmanın da oldukça önemli olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN ATEŞ, Derya: **Medeni Hukuk**, Beta Yayıncılık, 14. Baskı, 2009, İstanbul

ATEŞ, Derya: **Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları**, TBB Dergisi, S. 72, Y. 2007.

AYHAN, Rıza: **Anonim Şirketin İflası Halinde Yönetim Kurulu Üyelerinin**

- Aldıkları Kazanç Payları İle Diğer Paraların İadesi Sorunu**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Y. 2015, s. 13-31.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora Yayıncılık Bursa, 2013.
- CANÖZÜ, Salih: **Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÇAMOĞLU, Ersin: **Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması**, Batider, C. 32, S. 2, Haziran, 2016.
- ÇAĞLAR, Hayrettin: **Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÇEKER, Mustafa: Şirkete Borçlanma Yasağı, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 659-670.
- DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, Y. 2012(Özel Sayı), s. 683-698.
- EREN, Fikret: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ERİŞ, Gönen: **Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, C. 3, Ankara, 2017.
- GÖKTÜRK, Kürşat: **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÜCENME GENÇOĞLU, Ümit/ERTAN, Yasemin: Türkiye’de Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı: İMKB 50 Endeksinde Bir Uygulama, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, S. 56, Ekim, 2012, s. 85-100.

- İMREGÜN, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, 4. Baskı, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KARA, Döndü/CAN, Ahmet Vecdi: Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi Kavramının 6728 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, **İşletme Bilimi Dergisi (JOBS)**, C. 5, S. 1, Y. 2017 s. 13-33.
- KARSLIOĞLU, Hasan: **Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, 1. Baskı, Bankacılık ve Ticaret H. Araş. E., Ankara, 2013.
- KIZILOT, Şükrü: **Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, 1. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2002.
- MICHELER, Eva: Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach, **Cambridge Law Journal** 69(1), Mart, 2010, s. 151-185.
- ÖCAL, M. Erdoğan: Transfer Fiyatlandırması ve Ticaret Hukuku, **Yaklaşım Dergisi**, Şubat, 2009.s. 19-38.
- ÖNCEL, Muallâ: Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, **BATİDER**, Ankara, 1978, s. 65-66.
- ÖZDAMAR, Mehmet/DOĞAN, İlker: Banka Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, **Bankacılar Dergisi**, Y. 24, S. 86, Eylül, 2013 s. 3-26.
- ÖZDAMAR, Mehmet: **Banka Yöneticilerinin Mali Hakları**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZER, Işık: **Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Baskı, İstanbul, 2019.

- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (**Şerh**).
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (**Yeni Hukuk**).
- TEKİNALP, Ünal: **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (**Tek Kişi Ortaklığının Esasları**).
- TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: **Reha Poroy'a Armağan, Perdeyi Kaldırma Teorisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995.
- ULUSOY, Erol: **Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Sempozyum 1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2008.
- YASAMAN, Hamdi: Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, 1. Baskı, Vedat Yayıncılık, C. 2, İstanbul, 2013.
- YILDIZ, Şükrü: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- ZEVKLİLER, Aydın: **Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, İzmir, 1991.

ÖLÜME BAĞLI TASARRUFLARIN YORUMU

Nagehan KIRKBEŞOĞLU*

ÖZ

Tek taraflı hukuki işlemlerden olan vasiyetnameler ve iki taraflı miras sözleşmeleri diğer hukuki işlemler gibi çoğu kez yorumlanmaya ihtiyaç gösterir. Özellikle el yazılı vasiyetnamelerin açık olmayan, yorumlanmaya muhtaç düzenlemeler içermesine sıklıkla rastlanır. Ölüme bağlı tasarrufların yorumunda geçerli olan irade teorisi gereğince, vasiyetname yorumlanırken mirasbırakanın gerçek iradesinin dikkate alınması ve bu iradenin araştırılarak mirasbırakanın beyanının içeriğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Mirasbırakanın iradesini belirlemek için yorum yapılırken ise ölüme bağlı tasarrufta yer alan düzenlemelerin kelime anlamları ile bağlı kalınmaması ve ölüme bağlı tasarruf dışı koşulların da yorumda dikkate alınması gerekir. Yorumda dikkate alınması gereken kurallar ve yoruma ilişkin teorilerin ele alındığı bu çalışmada özellikle de vasiyetnamenin yorumunda dikkate alınması gereken hususlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ölüme bağlı tasarruf, yorum, açıklık teorisi, ima teorisi, miras sözleşmesi

INTERPRETATION OF TESTAMENTARY DISPOSITIONS

ABSTRACT

Testaments which are one-sided legal transactions, like other legal procedures, often need to be interpreted. It is often observed that handwritten wills contain explicit, needy interpretations. According to the will theory which is valid in the interpretation of the will, the real will of the inheritance shall be taken into consideration while interpreting the will and the content of the declaration of the inheritance shall be determined. When interpreting to determine the will of the inheritance, the regulations in the testament should not be attached to the meanings of the words and the non-testamentary conditions should be taken into consideration in the interpretation. In this study, the issues which deals with the rules and interpretation theories to be considered in the interpretation, shall be taken into account in the interpretation of the will are examined.

Key Words: Testament, Interpretation, clearance theory, implication theory, inheritance agreement

* Dr., Muğla Sıtkı Koçma Ünv. Fethiye İşletme Fakültesie-posta: nagehank@mu.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8243-3034

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637920

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/09/2019

GİRİŞ

Ölüme bağlı tasarruflarda yorum özel bir anlam taşır. Bunun nedenleri bellidir. Ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm ve sonuç doğurduklarından, yoruma muhtaç olan beyanın sahibine başvurmak imkânsız olacaktır. Dahası, el yazılı vasiyetname mirasbırakanın tek başına ve herkesten bağımsız bir şekilde kaleme alındığı için böyle bir vasiyetnamede ister istemez yoruma muhtaç ifadeler yer alabilir. Ayrıca ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği tarihle onun yürürlüğe girdiği tarih arasında uzun zaman geçmiş olabileceği için de bu süre içinde maddi manevi koşullar ile kişisel ilişkiler baştan aşağı değişmiş olabilir.

Ölüme bağlı tasarrufun yorumu mirasbırakanın açık olmayan iradesinin ne anlama geldiğini bulmaktır. Yasanın yorumlanmasında TMK.m.1 kuralı ışığında izlenen yöntem bellidir. Bu yöntem çoktan alışılmış olan “*öznel tarihsel yöntem*” olmayıp çağdaş “*nesnel güncel yöntem*”dir¹. Yasanın makul ve dürüst bir kişi tarafından bugün nasıl anlaşılması gerektiğini esas alır. Bu yorumda anayasal değer yargıları ve kamusal amaçlar da ön planda dikkate alınır.

Ölüme bağlı tasarrufların yorumu meselesine modern kanunlar da önem vermişlerdir. Özellikle Fransız ve Alman Medeni Kanunlarında bu konu düzenlenmiştir². Alman Medeni Kanununda ölüme bağlı tasarrufların yorumu hakkında birçok hüküm vardır. Bu hükümler, tereddüt halinde hangi esasın uygulanacağını göstermekte, hukukçuyu aydınlatmaktadır. İsviçre-Türk Medeni Kanunlarında ise yoruma ait pek az hüküm vardır. Hukukumuzda yorum hakkında dayanılabilecek genel kural TBK.m.18’dedir. Bu maddeye göre, irade beyanında bulunanın neyi kastettiğini, gerçek iradesini ve maksadını araştırmak gerekir. TBK.m.18 dışında yoruma ilişkin bazı hükümler, Medeni Kanunun miras hukuku kitabında dağınık bir şekilde bulunmaktadır. Bunlar TMK.m.504, f.2, 515, f.3, 519 f.2,3, 577 f.2, 583 f.2’dirler. TMK.m.560 f.2 ve TMK.m.647 f.3 birer yorum kuralını kapsamaktadırlar. Örneğin TMK.m.504/f.2’ye göre ölüme bağlı tasarrufta kişinin veya şeyin belirtilmesinde açık yanılma halinde mirasbırakanın arzusu kesin olarak tespit edilebiliyorsa tasarruf bu arzuya göre düzeltilir. Hemen belirtmek gerekir ki, mirasbırakanın arzusunu tespit etmek için bir yorum faaliyetine ihtiyaç vardır. Bu yorum faaliyeti çerçevesinde örneğin ölüme bağlı tasarrufta tasarruf dışı

¹ LORITZ, BGB § 2084, Rn.34

² Bkz: Fransız MK. m. 1157 ve Alman MK.m.133, 157, 2066-2076, 2084.

olgulardan da faydalanılacağı için yorum faaliyetine esas kuralları iyi bilmek icap eder. Yine örneğin TMK.m.515/f.3'e göre anlamsız veya başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır. Bir koşul veya yüklemenin anlamsız veya başkalarını rahatsız edici niteliğini tespit etmek için her şeyden önce yine yorum faaliyetine ihtiyaç duyulur.

Biz de söz konusu çalışmada ölüme bağlı tasarrufların yorum kurallarını yakından incelemekteyiz.

I. GENEL OLARAK

Ölüme bağlı tasarrufun yorumu, mirasbırakanın açık olmayan iradesinin ne anlama geldiğini bulmaktır. Buna *açıklayıcı yorum (erläuternde Auslegung)*, denir³. Genel olarak irade beyanının yorumlanmasında yerine göre ya TMK.m.2 kuralı ışığında “*güven ilkesi*”nin ya da TBK.m.18 kuralı doğrultusunda irade ilkesinin yürürlüğü söz konusu olur. Güven ilkesi beyan muhatabının, içinde bulunduğu tüm hal ve koşullar dikkate alınarak dürüstlük kuralı gereğince beyana vermekte haklı olduğu anlamı esas alırken, irade ilkesi doğrudan beyan sahibinin iradesini esas alır⁴. Açıklayıcı yorumda gerek güven ilkesinin gerek irade ilkesinin yoruma esas faaliyette esas olması beklenen bir durumdur. Ölüme bağlı tasarrufun niteliğine göre değişecek olan tercih açıklayıcı yorumun ihtiyaç duyduğu kuralı ortaya koymaktadır. Buna göre ölüme bağlı tasarruf eğer vasiyetname niteliğinde ise irade teorisi miras sözleşmesi şeklindeyse güven ilkesi prensipleri esas alınarak yorum faaliyetinde bulunulur.

Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta açığa vurduğu iradesinin tam olarak anlaşılmasına hizmet eden bu açıklayıcı yorum yanında, bir de tamamlayıcı yorum söz konusu olabilir⁵. Tamamlayıcı yorum (*ergänzende Auslegung*) ise temelde, vasiyetnamedeki boşlukların, mirasbırakanın farazi iradesine uygun olarak tamamlanmasıdır⁶. Tamamlayıcı yorumla

³ Açıklayıcı yorum mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta beyan ettiği son arzularının ortaya çıkarılmaya çalışılması; mirasbırakanın beyanıyla gerçekte ne söylemek istediğinin tespit edilmesidir. ERGÜNE, s. 44; bkz. AKSOY DURSUN, s. 312; örneğin mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruftaki “araç” sözcüğü ile otomobilini mi, motosikletini mi yoksa deniz taşıtını mı yoksa tarım makinesini mi kastettiği gibi, SEROZAN/ENGİN, § 4, s.304.; EREN/YÜCER AKTÜRK; s. 316.

⁴ SEROZAN/ENGİN, § 4, s. 304.

⁵ DURAL/ÖZ; s. 218.

⁶ ERGÜNE, s. 51; DIRK, s. 195, Rn.559.

açıklayıcı yorum arasındaki temel fark, açıklayıcı yorumda, mirasbırakanın beyanlarıyla ne söylemek istediğinin yani gerçek iradesinin araştırılması, tamamlayıcı yorumda ise mirasbırakanın farazi iradesine ulaşılarak ölüme bağlı tasarruftaki boşluk tamamlanmaya çalışılır⁷. Bu yorum türünü esas alan görüşe göre, mirasbırakanın esasında ölüme bağlı tasarrufa yansımamış olan iradesini araştırıp bularak, ölüme bağlı tasarrufu onun gerçek iradesine uygun olarak yerine getirmek gerekmektedir. Örneğin, mirasbırakan vasiyetnamesini düzenlerken o anda var olan durumlar esas alınır. Ne var ki, tasarrufu yaparken göz önünde bulundurduğu durumlar, vasiyetname açıldığı zaman, olağanüstü değişikliklere uğramış ve bu sebeple de mirasbırakanın vasiyetnamesini yaparken izlediği amacın gerçekleşmesi imkansız hale gelmiş olabilir. Örneğin, hısım olarak büyükbabasının babasından başka hiç kimsesi olmayan mirasbırakan eski TMK.m.444'nin yürürlükten kaldırılmasından önce örneğin 1985 tarihinde, “*büyükbabamın babasının intifa hakkı saklı kalmak kaydıyla Kızılay'ı terekemin tamamı için mirasçı atıyorum*” demiş ve 2003 yılında ölmüş olsa ne olacaktır? Çünkü mirasbırakan bu vasiyetnameyi yaparken büyük ana ve büyük babaların ana ve babaları yasal mirasçı idi ve bu sebeple de yapılan tasarrufun bir anlamı vardı. Oysa ölüm anında bu kişiler yeni Medeni Kanuna göre mirasçı değildiler. Bu durumda zaman içinde değişiklik vasiyetnameyi nasıl etkileyecektir? Aynı şekilde, mirasbırakan kızını mirasından uzaklaştırmış, fakat mirastan hiçbir şey almamasına gönlü razı olmadığı için onun lehine yüklüce bir vasiyet öngörmüş ve ölümünden sonra kızı mirasçılıktan çıkarmayı iptal ettirmişse ne olacaktır? Çünkü mirasbırakan mirasçılıktan çıkarmanın geçerli olacağından hareket ederek vasiyeti yapmıştır. Onun bu düşüncesi ölümünden sonra gerçekleşmemesine rağmen kızı miras payı ya da saklı payı ile birlikte vasiyeti de alacaklı sıfatıyla isteyebilecek midir? Böyle bir durum, mirasbırakanın vasiyeti yapmasındaki amaca uygun düşer mi? Bu ve buna benzer durumlarda nasıl hareket edileceğine ilişkin görüşler birbirinden farklıdır. Alman Hukukuna hakim olan, fakat İsviçre Hukukunda azınlıkta kalan görüş, bu hallerde mirasbırakanın farazi iradesini araştırıp ölüme bağlı tasarrufun buna uygun olarak tamamlanmasıdır⁸. Buna göre araştırılacak şey şudur: mirasbırakan eğer gerek maddi gerek kişisel ilişkilerde sonradan meydana gelebilecek değişiklikleri tahmin edebilseydi ne gibi bir düzenlemede bulunur, nasıl bir tedbir alırdı? İşte bu tespit edilirse, ölüme bağlı tasarruf ona göre tamamlanır.

⁷ LORITZ, BGB § 2084, Rn.34. WEIDLICH, BGB § 2084, Rn. 8.

⁸ Alman Hukuku için bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU. s. 326, dn.15'de anılan yazarlar. İsviçre Hukukunda bu görüşe taraftar olan yazarlar için bkz: DRUEY, § 12 N.12 vd. ; SEROZAN, s. 425 vd

Bu görüşü bazı açılardan sakıncalı bulmaktayız. Önce bu yol açılacak olursa, mirasbırakanın lehine tasarrufta bulunmayı hiç düşünmediği bir kimse lehine bile sonuç elde etmek mümkün olacaktır. Bu sonucun ortaya çıkması hangi yorum yolu tercih edilirse edilsin mümkün gözükmemektedir. Çünkü yorumda amaç ölüme bağlı tasarrufun içeriğini oluşturan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruftan ne anlaşılması ve nasıl uygulanması gerektiğinin tespitidir. Vasiyetnamede yer almayan bir maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufun yorum yoluyla tasarrufa dahil edilmesi mümkün değildir. Nitekim mirasbırakanın iradesine uygun yorum yapmak yerine, tam aksine onun hiç istemediği bir ölüme bağlı tasarrufu yapmış saymak yolu açılmış olur. Örneğin, mirasbırakanın Darüşşafaka yazacak yerde Darülaceze yazdığı ve bunu dalgınlıktan kaynaklandığı, onun gerçek iradesinin Darüşşafaka olduğu nasıl ileri sürülüp ispat edilebilir?

Bunun yanında birçok halde mirasbırakanın farazi iradesini tespit etmek mümkün olmaz, hatta tam iradenin aksi yönde tespit edilmesi mümkündür. Mirasbırakanın, büyükbabasının babasının intifa hakkını saklı tuttuğu örnekte eğer onun ileride yasal mirasçı olmayacağını bilseydi nasıl bir düzenleme getirirdi sorusuna iki farklı cevap verilebilir. Denilebilir ki, mirasbırakan onun yasal mirasçı olmayacağını bilseydi, intifa hakkını saklı tutmazdı. Ya da tam aksine ona muhakkak intifa hakkı vermek istediği için mirasçı olamayacağını bilseydi bile yine de bu hakkı tanırdı. Birinci yorum söz konusu kişinin aleyhine, ikincisi ise lehinedir ve hiç kimse bunlardan birinin mirasbırakanın farazi iradesi olmayacağını iddia edemez. Aynı durum mirasçılıktan çıkarma örneği için de söz konusudur. Acaba mirasbırakanın farazi iradesi mirasçılıktan çıkarmanın iptal edileceğini bilseydi yine kızı lehine tasarrufta bulunacağı yönünde mi olurdu yoksa tasarruf yapmaz mıydı? Eğer ikinci sonuca varılacak olursa, o zaman da bunun af sayılıp sayılamayacağına ilişkin mirasbırakanın farazi iradesi aranır; eğer af olarak yorumlanırsa o zaman da, mirasbırakanın farazi iradesinin taksim kuralı mı koymak yoksa ön vasiyet mi yapmak olduğu araştırılır.

Kuşkusuz bu görüş, ileride etraflıca açıklanacak olan *favor testamenti* kuralının genişleterek uygulanmasını ifade eder. Ne var ki, *favor testamenti* kuralını bu kadar genişleterek uygulamak, kuralın amacını aşan sonuçlara varılmasına yol açar. Kaldı ki, birçok halde sorunun, farazi iradeye başvuracak yerde, TMK.m.504 aracılığıyla açık hataya dayanılarak ya da karineler yoluyla çözülmesi mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalardan, tamamlayıcı yorumun hiç kabul edilemeyeceği sonucunun çıkartılmaması gerekir. İtiraz, sınırsız bir şekilde

açığa vurulmamış olan farazi iradeye göre ölüme bağlı tasarrufu yorumlayıp, mirasbırakanın dahi istemediği sonuçlara farazi olarak varılmasıdır, yoksa tümüyle red değildir⁹. Çünkü ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın öngöremeyeceği şekilde değişmesi mirasbırakanın iradesine aykırı bir davranış olabilir. Bu bakımdan tamamlayıcı yorumu, sınırlı, belirli şartlara bağlı olarak kabul eden yazarların görüşüne katılmak yerinde olur¹⁰. Buna göre ancak ölüme bağlı tasarrufta, değişen durumlara nasıl uydurulabileceğine ilişkin tutamak noktası bulunabilirse, yani mirasbırakanın iradesinin ne yönde olabileceği saptanabiliyorsa, tamamlayıcı yoruma gidilmelidir. Bunun ise, son tahlilde bizi açıklayıcı yoruma götüreceğini de belirtmek gerekir¹¹.

II. VASIYETNAMEDE YORUM KURALLARI

Vasiyetnamelerin yorumunda “*güven ilkesine*” göre yorumdan çok TBK.m.18/f.1’de ifade edilen vasiyetçinin “*iç iradesine göre yorum*” ilkesi ağır basar. Miras sözleşmelerinde ise “*güven ilkesi*”ne göre yorum tekrar önem kazanır¹². Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf türlerinden birisi olan vasiyetnamelerde de, yorum yoluyla vasiyetnamede yer alan irade beyanlarının ne anlama geldiği araştırılarak tespit edilir¹³.

A- ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN BEYAN EDİLMİŞ OLDUĞU GİBİ ANLAŞILMASI

Vasiyetnamelerin yorumunda uygulanacak kural irade prensibidir¹⁴. Bu çerçevede, yorum konusunda esas olan, vasiyetnamenin veya ölüme bağlı tasarrufun metni ve sözüdür. Vasiyetçinin son arzu ve emirleri ancak buradan anlaşılabilir. Vasiyetnameler, tek taraflı, varması gerekli olmayan irade beyanı

⁹ Tümüyle tamamlayıcı yorumu reddedenlere örnek olarak; ESCHER., Vorbem 1 vd., PIOTET (1988), s. 268 vd. OĞUZMAN, s. 171; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, s. 106 vd. BGE 49 II 12; 94 II 98.

¹⁰ Bkz: DRUEY, § 12 N.16’da anılan yazarlar. Ancak Druey’in kendisi bu yorum kuralını mutlak ve sınırsız uygulama taraftarıdır. (§ 13 N.12). Aynı şekilde Serozan da mutlak sınırsız uygulama taraftarıdır. (Yorum, s. 425 vd.). Bunun dışında bkz: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 327. BGE 75 II 286, 76 II 14.

¹¹ Federal Mahkemenin bu yöndeki uygulamaları için bkz: BGE 56 II 254; 89 II 437; 100 II 98.

¹² HATEMİ, 2014, s. 121.

¹³ DEMİR, s. 1154; LEIPOLD, BGB §2084, Rn.3

¹⁴ AKSOY DURSUN, s. 319; DURAL/ÖZ; s. 219-220; ÖZTAN, s. 216; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ; 2012, s. 267; ANTALYA/SAĞLAM, s. 233; KILIÇOĞLU, s. 190. HRUBESCH-MILLAUER, s. 33. PALANDT/WEIDLICH, BGB §2084, Rn.1., EREN/YÜCERAKTÜRK; s. 317.

ile yapılan ölüme bağlı tasarruflar oldukları için korunması gereken bir beyan muhatabı yoktur. Bu sebeple yorumla bulunması gereken vasiyetçinin açık olmayan iradesinin ne anlama geldiğidir, yoksa muhatap olmadığı için onun açısından beyanın ne anlama geldiği araştırılmaz¹⁵. Daha açık bir ifadeyle, Türk miras hukukunda, vasiyetin yorumlanmasında, borçlar hukukundan farklı olarak, irade nazariyesi geniş ölçüde hâkimdir. Yani, yorumda bulunurken doğrudan vasiyetçinin açık olmayan ifadeleriyle ne kastettiğinin araştırılması gerekir, yoksa herhangi bir muhatabın beyanı nasıl anlaması gerektiği dikkate alınmaz. Mirasbırakanın beyanı, bu beyana dürüstlük kuralı (TMK m.2) çerçevesinde karşı tarafın vermesi gereken anlam değil, doğrudan doğruya söz konusu beyanın arkasında yer alan ve bu beyanla ifade edilmek istenen gerçek irade araştırılarak yorumlanır. Bu irade araştırılırken ölüme bağlı tasarrufun metni ve sözü dikkate alınır¹⁶.

Ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurduğu an ile mirasbırakanın son arzularını beyan ettiği an arasında uzunca bir zaman geçmiş olabilir. Mirasbırakan, iradesini beyan ederken seçtiği sözcüklerde yeterince titiz davranmamış olabilir. Bunlar, onun iradesinin yorumlanmasını zorlaştıran birer etken olarak karşımıza çıkabilir. Yorumlanacak irade, yani mirasbırakanın temel alınacak iradesi, ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği andaki açık veya varsayılan iradesi olmalıdır¹⁷. Yorum yapılırken vasiyetname dışı olgulara başvurulması ise, ancak vasiyetnamede kendisine bir dayanak bulan irade beyanları muğlak ise, gerçek anlamını tam olarak tespit etmek amacıyla mümkün olabilir¹⁸. Aksi halde, vasiyetnamede var olmayan bir beyanı sırf vasiyetname dışı olgulara bakarak vasiyetname içeriğine sokmak mümkün olmaz¹⁹. Ölüme bağlı tasarruf dışı olgulara bakarak tasarrufun içeriğini tespit etmek hususunda son derece titiz ve çekingen davranılmalıdır.

Vasiyetnamenin yorumunda irade beyanının hiç rolü olmadığı söylenemez. Çünkü yoruma, vasiyetçinin bir vasiyetnamede açıklanmış bir iradesinin bulunması halinde başvurulur. Daha açık bir ifadeyle, yorum için,

¹⁵ PICENONI, s. 92; ESCHER, 14. Titel Einleitung N.14; PIOTET (1978), s. 207; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 321; OĞUZMAN, s. 171.

¹⁶ PICENONI, s. 47.

¹⁷ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 218, s. 310. ERGÜNE, s.72.

¹⁸ BGE 124 III 76. GLAUS, Hannes, Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament, Zurich 1982, s.19.

¹⁹ KAHRAMAN, s. 954.

vasiyetçinin şekle uygun bir irade açıklamasının varlığı şarttır²⁰. Bir irade beyanı yoksa ya da yapılmış olan beyan şekle uygun değilse yorum yoluyla bunları vasiyetnameye dahil edemeyiz²¹. Ancak yorum için şekle uygun irade beyanının varlığı şartından, mirasbırakanın her irade beyanının yorumlanacağı sonucu çıkartılmamalıdır. Yorumun amacı, gerçek iradeyi tespit etmek olduğuna göre, anlamı açık ve vasiyetçinin iradesine uygun beyanlara yorum yoluyla farklı anlamlar verilemez²². Bu bakımdan vasiyetçinin sadece muğlak, eksik ya da gizli beyanları yoruma tabi olur. Vasiyetçinin açık ve net olmayan ifadeleri için başvurulacak yöntem onun gerçek iradesini tespit etmeye yönelik olan irade teorisidir. Dolayısıyla, mirasbırakanın beyanlarının yorumunda sadece onun kişisel anlayışı ölçü alınacaktır²³. Mirasbırakanın kişisel anlayışının tespitinde vasiyetname dışı olguların araştırılmasının önemi büyüktür²⁴. Ancak dikkat edilmelidir ki, sırf vasiyetnameyi ayakta tutmak uğruna vasiyetnamenin metni dikkate alınarak ulaşılamayacak bir yoruma yer verilmemelidir. Vasiyetname dışı unsurlar ancak vasiyetnamede o hususla ilgili veri olduğu takdirde dikkate alınmalıdır²⁵.

Yoruma başvurabilmek için, vasiyetçinin iradesinin vasiyetnamede somutlaşması şartsa da, bunun yorumlanması için başvurulacak olayların da vasiyetnameden anlaşılması zorunlu değildir. Yorum için vasiyetname dışı olgulara da başvurulabilir. Örneğin vasiyetçinin mektupları, ilişkileri, öğrenimi, alışkanlıkları ya da tanık beyanları yoruma esas alınabilir. Burada esas olan vasiyetçinin vasiyetnamede kullanıldığı terimlerden çok daha önce de ifade edildiği üzere gerçek iradesi esas alınır. Bu iradenin somutlaştığı vasiyetnameden her zaman gerçek irade anlaşılabilir. Bu hususta vasiyetçinin muğlak ve net olmayan ifadelerinin de yoruma tabi olduğu unutulmamalıdır²⁶.

Şimdi, yukarıda izah edilenleri örneklerle açıklayacak olursak; vasiyetçinin Ahmet ve Mehmet adlı iki yeğeni olsa ve vasiyetnamesinde

²⁰ Genel olarak kabul edilen bu fikre, mutlak tamamlayıcı yorum taraftarları karşı çıkarlar. Örnek olarak bkz: DRUEY, § 12 N.12; SEROZAN, s. 425.

²¹ BGE 69 II 46; 83 II 345; FAHRLÄNDER, s. 32; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323.

²² BGE 83 II 345.

²³ LÖHNING, Rn.169; LITZENBURGER, BGB § 2084, Rn.10.

²⁴ BGE 134 II 196

²⁵ BGE 124 III 414.

²⁶ PICENONI, s. 96.

“*Yeğenim Ahmet’i bütün terekem için mirasçı atıyorum*” demiş olsa, Mehmet vasiyetçinin kendisini terekenin tümü için mirasçı atamak istediğini ileri sürerse bu iddia dinlenmez. Çünkü vasiyetnamesinde bunu gösterecek bir dayanak yoktur. Buna karşılık, vasiyetçinin Ahmet adlı iki yeğeni olsa ve vasiyetnamesinde “*Yeğenim Ahmet’i terekemin tamamı için mirasçı atıyorum*” demiş olsa, vasiyetçinin hangi Ahmet’i kastettiğine ilişkin yorum yapılır. Çünkü ortada, vasiyetçinin şekle uygun fakat açık olmayan bir iradesi mevcuttur. Onun gerçek iradesini bulmak için artık, vasiyetname dışı olgulara (örneğin biri ile ilişkilerinin iyi olmadığı veya birinden büyük bir iyilik gördüğü gibi) başvurulabilir. Ya da örneğin vasiyetçi arabasını kızlarında birine tahsis etmiş olsa ve vasiyetnamesinde “*arabamı kızıma bırakıyorum*” şeklinde bir ifade kullanmış olsa vasiyetçinin kızlarından hangisini kastettiğini anlamak için vasiyetname dışı olgulara müracaat etmek gerekecektir.

Aynı şekilde vasiyetçi vasiyetnamesinde “*mirasımın yarısını oğluma bırakmak istiyorum*” demiş olsa ve vasiyetçinin birden fazla oğlu olsa mirasbırakanın hangi oğlunu kastettiğini anlamak için vasiyetname dışı olgulara müracaat etmek gerekecektir. Biraz önce de ifade ettiğimiz gibi, yorumun amacı gerçek iradenin bulunmasıdır²⁷. Bunun hareket noktası ve aynı zamanda sınırı beyanın yapılmış olduğu vasiyetname metnidir²⁸. Vasiyetnamede bulunmayan veya şekline uygun olarak beyan edilmemiş bir tasarruf yorum yolu ile buraya sokulamaz. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında²⁹ açıklandığı gibi, yalnız vasiyetname açık ise, yorum faaliyetinde bulunurken bu açık ifadeye itibar edilmek gerekir, mirasbırakanın maksadının başka olduğu iddia edilse bile, açık olan vasiyetnamedeki irade beyanı gerçekleştirilmek gerekir. Ancak vasiyetnamedeki tasarrufların açık olmamaları halinde, bunların yorumu yoluna gidilebilir.

Vasiyetname konusu ölüme bağlı tasarrufun içeriğinden çeşitli anlamlar çıkıyorsa, bunlardan hangisinin mirasbırakanın gerçek iradesi olduğu yorumla anlaşılabilir. Buna karşılık, ölüme bağlı tasarruf tek bir anlam taşıyorsa, vasiyetçinin bundan başka bir maksat izlediği, arzu ve iradesinin başka olduğu iddia olunsa bile, vasiyetnamede ifade olunana değer vermek aksine bir yorum kabul olunmamak gerekir. Ancak irade sakatlığı sebeplerinden biri varsa (yanılma, aldatma, tehdit) bu sebeple tasarrufun iptali istenebilir; fakat

²⁷ İMRE/ERMAN, s. 108’den naklen.

²⁸ ERGÜNE, s. 60 vd.

²⁹ BGE 101 II 31.

böyle bir tasarrufta mirasbırakanın irade ve maksadının başka olduğu yorumla tespit edilmek suretiyle tasarruf değiştirilemez.

B- MİRASBIRAKANIN İRADE BEYANI: İRADE TEORİSİ

Sağlararası işlemlerle ölüme bağlı tasarrufların yorumu arasında farklar vardır. Bir sözleşmeyi yorumlarken bunun objektif anlamı araştırılır. Çünkü bu sözleşme, belirli kişiler arasında yapılmıştır ve onların bundan çıkaracakları anlama göre hüküm ifade edecektir. Halbuki, ölüme bağlı tasarrufların varlıklarının tek sebebi, bunların vasiyetçi tarafından istenmiş olmasıdır. Bu itibarla, ölüme bağlı tasarrufu yorumlarken, vasiyetçinin ne istediğini anlamak, onun gerçek maksadını araştırmak ve bulmak gerekecektir³⁰. Bu sebeple, ölüme bağlı tasarrufların yorumunda irade teorisi hakimdir ve yapılacak yorum subjektif niteliktedir.

Bu konuda şöyle bir örnek verelim; vasiyetnamesinde yasal miras hakkına sahip kız yeğenini miras dışı bırakarak, bütün malvarlığının eşine geçmesini vasiyet eden mirasbırakan, eşiyile boşandıktan bir süre sonra yeniden evlenmiş, fakat vasiyetnamesini değiştiremeden ölmüştür. Sağ kalan eş, vasiyetnameye dayanarak bütün mirasın kendisine ait olduğunu iddia edebilir mi? Alman içtihatlarına göre, vasiyetname mirasbırakanın eski eşi ile evliliği sırasında yapılmış olduğundan bu tasarruftan faydalanacak olan eski eştir, onunla boşandıktan sonra mirasbırakanın yeni eşi eskisinin yerine geçemez. Çünkü bu konuda vasiyetnamede herhangi bir kayıt bulunmadığı gibi, genel hayat deneyimleri açısından da, bunu destekleyecek bir durum yoktur. Kaldı ki, eski eşiyile boşandıktan sonra onun lehine yapılmış vasiyetnamenin kendiliğinden ortadan kalkacağına ilişkin bir kanuni düzenleme de yoktur.

Başka bir örnek verelim: vasiyetçi nişanlısı lehine ölüme bağlı tasarruf yapmıştır. Ölümünden önce nişanın bozulması halinde bu tasarruf hükümsüz olur. Buna karşılık vasiyetçinin sonradan nişanlısı ile evlenmesi halinde, ölümü anında eş sıfatını haiz bulunan eski nişanlı lehine yapılmış olan bu tasarrufun geçerli sayılması gerekir³¹.

C- VASIYETNAME DIŞINDAKİ SEBEP VE DELİLLERDEN FAYDALANMA

Vasiyetnamenin metni yoruma yeterli olmazsa, bunun yanında yardımcı olarak, dışetki ve olaylara, mesela mirasbırakanın yazılı notlarına, mektuplarına,

³⁰ BGE 64 II 187, 69 II 382, 75 II 284.

³¹ İMRE/ERMAN, s. 109.

hısımlık ve dostluk ilişkilerine de bakmak gerekebilir. Vasiyetname dışındaki delillerin, gerek bulunduğu taktirde göz önüne alınmasını İsviçre doktrini ve içtihatları da kabul etmiştir³². Hemen ifade edelim ki, vasiyetname dışındaki olgulara ancak vasiyetnamenin yorumuna başvurulabilir; fakat vasiyetnamede yazılı olmayan bir hususun vasiyetnameye eklenmesine hizmet edemezler³³.

Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında şöyle denilmektedir: “*Vasiyetnamede kullanılan terimlerin anlamını, vasiyetçinin gerçek maksadının ne olduğunu, vasiyetname dışındaki delillerle araştırmaya hakim yetkilidir*”³⁴. Aynı sonuç, esasen daha önceleri Alman ve Fransız doktrinde ve mahkeme içtihatları tarafından da kabul edilmiş durumdaydı³⁵.

Benzer bir içtihat Türk Yargıtayınca da benimsenmiştir³⁶. Meseleyi bir örnekle açıklayalım: Mirasbırakan vasiyetnamesinde “arkadaşım Ahmet’e onbin türk lirası verilmesini vasiyet ediyorum” demişse ve arkadaşları arasında Ahmet ismini taşıyan iki kişi varsa, vasiyetin hangisi lehine yapıldığını anlayabilmek için, vasiyetname dışındaki delillere de bakılmak gerekir. Bu konudaki güncel bir Yargıtay kararında bu yorum kuralı şu şekilde ifade edilmiştir: “*Yine vasiyetnamenin yorumunda gözönünde bulundurulması gereken kurallardan biri de, ölüme bağlı tasarrufun geçerliliğini üstün tutan, Roma Hukukundan beri geniş uygulama alanı bulan..Testemanti (vasiyetin ayakta tutulması) ilkesidir. Buna göre, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarını iptalden ziyade muhafaza etmek, vasiyetçinin arzu ve iradesine daha uygun düşer. Bu itibarla, yorumda bu gayenin daima gözönünde tutulması, şüpheli ve müphem hallerde tasarrufun muhafazası lehine yorumun yapılması gerekir. Önemle vurgulamak gerekir ki, normal olarak yorum, vasiyetçinin beyanında yazılı arzusunu bir dereceye kadar süzmeiktir. Diğer bir anlatımla, beyanda hiç bir dayanağı yok iken onu tamamlamak değildir. Vasiyetnamenin metni yoruma kafi gelmezse, bunun yanında yardımcı olarak dış etken ve olgulara, örneğin vasiyetçinin notlarına, mektuplarına, dostlarına ve yakınlarına yaptığı açıklamalara dair belgelere bakmak icap eder. İhtiyaç olduğu takdirde, tasarrufun dışındaki olgulardan, belgelerden*

³² PICENONI, s. 46; FAHRLAENDER, s. 44; ESCHER; Art. 511, N.4; TUOR; Art. 511, N. 23. BGE 88 II 67, 86 II 423, 70 II 113, 64 II 187.

³³ BGE 104 II 337, 103 II 88, 100 II 466; 93 II 163.

³⁴ BGE 55 I 169; 86 II 423; 88 II 67.

³⁵ PICENONI, s. 54.

³⁶ Y.HGK. 7.12.1966, 2/738-309. ABD. 1967,Sayı: 1, s. 97 vd.

ve dayanaklardan yararlanılması gereği hukuk öğretisinde tam bir görüş beraberliği içerisinde savunulmaktadır (HGK. nun 07.12.1966 gün ve 1966/2-738 E. 1966/309 K. ile 21.11.1990 gün ve 1990/2-346 E. 1990/586 K. sayılı ilamları da aynı yöndedir)”³⁷.

Belirtmek gerekir ki; vasiyetnamenin yorumunda yardımcı olarak etkili olabilecek dış sebep ve deliller, yalnız şekil kurallarının ön planda tutulduğu delillerdir. Mirasbırakanın yazıları, not ve mektupları bu açıdan önem taşıyabilir. Buna karşılık, esas itibari ile, yorum faaliyetinde bulunurken tanık dinlenilmesi yoluna gidilmemek ve tanıkların ifadeleri bu konuda göz önüne alınmamak gerekir³⁸.

Burada göz önünde tutulacak dış olgular arasında, yukarıda söylenenlerden başka mirasbırakanın söz konusu kişilerden birine karşı duyduğu içten sevgi ve samimi dostluk hisleri veya nefret ve kin duyguları da vardır. Ayrıca vasiyetçinin bağlı olduğu muhite, öğrenim ve terbiye derecesine ve ifade kabiliyetine de bakmak lazımdır³⁹.

D- “FAVOR TESTAMENTİ” KURALI

Yorum konusunda çok eski ve yaygın bir ilkeye göre, mirasbırakanın irade beyanı çeşitli şekillerde anlaşılabiliriyorsa, vasiyetnameyi ayakta tutan, böylece mirasbırakanın son arzularının hüküm ifade etmesini sağlayan yoruma üstünlük tanınacaktır⁴⁰. Buna, “*vasiyetnameyi kurtarıcı yorum ilkesi*” de denilir⁴¹. Bu ilke Türk Medeni Kanununda açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte genel bir Miras Hukuku ilkesi olarak kabul görmektedir⁴². Amaç, mirasbırakanın önceden yapmış olduğu tüm ölüme bağlı tasarrufları ayakta tutmak değildir. Sadece yorumlanmakta olan beyanı içeren vasiyetnamenin ayakta tutulmasını sağlayacak yorumun tercih edilmesidir. Asıl olan, mirasbırakanın son arzularını

³⁷ Y.3.HD. T.18.5.2016, E. 2015/15137, K. 2016/7741 (Kazancı İçtihat Programı) erişim tarihi: 05.06.2019.

³⁸ İMRE/ERMAN, s. 110-111.

³⁹ İMRE/ERMAN, s. 111.

⁴⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323; İMRE/ERMAN, s. 113 ve 117 vd.; STEINAUER, N.294; PIOTET (1978), s. 195.

⁴¹ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 219; HATEMİ, §10 N.4.

⁴² Bkz. ERGÜNE, s. 74 vd. Buna karşılık, söz konusu ilkenin BGB §2084 hükmünde açıkça ifade edildiğini görmekteyiz. Söz konusu hükme göre; “*Bir ölüme bağlı tasarrufların içeriğinin farklı şekillerde yorumlanması mümkünse, tasarrufların sonuç doğurmasına imkân sağlayan yoruma öncelik tanınır.*”

yerine getirmektir⁴³. Bununla kastedilen, bilgisizliği, kelimelerin anlamları üzerindeki yanlış tasavvurları, dalgınlığı vb. gibi sebeplerle iradesiyle tam uyuşmayan, sınırları belli olmayan ve şüpheli beyanlarının yorum yoluyla hükümsüz sayılması yerine geçerli olmalarını sağlayacak yorum metodunun uygulanması ve bu suretle son yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz sayılmasının önlenmesidir⁴⁴. Bu aynı zamanda, mirasbırakanın son arzularına karşı gösterilen saygının bir gereğidir⁴⁵. Mirasbırakanın son dileği, mümkün olduğunca yaşama geçirilmeye çalışılacak ve bu dileğe geçerlilik kazandıracak yorum metodu tercih edilecektir. Zira mirasbırakan, ölüm gününden sonra bu tasarrufu geçerli olacak şekilde düzeltme veya yeniden yapma şansına sahip olmayacaktır⁴⁶.

Favor testamenti kuralı Medeni Kanunda doğrudan düzenlenmiş değildir. Buna karşılık BGB § 2084 bu kuralı *“Bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğini farklı şekillerde yorumlanması mümkünse, tasarrufun sonuç doğurmasına imkan veren yoruma öncelik tanınır”* şeklinde belirtmiştir. Bu hükümden hareket edince, favor testamentinin, yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufun mümkün olduğu kadar geçerliliğini temin etmeye yönelik bir yorum kuralı olduğu kendiliğinden anlaşılır. Çünkü, bu kural sayesinde bir ölüme bağlı tasarrufun ya da bir hükmünün hem geçerli hem de geçersiz sayılacak şekilde yorumlanması mümkünse, onu geçerli yapacak yoruma üstünlük tanınır ve böylece mirasbırakanın son arzularına mümkün olduğu kadar saygı gösterilmiş olur⁴⁷. Zaten Roma Hukukundan beri gelen bu yorum kuralının amacı da budur.

Bu konudaki güncel bir Yargıtay kararında bu yorum kuralı şu şekilde ifade edilmiştir. *“Kural olarak, mirasın ölüme bağlı tasarruflarını iptal etmekten veya hükümsüz saymaktan çok, bunları muhafaza etmek, vasiyetçinin iradesine ve isteğine daha uygun düşer. Roma Hukukundan gelen ...yani vasiyetnamenin muteber tutulması kuralı, Türk Medeni Kanununda açıkça belirtilmemekle beraber, gerek doktrinde ve gerek mahkeme içtihatlarında ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında uygulanacak temel kurallardan*

⁴³ ŞENER, Esat, Vasiyet Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1995, s. 103, ERGÜNE, s. 77.

⁴⁴ Bkz. BGE 50 II 441, 446; BGE 83 II 427, 435 vd. (www.bger.ch).

⁴⁵ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 323; ESCHER, N.13; İMRE/ERMAN, s.117. Ayrıca bkz. BGE 49 II 12, 18; BGE 94 II 88, 93 (www.bger.ch).

⁴⁶ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 219.

⁴⁷ ŞENER, s. 346’da anılan kararlar ve Y. HGK. T. 21.11.1990, 2-346/586 (YKD 1991, c. XVII, 661).

biri olarak kabul edilmektedir. Bu yorum tarzı, ölüme bağlı tasarrufu imkan olduğu ölçüde geçerli saymaya, onu ayakta tutmaya başka bir ifade ile tasarruf yapanın gerçek iradesini, son arzularını, isteklerini elden geldiği kadar değerlendirmeye, onu üstün tutmaya, ona saygı ve bağlılık göstermeye yönelmiş bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nunda favor testamenti kuralını düzenleyen genel mahiyette bir hüküm bulunmamakla birlikte bazı maddelerde (örn. Eski MK.'nun 451/2; 462/2-2; 466/2 maddeleri) (yeni TMK'nu 504/2; 515/2; 519/2 maddeleri) bu kuralın uygulanmasına yer verilmiştir. Kural olarak vasiyetnamenin yorumunda murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlenmeli ve azami biçimde murisin iradesi yerine getirilmeli, vasiyetnamenin tenfizine imkan sağlanmalıdır (YHGK, 07.06.1966 tarih, 738/309)''⁴⁸.

Hemen belirtmek gerekir ki; bu yorum, yukarıda sık sık değinildiği gibi, ancak bir ölüme bağlı tasarrufta, eksik olsa bile, bir irade beyanının bulunduğu hallerde yapılabilir. Çünkü favor testamentinin amacı, şekil kurallarına uygun yapılmamış olan bir beyanı vasiyetnameye dahil etmek değil; şekle uygun yapılmış, eksik ya da açık olmayan bir irade beyanına açıklık getirmek ve mirasbırakanın gerçek maksadını ortaya çıkarmaktır⁴⁹. Buna karşılık, yorum yapılırken, vasiyetname içi olgular yanında, vasiyetname dışı olgulara da başvurulabileceğini bir defa daha hatırlatalım.

Medeni Kanunun BGB'den farklı olarak favor testamentiye yönelik bir genel kural içermediğinden yukarıda söz edilmişti. Ancak yazarların çoğunluğu, münferit bazı hükümlerde bu kuralın öngörülmüş olduğu görüşündedirler⁵⁰. Örneğin, TMK.m.504/f.2'ye göre; “Ölüme bağlı tasarrufta kişinin ve şeyin belirtilmesinde açık yanılma halinde mirasbırakanın gerçek arzusu kesin olarak tespit edilebilirse, tasarruf bu arzuya göre düzeltilir”. Bu hükme göre, vasiyetçi iradede değil de, beyanda hata yapmışsa, yani doğru olan iradesini dışa yanlış aksettirmişse ve gerçek iradesinin ne olduğu açık olarak anlaşılıyorsa, o zaman mirasçılar, TMK.m.557 b.2'ye dayanarak vasiyetnameyi iptal ettiremezler; tasarruf, vasiyetçinin gerçek iradesine göre

⁴⁸ Y.3.HD. T. 17.12.2018, E. 2018/7112, K. 2018/12816. (Kazancı İçtihat Programı) erişim tarihi: 06.05.2019.

⁴⁹ BGE 50 II 446; FAHRLAENDER, s. 82; PICENONI, s. 59; Y. HGK. T. 21.11.1990, 2-346/586 (YKD 1991, c. XVII, 661).

⁵⁰ TUOR; Dritter Abschnitt Vorbem. 16; ESCHER; Einleitung zum 14. Titel N.16; PICENONI, s. 59; FAHRLAENDER, s. 82; DRUEY; § 12 N.22-23; PIOTET (1978), s. 211 vd. OĞUZMAN, s. 172; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, § 27, II, 2, a.

yorumlanıp, favor testamenti kuralı gereğince vasiyetçinin istediği sonucun doğması temin edilir. Örneğin, mirasbırakan vasiyetnamesinde, “*yeğenim Ahmet’e otomobilimi vasiyet ediyorum*” demiş olsa ve onun bir tek Mehmet adlı yeğeni varsa, tasarruf beyan hatası sebebiyle iptal edilmeyip, gerçek iradesine uygun yorumlanıp, geçerli sayılır.

Benzer şekilde; mirasbırakan ölümünden sonra hayvanının, mesela kuş veya köpeğinin bakılabilmesi için, bunun lehine mal vasiyeti yapmıştır. Hayvanlar hak ehliyetine sahip olmadıklarından, bu tasarruf geçerli değildir. Ancak, mirasbırakanın isteğinin gerçekleşmesi için bu bağış eğer imkanı varsa, mirasçılara yüklenen bir mükellefiyet (yükleme) olarak alınabilir (TMK.m.515) ve bu şekilde yorumlanabilir.

Favor testamenti kuralının Medeni Kanunumuzdaki önemli bir diğer örneği de TMK.m.504/f.2 hükmünde görülmektedir. Buna göre, vasiyetçinin vasiyetnamesinde ifade yanlışları yapması, fakat onun gerçek maksadının hiçbir şüpheye düşülmeksizin tespit edilebilmesi durumunda, bu irade beyanı gerçeğe uygun olarak bu doğrultuda yorumlanır ve mirasbırakan tarafından yapılmış olan yanılma bir iptal sebebi teşkil etmez. Vasiyetçinin hukuki ve teknik terimleri veya lehine vasiyet yaptığı kişinin isim ve niteliklerini yanlış yazması veya vasiyetnamede bazı gösterme hataları yapması halinde, gerçek durum şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilebilir olmak şartıyla bu tasarruf vasiyetçinin gerçek iradesine uygun olarak düzeltilir⁵¹.

Ölüme bağlı tasarrufun tahvil (çevirme) yoluyla ayakta tutulması da favor testamenti kuralının bir sonucudur. Bunun dayanağı olarak, “*Tüzel kişiliği bulunmayan bir topluluğa belli bir amaç için yapılan kazandırmaları, o topluluk içindeki kişiler, mirasbırakan tarafından belirlenen amacı gerçekleştirmek kaydıyla birlikte edinmiş olurlar; amacın bu yolla gerçekleşmesine olanak yoksa, yapılan kazandırma vakıf kurma sayılır*” diyen TMK.m.557/f.2’yi göstermektedirler⁵².

Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarda favor testamenti kuralının uygulanacağında kuşku olmamakla beraber, aynı kuralın şekil eksikliğinde de uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır⁵³.

⁵¹ Y. HGK. T. 21.11.1990, 2-346/586 (YKD 1991, c. XVII, 661).

⁵² OĞUZMAN, s. 173; SEROZAN, s. 172; DURAL/ÖZ, s. 222.

⁵³ Tartışmalar için bkz: ESCHER, Art. 467, 469, Vorbem. 21; Art. 469 Einleitung N.16; Tuor, Art. 481, Vorbem. 16; DRUEY, § 12 N.22; OĞUZMAN, s. 172; KOCAYUFUPAŞAOĞLU, § 27 II 2, a. BGE 101 II 31.

E- YORUMUN YASAL MİRASÇILIK LEHİNE YAPILMASI

Vasiyetçini son arzularını yazarken, yasal mirasçılığı düşünmüş olması kuvvetle muhtemeldir. Şüpheli halinde, yorumu yasal mirasçılık lehine yapmak gerekmektedir. Alman Medeni Kanununda genel bir kural olarak ifade olunan bu esas, Medeni Kanunumuzda özel bazı hükümlerde göz önüne alınmıştır. (TMK.m.560/f.2, 583/f.2, 647/f.3).

Tereddüt doğuran şüpheli hallerde, yorumun yasal mirasçılık lehine yapılması gerektiği kuralını benimsemek doğru bir yaklaşımdır. Bu her ne kadar kanunda genel olarak ifade edilmemiş bulunuyorsa da, kanunun boşluklarını doldurmaya çalışan doktrine ait bir kural olarak uygulamada önem ve değer taşıyabilir⁵⁴.

Örneğin, mirasbırakan vasiyetnamesinde “*yasal mirasçılarımı mirasçı atıyorum*” demişse, bununla üç zümrede bulunan bütün mirasçıları mı yoksa sadece yasal miras hakkına sahip olabilecek mirasçıları mı ifade etmek istemiştir? Böyle bir ölüme bağlı tasarruf, yasal miras hakkını kazanabilecek mirasçılar lehine yorumlanmak gerekir.

Aynı şekilde, vasiyetnamede “*eşimle çocuklarımı mirasçı atıyorum*” diye yazılı bulunuyorsa, tereke malları bunlar arasında eşit olarak mı paylaşılacaktır yoksa bunların yasal miras hakları oranında bir paylaşma mı yapılacaktır? Vasiyetnamede bir açıklık bulunmadığına göre, bu kişiler yasal miras hakları oranında mirasçı atanmış sayılırlar.

Başka bir örnek daha verelim: Mirasbırakanın “*çocuklarımı mirasçı atıyorum*” veya “*mallarımı çocuklarıma vasiyet ediyorum*” şeklinde bir ölüme bağlı tasarruf yapması halinde, vasiyetnamenin düzenlenmesinden önce ölen bir çocuğun çocukları (mirasbırakanın torunları) da bundan faydalanabilir mi? Alman Hukukunda, böyle bir halde, torunların ölmüş babaları lehine yapılan bağışı alabilecekleri kabul edilmektedir. Çocuğun, vasiyetnamenin düzenlenmesinden sonra fakat vasiyetçiden önce ölmesi halinde, aynı hüküm öncelikle uygulanacaktır (BGB § 2068-2069)⁵⁵.

Yorumun yasal mirasçılık lehine yapılmasının kökeni Roma Hukukuna kadar dayanır. Bir köleyi azat etmek isteyen muris vasiyetnamesinde kölenin lehine bazı tasarruflarda bulunurdu⁵⁶. Böylelikle kölenin yasal mirasçılardan olduğu yönünde kabulden yararlanılırdı.

⁵⁴ İMRE/ERMAN, s.112-113'den aynen.

⁵⁵ İMRE/ERMAN, s.112'den aynen

⁵⁶ PICENONI, s. 13; PIOTET (1988), s. 278.

F- YASAL MİRASÇI LEHİNE YAPILAN KAZANDIRMANIN AKSİ ANLAŞILMADIKÇA PAYLAŞTIRMA KURALI KABUL EDİLMESİ

Bunun anlamı, mirasbırakanın bir ölüme bağlı tasarruf ile yasal mirasçıları lehine yaptığı kazandırmaların, aksi anlaşılmadıkça, yasal paylaşırma kuralı olarak kabul edileceğidir. Yani, yasal paylaşırma kuralları lehine, aksi ispat edilebilen bir karine vardır. Bu kuralın öngöröldüğü iki madde TMK.m.560/f.2 ve 647/f.3'dür. TMK.m.560/f.2'ye göre; “*Yasal mirasçılarının paylarına ilişkin olarak tasarrufta yer alan kurallar, mirasbırakanın arzusunun başka türlü olduğu tasarruftan anlaşılmadıkça, sadece paylaşırma kuralları sayılır*”. Diğer taraftan şüphe halinde yasal mirasçılığa üstünlük verilmesi kuralı (Goldene Regel) hakimdir. Hükümde ifade edildiği üzere, mirasbırakanın yasal mirasçılarının paylarına ilişkin tasarruflarının esas olarak paylaşırma kuralı kabul edilmesi, yasal mirasçı lehine yapılan tasarrufların onların miras hisselerine mahsuben yapıldıklarının varsayılmasını, tersinden bir ifadeyle, miras hisselerine ilave edilecek bir vasiyet olarak kabul edilmemesini ifade eder. Örneğin M, vasiyetnamesinde, Tekirdağ'da bulunan yazlığının eşi E ve oğlu B arasında paylaşılmasını istemiştir. Şimdi, bu paylaşmanın nasıl yapılacağı iki şekilde yorumlanabilir. Denilebilir ki M, Tekirdağ'da bulunan yazlığını E ile B arasında eşit olarak paylaşılmasını, yani her birinin payın ½'sini almasını istemiştir ya da M, E ve B'nin bu yazlığı kendi yasal miras payı oranlarına uygun olarak paylaşmalarını istemiştir⁵⁷. Bu durumda TMK.m.560/f.2 paylaşırma kuralı lehine bir karine koymuş olduğu için, paylaşırma miras payları oranında yapılır. Böylece E, yazlığın ¼'ünü, B ise ¾'ünü alır. Ancak vasiyetnamenin yorumundan M'nin iradesinin aksi (E ve B'nin eşit paylaşması) yönde olduğu anlaşılırsa, o zaman buna uygun olarak paylaşırma yapılır⁵⁸.

TMK.m.647/f.3 hükmü ise, bir ölüme bağlı tasarruf ile terekede bulunan bir malın, mirasçılardan birine tahsisi öngörölmüşse, bunun paylaşırma kuralı sayılacağını öngörür, meğer ki mirasbırakanın iradesi, bunun paylaşırma kuralı değil de bir vasiyet olarak yapıldığı şeklinde yorumlansın. Örneğin, M, vasiyetnamesinde otomobilini oğlu A'ya tahsis etmişse, TMK.m.647/f.3'e göre bunun anlamı, A'nın otomobili miras payına mahsup etmesidir. Ancak M'nin bunu A'ya vasiyet ettiği yorum yoluyla anlaşılırsa, A miras payından

⁵⁷ DURAL/ÖZ; s. 222'den naklen

⁵⁸ Örnek ve açıklama için bkz: DURAL/ÖZ; s.223'den naklen

ayrı olarak otomobili de alır⁵⁹. Vasiyetname metninden paylaşma kuralı mı yoksa vasiyet mi olduğu anlaşılabilir eğer vasiyetname dışı olgulara müracaat edilmek gerekecektir. Vasiyetnamede kullanılan terimler ve tasarruf konusu malın nasıl kullanılmak istendiğine ilişkin tasarruf dışı olgular bu hususta yol gösterici olacaktır.

G- ŞÜPHE HALİNDE ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN MİRASÇI ATAMASI OLARAK YORUMLANMASI

Bir ölüme bağlı tasarrufun mirasçı ataması mı yoksa vasiyet mi olarak yorumlanacağı meselesi TMK.m.516/f.2’de düzenlenmiştir. TMK.m.516/f.2’ye göre, “*Bir kimsenin mirasın tamamı veya belirli bir oranını almasını içeren her tasarruf mirasçı atanması sayılır*”. Bu hüküm, mirasbırakanın yaptığı tasarrufun niteliğinin ne olduğunun, onun kullandığı terimlere göre değil de, gerçek iradesine göre tespit edileceğini ifade etmektedir. Vasiyetnamelerde irade teorisi esas alındığından mirasbırakanın vasiyetname metninden çıkan gerçek iradesi esas alınarak yorum yapılmalıdır. Bu hususta vasiyetnamede kullanılan terimler değil, miras bırakanın gerçek iradesi esas alınır. Buna göre ölüme bağlı tasarrufta mirasın belirli bir kısmı veya tamamı bırakılıyorsa tasarruf mirasçı ataması, belirli bir mal bırakılıyorsa vasiyet olarak dikkate alınacaktır. Özellikle yapılan tasarrufun belirli bir mal bırakma vasiyeti mi yoksa mirasçı atama mı olduğunun tespitinde bu hükme başvurulur. Örneğin, mirasbırakan A’ya terekesinin ¼’ünü vasiyet ettiğini belirtmesine rağmen bu tasarruf mirasçı ataması olarak kabul edilir. Çünkü TMK.m.516/f.2’ye göre, terekenin kesirli bir bölümünün tahsisi, mirasçı atamadır. Bunun aksine, mirasbırakan bir halısı için A’yı mirasçı atadığını belirtmişse, bu tasarruf niteliği gereği vasiyet olarak yorumlanır⁶⁰. Çünkü tasarrufun konusu terekenin kesirli bir bölümü değil, terekedeki belirli bir mal, yani halıdır. Buna karşılık, bir çiftliği ve bankada 20 bin liradan başka bir şeyi olmayan bir kimse, çiftliğini arkadaşı A’ya vasiyet ettiğini belirtirse, bu tasarruf bir mirasçı atanması olarak kabul edilir. Çünkü yapılan tasarruf hemen hemen terekenin tamamına tekabül etmektedir ki; bu da TMK.m.516/f.2’ye göre mirasçı atanmasından başka bir şey değildir. Aynı şekilde mirasbırakan mirasından belirli bir malı oğluna bıraksa bunun vasiyet olduğu anlaşılması gerekir. Vasiyetnamede kullanılan terimler ve vasiyetname dışı olguların bu

⁵⁹ DURAL/ÖZ; s. 222-223’den naklen.

⁶⁰ DURAL/ÖZ; s. 223.

hususla dikkate alınması gerekmez⁶¹. Zira bir mirasın belirli bir orana göre mi yoksa sadece belirli bir malın mı tasarrufa konu edileceği meselesini mirasbırakanın tespit edilecek gerçek iradesine göre halletmek gerekecektir.

III. VASIYETNAMELERİN YORUMU BAKIMINDAN İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER

A- AÇIKLIK TEORİSİ

Açıklık teorisi gereği, bir beyanın ancak birden fazla anlama gelmesi veya anlamının belirsiz olması durumunda yorum faaliyetine konu edilebileceği kabul edilmektedir⁶². Bu teoriye göre, kullanılan kelime, herhangi bir tereddüde yer vermeyecek kadar net ise yorum yapılamaz⁶³. Yorum yapılırken, vasiyetname metni dışında yer alan durum ve koşullara da ancak vasiyetname metninde yer alan ifadelerin anlamının şüpheli olması, birden çok anlama gelmesi veya birden fazla şekilde yorumlanabilme olasılığı bulunması durumunda başvurulabilir⁶⁴.

Hem Alman hem de İsviçre Hukukunda, ölüme bağlı tasarrufların yorumunda, açıklık teorisinin geçerli olmaması gerektiği *öğretide* genel olarak kabul görmektedir⁶⁵. Nitekim çok açık gözükten ifadelerin bile aslında yorumlanmaya ihtiyacı vardır ve bir ifadenin açık nitelikte olup olmadığını tespit etmek de bir tür yorum faaliyetidir⁶⁶. Ölüme bağlı bir tasarrufun “açık” nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için onun sadece metnine bakmak yeterli olmayacaktır. Zira ölüme bağlı tasarruflar, ancak mirasbırakanın kişisel durumu ve düşünce dünyası dikkate alınarak “açık veya açık olmayan” nitelikte bir tasarruf olarak nitelendirilebilir. Bu bağlamda, bir ölüme bağlı tasarrufun açık olup olmadığı da ancak ölüme bağlı tasarruf dışındaki durum ve koşullar dikkate alınmak suretiyle belirlenebilir⁶⁷. Türk Hukukunda da *öğretide*,

⁶¹ PICENONI, s. 106.

⁶² AKSOY DURSUN, s. 322; ÖZTAN, s. 217.

⁶³ ESCHER, Einleitung, N.13; SEILER, N. 554.

⁶⁴ BGE 120 II 182, 184. Bkz. RASELLI, s. 1264.

⁶⁵ İsviçre Hukuku bakımından bkz: BREITSCHMID, s. 281; DRUEY, §12, Rn.12. Alman Hukuku bakımından bkz. LÜBTOW, Ulrich; Erbrecht, 1.Halbband, Berlin, 1971 s. 265; KÖSSİNGER, Rn. 21; SOERGEL/LORITZ BGB §2084, Rn.7.

⁶⁶ SEROZAN/ENGİN, § 4, Nr. 223a. ÖZTAN, s. 217; AKSOY DURSUN, s. 322; MANSEL, BGB §133, Rn. 2; RASELLI, s. 1265.

⁶⁷ DRUEY, §12, Rn.12.

açıklık teorisinin uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, vasiyetnamelerin yorumu bakımından ise birçok kararında, açıklık teorisine, hatta artık kalıplaşmış cümlelerle atıf yaptığı ifade edilmelidir⁶⁹. Nitekim bu kararlarda genel olarak, vasiyetnamelerin yorumunda öncelikle onun metninden hareket edilmesi gerektiği; vasiyetname metni tek başına dikkate alındığında açık bir sonuca ulaşıyorsa, bu beyan dâhilinde kalınması gerektiği belirtilmektedir. Buna karşılık, Federal Mahkeme'ye göre, vasiyetnamede yapılan düzenlemelerin birden fazla anlama gelebilecek nitelikte olması veya farklı şekilde yorum yapılmasının haklı gerekçelere dayanması durumunda, vasiyetname metni dışındaki ispat araçlarının yorumda dikkate alınması söz konusu olabilecektir⁷⁰.

Alman Federal Mahkemesi ise vasiyetnamelerin yorumunda açıklık teorisini uygulamamaktadır. Nitekim Alman Federal Mahkemesi önceleri kabul ettiği “*açık kelime anlamının yoruma sınır olduğu*” anlayışını⁷¹ 1982 yılında verdiği kararıyla⁷² terk etmiş ve vasiyetnamenin açık metnine rağmen yorum yapılabileceğini kabul etmiştir. Buna göre, vasiyetname metninin görünüşte açık ve kesin olması, yorum için bir sınır oluşturmayacaktır⁷³.

B- İMA TEORİSİ

İma teorisi, şekle bağlı hukuki işlemlerde ve bu arada vasiyetnamelerde, beyanda bulunanın iradesinin belgede tam olmasa da en azından ima edilmek suretiyle ifade edilmiş olması gerektiği şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁴. Türk Hukukunda da ima teorisi genel olarak, mirasbırakanın iradesinin ancak vasiyetname metninde şekil koşullarına uygun olarak ima edilmişse, bu ima (dayanak, bağlantı noktası) dikkate alınarak iradeyi açıklamaya yönelik

⁶⁸ SEROZAN/ENGİN, § 4; Nr. 223; AKSOY DURSUN, s. 322; ERGÜNE, s. 35.

⁶⁹ BGE 83 II 427, 435; bkz. BGE 100 II 440, 446; BGE 120 II 182, 184; BGE 115 II 323, 325; BGE 131 III 601 vd., son karar için bkz. FANKHAUSER, s. 752 vd.

⁷⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 2014 tarihli kararında (BGer 5A_914/2013, 04.04.2014, <https://www.swisslex.ch>, erişim tarihi: 31.01.2019) “açıklık” teorisini desteklediği yönünde, HRUBESCH-MILLAUER, /BOSSHARDT, s. 508; ayrıca bkz. SEILER, Rn.554.

⁷¹ Bu yöndeki kararlar için bkz: SCHERER, s. 303.

⁷² BGH, NJW 1983, 672.

⁷³ ÖNCÜ, s. 314-317'den naklen.

⁷⁴ SCHERER, s. 303; PALANDT/WEIDLICH, BGB § 2084, Rn.4; ÖNCÜ; s. 317-318'den naklen.

yorum yapılabileceği şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁵. İsviçre Hukukunda ise ima teorisinin daha ziyade yoruma sınır getiren bir kural olarak görüldüğü anlaşılmaktadır. Buna göre, açıklık teorisi, vasiyetname metninin “açık” olmamasından dolayı, vasiyetname dışı koşullar dikkate alınarak yorum yapılmasına izin verse bile; vasiyetname dışı durum ve koşullar, ancak, mirasbırakanın bu durum ve koşullar temelinde belirlenen iradesi vasiyetname metninde en azından ima edilmişse dikkate alınabilecektir⁷⁶. Mirasbırakanın gerçek iradesinin belirlenmesi için yapılacak yorumda, vasiyetname metni belirleyici olup, dış olguların dikkate alınabilmesi için ölüme bağlı tasarrufta bu yönde bir dayanak bulunması gerekecektir⁷⁷. Türk öğretisinde vasiyetnamenin yorumunda ima teorisinin uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Öğretide genel olarak, ölüme bağlı tasarruf metninde hiçbir dayanağı bulunmayan bir arzunun, yorum yolu ile ölüme bağlı tasarrufa eklenemeyeceği, zira ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu şekil kurallarının buna engel olacağı ifade edilmektedir⁷⁹. Bununla birlikte, ima teorisinin uygulanmasına karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır⁸⁰. Yargıtay kararlarında, vasiyetnamelerin yorumunda uygulanacak olan kurallar olarak, *vasiyetnamenin metnine bağlılık*, *mirasbırakanın iradesine bağlılık* ve *dış etmenlerle bağlılık* olmak üzere genel olarak üç başlık belirtmektedir⁸¹. Alman

⁷⁵ AKSOY DURSUN, s. 323, SEROZAN, (SEROZAN/ENGİN, §4.), Nr.223b.

⁷⁶ RASELLİ, s. 1262, 1264; FANKHAUSER, s. 754.

⁷⁷ ERGÜNE, s. 45.

⁷⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 322; OĞUZMAN, s. 171; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 267; ERGÜNE, s. 46; DURAL/ÖZ, s. 220, Nr. 974, 976; bir görüşe göre de: “Eğer mirasbırakanın irade açıklamasının vasiyetname içinde bir dayanağı bulunmuyorsa, vasiyetname dışında yer alan o tasarruf, şekle aykırılıktan dolayı geçersizdir.” ANTALYA/SAĞLAM, s. 235.

⁷⁹ OĞUZMAN, s. 171; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 322; vasiyetnamede bulunmayan veya şekline uygun olarak beyan edilmemiş bir tasarrufun, yorum yolu ile buraya sokulamayacağı yönünde, İMRE/ERMAN, s. 114; bkz. BAYGIN, s. 572.

⁸⁰ Bkz. SEROZAN, (SEROZAN/ENGİN, § 4.) s. 426, Nr.223 vd.; AKSOY DURSUN, s. 323 vd.

⁸¹ “...Vasiyetnamenin yorumunda uygulanacak olan genel kurallar ise; vasiyetnamenin metnine bağlılık, mirasbırakanın iradesine bağlılık ve dış etmenlerle bağlılık olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların yorumlanmasında genel olarak uygulanacak ilk kural, ölüme bağlı tasarrufların metnine bağlı kalınmasıdır. Vasiyetnamenin metninde yer almayan bir olgu ise, vasiyetnamenin yorumu ile var kabul edilemez. Tasarrufların yorumlanmasında uygulanacak bir diğer kural ise, mirasbırakanın iradesine göre yorum yapmaktır. Kural olarak vasiyetnamenin yorumunda, murisin iradesini ayakta tutacak bir yol izlenmeli, azami biçimde murisin iradesinin açığa çıkarılmasına gayret gösterilmeli ve vasiyetnamenin tenfizine imkan sağlanmalıdır...” 3. HD, E. 2013/18683; K. 2013/18151, <https://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 19.03.2018); “...Ölüme bağlı

Hukukunda ima teorisi özellikle Alman Federal Mahkemesi'nin uygulaması doğrultusunda bir şekil kuralı olarak varlığını sürdürmekte iken; Türk-İsviçre Hukukunda ima teorisi daha ziyade yoruma sınır getiren bir kural olarak anlaşılmaktadır⁸². Yoruma sınır getirilmesinin gerekçesi ise vasiyetnamelerin tabi olduğu şekil kuralları ile açıklanmaktadır. Bununla birlikte ima teorisi, özellikle İsviçre öğretisinde, şekil sorunu ile yorum sorununu birbirine karıştırdığı için de eleştiriye uğramakta ve bu iki sorunun birbirinden ayrı ele alınması gerektiği ifade edilmektedir⁸³. Bu doğrultuda ilk aşamada, mirasbırakanın irade beyanının, onun bu beyanının nasıl anlaşılmasını istediği bulunacak şekilde yorumlanması gerektiği ve bu noktada vasiyetname metni dışında yer alan durum ve koşulların da dikkate alınacağı belirtilmektedir. İkinci aşamada ise, yorum yoluyla anlamına ulaşılan irade beyanının, bu kez ilgili şekil kurallarına uygun olup olmadığının belirlenmesinin gerekeceği ifade edilmektedir⁸⁴.

C- GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce vasiyetnamelerin yorumunda her ne kadar açıklık teorisi vasiyetname metninden uzaklaşmamayı, metinden bağımsız yorum faaliyetinde bulunmamayı öngörmekte ise de, vasiyetname dışı olguların da hesaba katıldığı ima teorisi en uygulanabilir yorum kuralı olarak görünmektedir. Vasiyetnamede dayanak bulan birtakım olgular vasiyetname dışı olsa da dikkate alınmayı icap eder. Bu açıdan bakıldığında ima teorisi yorum kurallarına sınır getiren bir teori olarak görünmemektedir. Zira yorum yoluyla anlamına ulaşılan irade beyanının salt olduğu gibi kabul edilmesi yerine bu kez de ilgili şekil kurallarına uygunluk tesis edip etmediği araştırılarak iki aşamalı bir denetimden geçirilmektedir. Buna göre, vasiyetçinin dayanağı vasiyetname olan imalarının gerçekte ne anlama geldiğinin araştırılması yine vasiyetname içi olgularla mümkün olmaktadır.

tasarrufun (vasiyetnamenin) yorumlanmasında uygulanacak genel kurallar, öncelikle vasiyetnamenin metnine bağlı kalınarak sonuca gidilecektir. Bu yapılırken murisin iradesi ve (... ve dış etmenlere bağlılık da söz konusu olacaktır... ” 3.HD, E.2013/9138; K.2013/11282; T.01.07.2013 <https://emsal.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 19.03.2018); 3. HD, E.2014/22183; K. 2015/17797, T. 12.11.2015 www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 11.12.2017).

⁸² ÖNCÜ; s. 317-323'den naklen.

⁸³ RASELLI, s. 1265, BREITSCHMID, s. 280.

⁸⁴ WIEGAND, Art. 18 OR, Rn.54; İma teorisinin TBK madde 19/f.1 (Art. 18 Abs.1 OR) de yer alan düzenlemeye de aykırılık oluşturacağı yönünde, RASELLİ, s. 1266.

IV. MİRAS SÖZLEŞMESİNİN YORUMU

Yukarıda vasiyetnamelerin yorumunun irade prensibine göre yapılacağı, bunun da sebebinin vasiyetnamelerin tek taraflı irade beyanı ile oluşan bir hukuki işlem olduğu, yani iradenin bir muhatabının olmadığı şeklinde açıklanmıştı. Oysa miras sözleşmeleri iki taraflı hukuki işlemlerdir. Dolayısıyla da iradenin yöneldiği bir kişi vardır. Böyle olunca da, artık miras sözleşmelerinde yorumun irade prensibine göre değil de, TMK.m.2'den kaynaklanan güven prensibine göre yapılması gerekir. Buna göre, yorum yapılırken tarafların iradesinin ne olduğu değil de, *karşı tarafın içinde bulunulan hal ve şartlara göre yapılan beyana ne anlam vermesi gerektiği araştırılır*. Bu bakımdan, vasiyetnamenin yorumlanmasına ilişkin kurallar, ancak güvene göre yorumu ihlal etmedikleri ölçüde miras sözleşmesinin yorumlanmasında da uygulanırlar⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki, miras sözleşmesinin, bağlayıcı olmayan, yani vasiyetname niteliğinde bulunan hükümlerine güven prensibi uygulanmaz. Onlar, tek taraflı oldukları için, yine irade prensibine göre yorumlanırlar⁸⁶. Oysa miras sözleşmesinde mirasbırakanın ne istediğini anlamak, onun gerçek maksadını araştırmak ve bulmak gerekecektir. Bu sebeple yorumda güven teorisi hakimdir ve yapılacak yorum objektif niteliktedir⁸⁷. Objektif yorum ise, sözleşme taraflarının davranış ve açıklamalarının güven ilkesine göre yorumlanması anlamına gelmektedir. Burada güven ilkesine göre, ilgili muhatabın TMK md.2/I ışığında bütün şartları göz önünde bulundurarak ne anladığı veya anlaması gerektiği araştırılır. Bir diğer anlatımla, sözleşme taraflarının dürüstlük ilkesine göre, somut olayın bütün hal ve şartları dikkate alınarak, dürüst ve makul sözleşme tarafı olarak o sözleşme kapsamında neyi istemiş sayılabilecekleri araştırılır ve bir sonuca ulaşmaya çalışılır⁸⁸. İrade açıklamasının yorumunda sadece açıklamada yer alan hususlar değil, bununla birlikte diğer açıklama veya olaylar gibi dış unsurların da dikkate alınması gerekmektedir. Çünkü irade açıklamasının doğru ya da yanlış olup olmadığı ancak bu şekilde değerlendirilebilir. Sözleşmenin yorumunda kullanılan yorum araçları münferit irade beyanlarının yorumunda kullanılan yorum araçları ile aynıdır. Bu anlamda bir irade açıklamasının (burada sözleşmenin) yorumu sadece açıklama dikkate alınarak veya sadece açıklamada kullanılan

⁸⁵ KOCAYUFUPAŞAOĞLU, § 27 III; OĞUZMAN, s. 171.

⁸⁶ KOCAYUFUPAŞAOĞLU, § 27 III; SEROZAN, s. 151.

⁸⁷ FAHRLAENDER, s. 34. BGE 64 II 187, 69 II 382, 75 II 284.

⁸⁸ ÖZDOĞAN DALCI, s. 38.

dil veya sistematik dikkate alınarak yapılmamalıdır. Bu bağlamda tarafların açık veya örtülü diğer açıklamaları da yorumun konusunu teşkil eder. Miras sözleşmesi de ölüme bağlı tasarruf olduğundan yorumda bulunurken ölüme bağlı tasarrufu iptal etmekten çok, bunu korumak, mirasbırakanın iradesine ve isteğine daha uygun düşer; bu sebeple, yorumda bu gayenin göz önünde tutulması, şüpheli ve müphem hallerde tasarrufun korunması lehine olarak yorum yapılması gerekir⁸⁹. Favor testamenti olarak da isimlendirilen bu kural miras sözleşmelerinin yorumunda da esas alınır. Buna karşılık, bu prensip mirasbırakanın açıkça beyan ettiği bir hususu değiştirmeye, düzeltmeye veya tamamlamaya (miras sözleşmesindeki bir boşluğu doldurmaya) hizmet edemez⁹⁰. Miras sözleşmesinin yorumunda dikkate alınacak olan güven teorisi uyarınca sözleşmedeki boşluğun mirasbırakanın farazi iradesi dikkate alınarak doldurulması mümkün olabilecektir. Öğretide, sözleşme yorumunda tarafların gerçek iradesi tespit edilemezse, sözleşme taraflarının davranış ve açıklamalarının güven ilkesine göre yorumlanacağı kabul edilmektedir⁹¹. Objektif yorum, sözleşmelerin normatif uygunluğu ile yani fiili uyuşma olmadığı, sözleşmenin, tarafların farazi iradesine göre kurulmuş olduğu durum ile örtüşmektedir. Bu teoriye göre, *“taraflardan her birinin beyanı (davranışı), diğer tarafın dürüstlük kuralı içinde bildiği veya bilmesi gereken şart ve durumları da göz önünde tutarak anlamaya mezun ve mecbur olduğu şekilde yorumlanır. Bu yorum sonunda beyanların anlamı birbirine uyduğu takdirde, tarafların irade beyanları arasında hukukî uygunluğun mevcut olduğu hükmüne varılır”*⁹². Buna göre hâkim, kendisini mirasbırakanın yerine koyacak ve mirasbırakanın, makul ve dürüst bir mirasbırakanın yapacağı gibi, irade beyanının meydana geldiği yer ve zamanda bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları da dikkate alarak, söz konusu irade beyanını dürüstlük kurallarına göre yorumlayarak karar verecektir⁹³.

Son olarak, miras sözleşmesinin yorumunda, sözleşmenin yapıldığı zamanın koşulları dikkate alınmalı ve daha sonra oluşan statü ve koşullar tarafların amaçlarına uymuyorsa bunlar yorumda dikkate alınmamalıdır⁹⁴.

⁸⁹ FAHRLAENDER, s. 45, BAYGIN, s. 573 vd.

⁹⁰ BGE 101 II 31; 98 II 73.

⁹¹ FAHRLAENDER, s. 46. DRUEY, §12, Rn.12.

⁹² VON TUHR, A./PETER, H., s. 287

⁹³ VON TUHR./PETER; s. 288.

⁹⁴ DEMİR, s. 1171.

SONUÇ

Vasiyetnamelerin yorumunda uygulanacak kural irade prensibidir. Bu çerçevede, yorum konusunda esas olan, vasiyetnamenin veya miras sözleşmesinin metni ve sözüdür. Vasiyetçinin son arzu ve emirleri ancak buradan anlaşılabilir. Vasiyetnameler, tek taraflı, varması gerekli olmayan irade beyanı ile yapılan ölüme bağlı tasarruflar oldukları için korunması gereken bir beyan muhatabı yoktur. Bu sebeple yorumla bulunması gereken vasiyetçinin açık olmayan iradesinin ne anlama geldiğidir, yoksa muhatap olmadığı için onun açısından beyanın ne anlama geldiği araştırılmaz. Mirasbırakanın beyanı, bu beyana dürüstlük kuralı (TMK m.2) çerçevesinde karşı tarafın vermesi gereken anlam değil, doğrudan doğruya söz konusu beyanın arkasında yer alan ve bu beyanla ifade edilmek istenen gerçek irade araştırılarak yorumlanır. Vasiyetnamenin metni yoruma yeterli olmazsa, bunun yanında yardımcı olarak, dış etki ve olaylara, mesela mirasbırakanın yazılı notlarına, mektuplarına, hısımlık ve dostluk ilişkilerine de bakmak gerekebilir. Vasiyetname dışındaki delillerin, gerek bulunduğu taktirde göz önüne alınmasını İsviçre doktrini ve içtihatları da kabul etmiştir. Hemen ifade edelim ki, vasiyetname dışındaki olgular ancak vasiyetnamenin yorumuna yararlar; fakat vasiyetnamede yazılı olmayan bir hususun vasiyetnameye eklenmesine hizmet edemezler.

Hem Alman hem de İsviçre Hukukunda, ölüme bağlı tasarrufların yorumunda, açıklık teorisinin geçerli olmaması gerektiği öğretide genel olarak kabul görmektedir. Nitekim çok açık gözükken ifadelerin bile aslında yorumlanmaya ihtiyacı vardır ve bir ifadenin açık nitelikte olup olmadığını tespit etmek de bir tür yorum faaliyetidir. Türk Hukukunda da ima teorisi ise genel olarak, mirasbırakanın iradesinin ancak vasiyetname metninde şekil koşullarına uygun olarak ima edilmişse, bu ima (dayanak, bağlantı noktası) dikkate alınarak iradeyi açıklamaya yönelik yorum yapılabileceği şeklinde tanımlanmaktadır

Miras sözleşmeleri iki taraflı hukuki işlemlerdir. Dolayısıyla da iradenin yöneldiği bir kişi vardır. Böyle olunca da, artık miras sözleşmelerinde yorumun irade prensibine göre değil de, TMK.m.2'den kaynaklanan güven prensibine göre yapılması gerekir. Buna göre, yorum yapılırken tarafların iradesinin ne olduğu değil de, *karşı tarafın içinde bulunulan hal ve şartlara göre yapılan beyana ne anlam vermesi gerektiği araştırılır*. Bu bakımdan, vasiyetnamenin yorumlanmasına ilişkin kurallar, ancak güvene göre yorumu ihlal etmedikleri ölçüde miras sözleşmesinin yorumlanmasında da uygulanırlar.

KAYNAKÇA

- AKSOY DURSUN, Sanem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Dair Bazı Düşünceler”, **İÜHF**, C.LXVI, S.2, 2008, s.311-326.
- ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM; İpek: **Miras Hukuku**, İstanbul, Legal Kitabevi, 2015.
- BAYGIN, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, **AÜEHFD**, C.IV, S.1-2 (2000), s.567-594.
- BREITSCHMID, Peter: “**Testament und Erbvertrag – Formprobleme**”, Peter Bereitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages In praeteritum non vivitur, 2014, s.278-294.
- DEMİR, Şamil: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, **TAAD**, Y.4, S.14 (Temmuz 2013), s.1151-1173.
- DRUEY, Jean N: **Grundriss des Erbrechts**, 3.Auflage,, Stämpfli Verlag, Bern, 1992.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: **Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- EREN/YÜCER AKTÜRK; **Türk Miras Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: **Vasiyetnamenin Yorumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ESCHER, Arnold: **Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band III, das Erbrecht Dritte Auflage, Stämpfli Verlag, Zürich, 1960.
- FAHRLÄNDER, Karl: **Die außenstehende Tatsache in der Bundesgerichtlichen Praxis zur Testamentauslegung**, Diss., Bern, 1948.
- FANKHAUSER, Roland: “Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 14.7./1.9.2005, Etat Du Valais Et Commune De Nendaz C. Eglise Nationale Protestante De Genève, Zivilrechtliche Berufung (5C.29/2005, BGE 131 III 601)”, **AJP** 2006, s.749-754.
- GLAUS, Hannes, Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament, Zurich 1982.
- HATEMİ, Hüseyin: **Miras Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: **Erbrecht**, Dike Verlag, Zurich/ St. Gallen, 2011.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie/BOSSHARDT; Martina: “Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014 im Bereich Erbrecht”, **AJP** 2015, s.506-509.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: **Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İzmir, 2012.
- KAHRAMAN, Zafer: “Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Sonradan Üçüncü Bir Vasiyetname İle Geri Alınması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2 Yıl 2015**, s.945-964.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: **Miras Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Miras Hukuku**, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- KÖSSINGER, Winfried: **Handbuch der Testamentsgestaltung**, Begründet von: Heinrich Nieder, Bearbeitet von: Reinhard Kössinger/Winfried Kössinger, 5. Auflage, 2015.
- LEIPOLD, Dieter: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 10 Erbrecht §§1922-2385, §§27-35 BeurkG, 7. Auflage, 2017.
- LITZENBURGER, Wolfgang: **Beck'sche Online Kommentar**, Herausgegeben von Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth/Wofgang Hau/Roman Poseck, 44. Edition, Stand:01.11.2017, München 2017.
- LORITZ, Karl G: **Soergel BGB Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Erbrecht 2, §§ 2064-2273, §§ 1-35 BeurkG, Stand:Winter 2002/2003.
- LÖHNING, Martin: **Erbrecht**, 2. Auflage, Vahlen Verlag, 2010.
- LÜBTOW, Ulrich: **Erbrecht**, 1.Halbband, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1971
- MANSEL, Heinz Peter: **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, Herausgeber:Othmar Jauerning, 16. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2015.

- OĞUZMAN, Kemal: **Miras Hukuku**, gözden geçirilmiş 6. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- OLZEN, Dirk: **Erbrecht**, 2. neu bearbeitete Auflage, Gruyter Verlag, Berlin, 2005.
- ÖNCÜ, Özge: “Vasiyetnamelerin Yorumunda İma Teorisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 2, 2018, s.307-374.
- ÖZDOĞAN DALCI, Nurcihan: “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, **İNÜHFD** Cilt:8 Sayı:1 Yıl 2017, s.33-52.
- ÖZTAN, Bilge: **Miras Hukuku** (Tablolar ve Örneklerle), Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- PICENONI, Vito: **Die Auslegung von Testament und Erbvertrag**, Diss., Zürich, 1955.
- PIOTET, Paul: **Schweizerische Privatrecht**, Band IV/1, Erbrecht erster Halbband, Basel und Stuttgart, Helbing Lichtenhahn Verlag 1978 (PIOTET, 1978).
- PIOTET, Paul: **Traité de Droit Privé Suisse**, Tome IV, Droit Successoral, 2ième édition, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg 1988 (PIOTET, 1988).
- RASELLI, Niccolo: “Erklärter oder wirklicher Wille des Erblassers?”, **AJP** 1999, s. 1262-1266.
- SCHERER, Inge: “Die Auslegung von Willenserklärungen „klaren und eindeutigen Wortlauts -BGH- Urt.v. 8.12.1982- IV a ZR94/81”, **Jura** 1988, Heft:6, s. 296-310.
- SEILER, Benedikt: **Die Erbrechtliche Ungültigkeit: unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht**, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: **Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- SEROZAN, Rona: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumuna Değişik Bir Yaklaşım”, **Halit Kemal Elbir’e Armağan**, İstanbul, 1996, s.425-437.

STEINAUER, Paul Henri: **Le droit des successions**, Stämpfli Editions, Berne 2006.

ŞENER, Esat: **Vasiyet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995.

WEIDLICH, Dietmar: **Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch, 70.**, neubearbeitete Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2011.

WIEGAND, Wolfgang: **Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR**, 5. Auflage, Herausgeber: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basel, 2011.

VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979/1984.

SİNGAPUR KONVANSİYONU: ARABULUCULUK ANLAŞMALARININ NEW YORK KONVANSİYONU

Mustafa Alper ENER*

ÖZ

Arbuluculuk, uyuşmazlığın taraflarının talebiyle çözüm süreci ve sonuç üzerinde kontrolün taraflarda olduğu, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin veya kişilerin yardımıyla uyuşmazlığın çözülmeye çalışıldığı bir yöntemdir. Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olarak arbuluculuğun kullanımı artmaktadır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, verimli ve devletler arasında birbirine uyumu sağlayacak çok taraflı düzenleme bulunmamasını, ticari uyuşmazlıkların çözümünde arbuluculuğun alternatif ve etkin bir yöntem olmasını dikkate alarak, sınır-aşan arbuluculuktan doğan çözüm anlaşmalarının tanınması ve tenfizi amacıyla uluslararası bir çerçeve oluşturmak için çalışmalar yapmıştır. Bu çalışmalar neticesinde Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon 20 Aralık 2018 tarihinde BM Genel Kurulu'nda alınan kararla kabul edilmiştir. Bu çalışmamızda BM'de kabul edilen hali ile 7 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da imzaya açılan, BM Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon'un hazırlık aşamaları, kapsamı ve getirdiği düzenlemeler hakkında bilgi verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: UNCITRAL, Singapur Konvansiyonu, New York Konvansiyonu, Arbuluculuk, Tenfiz.

THE SINGAPORE CONVENTION: NEW YORK CONVENTION OF MEDIATED SETTLEMENT AGREEMENTS

ABSTRACT

Mediation is a method for settling commercial disputes in which parties of the dispute have the control over the settlement process and its result, request an impartial and independent third person or persons to guide them to settle their disputes amicably. As an alternative dispute resolution method, the usage of mediation is increasing for settling international and domestic commercial disputes. The United Nations Commission on International Trade Law commenced working to create an international framework on recognition and enforcement of international settlement agreements resulting from mediation for establishing an efficient legal framework which creates harmony on cross-border enforcement and considering that mediation is

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
e-posta: mustafa.ener@hbv.edu.tr.
ORCID: 0000-0002-7575-6879
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.637923

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/09/2019

an alternative and effective way of amicably settling commercial disputes. As a result of these efforts, UN General Assembly adopted the UN Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation on 20 December 2018, which is open for signature on 7 August 2019 in Singapore. In this paper, we examine and introduce the Convention's preparatory work, scope and provisions as adopted by the UN.

Key Words: *UNCITRAL, Singapore Convention, New York Convention, Mediation, Enforcement.*

GİRİŞ

Arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarının talebiyle çözüm süreci ve sonuç üzerinde kontrolün taraflarda olduğu, tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin veya kişilerin yardımıyla uyuşmazlığın çözülmeye çalışıldığı bir yöntemdir.¹ Günümüzde alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olarak arabuluculuğun kullanımı artmaktadır. Tahkime alternatif olarak pek çok tahkim merkezi arabuluculuk kuralları ihdas etmiştir ya da bu amaçla hazırlık yapmaktadır.² Birleşmiş Milletler (“BM” “UN”) Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law*, “UNCITRAL” “Komisyon”) sınır-aşan arabuluculuktan doğan çözüm anlaşmalarının tanınması ve tenfizi amacıyla,³ verimli ve devletler arasında birbirine

¹ BORN, s. 3. ÖZBEK, s. 491-492. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 764. AZAKLI ARSLAN, s. 27. United Nations, Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, New York, 2004, s. 10. Uygulamada tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde; uzlaştırma (*conciliation*), arabuluculuk (*mediation*), bağımsız değerlendirme (*neutral evaluation*), kısa-duruşma (*mini-trial*) ve diğer benzer şekillerde isimlendirilmesi dikkate alınarak yapılan model kanun çalışmasında, tarafsız üçüncü bir kişiden destek alınan bütün dostane çözüm yöntemlerini kapsayacak şekilde uzlaştırma kavramı geniş anlamda kullanılmıştır.

² Örneğin; AAA Ticari Tahkim Kuralları ve Arabuluculuk Usulleri (*American Arbitration Association Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*, 1 Ekim 2013 tarihinde güncellenmiştir), AIAC Arabuluculuk Kuralları (*Asian International Arbitration Centre Mediation Rules*, 9 Mart 2018), ICC Arabuluculuk Kuralları (*International Chamber of Commerce Mediation Rules*, 1 Ocak 2014), ICSID Kuralları Değişiklik Teklifi Ek E: (Ek Tesis) Arabuluculuk Kuralları (*International Center for Settlement of Investment Disputes Proposal for Amendment of the ICSID Rules, Annex E: (Additional Facility) Mediation Rules*), İSTAC Arabuluculuk Kuralları (*İstanbul Arbitration Centre Mediation Rules*, 26 Ekim 2015), LCIA Arabuluculuk Kuralları (*London Court of International Arbitration Mediation Rules*, 1 Temmuz 2012), WIPO Arabuluculuk Kuralları (*World Intellectual Property Organization Mediation Rules*, 1 Ocak 2016).

³ Arabuluculuk sonucunda karara bağlanan çözüm anlaşmalarının sınır-aşan şekilde tanınması ve tenfizinde yaşanan zorluklar nedeniyle bazı çözüm yolları geliştirilmiştir. Örneğin, SIAC (*Singapore International Arbitration Centre*) ve SIMC (*Singapore International Mediation*

uyumu sağlayacak herhangi bir çok taraflı düzenleme bulunmamasını, ticari uyumsuzlukların çözümünde arabuluculuğun alternatif ve etkin bir yöntem olmasını dikkate alarak bu konuda uluslararası bir çerçeve oluşturmak için çalışmalar yapmıştır. Bu çalışmalar neticesinde, New York Konvansiyonu gibi başarılı olması temenni edilerek,⁴ BM Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon⁵ (*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, “Konvansiyon” “Singapur Konvansiyonu”) 20 Aralık 2018 tarihinde BM

Centre) 2015 yılında hazırladıkları model kloz (*Arb-Med-Arb Clause*) tahkim ve arabuluculuğun içiçe kullanılmasını sağlamaktaydı. Bu model kloz, taraflar arasındaki uyumsuzluğun tahkim yoluyla (SIAC) çözüleceğini, uyumsuzluk üzerine tahkimin başlatılmasının ardından tarafların iyi niyetli olarak uyumsuzluklarının çözümünü arabuluculuk yoluyla (SIMC) çözmeye çalışacaklarını, burada bir çözüme varılması durumunda çözüm anlaşmasının tahkim heyetinin önüne getirilip üzerinde anlaşılan hükümlerin tahkim kararı (rızaî karar – *consent award*) şeklinde verilmesini öngörmektedir. Bu sayede kararın New York Konvansiyonu vasıtasıyla 159 ülkede tanınması ve tenfizinin önünün açılması sağlanmaktadır. Singapore International Arbitration Centre, The Singapore Arb-Med-Arb Clause, (<http://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause>, erişim; 05.07.2019). Singapore International Mediation Centre, SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol, (<http://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf>, erişim; 05.07.2019).

⁴ UN, Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, s. 27, (<https://undocs.org/en/A/73/17>, erişim; 06.07.2019).

⁵ *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* çevirisini yaparken “*settlement agreement*” kavramını “çözüm anlaşması” veya “uzlaşma anlaşması” şeklinde çevirmeyi düşündük. Sonuç olarak “çözüm anlaşması”ni tercih etmemizin nedeni Konvansiyonun sadece arabuluculuk veya uzlaşma sonucunda varılan anlaşmaların değil, 1 numaralı dipnotta da belirttiğimiz gibi ne şekilde ifade edilirse edilsin tarafların uyumsuzluğun taraflarına çözüm dayatma yetkisi olmayan üçüncü bir kişi veya kişiler tarafından dostane bir çözüme ulaşma girişimlerine yardımcı olduğu bir yöntem sonucunda verilen anlaşmaların hepsini kapsamaktır. Bu kavramı, Erdoğan “anlaşma belgesi”; benzer bir konvansiyon taslağı olan “*Convention on Cross-Border Enforcement of International Mediated Settlement Agreements*” çevirisinde Öztürk/Yarar “uzlaşma sözleşmesi” şeklinde kullanmıştır. ERDOĞAN, s. 189. ÖZTÜRK/YARAR, s. 639-652.

7/6/2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (“HUAK”) m. 18’de ise arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması durumunda imzalanan belge “anlaşma belgesi” olarak ifade edilmiştir. Türk hukukuna göre bu anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir. Taraflar dava açılmadan önce arabuluculuğa gitmişlerse bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edebilecektir. Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulması durumunda ise, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilecektir. Anlaşma belgesi, taraflar ve bunların avukatları ile arabulucunun birlikte imzalamaları durumunda icra edilebilirlik şerhine gerek olmaksızın ilam niteliğinde belge olarak kabul edilmektedir (HUAK m. 18).

Genel Kurulu'nda alınan kararlar⁶ kabul edilmiştir. Singapur Arabuluculuk Konvansiyonu ismiyle de anılan bu Konvansiyon, 7 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da düzenlenen seremoniyle imzaya açılmıştır. Konvansiyonu şu ana kadar 46 devlet imzalamıştır.⁷ Bu Konvansiyonun kabul edilmesinde altmış yılını geride bırakan, 1958 yılında kabul edilen New York Konvansiyonu olarak da bilinen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konvansiyon elde ettiği başarı nedeniyle önemli yer tutmaktadır. New York Konvansiyonu 159 taraf devlet ile dünya çapında en yaygın olarak kabul edilen anlaşmalardan birisidir.⁸ Singapur Konvansiyonu hazırlık çalışmalarında ve kabul edilen metninde New York Konvansiyonu'nun etkisi görülmektedir.⁹ Hatta Konvansiyonun bazı maddeleri New York Konvansiyonu'nun yansımaları şeklinde kaleme alınmıştır.

Bu çalışmamızda BM'de kabul edilen hali ile Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyonun hazırlık aşamaları, kapsamı ve getirdiği düzenlemeler hakkında bilgi verilmektedir.

I. Singapur Konvansiyonu'nun Tarihçesi

UNCITRAL, arabuluculuk ve uzlaştırma konusunda 1980 yılında UNCITRAL Uzlaştırma Kuralları (UNCITRAL *Conciliation Rules*)¹⁰ ve 2002 yılında Milletlerarası Ticari Uzlaştırmaya Dair Model Kanun (*Model Law on International Commercial Conciliation*)¹¹, 2018 yılında bunun güncellenmiş

⁶ UN, Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018, 73rd Session, A/RES/73/198, New York, 2019, (<https://undocs.org/en/A/RES/73/198>, erişim; 06.07.2019). UNCITRAL tarafından 25 Haziran 2018'de kabul edilmiştir. UN, Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, s. 8.

⁷ Türkiye Cumhuriyeti de 7 Ağustos tarihinde Singapur Konvansiyonu'nu imzalayan devletler arasında yer almaktadır. (https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en, erişim;12.09.2019).

⁸ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konvansiyonu Statüsü, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, erişim; 27.06.2019).

⁹ UN, Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, s. 6-7.

¹⁰ UNCITRAL, Conciliation Rules, 1980, (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf>, erişim; 30.06.2019).

¹¹ 33 devlette bu model kanun temel alınarak veya bundan esinlenerek düzenleme yapılmıştır. UNCITRAL, Status Model Law on International Commercial Conciliation, 2002, (https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status, erişim; 30.06.2019).

hali olan UNCITRAL Milletlerarası Ticari¹² Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Varılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Model Kanun (UNCITRAL *Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, “Model Kanun”)¹³ gibi devletlerin yararlanması ve milletlerarası ticaret alanında alternatif uyuşmazlık çözümlerinin teşvik edilmesi ve geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmaktadır. Şimdiye kadar bu alanda yapılan çalışmalar bağlayıcı olmayan nitelikte, *soft law*’dur. Bunların tamamlayıcısı olması amacıyla 2014 yılında UNCITRAL 2. Çalışma Grubu (Tahkim ve Uzlaştırma / Uyuşmazlık Çözümü), 2015 yılı içerisinde 62. oturumda uzlaştırmadan kaynaklanan uluslararası çözüm anlaşmalarının tenfizi konusunun görüşülmesini kararlaştırmışlardır. Ayrıca 2. Çalışma Grubu’nun Komisyon’a, bu konuda yapacağı çalışmanın uygulanabilirliği ve hangi şekilde yapılabileceğini sunması konusunda anlaşmışlardır. Bu oturumda, yapılan çalışmalarda bazı devletlerin çözüm anlaşmalarının icrası için özel düzenlemelerinin bulunmadığı ve sözleşme hukukunun uygulandığı tespiti açıklanmıştır. Bu konuda özel düzenlemelerin olduğu devletlerde ise çözüm anlaşmalarının

¹² Burada ticari kavramı geniş anlamda yorumlanarak ticari vasfa sahip bütün ilişkileri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bu anlamda örnek olarak: temin veya mal veya hizmet değişimi için yapılan ticari işlemler; faktoring; leasing; inşaat işleri; danışmanlık; mühendislik; lisans verme; yatırım; finanse etme; bankacılık; sigorta; imtiyaz veya kaynak işletme, joint venture ve diğer şekillerde kurulan endüstriyel ve iş işbirlikleri; hava, kara, deniz ve demiryoluyla yapılan yolcu ve mal taşıma işlemleri verilebilir.

¹³ UNCITRAL, *Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, 2018, (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf, erişim; 30.06.2019). Bu Model Kanunda (A/73/17, Ek II) yer alan yol gösterici ilkeler ile çalışmamızda incelediğimiz Konvansiyonun (A/73/17, Ek I) birbiri ile uyum sağlayacak şekilde olması sağlanmıştır. Model Kanunda yer alan başlıklar şu şekildedir: Genel hükümler (kanunun uygulama alanı ve tanımlar, kanunun yorumlanması), uluslararası ticari arabuluculuk (bu bölümün uygulama alanı ve tanımlar, anlaşma ile yapılabilecek değişiklikler, arabuluculuk sürecinin başlatılması, arabulucuların sayısı ve atanması, arabuluculuğun yürütülmesi, arabulucu ile taraflar arasında iletişim kurulması, elde edilen bilgilerin açıklanması, gizlilik, delillerin diğer yargılamalarda kullanılması, arabuluculuk süresinin sona erdirilmesi, arabulucunun hakem olarak hareket etmesi, tahkime veya kazai yargılamaya başvurulması, çözüm anlaşmalarının bağlayıcı ve icrai niteliği), uluslararası çözüm anlaşmaları (bu bölümün uygulama alanı ve tanımlar, genel ilkeler, çözüm anlaşmalarının tenfiz edilebilmesi için gereken koşullar, çözüm anlaşmalarının tenfizinin reddi nedenleri, paralel başvuru yapılması veya dava açılması). Devletler, arabuluculuk sonucunda varılan uluslararası çözüm anlaşmalarına ilişkin gerekli milli düzenlemeleri hazırlarken Konvansiyon ile uyumlu şekilde hazırlanmış olan UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Varılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Model Kanun’dan yararlanabileceklerdir. UN, Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, s. 9.

mahkeme tarafından onaylanması ile mahkeme kararı olarak; arabulucu veya taraflarca imzalanması ve tarafların anlaşmada anlaşmanın basit usulde icrasını belirtmesi halinde ya mahkemece kayıt altına alınması ya notere onaylatılmasıyla ya da tahkim heyeti oluşturularak tarafların çözüm anlaşmasının karar altına alması durumunda icra edildiği tespit edilmiştir.¹⁴

Çözüm anlaşmalarının tenfizi hususunda 2. Çalışma Grubu'nun hazırlık yapması, sorunlu alanları tespit etmesi ve bu sorunların çözümü için bir konvansiyon, model hükümler veya rehber metinler hazırlamasına karar verilmiştir.¹⁵

Bu çalışmalar sırasında, arabuluculuğun devlet kurumları ve mahkemelerin yanı sıra toplum ve piyasa tarafından teşvik ve tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmaya başladığı, arabuluculuk anlaşmalarının tenfizi konusunda milli ve hukuki çerçevelerin geliştirildiği ve devletler arasında uyumlu bir tenfiz yöntemin geliştirilmesinin tam zamanı olduğu, arabuluculuğun esnek yapısına zarar verilmemesi gerektiği, çözüm anlaşmalarının tenfizinin ülkelere göre farklı usullerde ve milli hukukta yer alan düzenlemelere göre yapıldığı da dikkate alınarak uygun bir yöntem belirlenmesi gerektiği önemli noktalar olarak ön plana çıkmıştır. Sonuç olarak New York Konvansiyonu 3. maddeye benzer şekilde, çözüm anlaşmalarının, taraf devletlerin kendi usul kuralları uyarınca ve Konvansiyon'da belirtilen şartları taşıması durumunda, tanınmasının ve tenfizinin gerçekleştireceği düzenlenmiştir.¹⁶

¹⁴ UNCITRAL, Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its 62nd Session (New York, 2-6 February 2015), 48th Session, A/CN.9/832, Vienna, 2015, s. 9-10, (<https://undocs.org/en/A/CN.9/832>, erişim; 06.07.2019).

¹⁵ UN, Report of the UNCITRAL, 48th Session, A/70/17, Vienna, 2015, s. 24, (<https://undocs.org/en/A/70/17>, erişim; 06.07.2019).

¹⁶ Konvansiyonun tarafları, kendi usul kurallarına uygun olarak ve bu Konvansiyonda belirtilen koşullara göre, çözüm anlaşmalarını tenfiz edecektir (Konvansiyon m. 3/1). Bunun yanı sıra, ileri sürülen bir uyuşmazlığın tarafı, bu uyuşmazlığın arabuluculuk sonucunda yapılan çözüm anlaşması ile çözüme kavuşturulduğunu delillendirmek isterse, bu iddiasını kanıtlamak amacıyla dayandığı çözüm anlaşmasını kullanabilmesi de Konvansiyonda belirlenen genel prensipler başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan birinin bir uyuşmazlığın, çözüm anlaşmasıyla önceden karara bağlanmış olan bir konudan doğduğunu ileri sürmesi halinde, Konvansiyona taraf devletler kendi usul kurallarınca ve Konvansiyonda belirtilen koşullara uygun olması durumunda, konunun çözüm anlaşması ile çözüldüğünü iddia eden tarafın, bu çözüm anlaşmasını iddiasını kanıtlamak için kullanmasına imkân verecektir (Konvansiyon m. 3/2). Bu hüküm ile çözüm anlaşmalarının tanınması imkânı sağlanmaktadır. Konvansiyona taraf devletin yetkili makamı, çözüm anlaşmalarının tanınması usulüne göre ve Konvansiyonda yer alan şartları taşıması halinde, çözüm anlaşmasının tanınmasını ve

Türk hukukunda arabuluculuktan doğan çözüm anlaşmalarının tenfizinde ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Arabuluculuk sonucunda karara bağlanan çözüm anlaşmalarının sınır-aşan şekilde tanınması ve tenfizinde yaşanan zorlukların bazı yöntemlerle aşıldığından bahsetmiştik.¹⁷ Bu yöntemlerin kullanılması sonucunda çözüm anlaşmasının bir mahkeme tarafından onaylanması veya icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi ve mahkeme önünde karara bağlanması durumunda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁸ (“MÖHUK”) kapsamında yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi usullerine tabi olacaktır.¹⁹ Bu durum zaten Konvansiyon m. 1/3’e göre kapsam dışında bırakılmıştır. Benzer durum çözüm anlaşmasının tahkim mahkemesi vasıtasıyla hakem kararına bağlanmasında da mevcuttur. Hakem kararı olarak icra edilebilen kararlar da kapsam dışında tutulmuştur. Hakem kararı şeklindeki çözüm anlaşmalarının tanınması ve tenfizi, New York Konvansiyonuna taraf devletlerde verilen ve Türk hukukuna göre ticari nitelikte olan uyuşmazlıklar hakkında verilen bir hakem kararı ise New York Konvansiyonuna göre gerçekleştirilecek, diğer durumlarda ise MÖHUK’ta yer alan usule tabi olacaktır.²⁰

Kapsamagiren çözüm anlaşmalarının Konvansiyona dayanılarak doğrudan kullanılmak istenmesi durumunda nasıl tenfiz edileceği ise Konvansiyonda düzenlenmemektedir. Konvansiyon m. 3/1 çözüm anlaşmalarının tarafların kendi usul kurallarına uygun olarak ve Konvansiyonda belirtilen koşullara göre tenfiz edileceğini belirtmiştir. Bu konuda Türk hukukunda bir düzenleme bulunmaması nedeniyle tenfize yetkili makamın ve çözüm anlaşmalarının tenfizi usulünün belirlenmesi gerekmektedir.

Konvansiyon hazırlanırken, arabuluculuğun ticari uyuşmazlıkların çözümünde, taraflar arasında doğan uyuşmazlıkların dostane çözümü girişimlerinin bir üçüncü kişinin veya kişilerin desteğinin alındığı bir yöntem olduğu ve bunun ticari uyuşmazlıklarda uluslararası değeri dikkate alınmıştır. Arabuluculuğun milletlerarası ve milli ticari uygulamalarda devlet yargısına bir alternatif olarak kullanımının giderek arttığı belirtilmiştir. Arabuluculuğun kullanılmasının, uyuşmazlığın ticari ilişkilerin sona ermesine götüren sebepleri

delil olarak kullanılmasını sağlayacaktır.

¹⁷ Bkz. dipnot 3.

¹⁸ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, R. G. Tarih: 12/12/2007, Sayı: 26728.

¹⁹ DOĞAN, s. 105 vd. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 482 vd.

²⁰ DOĞAN, s. 140-145. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 652-655. AKINCI, s. 320 vd. ÇELİKEL/ERDEM, s. 780 vd.

azalttığı, ticari tarafların uluslararası işlemlerinin idaresini kolaylaştırdığı ve devletlerin yargı sisteminde tasarruf sağlaması gibi çok önemli kazanımlar sağladığına vurgu yapılmıştır. Farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sistemlere sahip devletler tarafından kabul edilebilir olan arabuluculuktan doğan uluslararası çözüm anlaşmaları hakkında, çerçevenin oluşturulması ve uluslararası ekonomik ilişkilerin uyumlu bir şekilde gelişmesine katkı sağlanması amaçlanmıştır.²¹

II. Konvansiyon'un Kapsamı

Konvansiyon, arabuluculuktan doğan ve taraflarca yazılı olarak²² bir ticari uyuşmazlığın çözümü için varılan anlaşmaya “çözüm anlaşması”, anlaşmanın karara bağlanması anında yabancılık unsuru (uluslararası nitelik) içermesi halinde uygulanacaktır.²³ Bu anlamda yabancılık unsuru tespit edilirken; çözüm anlaşmasının en az iki tarafının işyerlerinin farklı devletlerde olması veya çözüm anlaşmasının taraflarının işyerlerinin bulunduğu devletin, çözüm anlaşması kapsamındaki yükümlülüklerin önemli bir kısmının ifa edildiği devletten ya da çözüm anlaşmasının konusunun en sıkı ilişkili olduğu devletten farklı olması gerekmektedir (Konvansiyon m. 1/1). Taraflardan biri eğer birden fazla işyerine sahipse, ilgili işyeri çözüm anlaşmasıyla çözüme kavuşturulan uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili olan işyeri olacaktır. Bu işyerinin belirlenmesinde tarafların çözüm anlaşmasını karara bağladıkları sırada taraflarca bilinen veya bilinebilir durumlar göz önüne alınacaktır. Çözüm anlaşmasında taraflardan

²¹ BM Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon'un önsözünde bu amaçlar vurgulanmaktadır.

²² Çözüm anlaşması, herhangi bir şekilde içeriğinin kaydedilmesi durumunda “yazılı yapılmış” sayılmaktadır. Çözüm anlaşmasının yazılı olması koşulu, elektronik iletişim ile yapılması halinde içerdiği bilgilerin ulaşılabilir olması yani daha sonra bu anlaşmaya atıf yapılması durumunda kullanılabilir olması halinde gerçekleşmiş sayılmaktadır (Konvansiyon m. 2/2).

²³ Çözüm anlaşmalarının Konvansiyon kapsamında tenfizi ve taraflardan birinin bir uyuşmazlığın çözüm anlaşmasıyla önceden karara bağlanmış olan bir konudan doğduğunu ileri sürmesi durumunda, bu çözüm anlaşmasını iddiasını kanıtlamak için kullanılması imkânı verilmektedir. Çalışmamızda “**çözüm anlaşmasının kullanılması**” kavramından çözüm anlaşmalarının tenfizi ve çözüm anlaşmalarının önceden karara bağlanmış olduğunun ileri sürmesi imkânları anlaşılmalıdır.

Benzer şekilde “**tenfiz**” kavramının kullanıldığı yerler uygun düştüğü ölçüde Konvansiyon kapsamında çözüm anlaşmasının hem tenfizi hem de tanınması şeklinde anlaşılmalıdır. Kullanma (*granting relief, seeking relief*) kavramının tanımlar maddesi altında açıklanması UNCITRAL'de tartışılmıştır ancak gereksiz olduğuna karar verilerek taslakten çıkarılmıştır. UN, Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, s. 5.

birinin işyeri yoksa, Konvansiyon kapsamında işyerine yapılan atıflar, işyeri olmayan tarafın mutad meskenine yapılmış sayılacaktır (Konvansiyon m. 2/1).

Bu Konvansiyon taraflardan birinin tüketici olarak, diğer bir anlatımla kişisel, ailevi veya ev ihtiyaçları için yapmış olduğu işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümü sonucunda verilen ve aile, miras ve iş hukukuna ilişkin çözüm anlaşmalarında uygulanmayacaktır (Konvansiyon m. 1/2).

Konvansiyon, çözüm anlaşmalarının bir mahkeme tarafından onaylanması ve mahkeme önüne gelen bir dava sırasında karara bağlanması ve o mahkemenin bağlı olduğu devlette mahkeme kararı olarak icra edilebilmesi durumunda uygulanmayacaktır. Ayrıca tahkim kararı olarak kaydedilen ve icra edilebilen çözüm anlaşmaları da, aynı şekilde Konvansiyon kapsamına girmemektedir (Konvansiyon m. 1/3).

Konvansiyon arabuluculuk kavramını, diğer benzer dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerini de kapsayacak şekilde ele almaktadır. Dostane çözüm amacıyla gerçekleştirilen yöntemin açıkça arabuluculuk şeklinde ifade edilip edilmediğine veya çözümün arabuluculuğa dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, uyuşmazlığın taraflarına çözüm dayatma yetkisi olmayan üçüncü kişi veya kişilerin uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla yapılan girişime yardımcı olduğu bir yöntem olarak tanımlanmaktadır. Taraflara uyuşmazlık çözümünde destek olan üçüncü kişi veya kişiler ise, arabulucu olarak nitelendirilmektedir (Konvansiyon m. 2/3). Konvansiyonda yer alan kapsayıcı tanım daha önce yapılan BM çalışmalarında uzlaştırma ve arabuluculuk kavramlarının geniş anlamda birbirinin yerine kullanılabildiği görüşü ile de uyumlu gözükmektedir.²⁴

Zaman bakımından Konvansiyonun hangi çözüm anlaşmalarına uygulanacağı konusunda ilgili Konvansiyona taraf devlet için, Konvansiyonun yürürlüğe girmesinden sonra karara bağlanmış olan çözüm anlaşmalarına uygulanacağı belirtilmektedir (Konvansiyon m. 9).

Konvansiyonda devletler dışında bölgesel ekonomik birlik organizasyonlarının (“Organizasyon”) da katılımına olanak sağlanmıştır. Bağımsız devletler tarafından kurulmuş ve Konvansiyonda düzenlenen konular hakkında karar alma yetkisi olan bölgesel ekonomik birlik organizasyonları

²⁴ Benzer bir kullanım, UNCITRAL Milletlerarası Ticari Uzlaştırma konusunda Model Kanun (*Model Law on International Commercial Conciliation*) m. 1(3)’te de görülmektedir. UN, Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, United Nations Publication, New York, 2004.

da, devletler gibi Konvansiyonu imzalayabilir, onaylayabilir, kabul edebilir, onaylanmasını uygun bulabilir veya bu Konvansiyona katılabilir. Bu durumda bölgesel ekonomik birlik organizasyonu Konvansiyonda düzenlenen konularda karar alma yetkisinin olduğu ölçüde, Konvansiyona taraf olan devletlerin haklarına ve yükümlülüklerine sahip olmaktadır²⁵ (Konvansiyon m. 12/1).

Konvansiyon metninde yer alan “Konvansiyona Taraf”, “Konvansiyonun Tarafları”, “Devlet” veya “Devletler” şeklindeki atıflarda, ilgili bağlama uygun düştüğü derecede bölgesel ekonomik birlik organizasyonları kapsayacak şekilde anlaşılacak ve onlara da uygulanacaktır.²⁶ Konvansiyon ile bir bölgesel ekonomik birlik organizasyonun kuralları arasında çıkabilecek uyumsuzluk durumu da, Konvansiyonda düzenlenmektedir. Organizasyonun kuralların kabul edilmesi veya yürürlüğe girmesi, Konvansiyondan önce veya sonra olmasına bakılmaksızın; çözüm anlaşmasının tenfiz edilmek istendiği devletin bu organizasyonun ve ilgili devletlerin tümünün bu organizasyonun tarafı olması durumunda Konvansiyon hükümleri esas alınmayacaktır. Çözüm anlaşmasının ilgili Organizasyonun üye devletleri arasında kararların tanınması veya tenfizi ilgili devletin tarafı olması durumunda da, Organizasyonun kuralları uygulanacaktır. Başka bir şekilde ifade etmemiz gerekirse, Organizasyona üye devletler ile üçüncü devletleri ilgilendiren Konvansiyon kapsamında bir çözüm anlaşması söz konusu ise, Konvansiyon hükümleri üstün tutulacaktır.

III. Arabuluculuk Sonucunda Varılan Çözüm Anlaşmalarının Tenfiz Edilebilmesi İçin Gereken Koşullar

BM Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon kapsamında arabuluculuk sonucunda varılan çözüm anlaşmasına dayanan tarafın, bunu kullanmak istediği Konvansiyon tarafı olan devletin yetkili makamına bazı belgeleri teslim etmesi gerekmektedir. UNCITRAL bu koşulları belirlerken, çözüm anlaşmasının arabuluculuk sonucunda verildiğinden gerekli olan formaliteler ile arabuluculuk yönteminin

²⁵ Bu hak ve yükümlülüklerin istisnası bu organizasyonların, Konvansiyonda değişiklik önerilerinin oylanmasında, Konvansiyona ve bölgesel ekonomik birlik organizasyonuna taraf olan devletlerin sayısına ek olarak Konvansiyon tarafı olarak sayılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bölgesel ekonomik birlik organizasyonlarının kendisine taraf olan devletlerden bağımsız olarak, ayrı bir oy kullanma hakkı bulunmamasıdır.

²⁶ Bu durum dikkate alınarak, çalışmamızda yer alan bu kavramların da uygun düştüğü ölçüde bölgesel ekonomik birlik organizasyonlarını içerek şekilde anlaşılması gerekmektedir.

esnek yapısını koruma arasında bir dengeyi gözetmeye çalışmıştır.²⁷ Tarafların imzaladıkları çözüm anlaşmasını ve çözüm anlaşmasının arabuluculuktan doğduğunu gösteren delilleri ibraz etmesi gerekmektedir. Konvansiyon çözüm anlaşmasının arabuluculuktan doğduğunu gösteren delilleri verilen örneklerle sınırlı olmamak kaydıyla saymıştır. Bu anlamda örneğin; üzerinde arabulucunun imzası yer alan çözüm anlaşması, arabuluculuk sürecinin gerçekleştirildiğini belgelendiren arabulucu tarafından imzalanmış bir belge, arabuluculuk eğer bir kuruluş tarafından gerçekleştirilmişse buradan verilen şahadet veya tasdikname belgesi, bu sayılan belgelerden hiçbirinin bulunmaması durumunda taraf devletin yetkili kurumu tarafından kabul edilebilen diğer kanıtlar da delil, olarak sunulabilmektedir (Konvansiyon m. 4/1).

Konvansiyonda iletişim ve belgelendirme alanındaki teknolojik gelişmeler de dikkate alınmıştır. Çözüm anlaşmasının taraflarca veya eğer böyle bir şart varsa, arabulucu tarafından imzalanmış olması koşulu, elektronik iletişim araçlarıyla yapılması durumunda da kabul edilmektedir. Arabuluculuk çözüm anlaşmasının elektronik iletişim yöntemiyle gerçekleşmiş sayılması için, bazı şartları taşıması gerekmektedir. Elektronik olarak mevcut olan çözüm anlaşmasında, anlaşmanın tarafları veya arabulucuyu belirlemenin mümkün olması ve bu elektronik iletişimde yer alan bilgilerde tarafların veya arabulucunun anlaşmaya varma niyetlerinin mevcut olması aranmaktadır. Ayrıca, elektronik iletişimde kullanılan yöntemin, çözüm anlaşmasıyla bağlantılı anlaşmalar dahil olmak üzere halin bütün şartları dikkate alındığında, elektronik iletişimin oluşturulması veya iletişime geçilmesi amacına uygun düşecek şekilde ve güvenilir olması halinde arabuluculuk çözüm anlaşmasının elektronik iletişim yöntemiyle gerçekleşmiş sayılmaktadır. Elektronik iletişim yönteminin tek başına veya diğer delillerle birlikte, yukarıda belirtildiği gibi tarafları veya arabulucunun belirlenebilmesi ve anlaşmaya varma niyetlerini gösterme fonksiyonlarını yerine getirmesi halinde de arabuluculuk çözüm anlaşmasının elektronik iletişim yöntemiyle gerçekleştiği kabul edilmektedir (Konvansiyon m. 4/2).

Çözüm anlaşmasını Konvansiyona taraf olan bir devlette tenfiz etmek isteyen taraflar, eğer çözüm anlaşması tenfiz istenen devletin resmi dilinde değilse, yetkili makamın çözüm anlaşmasının resmi dilde olmasını talep etmesi halinde çevirisini de eklemek zorundadır (Konvansiyon m. 4/3). Bu

²⁷ UN, Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, s. 6.

saydığımız belgeler dışında çözüm anlaşmasının tenfiz edilmesinin istendiği devletin yetkili makamı, Konvansiyondaki koşulların yerine getirildiğini teyit etmek amacıyla ilgili herhangi bir başka belgeyi de talep etme hakkına sahiptir. Yetkili makam çözüm anlaşmasının tenfizi talebini değerlendirirken, olabildiğince seri şekilde karar vermelidir.

Bazı durumlarda yetkili makam, tenfiz başvurusu üzerine karar vermeyi erteleme ve teminat talep etme yetkisine sahiptir. Bu durum aynı çözüm anlaşmasına ilişkin paralel (aynı sırada başka bir) başvuru yapılması veya dava açılması ihtimali dikkate alınarak düzenlenmiştir. Çözüm anlaşmasının tenfizini etkileyebilecek olan, ilgili çözüm anlaşmasına ilişkin bir mahkemeye, tahkim mahkemesine veya herhangi bir başka yetkili makama başvuru yapılmış veya dava açılmış olması durumunda, çözüm anlaşmasının tenfizinin istendiği yetkili makam, gerekli görmesi durumunda tenfiz kararının verilmesini erteleyebilmektedir. Yetkili makam ertelemeyle birlikte, taraflardan birinin talebi üzerine, diğer tarafın uygun bir teminat yatırmasına da karar verebilecektir (Konvansiyon m. 6).

Konvansiyon, tenfiz talep edilen devletin taraflara sağlayabileceği alternatif haklardan yararlanabilmesini engellemektedir. Bu anlamda, Konvansiyon ilgili taraflardan hiçbirini bir çözüm anlaşmasından, bunun tenfiz edilmek istendiği Konvansiyona taraf devletin kanunları ve taraf olduğu diğer anlaşmalar uyarınca sağlanan imkânlardan faydalanmasından mahrum bırakmamaktadır (Konvansiyon m. 7).

IV. Arabuluculuk Sonucunda Varılan Çözüm Anlaşmalarının Tenfizinin Reddi Sebepleri

Çözüm anlaşmasının kullanılmak istendiği Konvansiyon tarafı devletin yetkili makamı, çözüm anlaşmasının kullanılmasını (tenfizini veya tanınmasını) bazı durumlarda reddedebilmektedir. Tenfiz talebi, çözüm anlaşmasının kendisine karşı kullanılmak istenilen tarafın talebiyle veya yetkili makamın re'sen alacağı kararla reddedilebilmektedir.

Tenfiz talebinin çözüm anlaşmasının tenfizi sonucunda kendisine karşı kullanılacak tarafın talebiyle reddi, sadece yetkili makama Konvansiyonda belirtilen delilleri ibraz etmesi halinde mümkün olmaktadır. Bu delillerin sunulması tenfiz talebinin doğrudan reddi sonucunu doğurmamaktadır. Bu konuda kararı yetkili makam takdir edecektir. Bu deliller Konvansiyonda altı başlık altında sayılmıştır:

- Çözüm anlaşmasının taraflarından birisinin ehliyetsiz olduğunu gösteren deliller (Konvansiyon m. 5/1-a),
- Kullanılmak istenilen çözüm anlaşmasının;
 - hükümsüz, etkisiz olması veya tarafların bunu geçerli olarak tabi kıldığı hukuka göre veyahut belirli bir hukuka tabi kılınmamış olması durumunda ilgili çözüm anlaşmasının kullanılmak istendiği Konvansiyon tarafı devletin yetkili makamı tarafından uygulanacağı belirlenen hukuka göre ifa edilmesi imkânı bulunmadığı, veya
 - çözüm anlaşmasının hükümlerince, çözüm anlaşmasının bağlayıcı ya da kesinleşmiş olmadığını, veya
 - çözüm anlaşmasının sonradan değiştirildiğini gösteren deliller (Konvansiyon m. 5/1-b),
- Çözüm anlaşmasında yer alan yükümlülüklerin ifa edilmiş olduğunu veya bu yükümlülüklerin açık veya anlaşılabilir olmadığını gösteren deliller (Konvansiyon m. 5/1-c),
- Çözüm anlaşmasının kullanılmasının çözüm anlaşmasının hükümlerine aykırı olacağını gösteren deliller (Konvansiyon m. 5/1-d),
- Arabulucu tarafından arabulucuya veya arabuluculuğa uygulanacak standartların (ilkelerin) esaslı ihlali durumunda, bu ihlal olmasaydı çözüm anlaşmasının ilgili tarafının çözüm anlaşmasını kabul etmeyeceğini gösteren deliller (Konvansiyon m. 5/1-e),
- Arabulucunun taraflara, kendi tarafsızlığı veya bağımsızlığı hakkında makul şüphe oluşturacak konuları açıklamaması durumu varsa ve bunun, taraflardan birinin çözüm anlaşmasını kabul etmesi üzerinde esaslı bir etkisi veya arabulucunun nüfuzunu haksız kullanımı anlamına gelmesi halinde çözüm anlaşmasının taraflarından birinin bu durum olmasaydı ilgili çözüm anlaşmasını kabul etmeyeceğini gösteren deliller (Konvansiyon m. 5/1-f).

Çözüm anlaşmasının tenfizi talebinde bulunmayan tarafın, bu sayılan delilleri ileri sürmesi durumunda yetkili makam çözüm anlaşmasının tenfizini reddedebilecektir. Burada görmekteyiz ki, yetkili makam ilgili tarafın bu delilleri sunması durumunda, çözüm anlaşmasının ehliyetsizlik, geçersizlik, hükmün kesin veya bağlayıcı olmaması, değiştirilmiş olması, yükümlülüklerin yerine getirilmiş olması veya açık olmaması, çözüm anlaşmasının

hükümleriyle çelişmesi, arabulucudan kaynaklanan belirli sorunların ortaya çıkması gerekçeleriyle tenfiz talebini reddedebilecektir.²⁸

Çözüm anlaşmasının tenfizinin istendiği Konvansiyon tarafı devletin yetkili makamı bazı durumlarda ise re'sen tenfiz talebini reddedebilecektir. Yetkili makam, çözüm anlaşmasının tenfizinin kabul edilmesinin, kendi kamu düzenine aykırı olması veya çözüm anlaşması ile çözüme kavuşturulan uyuşmazlık konusunun kendi hukukuna göre arabuluculuk yöntemi ile çözülemeyecek bir konuda olması durumunda tenfiz talebini reddedebilecektir (Konvansiyon m. 5/2). Bu hüküm, yetkili makamların kamu düzeninin kapsamını belirlerken takınabilecekleri tutum dolayısıyla, çözüm anlaşmalarının tenfizinde birbiriyle uyumsuz uygulamalar ortaya çıkarabilecektir. Bu da tarafların, çözüm anlaşmalarının tenfiz edileceğine olan güvenlerini zedeleyebilecektir.

Bu madde yer alan, ret sebepleri tahdidi olarak belirlenmiştir. Taraf devletler Konvansiyon kapsamına giren çözüm anlaşmalarını bu sebepler dışında başka bir gerekçeye dayanarak reddedemeyecektir. Tenfiz talebinin reddi sonucunu doğurabilecek bazı sebepler birbiriyle çakışmaktadır. Bu durum Komisyonun çalışmaları sırasında farklı hukuk sistemlerine sahip olan devletler tarafından gündeme getirilmiştir. Konu üzerinde mutabakat sağlanamaması nedeniyle düzenleme bu şekilde korunmuştur. Ancak bu durumun, sebeplerin yorumlanması sırasında yetkili makamlar tarafından göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir.²⁹

V. Konvansiyona Konulabilecek Çekinceler ve BM Genel Sekreterliği'ne Yapılabilecek Bildirimler

Belirli bir konuyu uyumlaştırma amacı güden milletlerarası anlaşmalarda devletler arasındaki sistem farklılıklarını dikkate alarak, katılımcı devlet sayısının fazla olmasını sağlama amacıyla taraf devletlerin ilgili anlaşmaya bazı çekinceler koyarak kabul etme imkânı sağlanmaktadır. BM Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon'a taraf olan devletlerin koyabileceği çekinceler Konvansiyonun 8. maddesinde belirlenmiştir.

Konvansiyona taraf devletler çekincesinde belirttiği kapsamda, kendisinin taraf olduğu veya herhangi bir devlet kurumunun veya devlet

²⁸ ERDOĞAN, s. 198-200.

²⁹ UN, Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, s. 6.

kurumunu temsilen hareket eden bir kişinin tarafı olduğu çözüm anlaşmalarına, bu Konvansiyonu uygulamayacağını belirtebilmektedir. Taraf devletler ayrıca sadece çözüm anlaşmasının taraflarının bu Konvansiyonun uygulanması konusunda anlaşmaları durumunda uygulayacağını da beyan edebilmektedir.³⁰ Bu çekinceler tahdididir. Konvansiyona, taraf devletlerin 8. maddede açıkça belirtilen bu iki durum dışında çekince koyamayacağı düzenlenmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz çekinceler, Konvansiyona taraf devletler tarafından her zaman konulabilmektedir. İmzalama sırasında konulan çekinceler onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması sırasında teyit edilmek koşuluyla da yapılabilmektedir. Bu gibi çekinceler ilgili devlet bakımından Konvansiyonun yürürlüğe girmesiyle birlikte geçerli olmaktadır. Bu Konvansiyonun onaylanması, kabul edilmesi veya onaylanmasının uygun bulunması sırasında veyahut katılma esnasında ya da BM Genel Sekreterliği'ne yapılacak bildirim anında konulan çekinceler, ilgili taraf devlet için Konvansiyonun yürürlüğe girmesiyle birlikte geçerli olmaktadır. Taraf devletin Konvansiyonun kendisi için yürürlüğe girmesinden sonra koyacağı çekinceler ise çekincenin tevdi edildiği tarihten altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

Taraf devletlerin anlaşmaya koyduğu çekinceler ve çekince teyit şartına bağlanmışsa bu teyitler, tevdi makamı olan BM Genel Sekreterliği'ne verilmelidir. Konvansiyon kapsamında çekince koyan taraf devletler her zaman bu çekinceyi geri alabilme imkânına sahiptir. Taraf devletin çekinceyi geri almak istemesi durumunda geri alma beyanı, tevdi makamına tevdi edilmelidir. Bu geri alma beyanı tevdi tarihinden altı ay sonra etki doğuracaktır. Konvansiyona yapılan çekince veya çekinceyi geri alma beyanları, bunların ilgili Konvansiyona taraf devlet için yürürlüğe girmesinden sonra karara bağlanmış çözüm anlaşmaları için uygulanacaktır (Konvansiyon m. 9).

Konvansiyonun dikkate aldığı diğer bir husus ise farklı hukuk sistemlerine sahip olan tarafların bu Konvansiyona bütün birimleriyle taraf olmak istemesi durumunda yapacakları bildirim ile Konvansiyona taraf olacak birimleri belirleyebilme imkânının tanınmasıdır. Bu imkân Konvansiyonda 13. maddede düzenlenmektedir. Konvansiyonun tarafı bu Konvansiyon kapsamında düzenlenen konularda farklı hukuki sistemlerin uygulandığı iki veya daha fazla bölgesel birime sahip ise, imza, onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması

³⁰ Bu iki çekince ABD tarafından önerilmiştir. Konvansiyona taraf olacak devletler için seçenek ve esneklik sağlayarak Konvansiyonun uygulama kapsamını kendilerine göre şekillendirebilme imkânına sahip olmasını sağlamıştır. DEASON, s. 37

veya katılma anında Konvansiyonun bütün bölgesel birimlerine veya sadece bir veya daha fazla bölgesel birimde geçerli olacağını bildirebilmektedir. Taraflar bu bildirimini herhangi bir zamanda başka bir bildirimde bulunarak değiştirebilme imkânına sahiptir. Bildirimler tevdi makamı olan BM Genel Sekreterliği'ne yapılmaktadır. Bildirimde Konvansiyonun hangi bölgesel birimlere uygulanacağı açıkça belirtilmelidir. Konvansiyonun tarafı bu konuda herhangi bir bildirim yapmamışsa, Konvansiyonun bütün bölgesel birimlerinde geçerli olduğunu kabul ettiği şeklinde değerlendirilmektedir.

Farklı hukuki sistemlerin uygulandığı iki veya daha fazla bölgesel birime sahip olan taraflarda, Konvansiyon kapsamında düzenlenen konularda yapılan atıfların nasıl yorumlanacağı önem arz etmektedir. Bu anlamda bir devletin kanununa veya usul kurallarına yapılan atıflar, uygun düştüğü ölçüde, ilgili bölgesel birimde yürürlükte olan kanun veya usul kurallarına; bir devletteki işyerine yapılan atf, uygun düştüğü ölçüde, ilgili bölgesel birimde yer alan işyerine; bir devletin yetkili makamına yapılan atıflar, uygun düştüğü ölçüde, ilgili bölgesel birimin yetkili makamına yapılmış sayılmaktadır (Konvansiyon m. 13/3).

VI. Konvansiyona Katılma ve Konvansiyonun Yürürlüğe Girişi

Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon, 7 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da ve sonrasında New York'taki Birleşmiş Milletler Genel Merkezi'nde bütün Devletlerin imzasına açık olacaktır. Konvansiyon imzalayan devletlerin onay, kabul, onaylamanın uygun bulunmasına tabidir. Konvansiyon imzaya açılmasının ardından imzacı olmayan bütün devletlerin katılımına açık olacaktır. Devletlerin onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması veya katılma belgeleri BM Genel Sekreterliği'ne tevdi edilecektir (Konvansiyon m. 11).

Konvansiyon üçüncü devletin Konvansiyona taraf olmak için tevdi edeceği onay, kabul, onaylanmasının uygun bulunması veya katılma belgesinin verilmesinden altı ay sonra yürürlüğe girecektir. Bir devlet üçüncü onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra bu Konvansiyonu onadığında, kabul ettiğinde, onayladığında veya bu Konvansiyona katıldığında, Konvansiyon ilgili Devlet için onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması veya katılma belgesini tevdi etme tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girecektir. Bölgesel birimler için ise Konvansiyon, o ilgili birimde geçerli olmasını sağlayan bildirim yapıldığı tarihten altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

Bölgesel ekonomik birlik organizasyonları, imzalama, onay, kabul, onaylanmasının uygun bulunması veya katılma sırasında tevdi makamına Konvansiyonda düzenlenmiş olan konuların hangilerinde üye devletleri tarafından kendisine karar alma yetkisi verildiğini belirtmelidir. Bölgesel ekonomik birlik organizasyonunun bu kapsamda belirttiği bildirim hakkında sonradan gerçekleştirilecek herhangi bir yetki paylaşımı değişikliğini, yeni yetki devirleri dahil olmak üzere derhal tevdi makamına bildirecektir (Konvansiyon m. 12/2).

Türkiye'nin Konvansiyona taraf olmak istemesi durumunda bazı prosedürlerin takip edilmesi gerekmektedir. Öncelikle, Türkiye Cumhuriyeti'nin yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapacağı anlaşmaların parafı edilmesi, imzalanması, nota teatisine konu teşkil etmesi veya bu anlaşmalara katılma bildirimlerinin yapılması için atanacak temsilciler ve bu kişilerin yetkileri Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenmektedir (Kararname m. 1).³¹ Konvansiyonun imzalanması veya katılma bildiriminde bulunulmasının ardından bu anlaşmanın onaylanması için, kural olarak, önce Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Konvansiyonun onaylanmasının uygun bulunduğuna dair kanun çıkarması gerekmektedir. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ("Any.") m. 90/1). Ardından Konvansiyon, Cumhurbaşkanı kararı ile onaylanmakta ve Resmî Gazetede yayımlanmaktadır (Any. m. 104, Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanı'na Yetki Verilmesi Hakkında Kanun³² m. 5, Kararname m. 2/1).

VII. Konvansiyonda Değişiklik Yapılması Önerisi

Konvansiyonun bütün tarafları mevcut Konvansiyonda değişiklik önerisi verme hakkına sahiptir. Taraf devletler değişiklik önerilerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne sunabilmektedir. Bu öneri üzerine Genel Sekreterlik önerilen değişikliği Konvansiyonun diğer taraflarına bunu tebliğ eder. Genel Sekreterlik bu tebliğde değişikliğin değerlendirilmeye alınması ve oylamaya sunulması amacıyla Konvansiyon taraflarının katılacağı bir konferans düzenlemesini destekleyip desteklemediklerini belirtmeleri talebini iletir. Bu tebliğin yapılmasından itibaren dört ay içerisinde Konvansiyon taraflarının en az üçte birinin böyle bir konferans yapılmasını desteklemesi durumunda

³¹ 9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ("Kararname"), R.G. Tarih: 15/7/2018, Sayı: 30479.

³² 244 sayılı Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanı'na Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, R.G. Tarih: 11/6/1963, Sayı: 11425.

Genel Sekreterlik Birleşmiş Milletler himayesinde değişiklik önerisinin değerlendirilmesi ve onaya sunulması amacıyla konferansı toplayacaktır.

Konferansta her öneri için oybirliğinin sağlanmasına gayret gösterilecektir. Oybirliğinin sağlanması için bütün yolların tüketilmesi ve buna rağmen oybirliği sağlanamaması durumunda, son çare olarak değişikliğin kabulü için, konferansa katılan ve oy kullanan Konvansiyona taraf devletlerin üçte ikilik çoğunluğu gerekmektedir. Burada devletlerin hem konferansa katılma hem de oy kullanmaları durumunda hesaplama katıldıkları görülmektedir. Bu durumda çekimser kalan taraflar hesaplama sırasında dikkate alınmayacaktır.

Değişikliğin kabul edilmesi durumunda, BM Genel Sekreterliği tarafından Konvansiyonun bütün taraflarına onanması, kabulü veya onayı için tebliğ edilir. Kabul edilen ilgili değişiklik üçüncü onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden altı ay sonra yürürlüğe girecektir. Değişiklik yürürlüğe girdiğinde bununla bağlı olma niyetini bildiren Konvansiyona taraf devletler için bağlayıcı olmaktadır. Konvansiyona taraf devletlerden biri üçüncü onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra ilgili değişikliği onadığında, kabul ettiğinde veya onayladığında, değişiklik Konvansiyona taraf olan ilgili devlet için kendi onay, kabul, onaylamanın uygun bulunması veya katılma belgesini tevdi etmesinden sonra altı ay içerisinde yürürlüğe girecektir.

Konvansiyona konulabilecek çekincelerin sınırlı olduğunu da dikkate alırsak taraf devletlerin tümünün değişikliğin kabul edilmesi konusunda desteklerini almaya özen gösterilmesinin ve değişiklikle bağlı olduğunu belirten devletler için uygulanacak olmasının sürdürülebilirlik açısından önemli olduğu kanaatindeyiz.

VIII. Taraf Devletlerin Konvansiyondan Çekilmesi

Taraf devletlerin Konvansiyondan çekilmesi 16. maddede düzenlenmektedir. Konvansiyona taraf devletler tevdi makamına (BM Genel Sekreterliği'ne) vereceği resmi yazılı bildirimle Konvansiyondan çekilebilmektedir. Bu çekilme bildirimini Konvansiyonun uygulandığı farklı hukuk sistemlerinin mevcut olduğu belirli bölgesel birimlerle sınırlı olarak yapılabilmektedir.

Taraf devletin Konvansiyondan çekilmesi, bildirim tevdi makamınca alınmasından itibaren on iki ay içerisinde yürürlüğe girecektir. Bildirimde

çekilmenin yürürlüğe girme süresi için daha uzun bir zaman belirlenmişse, çekilme tevdi makamı tarafından bildirim alınmasından itibaren bu uzun olan sürenin sona ermesiyle yürürlüğe girecektir. Konvansiyon çekilmenin yürürlüğe girmesinden önce karara bağlanmış çözüm anlaşmalarına uygulanmaya devam edecektir. Bu durumda Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon'un ilgili taraf devlet için yürürlüğe girmesinden sonra karara bağlanmış çözüm anlaşmaları ile çekilmenin yürürlüğe girmesinden önce karara bağlanmış çözüm anlaşmaları için uygulanacaktır.

SONUÇ

BM Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Konvansiyon, 20 Aralık 2018 tarihinde BM Genel Kurulu'nda alınan kararla kabul edilmiştir. Singapur Arabuluculuk Konvansiyonu ismiyle de anılan bu Konvansiyon, 7 Ağustos 2019 tarihinde Singapur'da düzenlenecek olan seremoniyle imzaya açılacaktır. Bu Konvansiyonun kabul edilmesinde altmış yılını geride bırakan, 1958 yılında kabul edilen New York Konvansiyonu olarak da bilinen Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konvansiyon elde ettiği başarı önemli yer tutmaktadır. Hatta Konvansiyonun bazı maddeleri New York Konvansiyonu'nun yansıması şeklinde kaleme alınmıştır.

Konvansiyon hazırlanırken, arabuluculuğun ticari uyuşmazlıkların çözümünde, taraflar arasında doğan uyuşmazlıkların dostane çözümü girişimlerinin bir üçüncü kişinin veya kişilerin desteğinin alındığı bir yöntem olduğu ve bunun ticari uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında sahip olduğu uluslararası değer dikkate alınmıştır. Arabuluculuğun milletlerarası ve milli ticari uygulamalarda devlet yargısına bir alternatif olarak kullanımının giderek arttığı belirtilmiştir. Arabuluculuğun kullanılmasının, uyuşmazlığın ticari ilişkilerin sona ermesine götüren sebepleri azalttığı, ticari tarafların uluslararası işlemlerinin idaresini kolaylaştırdığı ve devletlerin yargı sisteminde tasarruf sağlaması gibi çok önemli kazanımlar sağladığına vurgu yapılmıştır. Farklı hukuki, sosyal ve ekonomik sistemlere sahip devletler tarafından kabul edilebilir olan arabuluculuktan doğan uluslararası çözüm anlaşmaları hakkında çerçevenin oluşturulması ve uluslararası ekonomik ilişkilerin uyumlu bir şekilde gelişmesine katkı sağlanması amaçlanmıştır.

Konvansiyon arabuluculuk kavramını diğer benzer dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerini de kapsayacak şekilde ele almaktadır. Dostane çözüm

amacıyla gerçekleştirilen yöntemin açıkça arabuluculuk şeklinde ifade edilip edilmediğine veya çözümün arabuluculuğa dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın, uyuşmazlığın taraflarına çözüm dayatma yetkisi olmayan üçüncü kişi veya kişilerin uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla yapılan girişime yardımcı olduğu bir yöntem olarak tanımlanmaktadır. Böylece Konvansiyonun kapsamı geniş tutulmuştur.

Hukuk sistemimizde arabuluculuğun kullanımının ve öneminin gittikçe arttığını dikkate aldığımızda, arabuluculuk ile çözüme varılan ve yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların Türk makamlarınca tanınması ve tenfizi için gerekli düzenlemelerin yapılmasının ve Konvansiyona taraf olmamızın özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıkların dostane çözümünün desteklenmesi için önemli bir adım olacağını düşünmekteyiz. Gerekli milli düzenlemeler hazırlanırken Konvansiyon ile uyumlu şekilde hazırlanmış olan UNCITRAL Milletlerarası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucunda Varılan Uluslararası Çözüm Anlaşmalarına Dair Model Kanun'dan yararlanılmasının da faydalı olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

AZAKLI ARSLAN, Betül: **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

BORN, Gary B.: **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd Edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM B. Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2017.

DEASON, Ellen E.: "Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?", **American Bar Association Section of Dispute Resolution, Dispute Resolution Magazine: ADR and Numbers**, Vol. 22, No. 1, Fall 2015, s. 32-38.

DOĞAN, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

ERDOĞAN, Ersin: “Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi”, **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Pozitif Matbaacılık, Ankara, Temmuz 2019, s. 189-202.

ÖZBEK, Mustafa Serdar: **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

ÖZTÜRK, Necla/YARAR, Güven: “Milletlerarası Arabuluculuk Uzlaşma Sözleşmesinin Sınır-Ötesi Tenfizine Dair Sözleşme Taslağı”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, Sa. 2, 2017, s. 639-652.

Singapore International Arbitration Centre: The Singapore Arb-Med-Arb Clause, (<http://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause>, erişim; 05.07.2019).

Singapore International Mediation Centre: SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol, (<http://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf>, erişim; 05.07.2019).

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

UN: Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use 2002, United Nations Publication, New York, 2004.

UN: Report of the UNCITRAL, 48th Session, A/70/17, Vienna, 2015, (<https://undocs.org/en/A/70/17>, erişim; 06.07.2019).

UN: Report of the UNCITRAL, 51st Session, A/73/17, 25 June-13 July 2018, General Assembly Official Records 73rd Session Supplement No. 17, New York, 2018, (<https://undocs.org/en/A/73/17>, erişim; 06.07.2019).

UN: Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2018, 73rd Session, A/RES/73/198, New York, 2019, (<https://undocs.org/en/A/RES/73/198>, erişim; 06.07.2019).

UNCITRAL: Conciliation Rules, 1980, (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf>, erişim;

30.06.2019).

UNCITRAL: Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018, (https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf, erişim; 30.06.2019).

UNCITRAL: Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the work of its 62nd Session (New York, 2-6 February 2015), 48th Session, A/CN.9/832, Vienna, 2015, (<https://undocs.org/en/A/CN.9/832>, erişim; 06.07.2019).

UNCITRAL: Status Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, erişim; 27.06.2019).

UNCITRAL: Status Model Law on International Commercial Conciliation, 2002, (https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status, erişim; 30.06.2019).

GÜVENE DAYALI ÇALIŞMA SÜRESİ (VERTRAUENSARBEITSZEIT)

Volkan GÜNEŞ*

ÖZ

Teknolojik gelişmeler, gündelik hayatı olduğu gibi çalışma hayatını da etkilemektedir. Bu gelişmeler, gerek yeni çalışma biçimleri gerekse de çalışma süreleri bakımından esnek modelleri hızla uygulamaya kazandırmaktadır. Mevcut hukuk kurallarının bu esnek modeller karşısındaki durumu, bir an evvel ele alınmalıdır. Bu doğrultuda Almanya'da ortaya çıkan ve yaygın olarak uygulanan esnek çalışma süresi modellerinin en ileri görünümü olan güvene dayalı çalışma süresi (Vertrauensarbeitszeit) bu çalışmanın konusu olarak seçilmiştir. Güvene dayalı çalışma süresinin Türk hukukunda geçerli olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı incelenirken İsviçre hukukunda yapılan gerçek ve gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi ayrımı esas alınmış, bunlar bakımından çalışma süresi kaydına ilişkin mevcut düzenlemelerin bir sınır teşkil edip etmeyeceği ve bu bağlamda ortaya çıkması muhtemel ispat hukuku sorunları üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Güvene dayalı çalışma süresi, esnek çalışma süreleri, çalışma süresi kaydı, fazla çalışma, delillerin engellenmesi

TRUST-BASED WORKING TIME

ABSTRACT

Technological advances impact greatly not only daily life but also work life. These advances, at a fast pace, bring about flexible models both in terms of new work types and working times. The condition of current rules of law in relation to these flexible models must be handled urgently. In this direction, as the topic of this study, the concept of trust-based working time (Vertrauensarbeitszeit), which was born and is the most advanced form of flexible working time models practiced widely in Germany, has been chosen. While it has been investigated whether or not trust-based working time can be accepted valid in Turkish law, the distinction made in Swiss law between real and unreal trust-based working time has been grounded on. Besides, whether or not current regulations regarding the record of working hours constitute a limitation for real and unreal trust-based working time, and within this scope, the possible issues regarding law of evidence have been elaborated.

Key Words: Trust-based working time, flexible working hours, the record of working hours, overtime, prevention of evidence

* Arş. Gör., İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme Mühendisliği Bölümü,
e-posta: gunesv@itu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1713-8204
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637929

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/07/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30/09/2019

I. GİRİŞ

Günümüzde mikro ya da makro düzeyde; ulusal, bölgesel ya da uluslararası alanda rekabet etme gücüne sahip bir yapının oluşturulması, pek çok unsurun bir arada bulunmasına bağlıdır. Bu yapı bir işletme olduğunda, bu işletmenin herhangi bir düzeyde rekabet edebilir olması için teknolojik gelişmelere ayak uydurmuş ve bunun gerektirdiği iş ilişkisi formlarını oluşturmuş olması zorunludur. İş hukuku boyutuyla ele alındığında çalışma koşullarının teknolojik gelişmelere adaptasyonu büyük önem taşır. Günümüz dünyasında işyerinde hazır bulunmayı gerektiren sabit çalışma süreleri aracılığıyla üretim merkezinin etkin olarak kullanıldığı “Çin modeli” adı verilen klasik üretim modeline yönelmenin hata olacağı kabul edilmektedir¹. Yapay zeka, nesnelerin interneti gibi olguların ortaya çıkışı ve özellikle dijitalleşme sayesinde verilerin hızlı ve ucuz şekilde aktarımı işyerinde mekana bağlı ve sabit süre ile çalışmayı zorunluluk olmaktan çıkarmıştır. Teknolojik gelişmeler dolayısıyla yeni bir şekil alan üretim süreci, esnek çalışma süresi modellerinin entegrasyonunu gerektirmektedir. Bu gereklilik teknolojik sebeplerin yanı sıra birtakım sosyolojik sebeplerle de desteklenir durumdadır. Dijitalleşen çalışma hayatının işçi kesiminin büyük çoğunluğunu, özellikle önümüzdeki on yıl içinde Y kuşağının üyeleri oluşturacaktır. Bu bağlamda Y kuşağının özellikleri ve çalışma hayatından beklentilerinin çalışma koşullarının oluşturulmasında dikkate alınmaması bir eksiklik olarak kabul edilir.

Bu çalışmada, ilk kez 1990’lı yıllarda Almanya’da ortaya çıkan ve uygulama alanı giderek genişleyen bir esnek çalışma süresi modeli olan “güvene dayalı çalışma süresi” ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu incelemede karşılaştırmalı hukuk göz önünde bulundurularak güvene dayalı çalışma süresi kavramsal olarak açıklanacak, iş sözleşmesinin özellikleri göz önünde bulundurularak güvene dayalı çalışma süresine dayanan hukuki ilişkinin niteliği ile bu modelin uygulanmasında çalışma süresi kayıt yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı belirlenecektir. Çalışmanın diğer bir önemli konusu ise çalışma süresi kayıt yükümlülüğü bağlamında ortaya çıkabilecek ispat hukuku sorunlarıdır.

II. TEKNOLOJİ DEVRİMİ, ESNEKLİK VE ÇALIŞMA SÜRELERİ

İnsan yaşamı, çalışma hayatını da kapsar şekilde teknoloji devriminin yoğun etkisi altındadır. Teknoloji ülkemiz bakımından da az ya da çok, doğrudan

¹ COMPENSIS, s. 3089.

ya da dolaylı olarak her insanın günlük hayatına tesir eder nitelik kazanmıştır. Çalışma hayatının bu etki karşısında değişmez kalması düşünülemez. İnsan emeği yoğun üretimden bilgi teknolojilerinin kullanıldığı ve slogan olarak da Endüstri 4.0'ın seçildiği yeni bir üretim çağına geçilmiştir. Uluslararası rekabetin sürdürülebilirliği bakımından bu gelişmiş teknolojiye dayanan üretim modeli ve süreçleri, gelişmiş ülkelerden başlayarak tüm dünyayı kısa sürede bir ölçüde etkisi altına alacaktır. Buna bağlı olarak yakın gelecekte bambaşka bir çalışma hayatından söz edilmesi olağan gözükmemektedir.

Teknolojinin çalışma hayatına entegrasyonunda önceleri sadece işyeri ya da işletmenin ihtiyaçları belirleyici olmuş ve çalışanlar bundan dolayı olarak etkilenmiştir. Günümüzde ise teknolojinin, bizzat tekil işlerin görülmesine entegrasyonu dolayısıyla bu etkinin artık doğrudan bir nitelik kazandığı söylenebilir. Bu noktada çalışanlarda aranacak en önemli niteliklerden biri “dijital yeterlilik”tir². Dolayısıyla teknoloji ve dijitalleşmenin sadece üretim sürecine değil, çalışma ilişkisine doğrudan etkisi de dikkatle incelenmelidir.

Çalışma hayatını düzenleyen kuralların yukarıda açıklanan gelişmelere ne oranda cevap verebileceği, çalışma ilişkileri bakımından en önemli sorunların başında gelmektedir. Bu bağlamda esneklik kavramının taşıdığı önem tartışmasıdır. Türk iş hukukunda esneklik kavramı güvencesizliğin bir görünüm şekli olarak algılanmış³ ve içinde bulunduğumuz dijitalleşme çağında hala yeteri kadar tartışılmamıştır. Kayıt dışılık gibi çalışma hayatının köklü sorunlarının dahi çözülemediği bir ortamda esneklik kurumuna soru işaretleri ile yaklaşılmasını yadırgamamak gerekir. Kaldı ki teknolojik gelişmelerin desteklediği esneklik uygulamaları beraberinde, işçiye her an ulaşılabilirlik gibi yeni sorunlar da yaratmaktadır. Ne var ki esneklik uygulamaları hususundaki bu çekinceli yaklaşıma, söz konusu esneklik ihtiyacının nedenleri, özellikle işçinin bundan sağladığı fayda, kötüye kullanılmasını engelleyici mekanizmalar göz önünde bulundurulurken tümünden üstünlük tanınması düşünülemez⁴.

² GUNTHER/ BOGLMULLER, s. 1026.

³ ÖZVERİ, s. 278. Yazar ayrıca esneklik ile işçinin korunmasının yan yana getirilmesinin, işçinin korunması ilkesini yutan elemanla çarpıp sıfırlamaktan başka bir şey olmadığını, bunun sonucunun ise güvencesizlik olduğunu ifade etmektedir. Bkz. s. 287.

⁴ Bu anlamda kuralsızlaştırmayı değil, ancak mümkün olduğu ölçüde işçiyi koruyan güvenceli esnekliği destekleyen görüşler için bkz. EKONOMİ, s. 60-61; SÜZEK, (2009), s. 7; ULUCAN, s. 204; EYRENCİ, s. 228, 229; TUNCAY, s. 154-155; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 21, 22; YILDIZ, s. 205 vd; BAYCIK, s. 224 vd.

Teknolojik gelişmeler, işin niteliği uygun düştükçe işin görülmesinin sabit yer ve zamandan bağımsız olarak gerçekleştirilebilmesini sağlayan en önemli etkidir. Zira artık ağ tabanlı sistemler aracılığıyla kompleks üretim süreçleri, dünyanın her yerinden ve günün her anında yönetilebilir durumdadır⁵. Buna bağlı olarak Fordist üretim biçimi ile özdeşleşen işyeri kavramı değişim içerisinde olduğu gibi işin görülmesindeki zaman esnekliği, konunun çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeler bağlamında da ele alınmasını gerektirir. Bu noktada örneğin Almanya'da İş Hukuku ile ilgili en yakın zamandaki değişiklik önerilerinin 1994 yılında yürürlüğe girmiş olan Alman Çalışma Süresi Kanununa⁶ ilişkin olduğunu belirtmek isteriz⁷.

Çalışma süreleri, iş görme borcunun sınırını oluşturur ve işin zaman ve konum itibariyle ne zaman görüleceğini belirler⁸. İşçinin bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmesi, onu çalışma süresinin konum ve dağılımının belirlenmesi bakımından işverenin emir ve talimatı altına sokar⁹. Ne var ki kanun koyucu, özellikle çalışma süresinin üst sınırı ile dinlenme sürelerini emredici nitelikte düzenleyerek işverenin bu alandaki yönetim hakkını sınırlamıştır. Söz konusu düzenlemeler hiç şüphesiz işçiyi koruma amacıyla getirilmişlerdir. Yine çalışma süresine ilişkin düzenlemeler arasında taraflara asgari normlarda değişiklik yapabilme imkânı tanınmışsa da bunun sınırları yukarıda da belirtilen birtakım emredici normlarla çizilmiştir. Dolayısıyla çalışma süreleri bakımından esnekliğin daha çok emredici bir hükme istisnalar getirilmek suretiyle sağlandığı görülmektedir¹⁰.

Çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin bu genel yapısının, yukarıda anlatılan teknolojik gelişmeler karşısında esnek çalışma sürelerinin yaratılmasını ne oranda mümkün kıldığının incelenmesi gerekir. Zira uygulamada işletmelerin, uzman iş gücü eksikliği anında, yeterli sayıda yetkin çalışanı kazanması ve onları kaybetmemesi hususunda katkıda bulunan çalışan odaklı çalışma süresi modellerini tercih ettiği bilinmektedir¹¹. 4857 sayılı İş Kanununda çalışma sürelerinin esnekleştirilmesine imkân veren

⁵ GUNTHER/ BOGLMULLER, s. 1028.

⁶ Arbeitszeitgesetz (ArbZG) vom 6.6.1994, BGBl. I S. 1170, 1171.

⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. STEFFAN, s. 1415.

⁸ ASTARLI, (2008), s. 53.

⁹ DOĞAN, s. 173,174.

¹⁰ DOĞAN YENİSEY, s. 27.

¹¹ PLETKE/ SCHRADER/ SIEBERT/ THOMS/ KLAGGES, Rn. 688.

düzenlemeler mevcuttur. Bunların başında m. 63/1'deki haftalık çalışma süresinin çalışılan iş günlerine eşit olarak dağıtılacağı kuralının taraflarca aksinin kararlaştırılmasının mümkün kılınmış olması gelir. Yine denkleştirme esasına göre çalışma, telafi çalışması, kısa çalışma ve çağrı üzerine çalışmaya ilişkin düzenlemeler de çalışma süresinin esnekleştirilmesini mümkün kılar¹².

Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi esas olarak çalışma süresinin uzunluğu (Dauer der Arbeitszeit), çalışma süresinin konumu (Lage der Arbeitszeit) ve çalışma süresinin dağılımı (Verteilung der Arbeitszeit) olmak üzere üç parametre gözetilerek gerçekleştirilir. Çalışma süresinin uzunluğu ile bir işçinin belirli bir zaman dilimindeki çalışma süresinin miktarı (örneğin, haftada 40 saat), çalışma süresinin konumu ile de çalışma süresinin başlangıç ve bitiş anı belirtilir (örneğin saat 08.00'den 17.00'ye kadar). Çalışma süresinin dağılımı ile ise çalışma süresi miktarının gün, hafta ya da aya yayılımı anlatılmaktadır¹³. Çalışma süresi sistemlerinin günümüzün ihtiyaçları karşısındaki tepki hızı, çalışma süresi modellerini, çalışma süresi kaydı ve kontrolü gibi farklı parametreler aracılığıyla daha da çeşitlendirmiştir¹⁴. Dolayısıyla günümüzün esnekleştirme ihtiyacının, mevcut yasal düzenlemelerdeki esnekleştirme araçlarını aştığından söz etmek mümkündür. Bu noktada 4857 sayılı İş Kanununda özel düzenlemeye konu edilmemiş olan ancak uygulamada karşılaşılan ve ileriki dönemde daha sık başvurulması muhtemel esnek çalışma süresi türleri ayrıntılı olarak ele alınmalıdır.

III. Y KUŞAĞININ BEKLENTİLERİ VE ÇALIŞMA SÜRELERİ

Çalışma sürelerine ilişkin yeni yaklaşımlar, sadece gelişen teknolojinin değil, çalışanların menfaatlerine yönelmenin de sonucudur¹⁵. Çalışma ilişkisine bakış açısı kişiden kişiye farklılık gösterebilir. Bazı çalışanlar için yüksek ücret en önemli motivasyon kaynağı iken bazıları için ise çalışmak sadece boş zamanlarının finansman kaynağını oluşturur¹⁶. Bu farklılıkların kuşak kavramı çerçevesinde genelleştirilebilmesi mümkündür. Her ne kadar Türkiye ile ilgili güncel bir çalışmaya rastlanmamışsa da Y kuşağı olarak adlandırılan 1980 sonrası doğanların, aktif iş gücünün baskın kuşağı olduğu

¹² ASTARLI, (2008), s. 287 vd.

¹³ PLETKE/ SCHRADER/ SIEBERT/ THOMS/ KLAGGES, Rn. 679.

¹⁴ PLETKE/ SCHRADER/ SIEBERT/ THOMS/ KLAGGES, Rn. 680.

¹⁵ STEFFAN, s. 1411.

¹⁶ MULLER, (2017), s. 453.

söylenbilir¹⁷. Y kuşağı, dijital çağ bakımından bir önceki kuşağa yani X kuşağına göre çok daha donanımlıdır. Bunun sonucunda da çalışma hayatına bakış açıları farklılaşmıştır. Nitelikli adaylar, bundan on yıl öncesine kadar işin kapsamı ya da çalışma sürelerindense kazanç ve kariyer imkânlarına ilgi duyardı¹⁸. Çalışma yaşamı ile boş zamanın sınırlarının giderek bulanık hale geldiği günümüzde ise çalışanlar, özel ihtiyaçları için çalışma yaşamı içinde daha esnek bir yapıyı tercih etmektedirler¹⁹.

Y kuşağının çalışma ilişkilerine bakış açısı karşısında beklentilerinin karşılanması, özellikle çalışma sürelerinin modernizasyonunun sağlanması ile gerçekleştirilebilir. Örneğin, cazibesi olmayan bir zaman diliminde çalışmanın mümkün kılınması, iş-yaşam dengesinin ihtiyaçlara göre gerçekleştirilmesi noktasında tercih sebebi olabilir. Yine işverenin çalışanları kontrol etmekten ziyade motive etmeyi öğrenmesi dijital çağın gereklerindedir²⁰. Bu motivasyonu en kolay yoldan sağlayacak olan da onların çalışma ilişkilerine bakış açılarına uygun sistemler geliştirilmesidir.

Y kuşağının beklentileri ve teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak çalışma süresine ilişkin parametrelerdeki esneklik uygulamalarının bir an evvel iş hukuku boyutuyla derinlemesine incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada özellikle hukuki açıdan klasikleşen ya da nispeten daha çok incelemeye konu olmuş modeller yanında Almanya’da ortaya çıkan ve “Vertrauensarbeitszeit” olarak adlandırılan “güvene dayalı çalışma süresi”nin de ayrıntılı olarak incelenmesinde fayda vardır²¹.

IV. GÜVENE DAYALI ÇALIŞMA SÜRESİ

A. Kavram

Yukarıda açıklanan teknolojik ve sosyolojik nedenlerin gerektirdiği esneklik, Türk hukukunda çalışma sürelerine ilişkin yasal düzenlemelere

¹⁷ 2011 yılında yapılmış bir çalışmada Y kuşağının istihdam içindeki oranı %30,2 olarak tespit edilerek yakın gelecekte (5-10 yıl) istihdam içindeki en büyük yüzdeyi oluşturacağı belirtilmiştir. Bkz. İŞÇİMEN, s. 19.

¹⁸ STEFFAN, s. 1411.

¹⁹ STEFFAN, s. 1411.

²⁰ STEFFAN, s. 1412.

²¹ İlk olarak Almanya’da ortaya çıkan “Vertrauensarbeitszeit” kavramının Türkçe karşılığı olarak, daha önce öğretide kullanıldığı şekliyle “güvene dayalı çalışma süresi” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz. Bkz. ASTARLI, (2008), s. 409; DULAY, s. 168. Nitekim bu kullanımı doğrular biçimde mefhumun İngilizce karşılığı olarak da “trust-based work time” kullanılmaktadır.

yeterince yansıtılmış değildir. Bu esnekliği çalışma hayatına kazandırabilecek diğer bir kaynak da toplu iş sözleşmesidir. Ne var ki ülkemizdeki sendikalaşma oranı ve toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işçi sayıları dikkate alındığında genel olarak böyle bir sonuç elde etme imkânı da mümkün görünmemektedir. Oysaki toplu sözleşme düzeninin geliştiği ve bundan başka kolektif kaynakların (Betriebsvereinbarung gibi) da sıkça kullanıldığı Almanya'da esnek çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelere sıkça rastlanmaktadır. Çalışma sürelerine ilişkin olmak üzere Alman Federal İstatistik Ofisi'nin 2010 yılı verilerine göre 15-64 yaş arası tüm çalışanların %37,8'i esnek çalışma süreleri ile çalışmaktadır. Yine %70,9 ile esnek çalışma sürelerinin en fazla görüldüğü alan da bilgi ve iletişim sektörüdür²². Söz konusu verilerin, teknolojideki hızlı değişim ve Y kuşağının çalışma yaşamındaki oranının yükselmesiyle birlikte bugün için artış gösterdiğine şüphe yoktur. Esnek çalışma sürelerine ilişkin bu gelişim, güvene dayalı çalışma süresinin uygulama alanını da arttırmıştır. Alman Ekonomi Enstitüsü (Institut der deutschen Wirtschaft) 2010 yılında, işletmelerin % 26,3'ünde güvene dayalı çalışma süresi uygulandığını, 250'den fazla çalışanı olan büyük işletmelerde ise bu oranın %49,2 olduğunu açıklamıştır²³. 2015 yılından yapılan bir araştırmada ise büyük olan ya da olmayan işletme ayrımı yapılmadan güvene dayalı çalışma süresinin uygulanma oranı %46,9 olarak belirlenmiştir²⁴.

Söz konusu oranların yüksekliği, güvene dayalı çalışma süresinin, iş sözleşmesinin her iki tarafına bazı avantajlar sunması ile yakından ilgilidir. Bu modelin işçi bakımından en büyük avantajı, zaman yönetiminde yarattığı serbestlik ve bu sayede işçinin çalışma süresini kendi kişisel ihtiyaçları ve hayat şartlarını gözeterek belirleyebilmesidir. İşin sonucunun daha güçlü vurgulanması yoluyla işin kalitesinde sağlanacak artış ise bu modelin işveren açısından en önemli artısıdır²⁵. Buna ilişkin olmak üzere 5000 Alman işletmesi üzerinde yapılan bir çalışmada, güvene dayalı çalışma süresi modelini kullanan işletmelerin piyasaya %11 ila %14 arasında daha yeni ya da daha gelişmiş

²² https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Indikatoren/QualitaetArbeit/QualitaetDerArbeit.html?cms_gtp=318944_slot%253D3

²³ Ergebnisse aus dem IW-Personal-Panel, Unternehmen zwischen Flexibilität und Stabilität, Köln 2011, s. 8.

²⁴ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Unternehmensmonitor Familienfreundlichkeit 2016, s. 19.

²⁵ GUNTHER/ BOGLMULLER, s, 1029.

ürünler çıkardığı sonucuna ulaşılmıştır²⁶. Dolayısıyla güvene dayalı çalışma süresi modeli, işçi ve işveren menfaatlerini eşit ölçüde gözeten ve verimlilik bakımından her iki tarafı birleştiren bir çözüm olarak kabul edilmektedir²⁷.

On yıl öncesinde Alman hukukunda modelin uygulama alanına örnek olarak işçilerini sık sık işyeri dışında görevlendiren işletmeler ve bu bağlamda özellikle ilaç firmaları ve burada çalışan ilaç mümessilleri verilmekteydi. Yine modelin bilindik bir uygulama alanının tele çalışma olduğu, bunun dışında hukuk danışmanlığı dâhil olmak üzere genel olarak danışmanlık işlerinde de bu modelin uygulama alanı bulabileceği belirtilmekteydi. Bununla birlikte her proje temelli işin güvene dayalı çalışma süresine uygun olduğu ifade edilmiştir²⁸. Görüldüğü üzere söz konusu işlerin bir bölümü işyerinde hazır bulunmayı gerektirmeyen niteliğe sahipken bir bölümü ise işin sonucunun ön planda olduğu işlerdir. Tele çalışma ise bu modelin uygulanmasında dijitalleşmenin önemini temsil eder niteliktedir. Güvene dayalı çalışma süresinin günümüz için yaygınlaşmasında esas olan da teknoloji kullanımının işin görülmesini yerden ve zamandan bağımsız kılmasıdır. Söz konusu teknolojik ilerleme karşısında bu modelin uygulama alanına giren işlerin sınırlı sayıda belirlenmesi ise mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte güvene dayalı çalışma süresinin yaygınlaşması, bu modelin tüm iş ilişkilerine uygun düştüğü anlamına da gelmemelidir. İşin görülmesi, somutlaştırılmış bir zaman dilimine bağlanmış ise işçinin istediği zaman işyerine gidip gelmesi mümkün olmayıp güvene dayalı çalışma süresi belirlenmesi mümkün değildir²⁹.

Güvene dayalı çalışma süresi, kayan iş sürelerinin sınırlarını aşar biçimde esnek çalışma sürelerinin en ileri görünümüdür³⁰. Güvene dayalı çalışma süresinin temelinde işçinin, çalışma süresini serbest olarak idaresi vardır³¹. Çalışma süresinin esnekleştirilmesinde kullanılan klasik parametrelerden çalışma süresinin konumu ve dağılımını güvene dayalı çalışma süresinde işçi

²⁶ GODART/ GORG/ HANLEY, s. 4.

²⁷ COMPENSIS, s. 3089.

²⁸ COMPENSIS, s. 3089-3090.

²⁹ RAIF/ NANN, s. 223.

³⁰ Her ne kadar Alman hukukunda benzer yönlerinden dolayı kayan iş süreleri ile ilişki kurularak "Vertrauensarbeitszeit" yerine "Vertrauensgleitzeit" kavramının kullanıldığı da görülsse çoğunluk, güvene dayalı çalışma süresini kayan iş süresinden bağımsız ayrı ve daha ileri esnekliği öngören bir kurum olarak incelemektedir. "Vertrauensgleitzeit" kavramı için bkz. REICHOLD, s. 396.

³¹ GUNTHER/ BOGLMULLER, s. 1029.

kendisi belirler³². Dolayısıyla bu modelde işçinin yüksek derecede esnekliğe sahip olması şarttır³³. Yine işçi ne kadar çok ya da ne kadar sık yerden bağımsız çalışırsa bu modelin o kadar uygun olduğu kabul edilir³⁴.

Güvene dayalı çalışma süresinde, çalışılan süredense kararlaştırılmış olan işin sonucu önemlidir. İşveren, işçinin iş görme borcunu herhangi bir kontrol olmaksızın yerine getireceğine güvenir³⁵. Bu bağlamda işverenin yönetim hakkı, istenilen işin sonucunun içeriği ile sınırlandırılmıştır³⁶. Belirlenen şartlar dâhilinde sonucun gerçekleşmesi halinde gerçekten çalışılmış olan sürenin önemi yoktur³⁷. Dolayısıyla güvene dayalı çalışma süresini esas olarak karakterize eden unsurlar, işverenin çalışma süresinin kontrolünden tamamen vazgeçmesi ve işçinin çalışma süresini bölme ve dağıtmada serbest olmasıdır³⁸.

Güvene dayalı çalışma süresinde de işveren, çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin kanuni yükümlülüklerine uymak zorundadır. Bu noktada güvene dayalı çalışma süresi, en fazla çalışma süresi ile dinlenme sürelerine ilişkin düzenlemelerden kurtulmak için kullanılamaz³⁹.

Güvene dayalı çalışma süresine ilişkin yukarıdaki açıklamalar, Alman Hukukunda söz konusu modelin ele alınış biçimidir. Alman Hukukunda olduğu gibi İsviçre Hukukunda da güvene dayalı çalışma süresine ilişkin açık bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Ne var ki İsviçre öğretisinde güvene dayalı çalışma süresinin, gerçek ve gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi (echte Vertrauensarbeitszeit - unechte Vertrauensarbeitszeit) olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir. Alman hukukundaki işçinin çalışma süresini bölme ve dağıtmada serbest olduğu ve işverenin çalışma süresinin kontrolünden tamamen vazgeçtiği model, İsviçre'deki ayırım bakımından gerçek güvene dayalı çalışma süresi olarak nitelendirilmekte olup yakın bir

³² PLETKE/ SCHRADER/ SIEBERT/ THOMS/ KLAGGES, Rn. 687.

³³ COMPENSIS, s. 3089.

³⁴ STEFFAN, s. 1410.

³⁵ STEFFAN, s. 1410.

³⁶ GUNTHER/ BOGLMULLER, s, 1029.

³⁷ COMPENSIS, s. 3089, 3090.

³⁸ COMPENSIS, s. 3089.

³⁹ STEFFAN, s. 1416; RAIF/ NANN, s. 223.

döneme kadar İsviçre İş Kanunu⁴⁰ (İİK) kapsamındakiler⁴¹ için bu modelin kararlaştırılmayacağı kabul edilmekteydi. Bunun dışında çalışma süresi kaydının işçi tarafından tutulabildiği ancak işverenin buna ilişkin kontrol yükümlülüğünün devam ettiği model ise gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi olarak nitelendirilmekte ve -İİK kapsamı dışında kalanlar hariç olmak üzere- sadece bu modele ilişkin kararlaştırmaya geçerlilik tanınmakta idi⁴². Söz konusu ayrıma esas teşkil eden husus ise aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, İsviçre hukukunda kural olarak çalışma sürelerinin sistematik ve eksiksiz kaydının öngörülmüş olmasıdır.

Gerek Alman hukukunda gerekse de İsviçre hukukunda ele alındığı şekliyle güvene dayalı çalışma süresine ilişkin modellerin sınırlarının ortaya konulması gerekir. Bu bağlamda gerçek güvene dayalı çalışma süresi bakımından en önemli problem, çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemeler karşısında bu modele geçerlilik tanınıp tanınmayacağı, diğer bir deyişle çalışma süresi kayıt yükümlülüğünün, gerçek güvene dayalı çalışma süresi modeli bakımından nasıl bir sınır teşkil edeceğidir. Gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi bakımından ise çalışma süresi kaydının işçi tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği ve buna bağlı olarak ortaya çıkan ispat hukuku sorunları ayrıntılı olarak incelenmelidir.

B. Güvene Dayalı Çalışma Süresinde Özel Bir Problem Olarak Çalışma Süresi Kaydı

1. Genel Olarak Çalışma Süresi Kaydı

Çalışma süresi kaydı, işveren tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük niteliğindedir. Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta işverenin çalışma süresine ilişkin kayıt yükümlülüğünün farklı şekillerde düzenlendiği görülür.

Türk hukuku bakımından İş Kanununda çalışma süresi kaydına ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Ne var ki İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁴³ m. 9'da çalışma süresinin belgelenmesi kenar başlığı altında işverenin, işçilerin çalışma sürelerini uygun araçlarla

⁴⁰ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13.01.1964, SR 822.11.

⁴¹ Kanunun 3. maddesinde üst düzey yönetim işleri, bilimsel faaliyet ve bağımsız sanat faaliyeti yürütenler kanunun kişi bakımından uygulama alanı dışında tutulmuştur.

⁴² MADUZ/ SCHMID, s. 23,24; MULLER, (2009), Art 46 N. 2.

⁴³ RG. 06.04.2004, 25425.

belgelemek zorunda olduğu düzenlenmiştir. Yine İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin⁴⁴ fazla çalışmanın belgelenmesi kenar başlıklı 10. maddesinde de işverenin, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek ve imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ne var ki işverenin bu yükümlülüklerine aykırılık, özel olarak bir yaptırıma bağlanmamıştır⁴⁵.

Alman hukukunda çalışma süreleri, Alman Çalışma Süresi Kanununda özel olarak düzenlenmiş olup işverenin çalışma süresine ilişkin kayıt yükümlülüğü de bu Kanun kapsamında ele alınmıştır⁴⁶. Alman Çalışma Süresi Kanunu m. 16/2'ye göre işveren, Kanunun 3. maddesinde düzenlenen günlük sekiz saatlik çalışma süresini aşan çalışma sürelerini kaydetmekle yükümlüdür ve bu kaydın en az iki yıl saklanması zorunludur. Çalışma süresinin başlangıç ve bitiş anının kaydı gerekmemekle birlikte düzenlemenin lafzından açıkça anlaşılmasa da kayıt yükümlülüğün, ne kadar süre çalışıldığına bakılmaksızın hafta tatili ve genel tatil günleri çalışmaları için de mevcut olduğu kabul edilir⁴⁷.

Alman Çalışma Süresi Kanununda, günlük sekiz saati aşan çalışma süresinin kaydını tutmakla yükümlü olanın işveren olduğu açıkça düzenlenmiş olup öğretilde, işverenin çalışma sürelerini bizzat kaydetmek zorunda olmadığı kabul edilir⁴⁸. İşveren sadece uygun bir şekilde kaydın tutulmasından sorumludur. Dolayısıyla işverenin çalışma süresi kaydının tutulmasını

⁴⁴ RG. 06.04.2004, 25425.

⁴⁵ Her ne kadar İş K. m. 104'te işçi özlük dosyası düzenlemeyen işveren ya da işveren vekiline 1200 TL idari para ceza verileceği düzenlenmişse de İş Kanunu m. 75'te işçi özlük dosyasında, *bu Kanun ve diğer kanunlar* uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunda olduğu belirtilmiştir. Çalışma süresine ilişkin belgelerin düzenlenmesi ise yönetmeliklerde öngörüldüğünden ve 104. maddenin cezai yaptırım düzenlemesi karşısında bunun genişletilmesinin uygun olmadığı kanaatindeyiz.

⁴⁶ Alman hukukundaki kayıt yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bununla sınırlı olmayıp Asgari Ücret Kanunu (Mindestlohngesetz - MiLoG) m. 17/1'de de işverenin, işçinin günlük çalışma süresinin başlangıç, bitiş ve uzunluğunu kaydetmek ve bunları iki yıl saklamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ne var ki söz konusu düzenlemenin uygulama alanının belirli bir ücret seviyesinin altındaki işçiler ile belirli alanlarda çalışan işçi grupları ile sınırlı olduğunu belirtmek isteriz. Söz konusu işçi grupları kapsamı ile ilgili düzenlemeler için bkz. Sozialgesetzbuch (SGB) Viertes Buch m. 8/1 ve Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz m. 2a.

⁴⁷ BAECK/ DEUTSCH, Rn. 23; SCHLOTTFELD/ HOFF, s. 530.

⁴⁸ BUSCHMANN/ ULBER, Rn. 6; WANK, Rn. 5.

işçiye delege etmesi mümkündür. Bu halde işverenin uygun organizasyonel tedbirlerle, süre kaydının işçi tarafından gerçekten yerine getirilmesini sağlaması gerekir⁴⁹. Çalışma süresi kayıt yükümlülüğüne aykırılık halinde bahsi geçen Kanun m. 22/1-9'da 15.000 €'ya kadar para cezası öngörülmüştür.

İsviçre hukukunda ise çalışma süresi kaydına ilişkin olmak üzere Alman hukukuna nazaran daha ayrıntılı düzenlemelerin varlığı dikkat çekmektedir. İsviçre'de iş hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler bakımından ikili bir yapı mevcut olup iş ilişkisi, bir taraftan özel hukuk, diğer taraftan kamu hukuku içerisinde düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun çalışma süreleri ile bağlantılı düzenlemeleri incelendiğinde, bunların fazla çalışmaya ilişkin olduğu, çalışma sürelerinin esas itibariyle işçinin korunması bağlamında kamu hukuku kaynağı olarak görülen İİK ve buna dayanarak çıkarılan bazı yönetmeliklerde düzenlendiği görülür. Kamu hukukuna ait bu düzenlemeler, özel hukuktan doğan borç ilişkileri bakımından da uygulama alanı bulur⁵⁰. Çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemeler de İİK ve İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelik'te⁵¹ yer alır. İİK kapsamındakiler bakımından kural olarak çalışma süresinin sistematik ve eksiksiz kaydı zorunlu olup İİK m. 46 gereği işveren, çalışma süresinin kaydına ilişkin belgeleri, ilgili kurumların kontrolü için beş yıl süreyle saklama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük bahsi geçen yönetmelik m. 73'te somutlaştırılmış olup günlük ve haftalık çalışılan süreyi, denkleştirme ve fazla çalışma süreleri varsa bu süreleri ve konularının, hafta tatili gününü ve ara dinlenme süresinin uzunluğunu ve konumunu içermesi gerekir. İlgili düzenlemelerde çalışma süresine ilişkin kaydın işveren tarafından bizzat tutulmasına ilişkin bir zorunluluktan söz edilmediğinden kaydın işçi tarafından tutulması da mümkün kabul edilir. Ne var ki bundan doğan sorumluluk hala işverenindir⁵². Bu noktada işverenin, çalışma süresine ilişkin sözleşmesel ya da yasal sınırların aşılması durumunda bunun kendisine bildirilmesini istemesi yeterli kabul edilmemekte, bu hususun işverence bizzat kontrol edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³. Genel kuralı oluşturan sistematik ve eksiksiz kayıt yükümlülüğüne aykırılık halinde ilgili Kanunda doğrudan herhangi bir yaptırım ise öngörülmüş değildir. Bununla birlikte İİK

⁴⁹ SCHLOTTFELD/HOFF, s. 532; WANK, Rn. 5.

⁵⁰ GEISER/ MULLER, s. 366.

⁵¹ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10.05.2000, SR 822.111.

⁵² MULLER/ OECHSLE, s. 852.

⁵³ MULLER/ MADUZ, s. 183.

m. 51 ve 52 yollaması ile İsviçre Ceza Kanununun⁵⁴ 292. maddesi uyarınca dolaylı yoldan para cezası söz konusudur.

İsviçre Hukukunda, yukarıda genel hatları ile açıklanan çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemeleri değiştiren, sistematik ve eksiksiz çalışma süresi kaydına istisnalar getiren yeni yasal düzenlemeler, 1 Ocak 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelikte yapılan değişiklikler neticesinde artık çalışma sürelerine ilişkin olmak üzere üç farklı belgeleme yükümlülüğünden söz edilmekte ve bu ayırım esas olarak işçilerin çalışma sürelerini belirlemedeki özerkliği dikkate alınarak yapılmaktadır. İlk olarak, çalışma sürelerini belirlemede belirli bir özerkliğe sahip olmayan ve İİK'nin çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeleri kapsamında yer alan tüm işçiler için sistematik ve eksiksiz çalışma süresi kaydı (systematische Arbeitszeiterfassung), genel kural niteliğini sürdürmektedir. İkinci olarak ise kolaylaştırılmış çalışma süresi kaydından (vereinfachte Arbeitszeiterfassung) bahsedilmektedir. Kolaylaştırılmış çalışma süresi kaydı, çalışılmış sürelerin toplam miktarı ile yani her gün için çalışılan toplam süre ile sınırlıdır. Son olarak ise çalışma süresinin kaydedilmemesi (Verzicht auf Arbeitszeiterfassung) söz konusu olabilir⁵⁵.

Günümüzde pek çok mesleki faaliyetin yer ve zaman esnekliği ile yerine getirilmesi ve işçinin önemli oranda bağımsızlığa sahip olması karşısında İsviçre doktrininde, çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin sistematik ve eksiksiz kayıt yükümlülüğü yardımıyla bu sürelerle uyulup uyulmadığının kontrolünün zor olduğu hatta uygun olmadığı dile getirilmektedir⁵⁶. Bu sorunun giderilmesi noktasında İsviçre hukukundaki en önemli değişikliği, çalışma süresinin kaydedilmemesinin mümkün kılınması oluşturur ki bunun için İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelik m.73a'da öngörülen dört şartın kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir:

- i. Çalışma süresinin kaydedilmemesi imkânı, toplu iş sözleşmesinde tanınmış olmalıdır.
- ii. İşçi, işini görürken önemli derecede bağımsızlığa sahip olmalı ve

⁵⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21.12.1937.

⁵⁵ Çalışma süresi kaydının olmadığı ya da kolaylaştırıldığı işçiler bakımından da İİK'nin çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin kurallarının geçerliliğini sürdürdüğü belirtilmelidir. Bkz. Erläuternder Bericht Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) – Arbeitszeiterfassung (Neue Artikel 73a und 73b ArGV 1: Neue Modalitäten der Arbeitszeiterfassung), s. 2.

⁵⁶ MADUZ/ SCHMID, s. 24.

çalışma süresinin çoğunu kendisi belirleyebilmelidir.

iii. İşçinin yıllık brüt kazancı, 120.000,00 CHF'den fazla olmalıdır.

iv. Çalışma süresi kaydedilmeyeceği hususu, her bir işçi ile işveren arasında ayrı ayrı ve yazılı olarak kararlaştırılmalıdır (Verzichtsvereinbarung)⁵⁷.

Yukarıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde artık İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelik m. 73/1/c,d,e ve h bendleri uygulanmayacaktır. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde çalışma sürelerinin sistematik kaydından farklı olarak işverenin çalışma süreleri, tatil süreleri ve dinlenme sürelerine ilişkin belgeleme yükümlülüğünün sona erdiği kabul edilir.

Özellikle işçinin işini görürken önemli derecede bağımsızlığa sahip olması şartı ile çalışma süresinin çoğunu kendisinin belirleyebilmesi şartından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. İsviçre öğretisinde işçinin önemli ölçüde bağımsızlığı ile ilgili olarak işçinin, kendi işini içerik olarak önemli ölçüde belirleyebilmesinin ve buna ilişkin tek başına kurallar koyabilmesi ile kaldırabilmesinin anlaşılması gerektiği ifade edilmiş,⁵⁸ proje yöneticileri gibi üst düzey çalışanlar örnek olarak gösterilmiştir⁵⁹. İşçinin “çalışma süresinin çoğu”nu kendisinin belirleyebilmesi şartı da hangi oranın esas alınacağı hususunda bir problem teşkil eder. Bununla ilgili olarak da işçinin çalışma süresinin en azından yarısını belirleme serbestisinin bulunması gerekliliğinden söz edilmektedir⁶⁰. Bunun haricinde işçinin yıllık brüt kazancına ilişkin şart bakımından 120.000,00 CHF'lik bu meblağa bonusların da dâhil olduğu ve kısmi süreli çalışmada bu miktarın orantılı olarak indirileceği ilgili düzenlemede açıkça belirtilmiştir (İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelik 73a/1/b).

Söz konusu şartların uygulamaya yansımaları ile ilgili olarak da yıllık kazanç şartını taşıyan işçilerin oranının yaklaşık %15 olduğu, bunun diğer şartları da taşıyan işçi sayısı ile birlikte değerlendirilmesi sonucu düzenlemenin kapsamında kalanların %10'un altında kabul edilebileceği belirtilmiştir⁶¹.

İsviçre hukukunda çalışma süresi kaydına ilişkin revizyonla getirilen diğer bir yenilik de İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelik m. 73b'de düzenlenen

⁵⁷ Söz konusu anlaşmanın her yıl yenilenmesi gerekmektedir (ArGV1 m. 73a/3).

⁵⁸ RUDOLPH, (2016), s. 153-154.

⁵⁹ Erläuternder Bericht, s. 4.

⁶⁰ Erläuternder Bericht, s. 4.

⁶¹ Erläuternder Bericht, s. 2.

kolaylaştırılmış çalışma süresi kayıdır. Burada sistematik ve eksiksiz bir çalışma süresi kaydı (çalışılmış süreler ile tatil ve dinlenme sürelerini de içeren) yerine sadece gün bazında çalışılmış toplam sürenin kaydı söz konusudur. Dolayısıyla ne çalışma süresinin başlangıç ve bitiş anına ne de ara dinlenmesine ilişkin bir kayıt yükümlülüğü mevcuttur⁶². Ne var ki gece çalışması ile hafta tatili çalışması varsa bunların başlangıç ve bitiş zamanlarının kaydedilmesi gerekliliği, ilgili maddede açıkça düzenlenmiştir. Kolaylaştırılmış çalışma süresi kaydı için de İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelikte birtakım şartlar öngörülmüştür. Bunlardan ilkinde göre, işçi çalışma süresinin önemli bir kısmını belirleyebilme özgürlüğüne sahip olmalıdır. “Çalışma süresinin çoğu”ndan farklı olarak “çalışma süresinin önemli bir kısmı” bakımından işçinin çalışma süresinin ¼ ünü belirleme serbestisinin bulunması gerekliliğinden söz edilmektedir⁶³. İkinci olarak kolaylaştırılmış çalışma süresi kaydının, toplu iş sözleşmesinde öngörülmesi gerekli değil ise de en azından işçi temsilcisi ya da bulunmadığı yerde işçilerin çoğunluğu ile işveren arasında yazılı olarak kararlaştırılması gerekir (kollektive Versichtsregelung). Ayrıca ilgili düzenlemede elliden az işçi bulunan işyerlerinde kolaylaştırılmış çalışma süresi kaydının, işveren ile her bir işçi arasında yazılı olarak kararlaştırılabilmesine de açıkça izin verilmiştir (İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelik m. 73b/3).

2. Çalışma Süresi Kaydına İlişkin Düzenlemeler Karşısında Güvene Dayalı Çalışma Süresi

İsviçre hukukunda gerçek ve gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi ayırımının yapılmasının temelinde çalışma süresinin kaydına ilişkin yasal düzenlemeler yatar. Sistematik ve eksiksiz çalışma süresi kaydının öngörülmesi karşısında güvene dayalı çalışma süresi için belirleyici özellik olan işverence çalışma süresinin kontrolünden vazgeçildiğinden söz etmek mümkün değildir. Çalışma süresi kaydı aracılığıyla kontrol yükümlülüğünün devam ettiği bu model ise gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi olarak adlandırılır. Ne var ki İsviçre hukukunda çalışma süresi kaydına ilişkin yapılan değişiklikler ile sistematik ve eksiksiz kayıt yükümlülüğüne getirilen istisnaya ilişkin şartları taşıyan işçiler bakımından artık gerçek güvene dayalı çalışma süresinin geçerli olarak kararlaştırılabileceği ifade edilir⁶⁴. Zira söz konusu şartları taşıyanlar bakımından çalışma süresine ilişkin herhangi bir kayıt yükümlülüğü bulunmamaktadır.

⁶² RUDOLPH, (2016), s. 158.

⁶³ Erläuternder Bericht, s. 6.

⁶⁴ MULLER/MADUZ, s. 184.

Alman hukukunda ise çalışma süresine ilişkin sistematik ve eksiksiz bir kayıt yükümlülüğü değil, sadece günlük çalışma süresinin aşılmasına bağlı bir kayıt yükümlülüğü öngörülmüştür (Alman Çalışma Süresi Kanunu m. 16/2). Çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemenin, güvene dayalı çalışma süresi bakımından kesin bir sınır teşkil ettiğinden söz edildiğine rastlanmamakla birlikte günlük çalışma süresinin aşılmasına bağlı kayıt yükümlülüğünün güvene dayalı çalışma süresinde de varlığını sürdürdüğü ifade edilir⁶⁵. Ne var ki ilgili düzenlemenin güvene dayalı çalışma süresi ile çalışanlar bakımından esnekleştirilmesi gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür⁶⁶.

Türk hukukundaki çalışma süresi kaydına ilişkin düzenleme, Alman hukukundan farklı olarak sadece haftalık (Alman hukuku bakımından günlük) çalışma süresinin aşılmasına özgülenmeyip genel nitelik taşımaktadır. Bu niteliği dolayısıyla çalışma süresinin günlük başlangıç ve bitiş anları dâhil olmak üzere bir kayıt yükümlülüğünün varlığından söz edilmelidir. Söz konusu düzenleme, bu içeriği ile gerçek güvene dayalı çalışma süresinin Türk hukuku bakımından kararlaştırılabilmesini mümkün olmaktan çıkartmaktadır. Bu noktada ancak İsviçre hukukundaki yasal değişiklikler öncesi dönem ile bir benzerlik kurulabilir ve sadece gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresine ilişkin kararlaştırmalara geçerlilik tanınabilir.

3. Çalışma Süresi Kaydına İlişkin Düzenlemeleri Dışlayan Eser Sözleşmesi Karakterli İş Sözleşmesi

Türk hukuku bakımından gerçek güvene dayalı çalışma süresinin kararlaştırılabilmesi, yasa koyucunun, en başında belirttiğimiz teknolojik ve sosyolojik gelişmeleri göz önünde bulundurarak çalışma süresine ilişkin düzenlemeleri tekrar ele alıp çalışma süresi kaydına istisna getirmesine bağlıdır. Bu noktada güvene dayalı çalışma süresinin kararlaştırıldığı sözleşmenin hukuki niteliğinin bir istisna teşkil edip edemeyeceği özel olarak değerlendirilmelidir.

Güvene dayalı çalışma süresinde, çalışma süresinin konumu ve dağılımı işçi tarafından serbestçe belirlenmekte ve işin ne kadar sürede görüldüğü yerine işin sonucu önem taşımaktadır. Esasında güvene dayalı çalışma süresi kararlaştırıldığında çoğu zaman çalışma süresine ilişkin bu parametrelerin kontrolü zaten mümkün değildir. Yine çalışma süresine ilişkin olmak üzere

⁶⁵ VOGELSANG, Rn. 33-35; SCHUREN; Rn. 36; STEFFAN, s. 1410; RICHARDI, Rn. 299.

⁶⁶ HOFF, s. 89.

“güven” ve “kontrol” kavramlarının adaptasyonunun sağlanması da pek mümkün görünmemektedir. Güvene dayalı çalışma süresine dayanan hukuki ilişkide özellikle işverenin yönetim hakkının işin sonucuna özgülenmesi, sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu noktada Alman hukukunda bir görüş, güvene dayalı çalışma süresine dayanan hukuki ilişkinin, eser sözleşmesi karakterli iş sözleşmesi (Arbeitsvertrag mit werkvertraglichem Character) olduğu ve bunun hukuki temelinin de sözleşme özgürlüğü olduğu yönündedir⁶⁷. Güvene dayalı çalışma süresine dayanan hukuki ilişki, doğrudan bir eser sözleşmesi olarak nitelenemeyecekse de başkalaşmış bir iş sözleşmesinin (modifizierte Arbeitsvertrag) varlığından söz edilir. Bu hukuki ilişkide taraf menfaatlerini gözeten çözüm ise ancak iş sözleşmesine ağırlık verilmek suretiyle sağlanabilir⁶⁸. Örneğin bu ilişkiye, eser sözleşmesindeki gibi feshin her zaman mümkün olması ve feshe karşı korumanın mevcut olmaması gibi özellikler yüklemek yerinde değildir⁶⁹.

Güvene dayalı çalışma süresine dayanan hukuki ilişkiye eser sözleşmesi karakteri kazandıran hal, çalışma süresinin konumu ve dağılımını belirlemede işçinin serbest olması, işverenin yönetim hakkını işin sonucuna özgülemesi ve bu bağlamda ne kadar çalışıldığının önemini yitirmesidir. Söz konusu hukuki ilişkinin bu niteliğinden ötürü iş sözleşmesine ait çalışma süresi kaydı düzenlemelerinin uygulanmaması yerinde görülebilir. Çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemeler her ne kadar emredici nitelikteyse de düzen hükümleri olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Gerçekten söz konusu düzenlemeler, esas itibarıyla çalışma süresine ilişkin devlet denetimini elverişli kılmaya yöneliktir. Gerek İsviçre gerekse Alman hukukundaki düzenlemelerde bunun ilgili kamu kurumunun denetimi için bir belgeleme yükümlülüğü olduğu açıktır⁷⁰. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin, işverenin devletle olan ilişkisini düzenlediğinden söz edilebilir. Bu bağlamda çalışma süresi kaydını dışlayan güvene dayalı çalışma süresine dayanan bir sözleşmenin yaratılması, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına da uygundur.

⁶⁷ COMPENSIS, s. 3091.

⁶⁸ COMPENSIS, s. 3091.

⁶⁹ COMPENSIS, s. 3091.

⁷⁰ Alman Çalışma Süresi Kanunu m. 16'nın gerekçesinde aynı husus vurgulanmaktadır. Bkz. Regierungsbegründung, BR-Drucks. 507/93 s. 91.

4. Gerçek Olmayan Güvene Dayalı Çalışma Süresinde Çalışma Süresi Kaydı ve Fazla Çalışma

Güvene dayalı çalışma süresinin kararlaştırıldığı sözleşmenin hukuki niteliği gereği, çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemeleri dışladığı kabul edilmediği takdirde Türk hukuku bakımından ancak gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresine ilişkin kararlaştırmalara geçerlilik tanınabilir.

Bu noktada en önemli sorun ise çalışma süresine ilişkin kaydın bizzat işveren tarafından tutulmasının zorunlu olup olmadığıdır. Gerek İsviçre gerekse de Alman hukukunda baskın görüş, bu kayıtların işçi tarafından tutulmasına herhangi bir engel bulunmadığı yönündedir⁷¹. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından da aynı sonuca varılması mümkündür. Zira ilgili düzenlemede kaydın bizzat işveren tarafından tutulması öngörülmüş değildir. Kanun koyucu herhangi bir şekil öngörmüş değilse de işveren, ilgili kaydın ne şekilde tutulacağı noktasında işçiyi bilgilendirmeli ve gerekli araçları (örneğin kayıt formları) sağlamalıdır. Dolayısıyla çalışma süresi kaydı işçi tarafından tutulacaksa da işveren buna ilişkin yönetsel tedbirleri almalıdır.

Özel olarak üzerinde durulması gereken bir mesele de bu hukuki ilişki bakımından fazla çalışmaya ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Kanaatimizce çalışma süresinin kaydedildiği, dolayısıyla işverenin çalışma süresine ilişkin kontrolünün devam ettiği gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresinde, haftalık çalışma süresinin aşılması halinde işçinin, fazla çalışma ücretine hak kazandığı kabul edilmelidir. Fazla çalışma ücretine hak kazanma hususundaki sınırı, hiçbir kayıt yükümlülüğünün bulunmadığı İsviçre hukukundaki gerçek güvene dayalı çalışma süresi oluşturabilir. Alman Federal Mahkemesi de güvene dayalı çalışma süresine ilişkin anlaşmanın, işverence tutulmuş olan çalışma süresi hesabına dayanan fazla çalışmanın karşılığının ödenmesine engel teşkil etmediğine karar vermiştir⁷².

Türk hukukunda Yargıtay'ın fazla çalışma ücretine ilişkin özellik arz eden bazı içtihatları söz konusudur. Yargıtay'ın çalışma süreleri anlamında "üst düzey yönetici" olarak nitelendirdiği işçilerin, fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağını içtihat ettiği görülür. Yargıtay, çalışma süreleri

⁷¹ RUDOLPH, (2005), Rn. 4; MULLER/ OECHSLE, s. 854; VOGELSANG, Rn. 35; SCHUREN, Rn. 39; EYLERT, s. 96.

⁷² BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 767/13 in NZA, 2016, s. 295. Alman öğretisindeki aynı yönde açıklamalar için bkz. SCHUREN, Rn. 31; HEXEL, Rn 161.

anlamında üst düzey yöneticiden söz edilebilmesi için onu, emir ve talimat vererek denetleyen, çalışma saatlerini belirleyen bulunmamasını aramaktadır⁷³. Dolayısıyla üst düzey yönetici işçiye çalışma süreleri üzerinde bir egemenlik tanınmıştır. İşçi, çalışma sürelerinin konumunu belirleme ve bunun iş günlerine dağıtımını konusunda tek yetkilidir; işveren veya işveren vekilleri bu konuda işçiye emir ve talimat veremez⁷⁴. Karşılaştırmalı hukukta benzer niteliği haiz işçilerin çalışma süresine ilişkin düzenlemelerin kapsamı dışında tutulduğu görülür⁷⁵. Dolayısıyla çalışma süresi kaydına ilişkin yasal düzenlemeler, onlarla güvene dayalı çalışma süresi içeren bir hukuki ilişkinin kurulmasına engel teşkil etmez. Türk hukukunda ise çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemelere istisna getirilmeden -ya da yukarıda açıklanan çalışma süresi kaydını dışlayan eser sözleşmesi karakterli iş sözleşmesi görüşü kabul edilmeden- aynı sonuca varılması mümkün değildir. Bu bağlamda fazla çalışma ücretinin ücrete dâhil olduğu haller hariç olmak üzere, fazla çalışma ücretine hükmedilmemesi yerinde değildir⁷⁶.

5. Gerçek Olmayan Güvene Dayalı Çalışma Süresinde Fazla Çalışmaya İlişkin İspat Hukuku Sorunları

HMK m. 190'daki ispat yüküne ilişkin kuralın sonucu olarak fazla çalışmaya ilişkin ispat yükü işçidedir⁷⁷. Güvene dayalı çalışma süreleri bakımından bu kuraldan ayrılmayı gerektiren bir hal yoktur. Ne var ki işverenin çalışma süresine ilişkin belgeleme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasından dolayı ispat yükü altındaki işçi bakımından delil yokluğunun söz konusu olması, ispat hukuku bağlamında değerlendirilmeye muhtaçtır. Bu bağlamda "delillerin engellenmesi"nden (Beweisvereitelung) söz edilip edilemeyeceği ve bunun sonuçları üzerinde durulmalıdır. Delillerin engellenmesi, ispat yükü altında olmayan tarafın kasti ya da ihmali davranışı ile bir delili sunabilmeyi engellemesi ya da zorlaştırması ve böylece ispat yükü altında olanı başarısızlığa uğratmasıdır. Delillerin engellenmesi, yargılamadan önce ya da

⁷³ Yarg. 22. HD, 8.1.2019, 2016/2754 E., 2019/127 K.; Yarg. 22. HD, 6.12.2018, 2016/33 E., 2018/26494 K.; Yarg. 9. HD, 25.10.2018, 2015/23923 E., 2018/19396 K.; Yarg. HGK, 29.4.2009, 2009/9-87 E., 2009/147 K. (www.kazanci.com)

⁷⁴ ASTARLI, (2011), s. 60.

⁷⁵ Alman Çalışma Süresi Kanunu m. 18/1/1'de üst düzey yöneticiler (leitende Angestellte) kanunun uygulama alanı dışında tutulmuştur. Yine İsviçre İş Kanunu m. 3/1/d ve İİK Hakkında 1 sayılı Yönetmelik m. 9'da aynı istisnaya yer verildiği görülür.

⁷⁶ Üst düzey yöneticinin, fazla çalışma ücreti alamayacağı yönündeki uygulamanın terk edilmesi veya son derece istisnai kalması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ÇİL, s. 52.

⁷⁷ SÜZEK, (2018), s. 803; ÖZDEMİR, s. 230.

sonra vuku bulabilir ve tüm ispat araçları bakımından gerçekleştirilebilir⁷⁸. Dikkat edilmesi gereken bir diğer önemli husus, kusur olmaksızın delillerin engellenmesinden söz edilemeyeceğidir⁷⁹. Delillerin engellenmesine ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde bunun hukuki sonucunun ne olacağı ise oldukça tartışmalıdır. Karşılaştırmalı hukukta gerek öğreti gerekse yüksek mahkeme içtihatlarının bununla ilgili olarak farklı sonuçlara vardığı görülür. Delillerin engellenmesinin ispat yükü, delil ikame yükü, delillerin değerlendirilmesi, ispat ölçüsü, ispat kolaylıkları ve karine bağlamında ele alındığı görülmektedir⁸⁰. Özellikle Alman Federal Mahkemesinin öğretideki görüşleri birleştirir şekilde delillerin engellenmesi halinde “ispat yükünün yer değiştirmesine kadar ispat kolaylığı”⁸¹ndan söz eden içtihatları, sorunu daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Federal Mahkemenin kullandığı ifadeden yola çıkarak öğretide, bunun ancak “delil ikame yükünün yer değiştirmesine kadar ispat kolaylığı”⁸² olarak yorumlanabileceği, ispat kolaylıkları bakımından mümkün olan son noktanın delil ikame yükünün yer değiştirmesi olabileceği ifade edilmiştir. Belgeleme yükümlülüğüne aykırılık bakımından da delil ikame yükünün yer değiştirmesine kadar ispat kolaylığının mümkün olabileceği belirtilmektedir⁸³. Türk hukukunda da delillerin engellenmesinin, ispat yükünün yer değiştirmesi sonucu doğurmayacağı; bunun delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bir mesele olduğu kabul edilir. Hâkimin, delillerin değerlendirilmesi aşamasında, dava öncesi veya dava sırasındaki taraf davranışlarını da esas alacak olması dolayısıyla ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikame imkânını kusurlu olarak ortadan kaldıran karşı taraf davranışının, onun aleyhine bir emare oluşturacağı ifade edilmektedir⁸⁴.

İsviçre hukukunda güvene dayalı çalışma süresinde kayıt yükümlülüğüne aykırılık, ispat yükünün yer değiştirmesi (Beweislastumkehr) bağlamında değerlendirilmiş ve işverenin İİK m. 46'daki belgeleme yükümlülüğünün işçiye karşı değil, ilgili kamu kurumlarına karşı olduğu, kayıt yükümlülüğüne aykırılık halinde ispat yüküne ilişkin genel kuraldan ayrılmayı gerektiren

⁷⁸ PRUTTING, (2016), Rn. 80.

⁷⁹ PRUTTING, (2016), Rn. 83.

⁸⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. PRUTTING, (2016), Rn. 85-89.

⁸¹ “Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr”. Kararlar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. PRUTTING (2017), Rn. 69.

⁸² “Beweiserleichterung bis zur Umkehr der konkreten Beweisführungsast”.

⁸³ LAUMEN, s. 3746.

⁸⁴ ATALAY, s. 127. Aynı yönde bkz. BAŞÖZEN, s. 96.

bir hal bulunmadığı ifade edilmiştir⁸⁵. Federal Mahkeme de bu görüştedir⁸⁶. İspat yükünün yer değiştirmesi, istisnai olarak sadece gerçek bir delillerin engellenmesi hali söz konusu ise kabul edilmiş, buna örnek olarak işverenin, işçinin fazla çalışmayı ispatlamasını imkânsız kılmak için mevcut çalışma süresi belgelerini derdest bir davayla ilgili olarak yok etmesi verilmiştir. Bunun dışındaki diğer tüm hallerde ve özellikle de çalışma süresine ilişkin belgelemenin hiç yapılmaması ya da eksik yapılması halinde ise ispat yükü işçinin üzerinde kalmaya devam eder⁸⁷. Diğer taraftan bu tarz ihmaller, delillerin değerlendirilmesinde (Beweiswürdigung) hâkim tarafından göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda ispat ölçüsünün düşürülmesi gerektiğinden ya da İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)⁸⁸ m. 42/2'nin uygulama alanı bulması gerektiğinden söz edilir⁸⁹. Söz konusu düzenlemede zararın miktarı tam olarak ispatlanamıyorsa hâkime, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak bu zararı belirleme yetkisi verilmiştir.

Kanaatimizce İsviçre hukukundaki görüşün ispat yükünün yer değiştirmeyeceğine ilişkin kısmı, sonuç itibariyle yerindeyse de delil ikame yükünden hiç söz edilmemesi karşısında söz konusu mefhumlar bakımından Alman hukukundaki gibi bir karışıklığa düşüldüğü söylenebilir. Bunun dışında delillerin engellenmesi, ispat kolaylıkları bağlamında ispat ölçüsünün düşürülmesini gerektirebilir ve bu bağlamda İBK m. 42/2'nin karşılığı olan TBK m. 50/2'nin kıyas yoluyla fazla çalışmanın ispatına da uygulanarak ispat ölçüsünün düşürülmesinin mümkün olduğu söylenebilir⁹⁰. İspat ölçüsünün düşürülmesi dışında Alman hukukunda kabul edildiği üzere, delillerin engellenmesinin hukuki sonucu olarak delil ikame yükünün yer değiştirmesi söz konusu olabilir. Güvene dayalı çalışma süresi özelinde işverence çalışma süresi kaydının tutulmaması, kanaatimizce -her durumda olmasa da- delil ikame yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurabilir. Zira güvene dayalı çalışma süresi modelinde kural olarak işçinin sabit yerden bağımsız iş görmesi

⁸⁵ RUDOLPH, (2016), s. 160.

⁸⁶ BGE 4C.307/2006 vom 26.3.2007 Erw. 3.1.

⁸⁷ RUDOLPH, (2016), s. 159, 160.

⁸⁸ Schweizerischen Zivilgesetzbuch - Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911.

⁸⁹ RUDOLPH, (2016), s. 160.

⁹⁰ Söz konusu düzenlemeye başvurulmasının nedeni, ispat ölçüsünün düşürülebilmesi için bunun kural olarak maddî hukuk kuralından anlaşılmasının gerekmesidir. Bkz. ATALAY, s. 45.

söz konusudur. Hal böyle iken işçi, çalıştığı süreyi ispat bakımından tanık dâhil pek çok delilden yararlanamaz konumdadır. Dolayısıyla tutulması zorunlu kayıtlar, fazla çalışmanın ispatı bakımından hayati öneme sahiptir. İşverenin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, bu model bakımından doğrudan delil yokluğuna sebep olduğundan, delillerin engellenmesinin en ileri yaptırımı olarak delil ikame yükünün yer değiştirmesini gerektirir. Söz konusu kaydın işçi tarafından tutuluyor olması ve bunun gerçekleştirilmemesi halinde ise kural olarak delillerin engellenmesinden söz etmek mümkün değildir. Ancak işverenin kontrol yükümlülüğü hala devam ettiğinden, buna aykırılık halinde yukarıda vardığımız sonuç geçerli olup delil ikame yükünün yer değiştirdiği söylenebilir.

V. SONUÇ

Esnekleşme uygulamalarına işçi bakımından yarattığı olumsuz sonuçları dolayısıyla temkinli yaklaşılmasına ilişkin geleneksel görüşlerin Türk hukuku bakımından çok fazla eleştirilmesi mümkün değildir. Zira uygulama, çoğu zaman bu görüşleri haklı çıkarmıştır. Bu da esnekleşmenin gelişmiş ülkelerde yarattığı olumlu sonuçlardan etkilenmemesi gerektiğini ortaya koymuştur. Ne var ki içinde bulunduğumuz dönem, esaslı sebeplerle esneklik ihtiyacını zorunlu kılmaktadır. Çalışma hayatı ciddi bir değişim içinde olup bir anda pek çok yeni çalışma şekli ile karşılaşmıştır. Bu değişimi yaratan faktörlerin en güçlüsü, teknoloji alanındaki hızlı ilerlemedir. Dijital dönemde birçok işin sabit bir yerden ve zamandan bağımsız olarak görülebilmesi karşısında işçinin her türlü iş için sabit çalışma süreleri ile işyerinde çalıştırılmasının beklenmesi mümkün değildir. Yine çalışma hayatının sükeleri de hızla değişmektedir. Önceki kuşağın çalışma yaşamındaki yerini, Y kuşağı olarak adlandırılan teknolojiyi iyi kullanabilen, iş ve hayattan beklentileri oldukça farklı olan grubun üyelerine bırakması karşısında işverenlerin, işletmesini ve burada uyguladığı çalışma koşullarını artık çalışanların bu niteliklerine uygun olarak adapte etmesi gerektiği ortadadır. Bu gelişmelere sözleşme özgürlüğü sınırlı bir ölçüde cevap verebilmekte olduğundan hukuk politikasını harekete geçirme ihtiyacı açıkça hissedilmektedir.

Çalışma hayatında yaşanan gelişmelerin etkilediği en önemli alanlardan biri çalışma süreleridir. Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi uzun zamandan beri ele alınmakta olup 4857 sayılı İş Kanununda da buna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ne var ki mevcut düzenlemelerin ihtiyaçlara cevap verebilir olup olmadığı tartışmalıdır. Bununla birlikte yasal düzenlemelerin genel yapısı

da bu esneklik gereksinimine engel teşkil edebilmektedir. Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi bağlamında en ileri model olarak nitelendirilebilecek güvene dayalı çalışma süreleri de bu hususlar göz önünde bulundurularak çalışmanın konusu olarak seçilmiştir. Karşılaştırmalı hukukta bu modelin ne şekilde ele alındığı ve özellikleri ortaya konularak Türk hukukunda uygulama alanı bulup bulamayacağı incelenmiştir. Sonuç bağlamında aşağıdaki görüşlere yer verilerek bazı önerilerde bulunulması uygun görülmüştür:

-Çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemeler karşısında hukukumuz bakımından da bu modelin İsviçre hukukuna benzer şekilde gerçek ve gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi olarak ayrılması yerindedir.

-Gerçek güvene dayalı çalışma süresine dayanan hukuki ilişkiye geçerlilik tanınması için çalışma süresi kaydına ilişkin düzenlemeler tekrar ele alınmalıdır. Çalışma süresine ilişkin kayıt yükümlülüğü kural olarak belirlenip buna aykırılık idari para cezası yaptırımına bağlandıktan sonra kayıt yükümlülüğünün istisnaları açıkça düzenlenmelidir. İstisna kapsamı belirlenirken en önemli şartları, işçinin çalışma süresini belirlemede bağımsızlığa sahip olması ile ücret seviyesi oluşturmaktadır.

-Mevcut yasal düzenlemeler karşısında gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresinin ise Türk hukuku bakımından uygulama alanı bulmasına bir engel yoktur. Yine bu modelde çalışma süresi kaydının işçi tarafından tutulması da mümkün kabul edilmelidir.

-Gerçek olmayan güvene dayalı çalışma süresi kararlaştırıldığında haftalık çalışma süresinin aşılması kural olarak fazla çalışma ücretine hak kazanılması sonucunu doğurur. Güvene dayalı çalışmanın özelliklerinden kaynaklanan ispat sorunları, işverenin belgeleme yükümlülüğüne ilişkin düzenleme vasıtasıyla aşılmalıdır. Söz konusu kayıtların işveren tarafından tutulmaması ya da işçi tarafından tutulacaksa bunun kontrolünün gerçekleştirilmemesi, delil ikame yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

ASTARLI, Muhittin: **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008. (ASTARLI, (2008))

ASTARLI, Muhittin: “Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Süreleri ve Fazla

- Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış)”, **Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul, 2011, s. 53-70. (ASTARLI, (2011))
- ATALAY, Oğuz: **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.
- BAECK, Ulrich/ DEUTSCH, Markus: **ArbZG-Arbeitszeitgesetz**, 3. Aufl., 2014.
- BAŞÖZEN, Ahmet: **Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- BAYCIK, Gaye: “Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan (Özel Sayı), s. 223-262.
- BUSCHMANN, Rudolf/ ULBER, Jürgen: **Arbeitszeitgesetz**, 7. Aufl., 2011.
- COMPENSIS, Ulrike: “Vertrauensarbeitszeit – arbeitnehmerbestimmte Arbeitszeit (auch) im Arbeitgeber Interesse”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, Heft 43, 2007, s. 3089-3093.
- ÇİL, Şahin: “İş Kanunu Kapsamında Çalışma ve Dinlenme Süreleri”, **Yargıtay Kararları Işığında İnşaat Sektöründe İş Hukuku Uygulamaları Semineri - 15.12.2018 (İstanbul)**, s. 42-66.
- DOĞAN YENİSEY: Kübra, **İş Hukukunun Emredici Yapısı**, Beta, İstanbul, 2014.
- DOĞAN, Sevil: **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin, Ankara 2016.
- DULAY, Dilek: **Türk İş Hukukunda Evde Çalışma**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- EKONOMİ, Münir: “Türk İş Hukuku’nda Esnekleşme Gereği”, **Çalışma Hayatında Esneklik**, Çeşme Altın Yunus, 27-31 Ekim 1993, İzmir, s. 55-79.
- EYLERT, Mario: “Arbeitszeitschutz durch den Betriebsrat?”, **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - Beilage (NZA-Beilage)**, 2017, s. 95-101.
- EYRENCİ, Öner: “İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku”, **Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı**, Ankara, 1993, s 227-242.

- GEISER, Thomas/ MÜLLER, Roland: **Arbeitsrecht in der Schweiz**, 3. Aufl., 2015.
- GUNTHER, Jens/ BOGLMULLER, Matthias: “Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution”, **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)**, 2015, s. 1025-1031.
- HEXEL, Christoph: **Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht**, 4. Aufl., 2017.
- HOFF, Andreas: “Vertrauensarbeitszeit und Arbeitszeitgesetz”, **Personalführung**, 12/2012, s. 88-89. (https://www.dgfp.de/hr-wiki/Vertrauensarbeitszeit_und_Arbeitszeitgesetz.pdf, erişim: 10.06.2019)
- LAUMEN, Hans-W.: “Die “Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr” – Ein beweisrechtliches Phänomen”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)**, 2002, s. 3739-3746.
- MADUZ, Christian/ SCHMID, Oliver: “Revision der Arbeitszeiterfassung – Analyse der Rechtmässigkeit von Art. 73a und 73b ArGV 1”, **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)**, 2016, s. 23-30.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: **İş Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- MULLER, Roland A.: **ArG- Kommentar Arbeitsgesetz**, 7. Aufl., Zürich 2009. (MULLER, (2009))
- MULLER, Roland A.: “Was ist Arbeitszeit?”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV)**, 153/2017, s. 453-477. (MULLER, (2017))
- MULLER, Roland A./ MADUZ, Christian: **Kommentar ArG**, 8. Aufl., 2017.
- MULLER, Roland A./ OECHSLE, Thomas: “Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung”, **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)**, 2007, s. 847-855.
- N. GODART, Olivier/ GORG, Holger/ HANLEY, Aoife: “Trust-based Work Time and Product Improvements: Evidence From Firm Level Data”, **Kiel Working Paper No: 1913**, 2014. (https://www.ifw-kiel.de/fileadmin/Dateiverwaltung/IfW-Publications/Olivier_N._Godart/trust-based-work-time-and-product-improvements-evidence-from-firm-level-data/)

KWP_1913.pdf, erişim: 28.5.2019)

ÖZDEMİR, Erdem: **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları**, Beta, İstanbul, 2006

ÖZVERİ, Murat: “Güvencesizliğin Hukuku: Esneklik”, **Sarper Süzek’e Armağan**, C. I, s. 277-295.

PLETKE, Matthias/ SCHRADER, Peter/ SIEBERT, Jens/ THOMS, Tina/ KLAGGES, Rhea-Christina: **Rechtshandbuch Flexible Arbeit**, 2017.

PRUTTING, Hanns: **Arbeitsgerichtsgesetz Kommentar**, 9. Aufl., 2017. (PRUTTING, (2017))

PRUTTING, Hanns: **Münchener Kommentar zur ZPO**, 5. Aufl., 2016. (PRUTTING, (2016))

RAIF, Alexander/ NANN, Philipp: “Arbeitsrecht 4.0 – Möglichkeiten und Hürden in der digitalen Arbeitswelt”, **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)**, 2016, Heft 11, s. 221-224.

REICHOLD, Hermann: “Zeitsouveränität im Arbeitsverhältnis: Strukturen und Konsequenzen”, **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)**, 1998, s. 393-400.

RICHARDI, Reinhard: **Betriebsverfassungsgesetz**, 16. Aufl., 2018.

RUDOLPH, Roger: “Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassungspflicht”, **Aktuelle Juristische Praxis (AJP)**, 2016, s. 145-160. (RUDOLPH, (2016))

RUDOLPH, Roger: **Arbeitsgesetz - Handkommentar**, 2005. (RUDOLPH, (2005))

SCHLOTTFELD, Christian/ HOFF, Andreas: “Vertrauensarbeitszeit und arbeitszeitrechtliche Aufzeichnungspflicht nach § 16 II ArbZG”, **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)**, 2001, s. 530-533.

SCHUREN, Peter: **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht**, 4. Aufl., 2018.

STEFFAN, Ralf: “Arbeitszeit(recht) auf dem Weg zu 4.0”, **Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)**, 2015, s. 1409-1417.

SÜZEK, Sarper: “Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği”, **Sicil İş**

Hukuku Dergisi, Sa. 14, 2009. (SÜZEK, (2009))

SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2018. (SÜZEK, (2018))

TUNCAY, A. Can: “İşin Düzenlenmesi Bakımından Esnekleşme, Türk Mevzuatının Durumu ve Uygulama Sorunları”, **Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri – İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2000 Yılı Ekim Toplantısı**, İstanbul, 2002, s. 151-179.

ULUCAN, Devrim: “Esneklik İhtiyacı ve İş Hukukunun İşçiyi Koruma İşlevi”, **Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul, 2005, s. 203-217.

VOGELANG, Hinrich: **Arbeitsrechts-Handbuch (Schaub)**, 17. Aufl., 2017.

WANK, Rolf: **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 19. Aufl., 2019.

YILDIZ, Gaye Burcu: “Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, **Sarper Süzek’e Armağan**, C. I, s. 203-231.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

ANAYASA MAHKEMESİNİN KAMU TÜZEL KİŞİLERİNE YÖNELİK BİREYSEL BAŞVURU YASAĞINA YAKLAŞIMI: ÇELİŞEN İKİ YÖNTEM VE GEREKÇE

Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*

ÖZ

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle “herkese” tanınan bireysel başvuru hakkının, 2011 yılında kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile kamu tüzel kişileri tarafından kullanılamayacağı hükmüne bağlanmıştır. 6216 sayılı Kanunda yer alan kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapamayacaklarına ilişkin hüküm hem norm denetimi, hem de yasağa rağmen yapılan bireysel başvurular üzerine birçok kez Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi norm denetiminde söz konusu yasağı Anayasaya uygun bulmuş ve bireysel başvurularda bu yasağı dikkate almıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu yasağa ilişkin sergilediği istikrarlı ve tutarlı tavrı kararlarında kullandığı yorum yönteminde ve gerekçede gösterememiştir. Norm denetiminde kullandığı yorum yöntemi ve ret gerekçesi ile bireysel başvurular üzerine verdiği kararlarda kullandığı yorum yöntemi ve gerekçe çelişmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Başvuru Hakkı, Kamu Tüzel Kişileri, Amaçsal Yorum, Lafzi Yorum, Dinamik Yorum

THE CONSTITUTIONAL COURT’S APPROACH ON THE PROHIBITION OF INDIVIDUAL APPLICATION FOR PUBLIC LEGAL ENTITIES: TWO CONFLICTING METHODS AND JUSTIFICATIONS

ABSTRACT

With the constitutional amendments of 2010, individual application right has been adopted for “everyone” in Turkey. But this right is prohibited for public legal entities with Law on Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court adopted in 2011. The provision stating that public legal entities cannot make individual applications has been brought before the Constitutional Court, once by constitutionality review and many times by individual applications. The Constitutional Court found this provision constitutional and took this prohibition into account in individual applications. However the Constitutional Court has not been able to demonstrate its consistent and insistent attitude regarding this prohibition in its interpretation method and justification. The interpretation method and the justification of rejection used in

* **Doç.Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi **e-posta:** yasar.salihpasaoglu@hbv.edu.tr
ORCID: 0000-0002-3370-9951
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637949

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 04/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/10/2019

the constitutional review and the interpretation method and the justification used in the individual applications contradict each other.

Key Words: *Individual Application Right, Public Legal Entity, Teleological Interpretation, Grammatical Interpretation, Dynamic Interpretation*

I. GİRİŞ

Almanya’da “anayasa şikayeti” (Verfassungsbeschwerden/constitutional complaint), Latin Amerika ülkelerinde ve İspanya’da “koruma başvurusu” (amparo) olarak isimlendirilen bireysel başvuru, kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, bu ihlal ya da ihlallere karşı diğer yolların etkisiz ve sonuçsuz kalması durumunda, son bir çare olarak, sorunu Anayasa Mahkemesine götürmesine olanak verilmesidir.¹ İsimlendirilmesi, kullanılması ve kapsamı bakımından farklılık göstermekle birlikte birçok ülkede kişilere belli koşullar altında bu yol tanınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin iş yükünün azaltılabilmesi için böyle bir yolun iç hukukta tanınmasının gerekli olduğu yönündeki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) Sayılı Tavsiye Kararından² sonra konu Türkiye’de de yoğun şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Nihayet 07.05.2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile söz konusu müessese “bireysel başvuru” adıyla³ hayata geçirilmiştir.

Anayasanın “herkese” tanıdığı bu hakkın, 2011 yılında kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile “kamu tüzel kişileri” tarafından kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hüküm norm denetimi ve yasağa rağmen yapılan bireysel başvurular üzerine birçok kez Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi norm denetiminde bu yasağı Anayasaya uygun bulmuş, bireysel başvurularda ise bu yasağa göre hareket etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu yasağa ilişkin sergilediği istikrarlı ve tutarlı tavrını

¹ ANAYURT, (2018), s.689.

² Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004(6) sayılı Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e> erişim 11.09.2019.

³ Bu yol için 1982 Anayasasının tercih ettiği “bireysel başvuru” adı eleştirilmektedir. Bunun yerine önerilen isimlerden biri Alman hukukundaki “anayasa şikayeti”dir. Bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. ŞİRİN, s.5-10.

kararlarında kullandığı yorum yönteminde ve gerekçede gösterememiştir. Norm denetiminde kullandığı yorum yöntemi ve ret gerekçesi ile bireysel başvurular üzerine verdiği kararlarda kullandığı yöntem ve gerekçe çok açık bir çelişki arz etmektedir.

II. KAMU TÜZEL KİŞİLERİNE YÖNELİK BİREYSEL BAŞVURU YASAĞININ DAYANAĞI

07.05.2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen 5982 sayılı *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* ile 1982 Anayasasının çeşitli maddelerinde değişiklik yapılmış ve geçici maddeler eklenmiştir.⁴ Anayasanın 175. maddesi gereği 12.09.2010 tarihinde halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun %57.88 oy oranı ile kabul edilmiş, buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulunun kararı 23.09.2010 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.⁵ Söz konusu değişiklikle Anayasanın 148. maddesine “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” hükmü eklenerek “bireysel başvuru hakkı” kabul edilmiştir.

Madde metninde kullanılan dil, anayasa koyucunun bu hakkı istisnasız “herkese” tanıdığı şeklinde anlaşılmaya elverişlidir. Başka bir ifadeyle Anayasa, bu hakkın “herkes” tarafından kullanılabilmesi ve istisnası konusunda kanun koyucuya bir takdir hakkı tanımadığı izlenimi vermektedir. Ancak 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun*⁶ “bireysel başvuru hakkına sahip olanlar” başlığını taşıyan 46. maddesi ile Anayasanın kullandığı bu dilin aksine çeşitli sınırlamalar getirilmiş, kimlerin bireysel başvuruda bulunabileceği ve kimlerin bireysel başvuruda bulunamayacağı açıkça düzenlemiştir. Buna göre;

(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir. (2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir. (3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz.

⁴ Resmî Gazete, T. 13.05.2010, S. 27580.

⁵ Resmî Gazete, T. 23.09.2010, S. 27708.

⁶ Resmî Gazete, T. 03.04.2011, S. 27894.

Görüldüğü üzere 6216 sayılı Kanununun 46. maddesinin 2. fıkrasına göre kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunmaları açıkça yasaklanmıştır. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı* ile *Anayasa Komisyonu Raporunda* yer alan⁷ ve daha sonra madde gerekçesine dönüşen açıklamada bu yasak şöyle izah edilmiştir: “Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlâllerine karşı tanınan bir yol olması nedeniyle, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmamaktadır.”⁸

III. YASAĞA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ KARARI

6216 sayılı Kanunda yer alan birçok ibare ve düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen maddelerden biri de Kanunun “bireysel başvuru hakkına sahip olanlar” başlığını taşıyan 46. maddesinin 2. fıkrasının “kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz” hükmünü içeren birinci cümlesi olmuştur. Anayasanın 148. maddesinde herhangi bir istisna öngörülmezsizin herkesin bireysel başvuruda bulunabileceğinin ifade edildiği, bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesinin kanun koyucuya bu konuda istisna getirme hakkı vermeyeceği, aksi bir düzenlemenin Anayasanın bireysel başvuru hakkını düzenleyen 148. maddesine aykırı olacağı ileri sürülmüştür. Aynı şekilde, söz konusu yasağın, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen ve hiçbir ayırım gözetmezsizin “herkese” tanınan “hak arama hürriyeti” ile çeliştiği ifade edilmiştir.⁹

Anayasa Mahkemesi kamu tüzel kişilerine yönelik bu yasağı, aşağıda belirtilen yöntemle incelemiş ve yine aşağıda belirtilen gerekçelerle de Anayasaya uygun bulmuştur.

A) Anayasa Normu Nesnel Amaçsal (Teleolojik) Yöntemle Yorumlanmalıdır

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruyu düzenleyen Anayasanın 148. maddesine aykırılık iddiasını değerlendirirken öncelikle Anayasanın ilgili

⁷ <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>> erişim 15.09.2019.

⁸ <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0993.pdf>> erişim 15.09.2019.

⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, E. 2011/59, K. 2012/34, K.T. 01.03.2012. <<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bae8fd21-ec86-466c-b2df-159dc30b15ee?excludedeGerekce=False&wordsOnly=False>> erişim 18.09.2019.

maddesinin lafzi olarak yorumlandığında, bireysel başvuru hakkının herkese tanındığı şeklinde anlaşılabilirliğini belirtmiştir. Kararda kullandığı "...148. maddesinde bireysel başvuruda bulunma hakkı herkese tanınmış bir hak olarak gözükmekle birlikte..." ifadesi bunun açık göstergesidir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu ifadeden hemen sonra "...Anayasa'da yer alan 'herkes' ibaresinin kapsamında aynı zamanda kişilerin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bazı kısıtlamaları da içinde barındırdığının, kabulü gerekir." diyerek lafzi yorum yöntemini kullanmayacağını, kişinin niteliğinden, başka bir ifadeyle eşyanın tabiatından hareketle amaçsal yorum yöntemini kullanarak aykırılık iddiasını değerlendireceğini ortaya koymuştur.

Kökleri Roma Hukukuna dayanan amaçsal yorumda normun sözü değil, mantığı ve amacı esas alınmaktadır. Latince "telos" ile ifade edilen amaç, niyet ya da hedef ile kastedilen normun dayandığı temel anlayıştır.¹⁰ Amaçsal yorum, kendi içinde, normu yapanların güttüğü amacı ortaya çıkarmaya çalışan "öznel amaçsal yorum" ve bu amacı aşarak normun nesnel amacını ortaya koymayı hedefleyen "nesnel amaçsal yorum" olmak üzere ikiye ayrılır.¹¹ Bununla birlikte amaçsal yorum ile özdeşleşen, nesnel amaçları saptamak üzere "eşyanın tabiatı", "normun ruhu", "normun amacı", "somut gerçeklik" gibi çeşitli ölçütleri kullanan nesnel amaçsal yorumdur.¹² Nitekim Anayasa Mahkemesi bu kararında bahsi geçen ölçütlerden "eşyanın tabiatı" ölçütünü kullanacağını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, norm denetimi yaparken eşyanın tabiatına önem ve öncelik veren nesnel amaçsal yorum yöntemini kullanmasında herhangi bir sakınca yoktur. Hatta bu yorum yönteminin normun statik yapısı ile hayatın dinamik gerçekliği arasındaki çelişkiyi ortadan kaldırma potansiyeline sahip olduğu da söylenebilir. Ancak bir yere kadar makul görülebilecek olan bu yorum yönteminde aşırıya gidilmesi durumunda çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri; eşyanın tabiatı, somut gerçeklik, normun ruhu ve amacı gibi içeriği belirsiz kavramlara uygulamacıların yükleyeceği anlama göre ortaya çıkacak olan farklı çözümlerin hukukta birlik, ahenk ve uyumu bozmasıdır.¹³ Bir diğeri ise bu yorum yönteminin yargı organının yasama organının yerine geçmesine ve yargısal aktivizme neden olma potansiyeli

¹⁰ ODER, 2010, s.102-103; SÖZER, s.80-81.

¹¹ IŞIKTAÇ/METİN, 2013, s.201-209; ODER, s.104.

¹² GÜRİZ, (1994), s.56; ODER, s.104; SÖZER, s.80 vd.

¹³ GÜRİZ, (1996), s.59; ANAYURT, (2019), s.276; IŞIKTAÇ/METİN, s.207.

barındırmasıdır.¹⁴ Çünkü normun lafzı tamamen bertaraf edilerek, eşyanın tabiatı, somut gerçeklik, normun ruhu ve amacı esas alınarak yapılacak yorumda bazen normun metnine, bünyesinde bulunmayan bir ekleme yapılmaktadır.¹⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesinin *oybirliği* ile vermiş olduğu bu ret kararında amaçsal yorumun kullanımında korkulan şey gerçek olmuş, yargı, anayasa koyucunun yerine geçmiş, Anayasanın 148. maddesinin “Kamu tüzel kişileri hariç herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” şeklinde anlaşılacağını ortaya koymuştur. Başka bir ifadeyle bu kararlar yargı organı anayasa koyucunun yerine geçerek Anayasanın 148. maddesinin metnine normun bünyesinde yer almayan “kamu tüzel kişileri hariç” ibaresini eklemiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı hem anayasa koyucunun, hem de amaçsal yorumun amacıyla çelişmektedir. Nitekim Anayasa koyucu “herkes” ibaresini kullanarak bu hakkın kullanımı için herhangi bir istisna koymak istememiştir. Anayasa koyucunun tercihi aksi yönde olsaydı “herkes” ibaresini kullanmaz, onun yerine AİHS’nin 34. maddesindeki gibi “gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları” gibi bir ifadeyi tercih ederdi. Madde gerekçesinde de anayasa koyucunun, bu konuda istisna getirmek istediğine dair en ufak bir ima yoktur. Bununla birlikte normun amacı ile lafzı her zaman aynı şeye işaret etmeyebilir. Başka bir ifadeyle normun lafzına uygun hareket edilmesi, normla ulaşılmak istenen amaçtan uzaklaşılmasına neden olabilir.¹⁶ Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, normu yorumlarken bazen anayasa/yasa koyucunun amacından ziyade normun amacını dikkate alır; bunun için de normun konulduğu tarihsel koşullara göre değil, somut gerçekliğe, eşyanın tabiatına ve zamanın ihtiyaçlarına göre nesnel amaçsal yorum yapar. Ancak bunun için söz konusu ölçütlerin somutlaşmasına dayalı akılcı, tutarlı, insan hakları ve hukukun genel ilkeleriyle uyumlu bir yöntem kullanılmalıdır.¹⁷ Bu nedenle nesnel amaçsal yorum yönteminin, özellikle insan hakları alanında hoş görülebilmesi hak ve özgürlüğün alanını genişletmesi ya da hak ve özgürlüğe yönelik sınırlamanın daraltılması durumunda mümkündür. Hukukun genel

¹⁴ RASMUSSEN, s.62; ANAYURT, (2019), s.276-277.

¹⁵ SÖZER, s.94.

¹⁶ SÖZER, s.79.

¹⁷ ODER, s.106. SEROZAN’a göre “telos”un kapsamına giren değerlerden biri de *insan haklarının korunmasıdır*. Bkz. SEROZAN, s.106.

ilkelerinden olan *özgürlükler lehine yorum ilkesi (in dubio pro libertate/ özgürlük karinesi)*, özgürlüğün esas sınırlamanın istisna olduğu anlamına gelir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler yorumlanırken, temel hakların norm alanını genişletecek ve güçlendirecek bir anlayışın benimsenmesini gerektirmektedir.¹⁸ Kendisi bizatihi bir insan hakkı olmasa da, insan hak ve özgürlüklerinin korunması için hayati öneme haiz bir mekanizma olan *bireysel başvuru hakkı*¹⁹ için de benzer bir yaklaşımın sergilenmesi bu yorum yönteminin amacına daha uygundur. Oysa Anayasa Mahkemesi bu kararında tam tersi bir tutum takınmış, Anayasada, herkese tanınan bir hakkın kullanımına ilişkin olarak kanun koyucu tarafından getirilen istisnayı, bu hakkı kullanacak kişilerin niteliğinden hareketle Anayasaya uygun görerek hak ve özgürlüğün alanını daraltmıştır. Böylece nesnel amaçsal yorum yönteminin amacıyla çelişen bir sonuca ulaşmıştır.

B) Anayasa Normu Yorumlanırken Kişilerin Niteliği Dikkate Alınmalıdır

Kamu tüzel kişilerine yönelik bireysel başvuru yasağının Anayasaya aykırı olduğu iddiasını değerlendiren Anayasa Mahkemesine göre, kamu gücü kullananlara karşı, ona maruz kalanların temel hak ve özgürlüklerini korumak için getirilmiş bir müesseseden, kamu gücü kullanan kamu tüzel kişilerinin de yararlanması eşyanın tabiatına, bireysel başvurunun amacına ve niteliğine aykırıdır. Bu nedenle Anayasanın lafzında belirtilmese de maddede yer alan “herkes” ibaresi kişilerin niteliğinden kaynaklanan bazı kısıtlamaları içinde barındırmaktadır. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa “herkes” ibaresiyle “herkesi” kastetmemektedir. Kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanma niteliği onların bireysel başvuruda bulunmalarına engeldir.

Gerçekten de kamu tüzel kişilerinin bir taraftan kamu gücü kullanıp işlem ve eylemlerde bulunmaları, diğer taraftan bu işlem ve eylemler nedeniyle temel hak ve özgürlükleri ihlal edildiği iddiasında bulunmaları çelişkidir. Aynı şekilde bir kamu tüzel kişisi tarafından kullanılan kamu gücü nedeniyle, kamu gücü kullanma yetkisine sahip bir başka kamu tüzel kişininin

¹⁸ EREN, s.265.

¹⁹ Bireysel başvuru, ancak maddi bir hakla kullanılabilen usuli bir haktır. Onun bu özelliği *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*da açıkça ifade edilmiştir. Kanunun 45.maddesinin başlığı “Bireysel başvuru hakkı”, 46.maddesinin başlığı ise “Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar”dır. Aynı şekilde söz konusu Kanunun 51 ve 60. maddelerinde bireysel başvuru hakkının açıkça kötüye kullanılmasından ve bu hakkı kötüye kullananlara uygulanacak yaptırımdan bahsedilmektedir. Bkz. EREN, s.234.

temel hak ve özgürlükleri ihlal edildiği iddiasıyla şikâyetle bulunması, devlet organlarının kendi içindeki çatışma ya da fikir ayrılığını bireysel başvuruya konu etmeleri anlamına gelecektir.²⁰ Bu nedenle, kamu tüzel kişilerine yönelik, kategorik olmamak kaydıyla böyle bir yasağın getirilmesi anlaşılabilir niteliktedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin(AİHS) 34. maddesinde yer alan “gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkemeye başvurabilir” ifadesi benzer nitelikte bir yasağa işaret etmektedir. Bununla birlikte söz konusu yasak kategorik nitelikte olmayıp, kapsamı *özerk kavramlar doktrini* çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) tarafından belirlenmektedir.²¹ Bu açıdan bakıldığında, Türkiye’de kamu tüzel kişilerinin kural olarak bireysel başvuru yapmalarını yasaklayan bir normun varlığı sorun değildir. Sorun Anayasanın herkese tanıdığı bir hakkın, kategorik bir yasak getirilerek kamu tüzel kişileri açısından kanun eliyle geri alınması ve bu durumun kişilerin niteliği gerekçe gösterilerek Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya uygun görülmesidir.

Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişilerine yönelik bu yasağın, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmünü içeren Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğu iddiasını da benzer bir gerekçeyle reddetmiştir. Bireysel başvurunun, Anayasanın 36. maddesinde ifadesini bulan genel hak arama hürriyetine göre daha özel, istisnai ve ikincil bir hak arama yolu olduğunu, bu nedenle 36. maddede yer alan “herkes” ibaresi ile 148. maddede yer alan “herkes” ibaresini her iki maddede düzenlenen hak arama yollarının niteliği dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesine göre, kamu tüzel kişileri Anayasanın 36. maddesinde yer alan “herkes” ibaresine dahilken, yine aynı Anayasanın 148. maddesinde yer alan “herkes” ibaresine dahil değildir.

²⁰ Benzer değerlendirmeler içeren Karşı Görüş için bkz. Anayasa Mahkemesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu, Birinci Bölüm, 2013/1430, 21.11.2013.

²¹ AİHM, Sözleşmenin 34. maddesi ile bireysel başvuru yapıları engellenen hükümet kuruluşlarını (governmental organisations) tespit ederken, söz konusu kuruluşun mevzuatında onun nasıl tanımlandığına değil, onun yasal statüsüne, bu statünün ona verdiği haklara, gerçekleştirdiği faaliyetin niteliğine, faaliyetin hangi bağlamda gerçekleştirildiğine ve siyasi otoritelerden bağımsızlık derecesine bakmaktadır. Bkz. The Holy Monasteries v. Greece, 13092/87, 13984/88, 09.12.1994, § 49; Radio France and Others v. France, 53984/00, 23.09.2003, § 26; Österreichischer Rundfunk v. Austria, 57597/00, 25.05.2004; Kotov v. Russia, 54522/00, 03.04.2012, § 93. Mahkemenin bu yöndeki başka kararları ve yaklaşımı için bkz. European Court of Human Rights, Practical Guide on Admissible Criteria, Updated on 30 April 2019, <https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf> erişim 20.09.2019.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi tıpkı 148. maddeye aykırılık iddiası gibi, 36. maddeye aykırılık iddiasına da lafzi yorumdan kaçınarak, kişilerin ve hakların niteliğini, başka bir ifadeyle eşyanın tabiatını dikkate alarak nesnel amaçsal yorum yaparak reddetmiştir. Özetle Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 148. maddelerinde yer alan “herkes” ibarelerinin “herkesi” kapsamadığını, gerek kişilerin, gerekse hakların niteliğinden kaynaklanan birtakım sınırlamaları içinde barındırdığını ileri sürmüştür.

IV. YASAĞA RAĞMEN YAPILAN BİREYSEL BAŞVURULARA ANAYASA MAHKEMESİNİN YAKLAŞIMI

6216 sayılı Kanunun açıkça yasaklamasına ve bu yasağın Anayasaya uygun bulunmasına rağmen bazı kamu tüzel kişileri Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Büğdüz Köyü Muhtarlığı, Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası, Ballıdere Belediye Başkanlığı, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Çavuş Köyü Muhtarlığı, Demirdöven Köyü ve Diğerleri, Yanıkçukur Köyü, Ankara Barosu, Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği başvuruları buna örnek olarak verilebilir.

Anayasa Mahkemesi bu başvuruları denetlerken öncelikle başvuranın kamu tüzel kişisi olup olmadığına karar vermektedir. Bu tespiti yaparken norm denetiminde uygulamaktan kaçındığı lafzi yorum yöntemini kullanması ise dikkat çekicidir.

A) Kamu Tüzel Kişiliği Niteliği Lafzi Yöntemle Tespit Edilmelidir

Anayasanın 123. maddesinde “Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” hükmü yer almaktadır. Hükmün 2017 Anayasa değişikliğinden önceki hali ise “Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur” şeklindeydi. Bu hükme göre kurulmak zorunda olan kamu tüzel kişiliğinin varlığının tespiti için Anayasa Mahkemesi lafzi yorum yöntemine uygun olarak öncelikle ilgili mevzuattaki lafzı, yani nitelendirmeyi esas almaktadır. Nitekim bazı kurumların bu niteliği Anayasanın ilgili hükmünde, kuruluş kanununda ya da idarenin düzenleyici işleminde açıkça belirtilmektedir.

Anayasada kamu tüzel kişisi olduğu açıkça belirtilen yapılardan ilki Devlettir. Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan “Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri”(m.82), “Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin”(m.82), “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin”(m.47, 128) gibi ifadeler bir kişi topluluğu olarak Devletin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğunu

göstermektedir. Devlet her şeyden önce yasama, yürütme ve yargı organlarını bünyesinde barındırmaktadır. Bu açıdan ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan bu organların işlem ve eylemleri Devlet tüzel kişiliği adına yapılmaktadır.²² Bu organlardan yürütme içinde düzenlenen, “merkezi idare” ve “yerinden yönetim kuruluşları” kamu tüzel kişiliği bakımından önem arz etmektedir. Başkent teşkilatı, taşra teşkilatı ve bunlara bağlı çeşitli kuruluşlarla birlikte tek bir tüzel kişiliği ifade eden merkezi idare kendi görev alanları itibariyle devlet tüzel kişiliği adına işlem ve eylemler yapmaktadırlar.²³ Bu nedenle Anayasa Mahkemesine göre bunlar kamu tüzel kişiliği Anayasada belirtilen kurum ve kuruluşlar arasında yer alır ve bu nedenle bireysel başvuru hakları yoktur. Yerinden yönetim kuruluşları ise yer yönünden ve hizmet yönünden olmak üzere iki çeşittir. “Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları”na Anayasamız “mahallî idareler” (m.127) demektir ve Anayasamıza göre il, belediye ve köy halkının mahalli ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulan mahalli idarelerin kamu tüzel kişilikleri vardır.

Kamu tüzel kişisi kavramı içinde merkezi idare birimlerinin yanında, mahalli idareler de girmektedir. Bu açıdan mahalli idareler üzerindeki idari vesayet denetiminin geniş veya dar olmasının ya da ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi yoktur.²⁴

Aynı şekilde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında yer alan “yükseköğretim kuruluşları ve üst kuruluşları” (m.130-132), “TRT” (m.133), “Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu” (m135) ve “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” (m.135) Anayasamızda düzenlenen kamu tüzel kişiliğine sahip kurum ve kuruluşlardır.

Elbette kamu tüzel kişilerinin tamamının kamu tüzel kişiliği niteliği Anayasada sayılmış değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kamu tüzel kişilerinin bir kısmının bu nitelikleri kuruluş kanunlarında ya da idarenin düzenleyici işlemlerinde belirtilmiştir. Yükseköğretim Kurulu²⁵, Yüksek

²² ÇAĞLAYAN, s.378, ANAYURT, (2018), s.256-257.

²³ ÇAĞLAYAN, s.379.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Büğdüz Köyü Muhtarlığı Başvurusu, 2012/22, 25.12.2012, § 26; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Ballıdere Belediye Başkanlığı Başvurusu, 2012/1327, 12.02.2013, § 16; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Çavuş Köyü Muhtarlığı Başvurusu, 2013/4291, 09.09.2015, §.23.

²⁵ “Yükseköğretim Kurulu, ...kanunla kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde özerkliğe ve **kamu tüzel kişiliğine sahip**, bir kuruluştur.” Bkz. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.6/a.

Teknoloji Enstitüsü²⁶, Basın İlan Kurumu²⁷, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu²⁸, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu²⁹, Kamu Denetçiliği Kurumu³⁰, Kişisel Verileri Koruma Kurumu³¹, Ticaret borsaları³², Türkiye Ziraat Odaları Birliği³³, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu³⁴, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu³⁵ ve Türkiye Adalet Akademisi³⁶ ilgili mevzuatta kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları açıkça ifade edilen kurum ve kuruluşlara verilebilecek birçok örnekten bazılarıdır.

Bugüne kadar bireysel başvuruda bulunduğunu tespit ettiğimiz Büğdüz Köyü Muhtarlığı, Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası, Ballıdere Belediye

²⁶ “Yüksek teknoloji enstitüsü, özellikle teknoloji alanlarında yüksek düzeyde araştırma, eğitim - öğretim, üretim, yayın ve danışmanlık yapan, **kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip** bir yükseköğretim kurumudur.” Bkz. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.3/c.

²⁷ “Bu kanun hükümlerine göre idare edilmek üzere Basın-İlan Kurumu teşkil edilir. Kurum, **kamu tüzel kişiliğini haizdir.**” Bkz. Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun m.1.

²⁸ “Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere **kamu tüzel kişiliğini haiz**... Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuştur.” Bkz. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun m.5.

²⁹ “**Kamu tüzel kişiliğini haiz**, idari ve mali özerkliğe sahip ve bu Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu kurulmuştur.” Bkz. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.4.

³⁰ “...**kamu tüzel kişiliğini haiz**, özel bütçeli ve merkezi Ankara’da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur.” Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m.4.

³¹ “Bu Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere, idari ve mali özerkliğe sahip ve **kamu tüzel kişiliğini haiz** Kişisel Verileri Koruma Kurumu kurulmuştur.” Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.19.

³² “Ticaret borsaları, ... **kamu tüzel kişiliğine sahip** kurumlardır.” Bkz. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu m.28.

³³ “Bu Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere, **kamu tüzel kişiliğini haiz** meslek üst kuruluşu olarak Türkiye Ziraat Odaları Birliği kurulur.” Bkz. Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu m.23.

³⁴ “... **kamu tüzel kişiliğini haiz**, Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.” Bkz. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.8.

³⁵ “Bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen görevleri yerine getirmek üzere **kamu tüzel kişiliğini haiz** ve idari özerkliğe sahip, Bakanlıkla ilişkili Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu kurulmuştur.” Bkz. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.3.

³⁶ “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde belirlenen görevleri yerine getirmek üzere **kamu tüzel kişiliğini haiz**, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan, özel bütçeli, Bakanlıkla ilgili ve merkezi Ankara’da bulunan Türkiye Adalet Akademisi kurulmuştur.” Bkz. Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.3.

Başkanlığı, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Çavuş Köyü Muhtarlığı, Demirdöven Köyü ve Diğerleri, Yanıkçukur Köyü, Ankara Barosu, Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliğinin kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları ilgili mevzuatta açıkça yazılmıyordu. Bu nedenle söz konusu başvurular, Anayasa Mahkemesi tarafından, 6216 sayılı Kanunun 42. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz” hükmü gerekçe gösterilerek *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle *kabul edilemez* bulunmuştur.³⁷

Bazı durumlarda bir tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olup olmadığı ilgili mevzuatta açıkça ifade edilmemiş olabilir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesinin nasıl hareket edeceğini bilmiyoruz. Ancak norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında kullandığı ifadelerden hareketle, söz konusu tüzel kişinin kuruluş şekli ve yetkilerinin niteliği olmak üzere iki kıstası esas alacağını öngörüyoruz.

Anayasanın 123. maddesinde yer alan “Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” hükmü uyarınca, bir tüzel kişinin, kamu tüzel kişiliğine sahip olabilmesi için Anayasa, kanun, kanunun açıkça verdiği bir yetki ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulmuş olması gerekmektedir.

Vakıf üniversiteleri, devlet tarafından, kanunla ve kamu tüzel kişisi olarak kurulmaktadır. Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan “kamu tüzel kişiliği” niteliği, üniversitelerin yapısına has bir özellik olduğundan, vakıflar tarafından kurulan üniversitelerin de kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu açıktır.³⁸

Bir tüzel kişinin, kamu tüzel kişisi olabilmesi için Anayasanın 123. maddesinde belirtilen düzenleyici işlemlerden biriyle kurulmuş olması

³⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Büğdüz Köyü Muhtarlığı Başvurusu, 2012/22, 25.12.2012; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası Başvurusu, 2012/743,05.03.2013; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Ballıdere Belediye Başkanlığı Başvurusu, 2012/1327, 12.02.2013; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu, 2013/1430, 21.11.2013; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Çavuş Köyü Muhtarlığı Başvurusu, 2013/4291, 09.09.2015; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve Diğerleri, 2014/14359, 25.12.2018; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Aydın Alparslan ve Diğerleri Başvurusu, 2014/20189, 22.02.2017; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Ankara Barosu Başkanlığı Başvurusu, 2015/17941, 07.03.2018; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Ankara Barosu Başkanlığı Başvurusu (2), 2015/17944, 09.05.2018; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Orta Anadolu İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği Başvurusu, 2015/19723, 28.06.2018.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu, § 22.

gerekli ama yeterli değildir. Nitekim aynı usulle özel hukuk tüzel kişiliği de kurulabilir. Burada ikinci bir ölçüt devreye girmektedir. Bu ölçüt tüzel kişinin yetkilerinin niteliğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesine göre kamu tüzel kişiliğinin ayırt edici niteliği *kamu gücü* kullanıyor olmasıdır. Nitekim norm denetimi kararında bu durumu açıkça ortaya koymuştur:

Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan *herkes* ibaresinin, *kamu gücü kullanan* kamu tüzel kişilerini de kapsadığı şekilde anlaşılmaya elverişli olmadığı, bu konuda kanun koyucunun bireysel başvuruda bulunma ile ilgili hak sahipleri yönünden takdir hakkının bulunduğu da kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararından alınan yukarıdaki ifadeye göre, kamu tüzel kişilerine yönelik bireysel başvuru yasağının nedeninin, *kamu gücü* adı verilen özel hukuku aşan üstün ayrıcalık ve yetkilerle donatılmış olmalarıdır. Tüzel kişinin tek taraflı işlemler yapabilmesi, işlemlerinin icrai nitelikte olması, aldığı kararları re'sen uygulayabilmesi, kamulaştırma, devletleştirme ve istimval yapabilmesi, yönetmelik çıkarma, vergi salma ve ceza verme yetkisine sahip olması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerden muaf tutulması, personelinin ve mallarının özel bir korumaya tabi tutulması bu üstün nitelikte ayrıcalık ve yetkilere verilebilecek bazı örneklerdir.³⁹ Anayasa Mahkemesinin de çeşitli kararlarında gönderme yaptığı bu üstün ayrıcalık ve yetkilerin bir ya da birkaçından yararlanan tüzel kişinin birinci kıstasta aranan koşulu taşıması durumunda kamu tüzel kişisi olduğu kabul edilmektedir.

Belediye; yönetmelik çıkarma, yasak koyup uygulama, ceza verme, vergi, resim, harç, katkı ve katılma payı tarh, tahakkuk ve tahsil etme gibi kamu gücü ayrıcalıkları ve yetkileriyle donatılmıştır...⁴⁰

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi norm denetimi yaparken, başka bir ifadeyle, 6216 sayılı Kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasını incelerken kaçındığı *lafzi yorum yöntemini*, aynı yasayla ilgili olan bireysel başvurularda en katı biçimiyle uygulamakta, *Başvurucu bir kamu tüzel kişisi midir?* sorusuna cevap aramaktadır. Cevap “*evet*” ise 6216 sayılı Kanunun 42. maddesinin 2. fıkrasına gönderme yaparak başvuruyu kategorik bir yaklaşımla *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez bulmaktadır.

³⁹ ÇAĞLAYAN, s.384

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, Ballıdere Belediye Başkanlığı Başvurusu, § 17.

B) Yasa Normu Yorumlanırken Hukuki İlişkinin Niteliği Dikkate Alınmalıdır

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yasağının nedeni olarak gördüğü *kamu gücü* adı verilen ayrıcalık ve yetkilerin, uyumsuzluk konusu olan hukuki ilişkide kullanılıp kullanılmadığını dikkate almamaktadır. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesine göre kamu tüzel kişilerine yönelik bireysel başvuru yasağının nedeni, söz konusu kamu tüzel kişinin uyumsuzluk konusu olan hukuki ilişkide kamu gücünün sağladığı özel hukuku aşan üstün yetki ve ayrıcalıklarından yararlanarak işlem yapması değil, bu yetki ve ayrıcalıklara sahip olmasıdır. İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi başvurusunda, başvuran, kamu tüzel kişinin, paylı mülkiyet hakkının kullanımından kaynaklanan ihtilafın eşitler arasında bir dava olduğuna, hissedar olduğu taşınmaza yönelik aleyhine açılan kamulaştırmasız el atma nedeniyle tazminat davasında kamu gücü kullanılmadığına ilişkin savunmasının Anayasa Mahkemesi tarafından, 6216 sayılı Kanununun 46. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinde açıkça kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacaklarının düzenlendiği, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımının yapılmadığı, bu açıdan ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin önemi olmadığı gerekçesiyle haklı bulunmaması bu durumun açık ifadesidir.⁴¹

Söz konusu yasağa ilişkin hükmün, lafzının esas alınarak, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları halleri de kapsayacak şekilde yorumlanması ve kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir durumda bireysel başvuruda bulunamayacaklarının kabul edilmesi, sadece Anayasa Mahkemesinin aynı konuya ilişkin norm denetiminde kullandığı yorum yöntemiyle bir çelişki oluşturmamakta, aynı zamanda bireysel başvurunun amacına da aykırı düşmektedir. Bu yaklaşım Anayasanın “hak arama hürriyeti”ni düzenleyen 36 ve herhangi bir istisna öngörmeksizin herkesin bu hakkı kullanabileceğini ifade eden Anayasanın 148. maddesine de aykırıdır. Bir taraftan kamu tüzel kişilerini 36. maddedeki “herkes” ibaresine dâhil ederek, orada düzenlenen haklardan yararlanmalarını kabul etmek, diğer taraftan bireysel başvuru hakkına ilişkin 148. maddedeki “herkes” ibaresine dâhil etmemek ve 36. madde ile tanınan hakların devamı niteliğinde değerlendirilebilecek “bireysel başvuru” hakkını onlara yasaklamak hem kendi içinde çelişki oluşturmaktadır, hem de iki hükmün birbiriyle uyumlu olarak

⁴¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu, § 26.

yorumlanmamasına neden olmaktadır.⁴² Dikkat çeken bu çelişkinin sebebi, norm denetiminde normun sözü yok sayılarak kişilerin niteliğinden hareketle nesnel amaçsal yorumun, bireysel başvurularda ise hukuki ilişkinin niteliği görmezden gelinerek sadece normun sözünü esas alan katı bir lafzi yorumun tercih edilmesidir. Elbette iyi bir hukukçu yoruma sözle başlamalıdır; ancak sadece onunla yetinmemeli normun objektif amacını da dikkate almalıdır. Normun sözüne sırt çeviren hukukçu norma aykırı sonuca ulaşmış kişisel ve keyfi davranmış olur.⁴³ Ancak sadece sözüne uyarak anlamını/hükmünü ihmal eden hukukçu ise norma karşı hile yapmış olur.⁴⁴

V. SONUÇ

Bireysel başvurunun, diğer hak arama yollarından farklı olması, ikincil bir nitelik taşıması, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları, özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket ettikleri durumlarda bu yola başvurmalarına engel olmamalıdır. Nitekim bireysel başvuru hakkını, anayasal şikayet adıyla kabul eden Alman hukuk sisteminde, kamu tüzel kişilerinin, yalnızca temel hakkın koruduğu alanın ilgili hak sahibine doğrudan özgülenmesi halinde -örneğin bilimsel özgürlük gerekçesiyle üniversitelerin- bu yola başvurabilecekleri kabul edilmiştir.⁴⁵ Aynı şekilde İspanya ve İsviçre gibi bazı ülkelerde de hukuki ilişkinin niteliği gibi bazı istisnai durumlarda kamu tüzel kişilerinin de bu haktan yararlanabilecekleri söz konusu ülkelerin anayasa mahkemeleri tarafından kabul edilmiştir. ⁴⁶ Bu nedenle ülkemizde de kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları durumlarda, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda, sınırlı da olsa bireysel başvuruda bulunabilmelerinin önünün açılması gerekmektedir.

Söz konusu sorunu çözenin iki yolu vardır: (1) Kanun koyucunun 6216 sayılı Kanunun 46/2. maddesindeki hükmü kaldırması ya da belli durumlarda kamu tüzel kişilerinin de bu yola başvurabilmelerini sağlayacak şekilde değiştirmesi, (2) Anayasa Mahkemesinin söz konusu normu bireysel başvurunun amacı ve niteliğini dikkate alarak yorumlaması. Birinci çözümün

⁴² Benzer değerlendirmeler içiren Karşı Görüş için bkz. Anayasa Mahkemesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu.

⁴³ IŞIKTAÇ/METİN, s.198.

⁴⁴ ARAL, s.193-194.

⁴⁵ Bkz. HASSEMER, s.3. <<https://www.anayasa.gov.tr/media/4617/almanya.pdf>> erişim, 13.09.2019.

⁴⁶ Bkz. CASAS BAAMONDE; KŁOPOCKA-JASIŃSKA, / KRZYWOŃ, s. 102. B

hayata geçirilmesi için herhangi bir milletvekilinin teklifte bulunması, bu teklifin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmesi ve kabul edilen yasanın Cumhurbaşkanlığı tarafından yayımlanmasını gerektirmektedir. Ancak tüm eleştirilere rağmen söz konusu yasanın kabul edildiği 2011 yılından günümüze bu yönde herhangi bir adımın atılmaması birinci çözümün hayata geçirilmesinin zor olduğunu göstermektedir. İkinci çözümün de önünde Anayasa Mahkemesinin lafzı yorum yöntemini kullanarak verdiği eski kararlar vardır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi daha önce de çeşitli kararlarında başvurduğu *dinamik yorum* anlayışıyla bu engeli aşabilme olanağına sahiptir.⁴⁷ *Ankara Barosu Başvurusu (2)* üzerine verilen “kişi yönünden yetkisizlik” nedeniyle ret kararında, çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerin karşı oy yazısında da belirttikleri üzere, yaklaşık altı yıllık uygulama, kamu tüzel kişilerinin de bazı durumlarda, gerçek ve özel tüzel kişiler gibi, hak ihlali ile karşı karşıya kaldıkları, bu durumun ortadan kaldırılmasının bireysel başvurunun amacına daha uygun olacağını göstermektedir. Nitekim bir köy tüzel kişisinin mera konusunda, bir üniversitenin kendisine ait taşınmazına ilişkin yargısal uyuşmazlıkta veya bir belediyenin özel mülkiyetle ilgili davasında olduğu gibi tamamen özel bir kişiden farksız hareket ettiği durumlarda, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yasağının haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Bunun aradan geçen zaman ve uygulamada ortaya çıkan ihtiyaçlar dikkate alınarak, en azından belli durumlar için kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunabilmeleri yolunun, *dinamik yorum* anlayışı gereği, temel hak ve özgürlüklerin yararına içtihat yoluyla önünün açılması gerekmektedir.⁴⁸ Böyle bir yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla da uyumlu olacaktır.

⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sıklıkla karşımıza çıkan *dinamik yorum* yöntemine, Anayasa Mahkemesi de zaman zaman başvurmuştur. İsmail Taşpınar başvurusunda Anayasa Mahkemesi dinamik yorum anlayışına başvurarak, daha önce mahkeme olarak kabul etmediği ilçe seçim kurullarını önceki kararına da atıfta bulunarak mahkeme olarak nitelendirmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, İsmail Taşpınar Başvurusu, 2013/3912, 06.02.2014, § 48. Anayasa Mahkemesinin kendi içtihatlarına yönelik dinamik yorum anlayışını benimsediği önemli kararlardan biri de Tuğba Arslan kararıdır. Avukatlara yönelik *başörtüsü yasağı* ile ilgili bu kararda Anayasa Mahkemesi, daha önceki katı laiklik yorumunu terk ederek, din ve vicdan özgürlüğü ve demokratik toplum lehine çoğulcu laiklik anlayışını benimsemiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, Tuğba Arslan Başvurusu, 2014/256, 25.06.2014, § 134, 139, 140.

⁴⁸ Karşıoy Yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi, Ankara Barosu Başvurusu (2).

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

ANAYURT, Ömer: **Anayasa Hukuku, Genel Kısım, Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar**, Seçkin, Ankara, 2018.

ANAYURT, Ömer: **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 19. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.

ARAL, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

CASAS BAAMONDE, María Emilia: Amparo Başvurusu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt: 26, Yıl: 2009, s. 101-110.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Serdar Özgüldür Armağanı Sayı:7, Ankara, 2007, s. 373-398.

EREN, Abdurrahman: Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri, **Anayasa Yargısı**, 33, 2016, s.231-301.

GÜRİZ, Adnan: **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara 1994.

GÜRİZ, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, Dördüncü Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:511, Ankara, 1996.

HASSEMER, Winfried: Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar, (Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor), Çeviren: Fazıl Sağlam, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 21, 2004, s. 1-13.

İŞIKTAÇ, Yasemin/METİN, Sevtap: **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013.

KŁOPOCKA-JASIŃSKA, Marta/ KRZYWOŃ, Adam: On the Right of Public Law Entities to Lodge a Constitutional Complaint in The Light of the Jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal, **Wroclaw Review of Law, Administration & Economics**, Vol 6:1, 2016, s.45-64.

ODER, Bertil Emrah: **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta, İstanbul, 2010.

RASMUSSEN, Hjalte: **On Law and Policy in the European Court of**

Justice, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986.

SEROZAN, Rona: **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

SÖZER, Ali Nazım: **Hukukta Yöntembilim**, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

ŞİRİN, Tolga: **Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

İnternet Kaynakları

<<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/bae8fd21-ec86-466c-b2df-159dc30b15ee?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>> erişim 18.09.2019.

<https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e> erişim 11.09.2019.

<https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/MariaECBaamonde.pdf> erişim, 13.09.2019.

<<https://www.anayasa.gov.tr/media/4617/almanya.pdf>> erişim, 13.09.2019.

<https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf> erişim 20.09.2019.

<<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>> erişim 15.09.2019.

<<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0993.pdf>> erişim 15.09.2019.

European Court of Human Rights, Practical Guide on Admissible Criteria, Updated on 30 April 2019, <https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf> erişim 20.09.2019.

SOSYAL ADALET KAVRAMININ BAZI TEMEL HAKLAR İLE CEZA VE VERGİ ADALETİNE ETKİLERİ

Mehmet Ali ZENGİN*

ÖZ

Sosyal adalet kavramı bazı temel haklar bakımından önemli etkilere sahiptir. Bu kapsamda çalışmamızda çocuk hakları, sağlık hakkı, çevre hakkı ve cinsiyete bağlı ayrımcılık yasağı ele alınırken güncel tartışmalara ve görüşlere yer verilmiştir. Sosyal adalet konusu çok sayıda temel hak bakımından ele alınabilir. Ancak konu iki gerekçeyle bazı temel haklarla sınırlandırılmıştır. Çocuk hakları ve cinsiyete dayalı ayırım yasağının tercih edilmesinde, ortaya çıkan sorunların toplumun büyük bir kesimini ilgilendirmesi ve bu alanlarda sosyal adaletin sağlanmasına duyulan ihtiyacın boyutu etkili olmuştur. Yine sağlık hakkı ve çevre hakkının tercih edilmesinde, güncel gelişmelerin varlığı ve sosyal adalet açısından bu hakların yeni yeni tartışılıyor olması etkili olmuştur. Öte yandan vergi ve ceza konusundaki hukuki düzenlemelerin sosyal adalet ihtiyacını tatmin edecek şekilde tesis edilebilmeleri beklentisi, konunun bu alanlar bakımından ele alınmasında etkili olmuştur. Vergi ve ceza alanına dair hukuk kuralları tesis edilirken, sosyal adaletin sağlanması da önemli bir hedeftir. Ceza adaleti ve vergi adaleti, sosyal adaletin sağlanmasında önemli ve olumlu bir etki meydana getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Adalet, İnsan Hakları, Vergi Adaleti, Ceza Adaleti Ayrımcılık.

EFFECTS OF SOCIAL JUSTICE CONCEPT ON SOME BASIC RIGHTS WITH TAXATIONAL AND CRIMINAL JUSTICE

ABSTRACT

Social justice concept has important effects in terms of some basic rights. Actual discussions and thoughts about children rights, right to environment, right to health and prohibition of gender discrimination are addressed in our study with in this context. Social justice concept can be considered with regard to plenty of basic rights. However, topic was limited with some basic rights in the light of two reasons. Election of children rights and prohibition of gender discrimination base on two considerations; one is largeness of problems effect major part of society, another one

* **Doç. Dr.**, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** mazengin@ybu.edu.tr
ORCID: 0000-0003-1263-5102
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637943

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/04/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17/10/2019

is size of social justice necessity. Nevertheless, actual advances and new discussions about social justice are the main reasons of election of right to health and right to environment. On the other hand, regulating taxational and criminal rules in the aim of expectation of judicial satisfaction needs effected election of the topic. Reach to social justice has got crucial target, when regulating criminal and taxational norms. Criminal and taxational justice have important and positive impact on achieving social justice.

Key Words: *Social Justice, Human Rights, Taxational Justice, Criminal Justice, Discrimination.*

GİRİŞ

Sosyal adalet ve hukuk arasındaki ilişki adaletin sadece yargısal olmadığını, bu bakımdan siyaseten de adaletin tesisinin gerekli olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre sadece hukuk kurumlarının değil siyaset kurumunun da adaletin dağıtıcısı olduğu söylenebilir. Hukuk, sosyal adaletin tesisinde önemli bir araç olarak görülebilir. Zira hukuki düzenlemeler, en azından neticeleri yani toplumda ortaya çıkarttıkları sonuçlar bakımından, sosyal adaletin sağlanmasına aracılık etmektedirler. Ancak hukukun uygulayıcısı olan yargının, sosyal adaletin sağlanmasına doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle sosyal adalet kavramı daha ziyade siyasetin konu alanına girmektedir. Bununla birlikte son dönemlerde siyaset kurumunun bu konudaki eksikliklerinin hukuk ya da yargı yoluyla giderilip giderilmeyeceği üzerine fikirler ileri sürülmektedir. Yargının adaleti sağlama görevi özellikle insan hakları ihlalleri bakımından düşünülecek olursa, siyaset ve hukuk arasında gri bir alan oluşturmaktadır. Sosyal haklar bakımından siyaset kurumunun ihmal ya da ihlal edici davranışları anayasa yargısı bakımından dava ya da başvuru konusu edilebilmektedir. Örneğin, sağlık hizmetinden eşit olarak yararlanamayan bir bireyin sağlık hakkının ihlaline dayalı olarak bireysel başvuruda bulunacak olması durumunda yargının vereceği karar aynı zamanda sosyal adaletin sağlanmasında da önemli bir rol oynayacaktır. Bu noktada siyaset kurumunda çözüm bulamayan bireyler hukuki mekanizmalara yöneleceklerdir. Öte yandan hukuk kurallarının çoğu, gerekçe olarak sosyolojik gerçeklere dayanmaktadır. Toplumdaki farklılıklar arasında adaleti sağlamanın gereklerinden bir tanesi de sosyolojik gerçeklerin farkında olabilmekten geçmektedir. Sosyolojik gerçeklerin göz ardı edilmesi

suretiyle ne kuralların icracısı konumundaki yargının ne de bu kuralların içerik ve kapsamlarını tayin edecek olan parlamentoların tam olarak adaleti tesis edebilmeleri mümkün görünmemektedir. Netice olarak sosyal adaletin, insan hakları marifetiyle ve anayasa yargısı yoluyla gerçekleştirilmesi düşüncesi, çalışmamızda da ortaya konulduğu gibi sosyal adalet ve hukuk arasındaki bağlantının incelenmesini gerektirmektedir. Bu bağlantının doğru tespit edilmesi, toplumda ortaya çıkan sapmaların ya da dengesizliklerin önüne geçilmesinde önemli bir rol oynayacaktır. Öte yandan anayasa yargısına ya da mahkemelerine sosyal adaletin insan hakları yoluyla tesisi gibi bir görevin yüklenecek olması mahkemelerin “aktivist” tutumlar sergilemelerine kapı aralayabilecek bir zemin de oluşturabilir.

1. SOSYAL ADALET KAVRAMI

Sosyal adalet kavramı, genel olarak ahlak ve siyaset alanında kullanılmaktadır. Ancak kavramın belirsizliği ve kulağa hoş gelen bir yapıda olması pek çok kişinin pek çok alanda bu kelimeyi kullanmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte kavramın açık ve belirgin bir şekilde tanımlanmasının yapılmasına dair önemli bir adım atılmadığı görülmektedir.¹ Buna göre “sosyal adalet” kavramı genel olarak ne anayasalarda belirlenmiş ne de anayasalarda yer alan ilkelerin kapsamında tanımlanmış değildir. Bu durumda kavramın doktrindeki görüşler çerçevesinde mi yoksa yargıçların anayasadan mülhem yorumlarına göre mi belirlilik kazanacağı gündeme gelmektedir. Bu nedenle anayasanın yorumu yanı sıra moral değerlerden yargısal değerler üretmeye kadar farklı etkiler sosyal adaletin belirlenmesinde etkili olmaktadır.² Bununla birlikte sosyal adaletin yöneldiği ve düzenleme alanı içerisine giren hedefler, ekonomi, işsizlikle mücadele, toprak edinme hakkı, kadınlar için iş bulmada fırsat eşitliği, ayrımcılıkla mücadele, ortaklıkların daha etkin bir şekilde düzenlenmesi, vergi siteminde çeşitlendirme ve daha adil bir eğitim sistemi olarak ifade edilmektedir.³ Buna göre sosyal sorumluluklar varlığını devam ettirebilecek seviyeye gelene kadar sosyal adalet ilerleyişine devam edeceği dile getirilmektedir.⁴ Sosyal adalet teorisine hem insani hem de pragmatik

¹ NOVAK, Michael, What is Social Justice, *Capital University Law Review*, C.21, s. 877.

² BEDAU, Hugo Adam, The Death Penalty: Social Policy and Social Justice, *Arizona State Law Journal*, 1977, s. 769.

³ BRAITHWAITE, John, Restorative Justice and Social Justice, *Saskatchewan Law Review*, C.63, s.186.

⁴ GOTTLIEB, Henry M., Legal Rights and Social Justice, *University of Detroit Law Journal*, C.2, s.34.

açından özellikle de güvenlik bakımından ihtiyaç duyulmaktadır. Bu notada yanlış belirlenecek teoriler faydadan çok zarara sebep olacaktır.⁵

Öte yandan sosyal adalet toplumdaki değer çeşitliliği kapsamında genel bir iyiye ya da genel bir adalet anlayışına indirgenemez. Refahın sağlanmasında kullanılacak kaynaklar yetersiz olup bireylerin ihtiyaçları ve bunların seviyeleri oldukça farklılık arz etmektedir. Bu nedenle ekonomik eşitsizliklerin giderilmesi yoluyla genel bir iyiye ulaşılamayacağı ileri sürülmektedir. Bu durumda da sosyal adalet, bu hedefin ötesinde, kaynaklara erişim bakımından haklar ve fırsatlar bakımından adil ve eşit olunmasını gerektirmektedir.⁶

Sosyal adalet kavramı toplumun pratiklerini ve kurumlarını oluşturma ve toplumda üretilen fayda ve yüklerin; haklar, engeller, avantajlar, dezavantajlar, fırsat eşitliği ve eşitsizliği, zenginlik ve yoksulluk bakımlarından dağıtımı ile ilgili olarak düşünülmektedir.⁷ Aslında sosyal adalet kavramı ilk olarak İngiltere ve Fransa'da 1840'lı yılların endüstri uyanışı ya da devrimiyle birlikte ortaya çıkmış, 19. yüzyılın ekonomik ve sosyal eşitsizlikleri ile hız kazanmıştır. Bu bakımdan kavram işçi ve işveren arasındaki eşitsizliklerde, kapitalizmin ürettiği zenginlik ve gelirin paylaşımında bir araç olarak kullanılmıştır.⁸ Bununla birlikte sosyal adalete piyasa serbestisi açısından bakan liberal yaklaşım, müdahale ya da baskı kavramını oldukça dar yorumlamakta ve refahın paylaşımına destek vermemektedir. Diğer yandan ilerici yaklaşım ise baskı ya da müdahale kavramı bakımından daha geniş bir yoruma sahip olup refahın dağılımına destek vermekte ancak bunu "*fırsatların adil dağılımı*" seviyesine indirgemektedir.⁹ Bir başka yaklaşıma göre sosyal adalet komüniteryan özellikte yani kolektif problemlerin, kolektif olarak halledilmesi şeklinde öngörülmektedir. Buna göre insanın refahı için gerekli temel koşulların, ekonomik ve sosyal hakların adil dağılımının, bireylerin siyasi ve sosyal yaşamın eşit katılımcıları olduklarının güvence altına alınmasını gerektirmektedir.¹⁰

⁵ SOLAS John, What Kind of Social Justice Does Social Work Seek, **International Social Work**, C.51, Sa.6, s. 814.

⁶ SOLAS, s.818.

⁷ BARRY Brian, **Why Social Justice Matters**, 1. Baskı, Cambridge, Polity Press, 2005, s. 355.

⁸ BARRY, s.5.

⁹ YATES Al, BARTLEY Anne, **Progressive Thinking: A Synthesis of American Progressive Values, Beliefs and Positions**, American Values Project, Denver, 2012, www.tr.scribd.com/document/131793272/Progressive-Thinking (erişim 16.01.2019)

¹⁰ WILEY, Lindsay F., Health Law as Social Justice, **Cornell Journal of Law And Public**

Öte yandan sosyal adalet kavramı, toplum içerisinde adaletle ilgili tüm gelişmeleri yansıtan ve son zamanlarda ekonomi alanının bir uzantısı olarak görülmeye başlanan ve kavramı daha geniş bir alana taşıma isteği ile ilgili bir ideal olarak görülmektedir.¹¹ Bu noktada sosyal adalet kapsamında dağıtım ya da paylaşım kavramı ekonomik eşitsizliklere yönelirken, tanıma yaklaşımı ise kültürel ayrımcılığa yönelmektedir. Buna göre sosyal adalet hem ekonomik hem de sosyal değerler bakımından ortaya çıkan eşitsizliklerin dengelenmesini hedef edinmektedir.¹² Bu noktada sosyal adalet, malların eşit paylaşımını öngörmekle birlikte bu yaklaşım, bünyesinde bazı soruları barındırmaktadır. *Eşit davranılmayı kimler hak edecektir? Ayrıca tarafsız ya da eşit olarak dağıtılacak mal/değer nelerdir?* İlk soruda moral değerlere dayalı bir yaklaşım sergilenebileceği gibi daha somut bir belirleme yapılarak tüm insanların eşitliğinden de bahsedilebilir. Ancak bu sorunu çözmeyecektir. Zira toplumdaki herkesin eşit olduğu ya da eşit saygıyı hak ettiği düşüncesi tam olarak kabul görmüş bir yaklaşım değildir. Belirli özel durumlar haricinde genel olarak adaletin tesisi eşitliği ve tarafsızlığı gerektirmemektedir. Burada karşılıklı saygının sağlanabileceği kurallar temelinde adaletin evrensel ilkelerine dönüş yapmak gerekecektir.¹³ İkinci sorunun cevabına dair pek çok felsefi cevap bulunmakta olup bunlardan bazıları ise oldukça soyut anlamlar içermektedir. Bununla birlikte eşit dağıtıma tabi tutulacak malın/değerin temel ya da birincil nitelikteki mallar ve değerler olduğu düşünülmektedir. Bu yaklaşım birincil mal ya da değerler “rasyonel, makul bir insanın öncelikle isteyeceği mal ya da değerlerdir” faraziyesine dayanmaktadır. Genel olarak bu değerleri, haklar, özgürlükler, fırsatlar, itibar, refah, gelir ve güç şeklinde ifade edebiliriz. Ancak bunun net ve somut bir sonuca ulaşması zor görünmektedir. Zira adalete ulaşmak için ampirik yollar bulmak mantıksız karşılanmaktadır.¹⁴

1.1. Sosyal Adaletin Sağlanmasında Moral Değerler Etkili Midir?

Sosyal adalet ile ilgili olarak başlıca moral değer, kişisel menfaat olarak ileri sürülebilir. Buna göre kişisel menfaat kavramı sosyal adaletin sağlanmasına yönelik siyasi adımların atılması bakımından tekrar tanımlanabilir. Yine empati

Policy, C.24, s.52.

¹¹ WILEY, s.54.

¹² FRASER, Nancy, From Redistribution to Recognition?: Dilemmas of Justice in a “Postsocialist” Age, **New Left Review**, C.212, Sa.1, July-August, s.68-69.

¹³ DIAS, Maria Clara, Affirmative Action and Social Justice, **Connecticut Law Review**, C.36, s. 871-872.

¹⁴ DIAS, s. 873-874.

duygusunun geliştirilmesi başkalarını düşünerek hareket etme motivasyonunu arttıracaktır. Bununla birlikte kişisel menfaat ve empatinin başlı başına sosyal adaletin tesisinde düşünülemez, bu iki unsurun siyasi dayanışma meydana getirerek, siyasi hareketlilik bakımından değerlendirilmek suretiyle amaca ulaşılabileceği dile getirilmektedir.¹⁵ Buna karşın kişisel menfaat kavramı üzerinde durmamız sosyal sorunları ve bunların farklı yollardan çözüm yollarını anlamamızı sağlamaktadır. Kişisel menfaat düşüncesinde her birey yalnızca kendi şahsi durumundan sorumludur. Bu nedenle, bu düşünce sosyal problemlerde kolektif sorumluluk yerine bireyin kendisine dayalı çözüm yollarını tercih eder. Bu noktada bir ayrıma gidilmektedir. Kamusal çözüm yolları sosyal problemlerin çözümüne ayrılmalıdır. Bireyler ise kendilerinden kaynaklanan sorunların çözümünde kendi başlarının çaresine bakmalıdırlar. Buna göre yoksullukla mücadelede çalışma programları ya da farklı sigorta modelleri gibi kişilere dayalı bireysel çözüm yolları üzerinde durulmalıdır.¹⁶ Bu noktada sosyal adaletsizliklerin giderilmesi sosyal idealler ve sosyal gerçekliklerin bağdaştırılmasına çabalamaktadır.¹⁷

Yine bu noktada adalet düşüncesinin teleolojik yaklaşımların yanı sıra faydacılığa dayandırıldığı ifade edilmektedir. Faydacı yaklaşım ise popüler, tarihi bir etik yaklaşım olmakla birlikte sosyal kararların alınmasında önemli bir fonksiyona sahip olduğu dile getirilmektedir.¹⁸ Faydacılıkta toplumdaki tüm kurumlar, bireylerin yönedikleri faydaya ulaşabilmeleri ve tatmin edilmeleri için kurgulanmaktadır. Faydacılık yaklaşımı haklar-ödevler, imtiyazlar-fırsatlar gibi refah biçimlerinin tatminini sağlayıcı şekilde, en yüksek seviyede tahsis edilmelerine yönelir. Bununla birlikte bu yaklaşım tüm bireylerin tatminini garanti etmemektedir. Bu noktada faydacılığın sosyal adaletin sağlanmasında başlangıç noktası olduğu düşünülmektedir.¹⁹ Öte yandan sosyal adaletsizlikleri önlemek için moral değerler ile toplumda karşılık bulan materyal varlıkların bir potada eritilmesi gerektiği düşünülmektedir.²⁰ “Olumluyucu davranış”

¹⁵ ROBERTS, Dorothy E., Sources of Commitment to Social Justice, **Roger Williams University Law Review**, C.4, s.203.

¹⁶ ROBERTS, s.179.

¹⁷ PERLSTADT, Harry, Court Decisions, Social Problems and Social Justice, **ALSA Forum**, (American Legal Studies Assoc.), C.8, Sa.2, s.323.

¹⁸ SOLAS, s. 814.

¹⁹ SOLAS, s. 815-816.

²⁰ SYTNICHENKO, Liudmyla, Otfried Hoffe's Theory of Social Justice, **Polish Political Science Yearbook**, C.44, s. 23.

(affirmative action) olarak adlandırılan yaklaşım ise sosyal adaletin dayandırıldığı bir diğer moral değer olarak ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre birey kendi yeteneklerini geliştirip geçmişin adaletsizliklerini giderebilir. Buna göre olumsuz davranışın toplumu dönüştürüp daha uyumlu ve toleranslı hale getirebileceği ileri sürülmektedir.²¹

Son olarak sosyal adalet kavramı tartışılırken konuya iki farklı açıdan bakıldığı görülmektedir. Buna göre sosyal adalet, toplumun tümüne yönelik soyut bir ideal olarak ele alındığı gibi birey temelli ve toplumda pratiği olan bir değer olarak da ele alınmaktadır.²² Bu bireyin yaşam alışkanlıklarını etkileyen ve değiştiren bir etkiye sahiptir.²³ Buna göre değer, bir davranış bir beceri olarak görülebilir. Her zaman sergilenmeyen ancak kişide mevcut halde barınan değerler bireyin tutku ve duygularını yönlendirmesine yardımcı olur. Buna göre değerler bireyi diğerlerinden ayrı, fark edilebilir bir kişilik olarak ortaya çıkarır.²⁴ Diğer yaklaşıma göre ise sosyal adalet, birey pratiğine dayalı değer taşıyan bir kavram olarak düşünülmez. Sosyal devlet topluma dair bir idealdir. Buna göre sosyal adalet bireyin aksine topluma ait bir karakter özelliği göstermekle birlikte devletin bir fonksiyonunu göstermektedir. Buna göre vatandaşlık kavramına dayalı bireysellikte, değerlere yer verilmemektedir. Devlet yaptırım gücünü kullanacak ve değerler yerine bu fonksiyonunu işletmek suretiyle topluma müdahil olacaktır. Bu çerçevede sosyal adalet kavramı ile “devletin zorlayıcı gücünü kullanarak gelir dağılımını gerçekleştirmesi” ifade edilmek istenmektedir.²⁵

Yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda sosyal adalet kavramının moral değerlerin etkisinde kaldığı sonucuna varmak mümkündür. Toplumun genelinde hâkim olan yaklaşım ya da moral değer sosyal adaletin gerçekleşmesinde etkisi bulunmaktadır. Örneğin faydacı yaklaşım sosyal adaletin sağlanmasında olumlu bir etkiye sahip olmakla birlikte toplumun tümünü kapsayıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Öte yandan birey menfaatinin mutlak üstünlüğünün değil de kolektif mantalitenin bir değer olarak hâkim olduğu toplumlarda sosyal adaletin sağlanması daha mukadderdir.

²¹ DIAS, s.877.

²² NOVAK, s. 880.

²³ NOVAK, s. 881.

²⁴ NOVAK, s. 880.

²⁵ NOVAK, s. 881.

1.2. Sosyal Adalet Hukuk, Toplum, Birey İlişkisini Nasıl Etkiler?

Adalet bireylerin karşılıklı hoşgörüsüne dayalı olarak kurallara uyumundan ziyade toplumsal sınıfların hoşgörüsü ve uyumu olarak dile getirilmektedir.²⁶ Günümüz açısından hukuk kurallarının özel olarak yoksulları kollayıcı nitelikte olmadığı, bunun yerine toplumun genel refahı düşüncesinden hareket edildiği dile getirilmektedir.²⁷ Buna göre kanunlar sadece yasama yoluyla oluşturulmaktan ibaret olmayıp yargı yoluyla da yorumlanmaya muhtaçtır ve bu noktada sosyal adalet kavramı devreye girmektedir.²⁸ Bu noktada hukuk ile ilgili pek çok teori olmasına karşın şu bir gerçektir ki hukuk daima kesimler arası ilişkiler, değerler ve teknolojik gelişmeler gibi toplumsal ya da sosyal değişimleri takip etme ve bunlara meşruluk kazandırma eğilimindedir.²⁹ Bununla birlikte çoğu sosyal reform hareketleri toplumdaki belirli kesimlere dair sosyal problemlere yol açtıkları düşünülen kanunlar, kurallar ya da düzenlemelerin ortadan kaldırılmaları talep edilmektedir.³⁰ Yine hukuk, sosyal problemlerin çözümünün, bireylerin dönüşümünün, toplumun organizasyonel yapısının değiştirilmesinin ve genel olarak değişimin teşvik edici gücü olarak dile getirilmektedir.³¹ Sosyal reformlar kişisel dönüşümlerden üstündürler ve öncelikle gerçekleşirler. Bu üstünlük belki de tek moral zorunluluk olarak kabul edilmektedir. Buna göre daha iyi sosyal kurumlar insan varlığını yüceltmektedir, bunun aksi ise aynı sonucu doğurmamaktadır.³² Diğer yandan resmiyetin, kurumsallığın ya da hukuk usulünün gelişmediği sistemlerde dini inancın, bilimsel ya da ideolojik güçlerin yargı kararlarını etkilemesine kapı aralanmakta olduğu dile getirilmektedir. Bu durumda sistem pratiğe ve geleneksel yargılara dayanmaya meyil etmektedir. İşte bu noktada sistem, yargıya uyuşmazlıkları yargısal idealler ve sosyal gerçeklikler arasında çözümlene imkânı sunmaktadır.³³ Bu

²⁶ POUND, Roscoe, Social Justice and Legal Justice, **Central Law. Journal**, C.75, s. 455.

²⁷ HAZARD, Geoffrey C.Jr., Social Justice through Civil Justice, **University of Chicago Law Review**, C.36, s.703.

²⁸ PERLSTADT, s.314.

²⁹ PERLSTADT, s.315.

³⁰ PERLSTADT, s.316.

³¹ PERLSTADT, s.316.

³² FORTIN, Ernest L., Natural Law and Social Justice, **American Journal Jurisprudence**, C.30, s.15.

³³ PERLSTADT, s.316-317. Aynı eser ve sayfalarda ABD Yüksek Mahkemesi'nin Wisconsin v. Yoder (1972) kararında devletin zorunlu eğitim talebiyle Amish toplumunun dini inanış ve yaşam tarzı arasında bir denge kurduğuna değinilmektedir.

bakımdan sosyal adaleti sağlamak mümkün kılınabilir. Ancak bu durumda da yargı sistemi daha informal hale gelecek ve istikrarını kaybedecektir.³⁴ Modern hayat ise hukuku sosyalleştirmektedir. Geçmişte hukuk konseptinin doğal haklar arasında bir köprü olarak kurgulandığı ve toplumun bu bağlamda bir değer olarak ele alınmadığı düşünülmektedir.³⁵ Bu noktada sosyal adalet toplumun haklarını ve toplumsal sınıf davası yoluyla toplumun kendini koruyabilmesini kapsamaktadır.³⁶ Bununla birlikte sosyal adalet anlayışı, dönüşümüne ve gelişimine devam ederken adalet temeli üzerine inşa edilmekte, hakların ve kaynakların kullanımı, kullanım kapasitelerinin paylaşımı ve toplumun dönüşümü ile sağlam bir toplumsal yapıya ulaşmak hedeflenmektedir.³⁷ Buna göre sosyal içerikli düzenlemeler yüzyılımızın önemli adımlarından birisi olarak görülmektedir. İnsan gücünün yerini makine gücünün alması insanların yaşamak için eskiye nazaran daha az didinmelerini sağlamakla birlikte sanayileşme özellikle sağlık ve özgürlük bakımından önemli tehlikeleri barındırmaktadır.³⁸ Zira sosyal adaletin sağlanmasında aktif devletin kullanacağı önemli yöntemler bulunmaktadır. Bu yöntemlerden birisi özel mülkiyetin ve ekonomik gücün asosyal kullanımının düzenlenmesidir. Buna göre hukuk sosyal ilişkileri dönüştürme ve hali hazırdaki dönüşümleri dikkate alma potansiyeline sahiptir.³⁹ Özellikle “common wealth” yargı sisteminde sosyal haklar yoluyla sosyal adaletin temininde, yargıçların somut pratikler üzerinden içtihatlar geliştirebildikleri ve bu yolun anayasal açıdan daha çok verimlilik taşıdığı düşünülmektedir.⁴⁰

Bireyler arası ilişkilerde sosyal adalet bakımından bazı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. Buna göre günümüzde var olan sosyal çekişmelerde sosyal adalet konusu nazara alınmamaktadır. Özel hukukun büyük bölümü, ekonomik iddialar temelinde, sosyal karışıklık ya da anlaşmazlıklardan kaynaklanmaktadır. Bu noktada veraset vergisinden, mülkiyete, kefaletten bankacılığa, ortaklık hukukundan gerçek kişi girişimlerine kadar sözleşme

³⁴ PERLSTADT, s.317.

³⁵ GOTTLIEB, s.33.

³⁶ PERLSTADT, s.318.

³⁷ KALSEM, Kristin, WILLIAMS, Verna L., Social Justice Feminism, *UCLA Women's Law Journal*, C.18, s.150-151.

³⁸ GOTTLIEB, s.34.

³⁹ EWING Keith, Just Words and Social Justice, *Review of Constitutional Studies*, C.5, Sa.1, s.74.

⁴⁰ EWING, s.71.

ve tazminata dayalı uyuşmazlıkların çoğunun sosyal dinamikleri üzerinde durulmamaktadır. Bu bakımdan ortaya çıkan sorunların temelinde özel hukukun özellikle ticaret ve sözleşmeler hukukuna hâkim olan ilkelerin var olan sorunları arttırdığına değinilmektedir. Bu nedenle sadece teknik bir anlayışla sosyal dinamikleri göz ardı etmek suretiyle uyuşmazlıkları ele almak, taraflar açısından vakit kaybına, ayrıntılarda boğulmaya ve davaların maliyetinin artmasına sebep olacaktır. Bu durumda da yoksulların mahkemelerde adalete ulaşma şanslarının düşük olacağı inancının yaygınlaştığı düşünülmektedir.⁴¹ Bu bağlamda yoksulların yargı süreçlerinde dezavantajlı ve haklarından mahrum konumda oldukları değerlendirilmesi yapılmaktadır.⁴²

Diğer yandan bazı durumlarda hukukta yaşanan değişimin, kuralları değiştirmenin ötesinde toplumdaki kültürel-sosyal yapıyı değiştirip dönüştürmek üzere gerçekleştirildiği düşünülmektedir.⁴³ Sosyal adalet tesis edilsin ya da edilmesin şurası bir hakikattir ki sosyal adalet kavramı görmezden gelinemeyecek ya da gözden kaçırılacak bir kavram değildir. Hukukun sosyal adaletin tesisindeki rolü oldukça karmaşıktır. Zira hukuk, toplumun tüm kurumlarını kontrol etmekle birlikte kendisi de başlı başına toplumun bir kurumudur. Yönetici kesimin toplumun geniş kesimlerine hesap vermesinin aracıdır. Hukuk, toplumun bir parçası olarak bünyesinde doğal hukukun gereklerini barındırmalıdır. Buna göre hukuk, toplumdaki değerlerle bunların icrası arasında bir köprü görevi görmektedir.⁴⁴ Bu bakımdan hukuk sosyal dinamiklerle beslenmekte ve meşruiyetini sosyolojik kabullerde bulmaktadır. Bu nedenle hukuk özellikle de anayasa yargısı, refahın ve demokrasinin toplumsal tabana yayılmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Aksi takdirde, toplumlar belirli bir zümreye hasredilmek suretiyle refaha ya da demokrasiye sahip olabilirler ancak hiçbir zaman her ikisini birden aynı zümrenin eline veremezler.⁴⁵ Yani hem demokrasi hem refah toplumun belirli bir kesiminin elinde birleşebilecek bir konumda değildir. Bu noktada sosyal adalet zenginliğin yani refahın toplumun tüm kesimleriyle paylaşımı ile birlikte demokrasinin

⁴¹ WEHLE, Louis B., Social Justice and Legal Education, *American Law Review*, C.51, s.6.

⁴² O'SHANE, Pat, Social Justice for Aborigines, *Alternative Law Journal*, C.19, Sa.1, February, s. 19.

⁴³ HUNTER, Nan D., Lawyering for Social Justice, *New York University Law Review*, C.72, November, s.1009.

⁴⁴ RODES Robert E. Jr., Social Justice and Liberation, *Notre Dame Law Review*, C.71, s. 619.

⁴⁵ COLLINS Chuck, YESKEL Felice, *Economic Apartheid in America: A Primer on Economic Inequality and Insecurity*, 1. Baskı, The New Press, New York, 2000, s. 69.

de toplumun tamamına yayılmasına hizmet etmektedir. Bu bakımdan sosyal adaletin tesisinde politika ve hukuku ayrı kulvarlarda değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre bir iftiraya uğradığınızda ya da dolandırıldığınızda, kendinize bir avukat arayabilirsiniz, ancak işsizlik, sağlık hizmetlerinden eşit yararlanamama ya da yoksullukla karşılaştığınızda, gözünüz seçim sandığına ya da medyaya yönelmektedir. Fakat bu farklılığa rağmen değişime uğramış ve gelişmiş ülkelerde böylesi sosyal konularda dahi siyaset yerine hukuki mekanizmalara yönelme eğilimini ortaya çıkartmaktadır. Buna göre politika ve politikacılara yönelik ümitlerin azalmasına karşın hukuk ve yargıya daha fazla ümit bağlanmaya başlanmıştır.⁴⁶ Bu noktada “hukukun sosyal adalet dağıtıp dağıtmayacağı” sorusu gündeme gelmekte ve bu soru günümüzün en önemli *anayasal* sorunlarından birisi olarak düşünülmektedir. Bu durumda, en azından “insan hakları ile ilgili olan kısımlar bakımından sosyal adaletin tesisinde hükümetler yerine yargıya bir yetki ya da güç aktarımı yapabilir miyiz?” sorusu dile getirilmekte ve böyle bir güç aktarımının yapılamayacağı bazı gerekçelere dayandırılmaktadır. Her şeyden önce, insan haklarının içerik ve detaylarını tayin hakkı konusunda parlamentolar esas alınmalıdır. Yargı ise içeriksel bir belirleme yapmadan insan haklarının icrası ile ilgilenmeli ve insan haklarına uygun düşmeyecek hükümlerin iptaline yönelmelidir. Buna göre bir temel haklar bildirgesinin amacı sosyal adaleti tesis etmek olamaz. Bu konuda demokratik olarak yönetime gelmiş hükümetlerin yetkinliklerine saygı duyulması gerekmektedir. Zira kanunları düzenlemekle sosyal adalete ulaşılamayacağına dair bir yargıya varmak temel bir hata olarak değerlendirilmektedir.⁴⁷ Bununla birlikte politikanın sosyal adaleti sağlama da başarılı olamaması halinde yukarıda bahsi geçtiği üzere sorun insan hakları temeline anayasal bir sorun haline gelip anayasa yargısına taşınabilecektir. Bu kapsamda sosyal yardımların pozitif etkisi, toplumu kolektif iyiye doğru teşvik ederken maliyetlerin negatif etkisi, tepkiye ve karşı çıkışa yol açabilmektedir.⁴⁸ Buna göre sosyal refah programlarının maliyeti arttıkça vergi veren kesimler üzerindeki mali yük artacak ve vergi veren kesim sosyal yardımların daha varlıklı kesimlere yüklenmesini ya da bu yardımların azaltılmasını talep edilebilecektir. Buna karşın, özellikle de tıbbi içerikli sosyal yardımlar yargı

⁴⁶ CAMPBELL, Tom, Can the Law Deliver Social Justice, **University of Western Sydney Law Review**, C.5, s.51.

⁴⁷ CAMPBELL, s.51-52.

⁴⁸ PERLSTADT, s.321.

kararları aracılığıyla garanti edilmelidir.⁴⁹ Sosyal yardımlar sağlanırken vergi yükü artan mükelleflerin talepleri de dikkate alınmalı ve kesimler arasında bir denge oluşturulmalıdır. Zira anayasal zeminde konu ele alınacak olursa toplumun bir kesiminin, yoksulların, sağlık hakkı ile diğer kesiminin, vergi mükelleflerinin, mülkiyet hakları arasında bir dengenin tesisi gerekmektedir. Sosyalist öğretide ise toplumun tüm alanlarında olduğu gibi sosyal adaletin sağlanmasında da Partinin rolü öne çıkmaktadır. Bu kapsamda sosyal adalet farklı sosyal grupların yaşam şartları arasında eşitliğin sağlanmasında bir ölçü ya da “ayar” olarak ele alınmaktadır. Bu “ayar” toplumun materyal ve entelektüel olgunluğuna bağlı olup tüm çalışan ya da emekçilerin temel menfaatlerini içermektedir.⁵⁰ Bununla birlikte gelir elde etme bakımından hangi düzeyin *asgari yaşam şartı* olacağı toplumdaki değişkenlik göstermektedir. Buna göre kaynakların oldukça sınırlı olduğu fakir bir toplumda yaşam standardı gerekliliği bir insan hakları sorunu olabilir. ⁵¹ Bu noktada ekonomik olarak yaşanacak her adaletsizlik sosyal devlete karşı işlenmiş bir günah olarak görülmektedir.⁵² Toprak soyluluğun yani toprak sahibi aristokrasinin bulunduğu ülkelerde mülkiyet hakkının daha kutsal bir görünümde olduğu, buna karşın bu anlayışın sanayileşen, kalabalık nüfuslu toplumlarda yer bulamayacağı dile getirilmektedir.⁵³ Ancak sanayileşen toplumlarda sosyal adaletin tesisinde mülkiyet hakkını farklı boyutlarıyla tartışmaya açabilecektir. Örneğin şehirleşmenin yoğun olarak yaşandığı bölgelerde göç ve buna dayalı olarak şehrin farklı yerleşim alanları arasındaki sosyal dengesizlikler yaşam kaliteleri bakımından yeni sorunları ortaya çıkartabilecektir. Bunun çözümü ise yeni sosyal politikalar geliştirebilmektir. Buna göre sosyal politikaları sadece nakdi ya da gıda yardımı gibi aynı yardım şeklinde anlamak elbette ki sorunlara çözüm üretmeyecektir. Hatta böyle bir yaklaşım sosyal yardımlara bağımlı bir şekilde yaşamlarını sürdüren kesimler bakımından sorunların kronikleştirilmesi anlamına gelecektir. Bu noktada bireyleri yardımlara bağımlı hale getirmek yerine kapitalizmin olumsuz yönlerini törpüleyecek nitelikte sosyal politikaların benimsenmesi daha yararlı olacaktır. Bu bakımdan sosyal yardımların en azından çalışma imkânı bulunan

⁴⁹ PERLSTADT, s.322.

⁵⁰ ROGOVIN, V., Social Justice and Improving Distribution Relations, **Soviet Law and Government**, C.25, Summer, s. 3.

⁵¹ WELLMAN, Carl, Social Justice and Human Rights, **Persona & Derecho**, C.17, s.211.

⁵² NOVAK, s. 879-880.

⁵³ GOTTLIEB, s.38.

bireyler bakımından sosyal çalışma programları kapsamında yapılması, yardımları bağımlılık haline gelmekten çıkartıp alın terinin karşılığı haline getirecektir. Bu durum sosyal yardımlardan faydalananlar içinde olumlu bir etki oluşturacaktır.

2. SOSYAL ADALETİN BAZI TEMEL HAKLARA ETKİLERİ

Sosyal adalet kavramı bir adalet ve eşitlik tasavvuru olarak küresel seviyede genişlemesini sürdürmektedir. Bu bakımdan sosyal adaletin ilkeleri, insan hakları ve insan onuru için küresel bir mücadelenin parçası olarak anlaşılmaktadır.⁵⁴ Sosyal adalet ile insan hakları arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Örneğin cinsiyete dayalı sosyal adaletsizlikler, hukuk önünde eşit korunma ve fırsat eşitliğini sağlayan temel hakların ihlali sayılarak, eleştirilmiştir. Zengin olanın lüks içinde olduğu, yoksulun ise temel gereksinimlerini bile karşılayamadığı adaletsiz bir toplumda hayatta kalmayı sağlayacak temel standartlar, insan hakları sorunu olarak karşımıza çıkacaktır. Buna göre “sosyal adalet kavramı” siyasi ya da yargısal adalete indirgenemeyecek olup toplumdaki siyasi, yargısal ve ekonomik adalet ya da adaletsizlikleri kapsayan bir kavramdır.⁵⁵ Yani sosyal adalet ve temel hakların örtüştüğü durumlarda söz konusu olabilmektedir. Buna göre toplumdaki tüm bireylerin eşit olarak temel haklara sahip oldukları düşüncesi ya da temel haklara saygının sosyal adaletin esaslı bir buyruğu olduğu inancı bu iki kavramın birbirine yaklaştığı durumları ifade etmektedir.⁵⁶ Aslında sosyal adaletin temelinde eşitlik kavramı yatmaktadır. Zira sosyal adalet üzerinde verilen büyük tarihi mücadelelerin hepsi eşit haklar temeline dayanmıştır.⁵⁷ Buna göre en azından toplumdaki tüm bireyler insan onuruna sahip olma bakımından eşittirler. Hatta suç işlemek suretiyle toplumun geneline zarar vermiş olan bireyler dahi insan onuruna uygun cezalarla cezalandırılmalıdırlar. Buna karşın sosyal adalet ve temel haklar arasında doğrudan ve mantıksal bir bağlantı kurulmasının doğru olmadığı da ileri sürülmektedir. Buna göre temel hak ihlali niteliğinde olmasına rağmen adaletsizlik olarak değerlendirilmeyen pek çok durum söz konusu olmaktadır. Örneğin savaş sırasında askerin bir düşman askerini öldürmesi yaşam hakkına yönelmesine rağmen adaletsizlik ya

⁵⁴ KALSEM, WILLIAMS, s.150.

⁵⁵ WELLMAN, s.199.

⁵⁶ WELLMAN, s.213.

⁵⁷ WELLMAN, s.205. Yine eserin aynı yerinde, tarihte verilen büyük mücadelelerin siyasi mutlakiyetçiliğe, ekonomik sömürüye, köleliğe, düşük sınıfların haklarından mahrum edilmelerine karşı yürütüldüğü belirtilmektedir.

da moral değerlere bir aykırılık olarak algılanmamaktadır.⁵⁸ Görüldüğü üzere eşitlik her zaman adaleti doğurmamaktadır. Buna göre masum bir insana ceza verilmesi bireysel olarak bir adaletsizlik olsa da bu kişiye diğer bireyler gibi eşit bir yargılama yapıldığından bahisle adaletli davranıldığı iddia edilemez. Diğer yandan toplumdaki tüm bireyler için eşit mesafede durulmak suretiyle suçluların tespitinde zar atılması ya da günlük olarak açılan ilk on beş dosyada mahkûmiyet diğerleri ile ilgili beraat kararı vermek gibi uygulama getirilse tüm bireylerin eşit olduklarından bahisle herhangi bir adaletsizliğin olmadığını ileri sürmek imkansızdır.⁵⁹

Diğer yandan insan haklarının korunması bakımından *dönüşümsel adalet* bazı ülke ya da toplumlar bakımından önemli etkilere sahiptir. Özellikle Güney Afrika'da 1996 yılındaki yeni anayasa ile birlikte eski yönetimin ideolojisinin kırıldığı en azından yumuşadığı dile getirilmektedir.⁶⁰ Böylece Güney Afrika'da olduğu gibi yeni anayasalar sosyal değişimin yeni dili olarak uygulanmak üzere hazırlanmışlardır.⁶¹ Dönüşümsel adalet süreçleri, baskıcı yönetimin mağdurlarının güçlendirilmesiyle birlikte rejimin ideolojisinin dönüşümünü sağlamaktadır. Böyle bir süreçten makul olarak beklenen netice, kötü sonuçlar doğuran baskıcı ideolojinin dönüşümünü temin suretiyle adaletin güçlenmesi ve güvenin sağlanmasına katkı sağlamaktır.⁶² Buna göre dava hakkının temel bir hak olarak tanınmasının ve bu yolla hak aramanın, yoksulların durumlarını önemli oranda iyileştirebileceğine vurgu yapılmaktadır. Buna karşın bu durumun uygulamada aynı sonucu vermediği ve gerekli koruma ve imkanların sağlanmadan, dava yoluyla yoksulların lehine adımlar atılamayacağı ileri sürülmektedir.⁶³ Sosyal adaletin sağlanması konusunda ortaya çıkan uygulamalardan birisi de *kota* uygulamalarıdır. Buna göre siyasi alanda, özellikle kadın ve engelli adayların temsiline yönelik kota uygulamaları, yine eğitimde belirli okullar açısından belirli kesimler için getirilen kota uygulamaları, bunlardan bazılarını örnek olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte zengin ve yoksul arasındaki fark ya da ayırım bakımından bu kotaların uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Buna

⁵⁸ WELLMAN, s.201-205.

⁵⁹ WELLMAN, s.207.

⁶⁰ SANDOVAL Clara, Transitional Justice and Social Change, **SUR - International Journal on Human Rights**, C.20, s. 183.

⁶¹ SANDOVAL, s.181.

⁶² SANDOVAL, s.187.

⁶³ HAZARD, s. 699.

karşın Brezilya gibi ülkelerde ortaya çıkan sıfır açlık (zero hunger)⁶⁴ ya da aile yardımı⁶⁵ (the family grant) gibi bazı sosyal projelerin, mevcut farkın azalmasında etkili olduğu dile getirilmektedir.⁶⁶

Sosyal adalet kavramı elbette ki pek çok temel hak ile ilişkilendirilebilir. Bununla birlikte çalışmamızı sınırlandırabilmek adına sosyal adalet kavramı çocuk hakları, çevre hakkı ve sağlık hakkı ve cinsiyet ayrımcılığı bakımından ele alınmaktadır. Bu başlıkların belirlenmesinde çocuk ve kadınları ilgilendiren uzun soluklu tartışmaların yanı sıra günden güne artan çevre kirliliği ve gelişen sağlık teknolojileri karşısında sosyal adaletin durumu ve etkilerini sergileyebilme düşüncesi etkili olmuştur.

2.1. Sosyal Adalet ve Çocuk Hakları

Sosyal destek programlarında özellikle yoksul çocuklara karşı bir ilgi ve desteğin olmasına karşın yetişkin yoksullara karşı böyle bir ilginin olmadığı düşünülmektedir. Buna karşın öncelikle ebeveynlere yönelik programların geliştirilmesi ve bunların refah seviyelerinin artırılması zaten çocukların yoksullarını ortadan kaldıracaktır. Buna göre ebeveynlere yönelik gerekli düzenlemelerin yapılıp çocuklarına bakabilecek yeterli geliri elde edebilecekleri gerekli iş imkânı ve çalışma koşullarının sağlanması gerekmektedir. Yine bir anayasal demokraside, yönetim, çocuklara, vatandaş olarak haklarını ve sorumluluklarını bilebilecek düzeyde bir eğitimin verilmesinde önemli bir rol oynamalıdır.⁶⁷ Öte yandan çocuk sahibi olma hakkının anayasa ile sağlanan ve korunan temel bir hak olduğu ancak bu hakkın kullanımını nedeniyle ortaya çıkacak ekonomik sıkıntıların yükünün sosyal yardımlar üzerinden diğer

⁶⁴ Sıfır Aç (Zero Hunger) programı 2003 yılında Brezilya hükümeti tarafından açlık ve yoksulluğa son vermek için başlatılmış bir programdır. Program çocukların beslenme bozukluğunun ve güvensiz gıdaların tüketiminin azalmasını sağlamış ve bazı Afrika ülkelerine örnek olmuştur. Program, küçük çiftçilere eğitim ve teçhizat desteğinin sağlanarak okul gıdaları, kamu restoranları ve gıda bankalarına doğrudan bu çiftçilerin mamullerinin alınması esasına dayanmaktadır. www.globaljustice.org.uk/blog/2013/sep/12/brazils-zero-hunger-programme-working (erişim 02.10.2019)

⁶⁵ Aile yardımı (the family grant) programı 2004 yılında Brezilya hükümetince uygulamaya konulmuş bir programdır. Program kapsamında ailenin geliri dikkate alınmak suretiyle fert başına 60 Avroya kadar destek verilmektedir. Yine çocukların sayısı ve yaşına göre 14 ile 105 Avro aralığında yardımda bulunmaktadır. www.journals.openedition.org/factsreports/1314 (erişim 02.10.2019)

⁶⁶ DIAS, s. 877.

⁶⁷ FOLEY, Edward B., Social Justice and Child Poverty, *Ohio State Law Journal*, C.57, s. 485.

vatandaşların sırtına yüklenmesinin doğru olmayacağı dile getirilmektedir.⁶⁸ Buna göre devletlerin yaptıkları yemek fişi, bakımevleri ve diğer sosyal yardımların maliyetinin büyük miktarlarda olduğu dile getirilmektedir. Bu durum göz önüne alındığında gelişmiş ülkelerde, her bireye asgari yaşamlarını sürdürebilecekleri belirli bir miktar tahsisatın yapılmasının daha verimli ve gerçekçi olacağı düşünülmektedir.⁶⁹

2.2. Sosyal Adalet ve Çevre Hakkı

Sosyal adalet konusunda yaşanan bir diğer sorun da iklim değişikliğine bağlı ekonomik gelişmeler karşısında ortaya çıkmaktadır. Buna göre emisyon oranlarının yükselmesi yani karbon gazı salınımının arttırılması neticesinde verimli topraklara sahip olan ancak fakirlik çeken toplumların, toprak verimliliğini önemli bir gelire çevirebilecekleri düşünülmektedir.⁷⁰ Buna karşın, karbon gazı salınımı bakımından belirli toplumların ise onarıcı adalet gereğince zararlı etkilerden sorumlu tutulması düşüncesi de gerçekçi bulunmamaktadır. Örneğin ABD’de karbon gazı salınımından sorumluluğu gündeme gelen kimselerin artık hayatta olmadıkları, bu nedenle de yargı bakımından dahi sorumlu tutulamayacakları ifade edilmektedir.⁷¹ Bununla birlikte ABD’nin karbon gazı salınımı diğer savunmasız ülkelere karşı önemli bir haksızlık olarak görülmektedir. Ancak ABD’nin iklim değişikliğinden zarar gören ülkelere yardım etme yükümlülüğünün öngörülmesinin de mevcut durum karşısında uygun bir yol olmayacağı dile getirilmektedir. Zira karbon gazı salınımının azaltılması ABD açısından diğer maliyetleri arttırıyorsa, zaten diğer ülkelere mali bir aktarımın yapılamayacağı ifade edilmektedir.⁷² Çevrenin korunması konusunda artan bilinç, sosyal adalet algısında da bir dönüşüme neden olmuştur. Buna göre sosyal adalet kavramı toplumun ya da kamunun yararı kapsamında tekrar tanımlanmalıdır. Buna göre iş imkânı, yeterli ve erişilebilir gıda ve yeterli sağlık hizmetine erişimin yanı sıra çevre hassasiyeti de sosyal adalet kavramının tanımlanmasında önemli bir dinamik olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumlar ekolojik, sürdürülebilir ekonomik aktiviteleri ve çevre istismarını göz önüne almak durumundadır. Devletler bu

⁶⁸ FOLEY, s.510.

⁶⁹ FOLEY, s.508-509.

⁷⁰ POSNER, Eric A., SUNSTEIN Cass R., Global Warming and Social Justice, **Regulation**, C.31, Spring, s.17.

⁷¹ POSNER, s.18.

⁷² POSNER, s.20.

alanı düzenlemekle yükümlü olup ticari getiri kaygısıyla bu sorumluluktan kaçınma yoluna gidemeyeceklerdir.⁷³ Sağlıklı çevre, çevrenin korunmasını esas alan, temel bir hak düşüncesi esasına dayanmaktadır.⁷⁴ Bu konuda yasama kadar yargıya da önemli bir görev düşmektedir. Yargı en azından yorum gerektiren konularda tavrını çevre hakkı lehine göstermelidir. Ancak bu durum yargı bakımından bir yükümlülük olmayıp bir tercih meselesi vaziyetindedir. Örneğin, İngiliz hukuk sistemi bakımından kirliliğin tanımının net olarak ortaya konulmadığı, dolayısıyla bu konuda özellikle de yargının hüküm kurması bakımından belirsizliklerin olduğu dile getirilmekte ve bunun sebebi olarak çevrenin korunmasına yönelik mevzuatın esnekliği öne sürülmektedir.⁷⁵

2.3. Sosyal Adalet ve Sağlık Hakkı

Sağlık hukuku, sağlığın korunmasına dair bir hukuk alanı olmanın yanı sıra, sağlık hizmetinin sunulması ve finanse edilmesini de içeren bir kavramdır. Buna göre kamu otoritesi ve buyrukları, sağlıklı yaşam koşullarını garanti etmelidir.⁷⁶ Sağlık alanındaki sosyal hareketlilik temelde üç noktada sıralanmaktadır. Bunlar, sağlık alanında yaşanan eşitsizlikler, sağlık ve sosyal adalet konusunda sosyal bilincin uyanması ve “sağlık adaleti” şeklinde sıralanabilir. Sağlık adaletinin temel etkisi, hukukun bu alanda ortaya çıkan dengesizlikleri, eşitsizlikleri giderici ya da azaltıcı bir araç olarak kullanılmasıyla gerçekleşecektir. Buna göre sağlık adaleti yasal düzenlemeler ve reformlar için temel bir yapı ya da çerçeve işlevi görecektir.⁷⁷ Öte yandan sağlık hakkına dayalı sosyal hareketlilik, çevre, üreme ve gıda ekseninde tasnif edilebilir. Tüm bu hareketliliklerin temelinde ise gelir dağılımında adaletsizlik, imtiyazlı toplum kesimleri, ableizm,⁷⁸ cinsiyet ayrımcılığı ve nativizm⁷⁹ gibi kavramlar yer almaktadır.⁸⁰ Bu bakımdan

⁷³ O'SHANE, s.20.

⁷⁴ WILEY, s.53.

⁷⁵ MACRORY, R., Environmental Standards, Legitimacy and Social Justice, *Acta Juridica*, 1999, s.257.

⁷⁶ WILEY, s.52.

⁷⁷ WILEY, s.52-53.

⁷⁸ Ableism, engelli bireylere karşı yapılan ayrımcılığı ifade etmektedir. www.seslisozluk.net/ableism-nedir-ne-demek/ (erişim 16.01.2019)

⁷⁹ Nativizm, yerlilerin çıkarlarını koruma siyaseti olarak dile getirilmektedir. www.seslisozluk.net/nativism-nedir-ne-demek/ (erişim 16.01.2019)

⁸⁰ WILEY, s.53.

bahsi geçen kavramların doğru algılanıp gerekli yasal düzenlemelerin bu doğrultuda şekillendirilmesi daha uygun bir adım olacaktır. Sağlık hukuku bakımından bir diğer temel nokta, yoksulların sağlık hizmetine ulaşımında finansal erişilebilirliğin sağlanmasıdır.⁸¹ Bu durumda karşımıza çıkan önemli bir uygulama zorunlu aşılama programlarıdır. Buna göre hukuk, uzun dönem sağlık planlamalarında bir araç olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte ABD’de çocukların aşılanma oranı düşük gelir seviyesine sahip ailelerde daha yüksek olmakla birlikte yüksek gelirli aileler aşı yaptırmaktan kaçınma eğiliminde olabilmektedirler. Bu durum aslında aşılama konusunda topluca hareket eden düşük gelir kesimine karşı, zenginlerin bir risk algısına kapılmalarına dayandırılmaktadır. Buna göre yüksek gelirli, zorunlu ve ücretsiz olan ve düşük gelirli tarafından desteklenen, sürüyü koruma mantığından, sıyrılmak arzusu içerisinde olabilmektedirler. Bu noktada sağlık adaletinin hedeflerinden bir tanesi de toplum kesimlerinin sağlık uygulamaları karşısındaki algılarını ve davranış modellerini etkileyebilmektedir.⁸²

2.4. Sosyal Adalet, Feminizm ve Cinsiyet Ayrımı

Yasal girişimlere zemin hazırlayan durum ve koşulların, siyasi taraflarının olmaması hukuk kurallarının da etkisiz ve tarafsız olmaları sonucunu doğurmaz. Sosyal yönetim siyasi eleştiriler tarafından tamamen biçimsiz bir hale gelemez ve belirli bir grubun belirlemelerine indirgenemez. Örneğin feminist temelli siyasi düşüncelerin, hukuku şekillendirmesi oldukça yüksek düzeyde arzulanabilir. Bununla birlikte, cinsel taciz konusunda yasal önlemleri desteklemek için feminist olmak gerekmemektedir.⁸³ Özellikle feminizme dayalı sosyal adalet anlayışı, bu konuda atılan adımları ve ortaya çıkan fikirleri genel bir çerçevede bizlere sunmaktadır. Buna göre feminizm bakımından kavramın doğuşu, yine kadınların iş hayatında yaşadıkları sıkıntılara çözüm önerisi olarak geliştirilmiş ve ileri sürülmüştür. Buna göre ilk olarak çalışma saatlerinin düşürülmesi, daha iyi bir asgari ücret ve daha iyi çalışma şartları şeklinde bir reform hareketi olarak yola çıkmıştır. Bu reform hareketlerine, kadın hakları savunucusu kurumların müdahalesiyle birlikte feminist anlayış sosyal adalet zemininde ortaya çıkmıştır. Feminizme dayalı sosyal adalet anlayışında verilen mücadele, genel olarak alanı genişleyen iş hayatında,

⁸¹ WILEY, s.71.

⁸² WILEY, s.74-75.

⁸³ MINSON Jeffrey, Second Principles of Social Justice, **Law Context: A Socio-Legal Journal**, C.10, s.32.

kadın çalışanların korunması esasına yöneliktir. Yine asgari ücretin altında yapılacak ödemeler kadın çalışanlar için de zararlı olup bu konuda alınan tedbirler yasal önlemlerle desteklenmelidir.⁸⁴ Günümüzde yerleşik politika ve yapıların, kadın hakları iddiasına karşı halen direnmeye devam ettiği dile getirilmektedir. Bu noktada kadınlar için tam bir sosyal eşitlik düşüncesine karşı getirilen engellerin açıkça cinsiyet temeline dayandırılmadığı, bunun yerine büyük oranda cinsiyetçi klişelerin ya da faraziyelerin içerisinde örtülü olarak devam ettirildiği belirtilmektedir.⁸⁵ Örneğin vergilendirme konusunda ayrımcılığa dayalı bir sosyal eşitsizlik, aile içerisinde çalışan kadının, aile gelirin olan katkısının farklı yöntemlerle vergilendirilmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Buna göre evli kadının geliri ikincil gelir olarak değerlendirilip daha yüksek oranda bir vergilendirmeye tabi kılınabilmektedir.⁸⁶ Görüldüğü üzere sosyal adaletin tesisinde kadın-erkek eşitliği önemli bir ağırlığa sahiptir. Bu konuda toplumdaki yerleşik ve olumsuz algıların değiştirilmesi her ne kadar bir süreç gerektirse de yasal düzenlemelerle bu konuda önemli mesafeler alınabilir. Bu konuda eşitliğin toplum her alanına yayılması için kota ya da teşvik gibi uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Fakat bu konuda öncelikli görev yasamaya aittir. Yargı da önüne gelen uyuşmazlıklarda doğrudan anayasa hükümlerine ya da devletin taraf olduğu ve iç hukukun bir parçası haline gelen uluslararası sözleşmelere dayanarak ayrımcılığı giderici adımlar atabilir. Ülkemiz yargı pratiği bakımından, bağlayıcılığı olmasına rağmen, doğrudan Anayasa hükümlerine⁸⁷ ya da uluslararası sözleşme hükümlerine⁸⁸ dayanılması, maalesef, pek görülmedik durumdur.

3. SOSYAL ADALET VE CEZA ADALETİ

3.1. Genel Olarak

Ceza adaletinin sağlanması bakımından sosyal adalet düşüncesine yönelik farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu noktada onarıcı adalet fikri ceza adaleti sisteminin dönüşümünü savunan bir sosyal hareket olarak karşımıza

⁸⁴ KALSEM, WILLIAMS, s.151-153.

⁸⁵ HUNTER, s. 1016.

⁸⁶ STEWART, Miranda, Reforming Tax for Social Justice, **Alternative Law Journal**, C.23, Sa.4, August, s.161.

⁸⁷ 1982 Anayasası madde 11: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

⁸⁸ 1982 Anayasası madde 90/son/1. cümle: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir.”

çıkılmaktadır. Onarıcı adalet düşüncesinde, ceza adaleti bakımından suçtan ziyade ortaya çıkan bozulma ya da soruna odaklanılmaktadır. Buna göre suç işleme arzusuna yönelecek bir cezalandırma hakkı yanlış bir çıkış noktasıdır. Onarıcı ceza adaletinde sorunun tüm paydaşlarının sesi işitilir, suça dair değerlendirmeleri dikkate alınır ve suç sonrası mağdurun, failin ve toplumun tamiri için neler yapılacağı üzerinde durulur.⁸⁹

Sosyal adaletin ceza adaleti üzerindeki etkileri ise üç farklı şekilde kendini göstermektedir.⁹⁰ Bunlardan ilkinde göre sosyal adalet, ceza adaletinin gerçekleştirilmesinde önemsizdir. Buna göre sosyal adaletin yöneldiği hedefler, ceza adaletinin hedefleri arasında yer almamaktadır.⁹¹ İkinci yaklaşıma göre sosyal adalet, ceza adaletini daha da kötü bir duruma sokmaktadır. Örneğin, Yeni Zelanda da olduğu gibi farklı kültürlerin taraf oldukları yasal problemlerin çözümünde sosyal adaletin etkin olması, yargısal anlamda adaleti eritici bir etkiye sebep olmaktadır. Buna göre sosyal adalet, kültürel çoğulculuğu ve bunlara alan açmayı öngörmektedir ki bu durum tek anlamlı ve istikrarlı batı tipi adalet anlayışıyla çelişmektedir. Bu durum elbette ki karmaşık ve zorlu bir reçete olarak, bir kültürden faili diğer bir kültürden mağduru belirlemek gibi bir sonuç doğurmaktadır.⁹² Son olarak karşımıza çıkan yaklaşım ise sosyal adaletin ceza adaletine olumlu katkılar sunacağını öngörmektedir. Buna göre sosyal adalet toplumun gerek mağdur gerekse faile

⁸⁹ BRAITHWAITE, s.185-186.

⁹⁰ Bu noktada adli yardım kurumunu da sosyal adaletin ceza adaletine olan etkileri arasında saymak mümkündür. “Adli yardım, mali gücü yetersiz olanların dava açma hakkından yoksun kalmaması için getirilmiş bir ilkedir. Mali olanakları yetersiz kişilerin dava harç ve masraflarından muaf tutulması ve kendisi için baro tarafından ücretsiz avukat görevlendirilmesidir.” “Adli yardım sadece özel hukuk ve idari davalar için söz konusudur. Ceza davalarında şüpheli ve mağdurlar açısından farklı usuller belirlenmiştir. Şüpheliler açısından, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun şüphelisi veya sağır ve dilsiz veya 18 yaşından küçük veya kendinizi savunamayacak derecede malul iseniz tarafınıza zorunlu müdafî (sanık avukatı) atanır. Müdafî seçebileceğiniz durumda olmadığınızı beyan ettiğiniz takdirde isteminiz üzerine müdafî görevlendirilir. Mağdurlar açısından; 18 yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramınızı ifade edemeyecek derecede malul olmanız durumunda zorunlu olarak, cinsel saldırı suçu ile alt sının 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçun mağduru iseniz isteminiz hâlinde tarafınıza avukat görevlendirilir.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Adli Yardım Nedir? Mağdur Hakları Daire Başkanlığı, mağdur.adalet.gov.tr/images/adli_yardim1.pdf (Erişim 30.09.2019)

⁹¹ BRAITHWAITE, s.186. Bu durumda aslında ekonomik olarak devlete yüklenen yük daha da artmaktadır. Buna göre devlet özellikle de hapishane gibi daha çok kamu binası yapmak durumunda kalacaktır. O’SHANE, s. 20.

⁹² BRAITHWAITE, s.187.

olan bakışını daha sağlıklı hale getirmektedir.⁹³ Onarıcı adalette, okulu terk eden ya da uzaklaştırılan bir gencin okula dönmesi ya da işsiz bir faile iş bulunması gibi neticelere ulaşılabilmektedir ki bunlar sosyal adalet açısından olumlu adımlardır. Burada amaç iyi bir şeyler ortaya çıkartmaktansa zarardan kaçınmanın sağlanmasıdır. Örneğin işsizlik, suç oranlarının artmasında önemli bir etkiye sahiptir.⁹⁴ Zira suçluların büyük oranda eğitimsiz ve işsiz kimseler oldukları dile getirilmektedir.⁹⁵ Bununla birlikte rasyonalist bir ekonomi anlayışının anti-sosyal bir yapıda olduğuna ve bu anlayışın olduğu toplumlarda yasal yardımların düşüklüğüne dikkat çekilerek ekonomi modeli ile suç artış oranlarında yükseliş yönünde bir korelasyon bulunduğu da ayrıca belirtilmektedir.⁹⁶ Bu noktada ABD'deki jüri sistemi üzerinde sosyal adalet bakımından yapılan bazı değerlendirmelere yer vermeyi faydalı görmekteyiz. Buna göre ABD Federal Anayasa sisteminde, jürinin bireysel özgürlüklerin koruyucu bir fonksiyonu olduğu düşünülmektedir. Yine jüri sisteminin dayandığı teoriye göre hukuk, bir yandan jüri tarafından somut hayat bilgisi ile, ama hukuk bilgisi olmaksızın ele alınırken, yargıç tarafından hayat bilgisi olmaksızın sadece soyut hukuki bilgi ile ele alınmaktadır. Bu durumda da jüri, delillerin hukuken nitelendirilmelerini göz ardı edebilmekte ve bu doğrultuda değerlendirmede bulunmaktadır. Jürinin, mahkemeyi tam ve doğru bir şekilde yönlendirememesi yargıcın kararını vermesini güçleştirmektedir. Bu kaçınılmaz sonuç, modern, endüstri atmosferinde canlılık kazanan hukukun bireyselleşmesi ve skolastikleşmesinin bir ürünü olarak görülmektedir.⁹⁷

3.2. Sosyal Adalet ve İdam Cezası

Ceza adaleti bakımından ortaya çıkan tartışmalardan bir diğeri idam cezası hakkında gerçekleşmektedir. İdam cezasının uygulanması farklı yaklaşımlara ve politik tercihlere bağlı olarak gerçekleşebilmektedir. Bunlardan ilkinde göre ağır suç işleyen herkese karşı idam cezasının uygulanması zorunlu tutulmalıdır. İkinci yani ihtiyari yaklaşıma göre ise idam cezası sadece bazı suçlar için söz konusu olabilmektedir. Son olarak idam cezasının hiçbir suç için uygulanmaması görüşü ileri sürülmektedir. Buna göre sosyal adalet, zorunlu ya da ihtiyari yaklaşımı doğrudan yasaklamadığı gibi bunları zorunlu

⁹³ BRAITHWAITE, s.190.

⁹⁴ BRAITHWAITE, s.191.

⁹⁵ O'SHANE, s. 19.

⁹⁶ O'SHANE, s. 19-20.

⁹⁷ WEHLE, s.7.

da kılmamaktadır. Bununla birlikte moral değerler dengesinin, zorunlu ya da ihtiyari yaklaşıma karşı olduğu ve belirgin bir şekilde idam cezasına karşı olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸ Bu noktada tarafların hepsinin görüşlerini faydacı bir yaklaşımla sosyal adalet kavramına dayandırdıkları görülmektedir.⁹⁹ Öte yandan yaşanan tartışmaların genel olarak tekerrür ve caydırıcılık kavramları ekseninde faydacı bir yaklaşıma dayandırıldığı söylenebilir.¹⁰⁰ Buna göre huzurlu ve düzenli bir toplumda herkesin menfaati bulunmaktadır. Bu noktada suç ile mücadele bakımından, biraz klasik olsa da belirli gereksinimlerin karşılanması gerekmektedir. Zira toplumdaki tüm bireyler, aklıktan âzâde bir durumda bulunmalı, yeterli barınma imkanına sahip olmalı, yeterli ve erişilebilir sağlık hizmeti almalıdır. Bunlar sağlıklı bir kamu düzeni ve iyi bir yönetim bakımından temel esaslar olarak ele alınırlarsa, sonrasında işsizlik, enflasyon gibi ekonomik konuların değerlendirilmesine geçilebilir.¹⁰¹ Elbette ki sağlıklı ve sosyal adaletin yüksek düzeyde gerçekleştirilebildiği toplumlarda ceza adaletine duyulan ihtiyaç daha az seviyelerde olacaktır. Bu noktada idam cezasına yönelen ve yukarıda kısaca değinilen yaklaşımları biraz detaylandırmakta yarar görmekteyiz. Zira bu yaklaşımlar ceza adaletinin tayininde ve sosyal adaletin dengeye oturmasında önemli farklılıklar sergilemektedirler.

❖ **İhtiyari yaklaşım;** bu göre idam cezasının uygulanması farklılıklar arz edebilmektir. Örneğin ABD’de hangi suçlunun ağır ya da dehşet verici bir suç işlediği ve bu gerekçeyle idama mahkûm edileceği konusunda yargıçlara önemli bir takdir alanı bırakıldığı dile getirilmektedir. Bu nedenle bu yoğun ve geniş takdir yetkisi üzerinde iyi düşünülmelidir. Yine ihtiyari yaklaşımda suçun karşılığı olan cezanın yani misillemenin maksimize edilmesinde başarısızlıklar olabilmektedir. Ayrıca işlenen suçlara verilen cezalarda, eşitliği sağlama ya da standardı tutturma bakımından sıkıntılar doğabilmektedir. Cezanın belirliliğinin kestirilemeyecek olması da cezanın caydırıcılık etkisini oldukça zayıflatacaktır.¹⁰²

❖ **Zorunlu yaklaşım;** bu yaklaşımı besleyen farklı görüş ve gerekçeler bulunmaktadır. Bunlardan birisi kısas, yani verilecek cezanın işlenen suçu birebir karşılayacak mahiyette olmasıdır. Buna göre eğer oç alma, yasal bir

⁹⁸ BEDAU, s. 768.

⁹⁹ BEDAU, s. 769.

¹⁰⁰ BEDAU, s. 769-770.

¹⁰¹ O’SHANE, s.19.

¹⁰² BEDAU, s. 781.

amaç olarak hedefe alınırsa idam cezası vasıtasıyla hem yargısal adalet hem de sosyal adalet bakımından amaca ulaşılmış olacağı ifade edilmektedir. Yine hukuk önünde eşitlik, sosyal adalet bakımından vazgeçilmez bir ilkedir. Zorunlu yaklaşım, bu ilkeyi tam olarak tesis etmektedir, çünkü idam cezasını gerektiren tüm suçlarda bu ceza eşit olarak uygulanmaktadır. Son olarak idam cezasının sosyal savunmayı sağlayıcı bir etkisi olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre idam cezası ile topluma karşı dehşet verici, ağır ihlaller, en ağır şekilde cezalandırılmakla birlikte sosyal savunma adına caydırıcı bir etki de meydana getirilmektedir.¹⁰³

❖ **Terk yaklaşımı;** idam cezasına tümünden karşı olan bu yaklaşım, yaklaşımın, daha gerçekçi, insani ve adil olmasının yanı sıra toplumun tamamına yönelen bir ceza politikası anlayışını da yansıtmaktadır. Bu yaklaşıma göre hapis cezası, idam cezasına göre toplumsal iyi ve kötünün belirlenmesinde daha belirleyici bir konumdadır. Yine idam cezasının modern ve akılcı bir penolojik¹⁰⁴ yaklaşım içerisinde rol alamayacağına vurgu yapılmaktadır. Buna göre toplum, cezai yaptırımlarda etkin olmanın yanı sıra insani olmanın da sorumluluğunu taşımaktadır.¹⁰⁵ Yine modern kriminoloji ve penoloji, topluma yönelik saldırılarda belirlenen eski sorumluluk kriterlerinin ve cezalandırma biçimlerinin tümünden yenilenmesi gerektiğine işaret etmektedir.¹⁰⁶

4. SOSYAL ADALET VE VERGİ ADALETİ

Vergi sisteminde, bir yandan devletin geliri arttırılmak istenirken diğer yandan da vergi yükünün adil bir dağılımı hedeflenmektedir. Buna göre kaynakların dağılımında yüksek ve düşük gelir grupları bakımından ayarlama nasıl yapıyorsa, vergi yükü bakımından da aynı yaklaşım tarzı belirlenmelidir. Bu noktada vergi gelirlerinin yeterli olabilmesi, vergi kesintileri yanı sıra kamu harcamaları üzerinde de durulmasını gerektirmektedir. Yine vergi sistemlerinde şeffaflığın göz ardı edildiği, özellikle de tüketim vergilerinde gelir vergilerine nazaran bu durumun daha belirgin olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰⁷ Vergilendirme ile ilgili olarak ortaya çıkan bir diğer sorun ise eşitliktir. Bu kapsamda eşitlik, yatay ve dikey eşitlik olarak ele alınmaktadır. Dikey eşitlik bakımından

¹⁰³ BEDAU, s. 770.

¹⁰⁴ Penoloji, suçluların cezalandırması ve ardından topluma kazandırılması yöntemlerini araştıran bir suç bilimi dalıdır. www.tr.wikipedia.org/wiki/Penoloji (erişim 12.01.2019)

¹⁰⁵ BEDAU, s. 795.

¹⁰⁶ WEHLE, s.5.

¹⁰⁷ STEWART, s.159.

vergilemede ölçü, verginin ödenebilme kabiliyetidir. Örneğin gelir vergisinde belirleme, bireyin gelirinine göre yapılmaktadır. Buna göre yüksek gelirliye yüksek oranda, dar gelirliye ise diğerine göre daha az oranda bir vergi yükü yüklenecektir. Bu durumda da görüldüğü üzere bireylerin gelirleri açısından üstlenebilecekleri oranda bir vergi yükü¹⁰⁸ getirilmek istenmektedir. Yatay eşitlikte ise bireyler bir derecelendirme yapılmadan standart bir vergilemeye tabi kılınmakta olup bu yöntem daha net ve anlaşılır bir sistem olarak görülmektedir.¹⁰⁹ Öte yandan verginin tür olarak tekliği (monist) konusunda yapılan değerlendirmeler neticesinde, doğrudan verginin çeşitlilik arz edeceği, bu nedenle de “vergi tekliği” ifadesinin anlamsız olacağı ve fayda vermeyeceği düşünülmektedir. Zira burada “teklik” düşüncesi rasyonel tercih ve bireysel rekabetin ve mükemmel bir piyasa ekonomisinin temel ideolojileri üzerine dayandırılmaktadır.¹¹⁰ Öte yandan vergi sisteminin mali haklar yanı sıra doğrudan siyasi haklara yönelik sonuçları da olabilmektedir. Örneğin İngiltere’de “seçim vergisi” olarak adlandırılan bir vergi türünün, seçme hakkına yönelik, doğrudan ve olumsuz bir etkisi söz konusu olmaktadır. Zira bu vergi yükümlülüğünden kaçmak isteyen seçmenler, seçmen kütüklerine kayıt olmaktan kaçınmaktadırlar. Görüldüğü üzere burada sistem, vergi adaletinin çok ötesinde, seçme hakkının kullanımını baskılayan ve caydırıcı etkiye neden olan bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹¹

SONUÇ

Sosyal adalet toplum içerisinde birey gruplarının ya da toplumun belirli kesimlerinin arasında sosyal denge ve uyumun sağlanması bakımından önemli bir kavramdır. Buna göre sosyal adaletin tesisi sayesinde hukuken uyumsuzluk çıkabilme ihtimali azaltılabilmektedir. Bu bakımdan sosyal adaletin gerçekleşmesi sorunu kaynağında halletme adına atılan bir hamle olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle insan hakları bakımından parlamentolara yüklenen yükümlülükler sosyal adaletin tesisinde farklı bir boyutu gündeme getirmektedir. Buna göre sosyal dengesizliklere politik

¹⁰⁸ 1982 Anayasasında da yer alan düzenleme bu doğrultudadır. Anayasa madde 73/1-2 şu şekildedir; “(1) Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. (2) Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.”

¹⁰⁹ STEWART, s.159.

¹¹⁰ STEWART, s.159.

¹¹¹ THOMPSON, Phil, Social Justice under Thatcher, **Sri Lanka Journal of International Law**, 1998, s.281.

çözümlerin bulunamaması karşısında yargının bu görevi üstlenmesi söz konusu olabilecektir. Örneğin, vergi adaleti bakımından toplum kesimleri arasındaki dengesizlik, aynı zamanda anayasa hukuku açısından da yargısal bir sorun haline gelebilecektir. Buna karşın adaletin tesisi, daha yasama sürecinin başlangıcında ortaya çıkmaktadır. Buna göre yasamanın toplum kesimleri arasındaki dengeyi göz ardı etmesi ya da sağlayamaması halinde sosyal alandaki adaletsizlik yargı önüne taşınabilmektedir. Bu noktada ortaya çıkan dengesizlik, özünde yasamanın politik tercihlerinde düşülen hataların neticesinde ortaya çıkmakta olup süreç bazı insan hakları ihlalleri ile de neticelenebilmektedir. Bu manada özellikle çevre hakkı, çocuk hakları, cinsiyet ayrımcılığı, sağlık hakkı gibi alanlarda yasamanın tasarrufları anayasal güvence altında bulunan bu hakları ihlal edici mahiyette olabilmektedir. Anayasa yargısında denetlenebilen ve anayasaya aykırılık teşkil eden böylesi yasal düzenlemeler iptal edilmek suretiyle yargısal adaletin yanı sıra sosyal adalet de tesis edilebilmektedir. Bu nedenle anayasa mahkemeleri yargısal adaletin yanı sıra yasamanın hatasını telafi edecek mahiyette sosyal adaletin dahi dağıtıcısı konumuna gelebilmektedir. Sonuç olarak görevi gereği politik bir tercih ya da öngörüden uzak, sadece hukukilik denetimi yapan bir yargı mercii olarak anayasa mahkemeleri aynı zamanda sosyal adaleti de sağlayıcı bir fonksiyon icra etmektedir.

KAYNAKÇA

BARRY Brian: **Why Social Justice Matters**, 1. Baskı, Polity Press, Cambridge, 2005.

BEDAU, Hugo Adam, The Death Penalty: Social Policy and Social Justice, **Arizona State Law Journal**, 1977.

BRAITHWAITE, John: Restorative Justice and Social Justice, **Saskatchewan Law Review**, C.63.

CAMPBELL, Tom: Can the Law Deliver Social Justice, **University of Western Sydney Law Review**, C.5.

COLLINS Chuck, YESKEL Felice: **Economic Apartheid in America: A**

Primer on Economic Inequality and Insecurity, 1.Baskı, The New Press, New York, 2000.

DIAS, Maria Clara: Affirmative Action and Social Justice, **Connecticut Law Review**, C.36.

EWING Keith: Just Words and Social Justice, **Review of Constitutional Studies**, C.5, Sa.1.

FOLEY, Edward B: Social Justice and Child Poverty, **Ohio State Law Journal**, C.57.

FORTIN, Ernest L: Natural Law and Social Justice, **American Journal Jurisprudence**, C.30

FRASER, Nancy: From Redistribution to Recognition?: Dilemmas of Justice in a “Postsocialist” Age, **New Left Review**, C.212, Sa.1, July-August.

GOTTLIEB, Henry M: Legal Rights and Social Justice, **University of Detroit Law Journal**, C.2.

HAZARD, Geoffrey C. Jr: Social Justice through Civil Justice, **University of Chicago Law Review**, C.36.

HUNTER, Nan D: Lawyering for Social Justice, **New York University Law Review**, C.72, November.

KALSEM, Kristin, WILLIAMS, Verna L: Social Justice Feminism, **UCLA Women’s Law Journal**, C.18.

MACRORY, R: Environmental Standards, Legitimacy and Social Justice, **Acta Juridica**,1999.

MINSON Jeffrey: Second Principles of Social Justice, **Law Context: A Socio-Legal Journal**, C.10.

NOVAK, Michael: What is Social Justice, **Capital University Law Review**, C.21.

O’SHANE, Pat: Social Justice for Aborigines, **Alternative Law Journal**, C.19, Sa. 1, February.

PERLSTADT, Harry: Court Decisions, Social Problems and Social Justice, **ALSA Forum**, (American Legal Studies Assoc.), C.8, Sa.2.

POSNER, Eric A: SUNSTEIN Cass R., Global Warming and Social Justice, **Regulation**, C.31, Spring.

- POUND, Roscoe: Social Justice and Legal Justice, **Central Law. Journal**, C.75.
- ROBERTS, Dorothy E: Sources of Commitment to Social Justice, **Roger Williams University Law Review**, C.4.
- RODES Robert E. Jr: Social Justice and Liberation, **Notre Dame Law Review**, C.71.
- ROGOVIN, V: Social Justice and Improving Distribution Relations, **Soviet Law and Government**, C.25, Summer.
- SANDOVAL Clara: Transitional Justice and Social Change, **SUR - International Journal on Human Rights**, C.20.
- STEWART, Miranda: Reforming Tax for Social Justice, **Alternative Law Journal**,C.23,Sa. 4.
- SOLAS John: What Kind of Social Justice Does Social Work Seek, **International Social Work**, C.51. Sa.6.
- SYTNICHENKO, Liudmyla: Otfried Hoffe's Theory of Social Justice, **Polish Political Science Yearbook**, C.44.
- THOMPSON, Phil: Social Justice under Thatcher, **Sri Lanka Journal of International Law**,1998.
- WEHLE, Louis B: Social Justice and Legal Education, **American Law Review**, C.51.
- WELLMAN, Carl: Social Justice and Human Rights, **Persona & Derecho**, C.17.
- WILEY, Lindsay F: Health Law as Social Justice, **Cornell Journal of Law And Public Policy**, C.24.
- YATES Al, BARTLEY Anne: **Progressive Thinking: A Synthesis of American Progressive Values, Beliefs and Positions**, American Values Project, Denver, 2012, www.tr.scribd.com/document/131793272/Progressive-Thinking (erişim: 16.01.2019)
- www.tr.wikipedia.org/wiki/Penoloji (erişim: 12.01.2019)
- www.seslisozluk.net/ableism-nedir-ne-demek/ (erişim: 16.01.2019)
- www.seslisozluk.net/nativism-nedir-ne-demek/ (erişim: 16.01.2019)

DEVLET MEMURLARI KANUNUNUN 94. MADDESİ UYARINCA “ÇEKİLMİŞ SAYILMA” İŞLEMİNİN NİTELİK VE KOŞULLARI İLE ÖĞRETİM ELEMANLARI BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİNE YÖNELİK DEĞERLENDİRMELER

Cenk ŞAHİN*

ÖZ

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinde, memurun 10 gün boyunca izinsiz, mazeretsiz ve kesintisiz bir biçimde görevini terk etmesi, disiplin yaptırımını gerektiren bir hal olarak düzenlenmemiştir. Anılan maddede söz konusu koşulların oluşması durumunda, İdarece, memurun kamu görevinden “çekilme hakkını kullandığı varsayımı”ndan hareketle, çekilmiş sayılmasına yönelik idari bir tasarrufta bulunulması öngörülmüştür. Çekilmiş sayılma işleminin memurluk statüsünün son bulmasına yönelik etki ve sonuçlarının ağırlığı, söz konusu işlemin kapsam ve koşullarının belirlenmesinde birtakım tartışmalar yaşanmasına neden olmaktadır. Önceleri, Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinin “çekilmiş sayılma” için belirlediği haller; yükseköğretim personeli bakımından, ilgili mevzuat (disiplin yönetmeliği) uyarınca disiplin yaptırımına konu edilmiştir. Bununla birlikte, bu yöndeki düzenleme ve uygulamaya son verilmesinden sonra 657 sayılı Kanunun 94. maddesinin öğretim elemanlarına da uygulanıp uygulanmayacağı meselesi ayrı bir tartışma konusu olarak gündemdeki yerini almıştır. Sözü edilen tartışmanın temelinde öğretim elemanlarının yürüttüğü faaliyetin niteliğinin memurlarinkine göre farklılık arz etmesi yatmaktadır. Çalışmada yukarıda işaret edilen hukuki meselelerin tahlilinin yapılması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda Devlet Memurları Kanununun 94. maddesine göre tesis edilen çekilmiş sayılma işleminin kapsam ve koşulları genel olarak incelenmiş, ardından da anılan maddenin öğretim elemanları bakımından uygulanabilirliği meselesine temas edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Çekilme, Çekilmiş Sayılma, Devlet Memurları Kanunu, Öğretim Elemanları, İdari Usul

* **Dr. Öğr. Üyesi,** İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı,
e-posta: (cenksah@istanbul.edu.tr)
ORCID: 0000-0002-2660-9733
DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637689

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/09/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/09/2019

THE CHARACTERISTICS AND CONDITIONS OF “IMPLIED RESIGNATION” UNDER ARTICLE 94 OF STATE CIVIL SERVANTS ACT – EVALUATIONS ABOUT ITS APPLICABILITY ON ACADEMIC FACULTY

ABSTRACT

Article 94 of Civil Servants Act No. 657 does not regulate the absenteeism of a civil servant for 10 days without permission and excuse, which requires disciplinary action. In such a case, the Act stipulates that the Administration shall make an administrative decision that the civil servant must be deemed to have resigned based on the presumption that the right to resign from public service has been exercised. The impact of the implied resignation decision and its consequences for the termination of civil servant status leads to some discussions in determining the scope and conditions of the rule in Article 94. Previously, the acts determined by Article 94 for implied resignation were subject to disciplinary sanctions in accordance with the relevant regulation for academic faculty. However, after the abolition of this regulation, the question of whether Article 94 of Civil Servants Act will be applied to the academic faculty has taken place in the agenda as a separate matter of discussion. The basis of this discussion is that the nature of the activity carried out by the academic staff differs from that of the civil servants. In this study, it is aimed to analyze the legal issues mentioned above. In this respect, firstly, the scope and conditions of the implied resignation decision established in accordance with Article 94 of Civil Servants Act have been examined in general. Subsequently, the question of the applicability of the said article to the academic faculty was addressed.

Key Words: *Resignation, Implied Resignation, Civil Servants Act, Academic Faculty, Administrative Procedure.*

GİRİŞ

Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinde, memurun görevini “mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın” 10 gün kesintisiz bir biçimde terk etmesi durumunda yazılı müracaat şartı aranmaksızın çekilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Söz konusu madde uyarınca memur hakkında tesis edilen “çekilmiş sayılma” işlemi, bir idari yaptırım değildir. Kanun koyucu, 94 maddede çekilmiş sayılmayı, memurun yazılı müracaatı sureti ile gerçekleştirilen çekilme (istifa) ile benzer sonuçları doğuran - ama ondan farklı olarak örtülü bir biçimde açıklanan irade ile kamu görevinden “çekilme hakkının kullanıldığı varsayımı”na dayalı - bir idari tasarruf olarak düzenlemiştir.

Gerek bir varsayıma dayanan, örtülü irade açıklamasına bağlı özgün niteliği, gerekse memurluk statüsünün son bulmasına yönelik etki ve sonuçlarının ağırlığı, söz konusu işlemin nitelik, kapsam ve koşullarının tahlil edilmesini oldukça önemli kılmakta, bu durum, ister istemez bir takım tartışma ve sorunları da beraberinde getirmektedir.

Geçmişte, 657 sayılı Kanunun 94. maddesinden farklı olarak, akademik personelin görevi terke bağlı çekilmiş sayılmasını disiplin yaptırımı olarak öngören Yönetmelik hükmüne son verilmesinden sonra, söz konusu maddenin öğretim elemanları bakımından tatbikinin mümkün olup olmadığı; mümkün olduğu kabul edilecekse, öğretim elemanlarının yürüttüğü faaliyetin niteliği gereği, maddede yer verilen koşullar ve uygulama kriterlerinin nasıl değerlendirilip takdir edeceği meseleleri esaslı bir tartışma alanı açmıştır.

Çalışmada bütün bu sorun ve tartışmalar çerçevesinde, önce 94. maddede yer verilen çekilmiş sayılmaya ilişkin kuralların genel bir biçimde incelenmesi, sonrasında da söz konusu kuralların öğretim elemanlarına uygulanabilirliği meselesinin özel olarak değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir.

I. 657 SAYILI KANUNUN 94. MADDESİNDE YER VERİLEN ÇEKİLMİŞ SAYILMA İŞLEMİNİN NİTELİK VE KOŞULLARI

A. Çekilmiş Sayılma Kavramı ve 94. Maddede Düzenleniş Biçimi

Kamu görevlilerinin çekilme ve çekilmiş sayılmalarına yönelik olarak başta Devlet Memurları Kanunu olmak üzere, çeşitli kanunlarda yerine göre benzer ya da farklı düzenlemelere yer verilmektedir. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, memurların bağlı oldukları kurumlara yazılı olarak müracaat etmek sureti ile, belirli koşul ve usuller dairesinde, çekilmeleri mümkün olduğu gibi, kanunda öngörülen sebep ve koşulların oluşması durumunda haklarında çekilmiş sayılma işlemi tesis edilerek de memurluk statüleri sona erdirilmektedir¹.

Tıpkı kamu hizmetine girmede olduğu gibi kamu görevinden çekilme de bir haktır². Bu doğrultuda, Devlet Memurları Kanununun “Genel Haklar”

¹ Bkz. GÜNDAY, s. 638; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 729; GÖZLER/KAPLAN, s. 582; ATAY, s. 972; SANCAKDAR, s. 200; ÇAĞLAYAN, s. 613; ULUSOY, s. 591.

² Söz konusu hakkın temeli Anayasa'nın “zorla çalıştırma”yı yasaklayan 18. maddesi (Bkz. YAYLA, s. 301.) ve “çalışma ve sözleşme hürriyeti”ni teminat altına alan 38. maddesine dayanmaktadır. Nitekim Anayasa mahkemesine göre, “(ç)alışma özgürlüğü herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eden bir haktır.” AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, T. 17.7.2010, RG: S. 2775, T. 4.12.2010. Avrupa

başlıklı 3. Bölümünün “Çekilme” başlıklı 20. maddesinde devlet memurlarının bu haklarını, “...*kanunda belirtilen esaslara göre*” kullanabilecekleri düzenlenmiştir.

657 sayılı Kanunda “çekilmiş sayılma”, devlet memurluğundan çıkarmadan farklı olarak, bir daha devlet memurluğuna atanmaya imkân bırakmayan bir “disiplin yaptırımı” olarak değil, geniş anlamı ile devlet memurluğundan çekilme hakkının, iki farklı kullanım vasıtasından biri olarak düzenlenmiştir. Gerçekten, kanun koyucu, 657 sayılı kanunun ilgili maddelerini düzenleyiş biçimi ile, memur bakımından “çekilmiş olma hukuki sonucu”nun doğumunun temelde iki farklı biçimde gerçekleşebileceğini öngörmüştür³. Bunlardan dar anlamı ile “çekilme” (“istifa”) olarak nitelendirilen birincisi, memurun yazılı müracaatı ile yani *sarih irade açıklamasına* dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşın “çekilmiş sayılma” (“müstaifi addedilme”) olarak ifade edilen ikincisi, belirli şartlara dayalı olarak, memurun zımni bir irade açıklamasının mevcut olduğu⁴ varsayımına İdare’nin, icrai, birel-koşul nitelikteki işlemi ile aynı hukuki sonucu bağlamasıdır⁵.

Devlet Memurları Kanununun farklı maddelerinde, belirli durumlara dayalı ve bir takım şartlara bağlı olarak “göreve başlamayan”, “göreve dönmeyen” memurların çekilmiş sayılacağına yer veren hükümler de mevcuttur⁶.

İnsan Hakları Sözleşmesinin “hiç kimsenin zorla çalıştırılmaya (mayacağı) ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamayacağını” düzenleyen 4. maddesinin 2. fıkrası da sözü edilen hakkın bir başka güvencesini oluşturmaktadır.

³ 657 sayılı Kanunun “Memurluğun sona ermesi” hallerini düzenleyen 98. maddesinin (c) fıkrasında “çekilme” kavramı geniş anlamı ile hem yazılı müracaat ile çekilmeyi hem de çekilmiş sayılmayı içine alacak şekilde kullanılmıştır. Aynı yöndeki (geniş anlamı ile) kullanıma 94. maddenin madde başlığında da yer verilmiştir.

⁴ Nitekim, Devlet Personel Başkanlığına (DPB) göre, “...*izinsiz veya Kurum tarafından kabul edilen herhangi bir mazereti olmaksızın görevini kesintisiz 10 gün terk eden Devlet memur görevinden çekilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla 10 gün süren kesintisiz terk durumu bir nevi zımni çekilme (istifa) talebi olarak değerlendirilmelidir.*” (DPB Görüşü, 06.05.2016-2804).

⁵ GÜRAN’a göre de; “(m)üstaifi addinin hukuki mahiyeti incelendikte; bunun bir disiplin cezası olmadığı, memurun bir daha amme hizmetinde istihdamına cevaz vermeyen bir müeyyide veya vekâlet emri, muvakkaten işten el çekirme gibi idari tedbir sayılmayıp; sadece memurun sarih arzu ve iradesiyle istifa etmesine paralel olarak, sanki bu iradeyi - hareketleriyle - zımnen ifade etmiş mütalaasıyla, İdare tarafından, memuru memuriyetten ayrılmış, çekilmiş addeden, tayine yetkili makam tarafından yapılan, maddi bakımdan şart - tasarruf, uzvi bakımdan idari ve icrai bir tasarruf olduğu ve hukuken istifanın hüküm ve neticelerini meydana getirdiği görülmüştür.” GÜRAN, s. 177.

⁶ Örneğin, Kanunun 63. maddesinde başka yerde göreve atananlardan 62. maddedeki süre

Kanunun “Çekilme” başlıklı 94. maddesinin 1. fıkrasında ise; hem memurun yazılı başvurusu sureti ile çekilmesi hem de belirli şartlarda görev yerinin terki nedeni ile çekilmiş sayılması hali düzenlenmiştir.

Söz konusu fıkra uyarınca:

“Devlet memuru bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabilir. Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılır”

Çekilmek isteyen memur yerine atanan kimsenin gelmesine veya çekilme isteğinin kabulüne kadar görevine devam eder. Yerine atanan kimse bir aya kadar gelmediği veya yerine bir vekil atanmadığı takdirde, üstüne haber vererek görevini bırakabilir.

Olağanüstü mazeretle çekilenler, üstüne haber vermek şartıyla bir ay kaydına tabi değildirler.”

657 sayılı Kanunda, özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek “aylıktan kesme” (m. 125/C/b); özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek “kademe ilerlemesinin durdurulması” (m. 125/D/b); özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek “devlet memurluğundan çıkarma” cezalarını gerektiren fiil ve haller arasında sayıldığı halde, “(m) ezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi” 94. madde uyarınca disiplin yaptırımı olarak düzenlenmemiştir. Kanun koyucu, bu halde, İdare’ye memurun maddede belirtilen koşullara dayalı fiili gerçekleştirmekle, örtülü de olsa çekilme iradesini ortaya koyduğunu⁷ tespit ve kabul etmek sureti ile memurluk statüsü ile ilişkisinin kesilmesi hukuki sonucuna yönelik

içinde hareket ederek belli yol süresi sonunda; 79. maddesinde bilgilerini artırmak üzere dış görevlere gönderilenlerin sürelerin bitiminde; 82. maddede terhis edilenlerin, terhislerinden sonra; 83. maddesinde muvazzaf askerliğe ayrılanların maddede belirtilen prosedüre istinaden; 108. maddesinde aylıksız izine ayrılanların aylıksız izin bitiminde; ilgili maddeler de belirtilen süreler içinde göreve başlamayanların çekilmiş sayılacağına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Sözü edilen çekilmiş sayılma halleri için bkz. KAMAN, s. 86-93; SERTTAŞ, s. 44-50.

⁷ KAMAN’ın da belirttiği üzere, memurların “çekilmiş sayılmaları iradi bir davranış sonucudur. Memur hangi hallerde memurluktan çekilmiş sayılacağını önceden bilmektedir ve bu koşulları kendi iradesi ile yerine getirdiği zaman çekilmiş sayılacaktır.” KAMAN, s. 80.

bir idari işlem tesis etme yetki ve yükümlülüğü vermiştir⁸. Konuya “hak” penceresinden bakıldığında; kanun koyucunun, çekilmiş sayılmaya dair hükümlerle, yazılı başvuru yapmak ve/veya maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca yerine atanan kimsenin gelmesini veya çekilme isteğinin kabulünü beklemek ya da (bu iki durumdan herhangi birinin gerçekleşmediği halde) bir aylık sürenin dolmasına kadar görevine devam etmek istemeyen; biran önce memuriyetle ilişkisinin kesilmesini arzu eden kamu görevlisine, (yeniden atanma bakımından Kanunun 97/B maddesindeki süre şartına bağlı bir biçimde) çekilme hakkını farklı biçim ve koşullarda kullanma imkân ve seçeneği verdiği kabulü gerekir⁹.

Bununla birlikte “yazılı beyan ile çekilme” ile “çekilmiş sayılma” arasında hukuki sonuçları itibariyle hiçbir fark yoktur diyebilmek mümkün değildir. 94. maddede öngörülen şart ve usullere göre yazılı beyanı ile çekilen (istifa eden) memurların yeniden memuriyete alınmaları için, başka birtakım koşullar yanında, 97. madde uyarınca en az altı ay geçmesi gerekirken, çekilmiş sayılanlar için bu süre bir yıldır. Dolayısıyla yazılı başvurusu ile herhangi bir yükümlülüğe tabi olmadan çekilmiş sayılmayı tercih eden memur, görevi terk etmek sureti ile ortaya koyduğu irade ve tercihinin bu yöndeki –daha ağır– sonuçlarına katlanmak durumundadır.

Öte yandan, yazılı beyanı ile çekilen memurun, sonradan talebini geri almak sureti ile çekilmeden vazgeçmesi, belirli şartlarda - İdare’nin takdirine bağlı olarak - mümkün görüldüğü halde¹⁰, hakkında hukuka uygun bir çekilmiş

⁸ “...657 Sayılı Kanunun Çekilme başlıklı 94. maddesinde; Devlet memurunun bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabileceği, mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. / Yine aynı Yasada; özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek aylıktan kesme cezasını, özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek de kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır. / 657 Sayılı Yasada yer alan bu kuralların birlikte değerlendirilmesinden anlaşılacağı üzere; Devlet memurlarının 10 güne kadar olan devamsızlıkları disipline konu bir suç olarak değerlendirilirken. 10 gün devamsızlık halinde ilgilinin memuriyetini kendi iradesiyle sonlandırmış olduğu kabul edilerek idari bir tasarrufta bulunmaktadır.” D. 8. D., E. 2008/8930, K. 2012/1651, T. 11.4.2012.

⁹ Nitekim Devlet Personel Başkanlığı’na göre de “açık veya zımnî istifa iradesini idareye bildirmek suretiyle memuriyetten çekilmek, Devlet memurlarına tanınmış kanuni bir hak(tur).” (DPB Görüşü, 06.05.2016-2804).

¹⁰ AKGÜNER/BERK, s. 892; GÖZLER, s. 710. Danıştay, daha önceleri verdiği bir kararında amirin onayından geçmekle kesinleşen istifa dilekçesinin verilmesinden sonra verilen istifanın geri alınmasına dair dilekçenin dikkate alınmayarak, memurun göreve

sayılma işlemi tesis edilen memur bakımından aynı imkân mevcut değildir. 10 gün görevini izinsiz ve mazeretsiz bir biçimde terk etme fiili ile görevden çekilme iradesini ortaya koyan memurun, artık bu aşamadan sonra iradesinin yok sayılması mümkün olmayacağından çekilme işlemi tesis etmekten imtina edilmesi veya çekilmiş sayılma işlemi yapıldıktan sonra bu işlemin geri alınması söz konusu olamaz. Dolayısıyla, görevini kanunda belirtilen biçimde terk eden, herhangi bir süre daha görevine devam etme iradesi göstermeyen memurun - esasen kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi ile bağdaşmayan - bu yöndeki tutum ve davranışı ile sonradan değiştiremeyeceği bir hukuki sonucu göze almış olduğu varsayılmaktadır.

Kişisel kanaatim kanun koyucunun görevini 10 gün kesintisiz olarak terk eden memurun bu fiilini disiplin cezasına konu etmeyip, çekilme hakkı kapsamında düzenlemesinin altında; Anayasa'nın 18. Maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma yasağı bağlamında, herhangi bir suretle bir gün bile görevine devam etmek istemeyen memura bu hakkın tanınması, yazılı beyan sureti ile istifada olduğu gibi (m. 94/2) İdare'nin takdirine bağlı olarak memurun belirli bir süre da görevine devam yükümlülüğüne tabi olmadan da çekilme imkânına sahip olmasını gerekli görmesi yatmaktadır. Kanun koyucu, beri yandan da, görevini terk etmeyen ve istifasını önceden bildirip, bir süre daha görev yapmaya razı olan memur ile görevini terk ederek görevden ayrılma iradesi gösteren ve aslında bu suretle kamu hizmetinin süreklilik ilkesi ile uyumlu bir tavır takınmayan memuru bir tutmayarak, ikisi arasındaki dengeyi çekilmiş sayılmaya yerine göre daha ağır hukuki sonuçlar bağlayacak şekilde gözetmeye çalışmıştır.

B. “94. Maddeye Göre Çekilmiş Sayılma” İşleminin Unsurları

Yukarıda da yer verildiği üzere, memurun 657 sayılı Kanunun 94. maddesi uyarınca çekilmiş sayılmasına yönelik olarak tesis edilen işlem, ilgili memuru memuriyet statüsünden çıkartan, birel-koşul nitelikte, icrai bir

başlatılmamasını hukuka aykırı görmediği halde (D. 5. D., E. 1986/174, K. 1987/134, T. 29.1.1987) daha sonraları verdiği bir kararında çekilme isteminin yürürlüğe gireceği tarihten önce istemini geri alan memurun çekilme hakkını kullanmaktan vazgeçtiğinin nazara alınmamasını hukuka aykırı bulmuş (D. 5. D., E. 1992/271, K. 1992/855, T. 9.4.1992), daha sonraki bir kararında ise istifasının geçerli olmasını talep ettiği tarihten önce istifa etmekten vazgeçtiğine dair dilekçe veren memurun, söz konusu dilekçeyi istifa talebinin kabul edildiği tarihten sonra vermesi durumunda, vazgeçme isteminin reddedilmesinde hukuka aykırılık görmemiş, dilekçesinde belirttiği ayrılma tarihinin vazgeçme tarihinden sonraya rastladığı gerekçesi ile vazgeçme talebinin reddi işlemi iptal eden idare mahkemesi kararında isabet görmüştür. (D. 12. D., E. 1999/93, K. 2001/197, T. 25.1.2001).

idari tasarruftur. Söz konusu işlemin anlam ve kapsamını sağlıklı bir biçimde belirleyebilmek ve ilgili madde hükmünün öğretim elemanlarına uygulanıp uygulanamayacağı meselesini daha sağlıklı bir biçimde değerlendirebilmek adına, her bir unsurunun tahlilini - ayrıntılarını bir tarafa bırakarak da olsa - yapmakta fayda bulunmaktadır.

1. Yetki Unsuru

Çekilmiş sayılma işlemi, memuru memuriyet statüsüne sokan atama işleminin aksi yönünde bir tasarruftur. Kanun koyucu çekilmiş sayılma işlemine yönelik özel bir yetki kuralı öngörmediğinden, “aksine işlem” kuramı uyarınca, çekilmiş sayılma işleminin, memuru atamaya yetkili makamca tesis edilmesi gerekir¹¹.

2. Sebep Unsuru

Çekilmiş sayılma işleminin sebep unsurunun hukuka uygun olduğunun kabulü bakımından, öncelikle maddede öngörülen hukuki sebep olan görev terkinin “olgu”sal bakımdan gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir. Görev terk edilmemişse, 94.madde uyarınca çekilmiş sayılmadan herhangi bir şekilde söz edilebilmesi mümkün değildir; maddede öngörülen terkle ilgili şartların var olup olmadığının tetkikine gerek yoktur.

Görev kavramı “zaman”a ve “mekân”a göre belirlendiğinden, görevin terk edilip edilmediği de çalışma saat ve süreleri ile görev yerine bağlı olarak tespit edilir. Sözü edilen süre, saat ve yerlerin belirlenmesi, yürütülen hizmetin niteliğine bağlı olarak 657 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri (en başta m. 99, 100 ve 101)¹² ve bunların uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan düzenlemeler

¹¹ “657 sayılı Yasanın 94. maddesine göre, ... ‘görevden çekilmiş sayılma’ işleminin ... atamaya yetkili merci tarafından tesis edilmesi gerektir.” D. 5. D., E. 1992/5321, K. 1993/3753, T. 13.10.1993; GÜRAN, s. 180; TAN, s. 566.

¹² 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 99. maddesinde, “Memurların haftalık çalışma süresi genel olarak 40 saattir. Bu süre Cumartesi ve Pazar günleri tatil olmak üzere düzenlenir. Ancak bu kanuna, özel kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine veya bunlara dayanılarak çıkarılacak yönetmeliklerle, kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma süreleri tespit olunabilir. Cumhurbaşkanı, yurt dışı kuruluşlarda hizmetin gerektirdiği hallerde, hafta tatilini Cumartesi ve Pazardan başka günler olarak tespit edebilir.” hükümlerine; 100. maddesinde “Günlük çalışmanın başlama ve bitme saatleri ile öğle dinlenme süresi, bölgelerin ve hizmetin özelliklerine göre merkezde Cumhurbaşkanınca, illerde valiler tarafından tesbit olunur. Ancak engelliler için; engel durumu, hizmet gerekleri, iklim ve ulaşım şartları göz önünde bulundurulmak suretiyle günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile öğle dinlenme süreleri merkezde üst yönetici, taşrada mülki amirlerce farklı belirlenebilir. Memurların yürüttükleri hizmetin

ve sair kurallar sayesinde diğerk kamu görevlisi statüsünde olan ve yürüttüğü hizmetin niteliği gereği aynı derece belirliliğe sahip olmayan bazı personele nazaran daha kolaydır¹³.

Görevini bir biçimde terk eden memurun 94. madde uyarınca çekilmiş sayılmaya yönelik işlem tesis edilebilmesi için, söz konusu görevin (1) **mezuniyetsiz (izinsiz) veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın terk edilmiş** ve (2) **bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmiş olması** gerekir. Kanunda görev terkine bağlı olarak aranan bu iki şartın birlikteliği lazım gelir.

a. Görev Yerinin Mezuniyetsiz (İzinsiz) veya Kurumlarınca Kabul Edilen Mazereti Olmaksızın Terk Edilmesi

Şayet görev terk edilmiş ise ilk olarak tetkiki gereken husus terkin “izinsiz” veya kurumlarınca kabul edilen bir “mazeret” bulunmaksızın gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

Şayet bu iki durumdan biri yoksa terk kesintisiz olsa bile çekilmiş sayılma sebebi oluşmaz.

(1). İzinsiz Terk

Memurun izinsiz olarak görevini terk ettiğinin kabulü için, bu terkin 657 sayılı Kanununun 23. maddesinde tanınan izin hakkına (ve bağlamda ilgili mevzuatta yer verilen süre ve şartlara) aykırı bir biçimde gerçekleşmiş olması gerekir. Memurun izinsiz sayılmasında “görevde bulunmadığı zaman diliminde izinli statüsünde bulunmaması” belirleyici kriter olmalıdır. Memura verilen iznin hukuka uygun olmaması; söz konusu hukuka aykırılık memurun hilesinden, İdareyi yanıltmasından veya iznin bariz biçimde hukuka aykırı olduğunu anlayabileceği, kolaylıkla idrak edebileceği nitelikte bir açık hatadan kaynaklanmıyor ise görevini izinsiz terk ettiği sonucunu doğurmaz.

özelliklerine göre, bu madde uyarınca tespit edilen çalışma saat ve süreleri ile görev yerlerine bağlı olmaksızın çalışabilmeleri mümkündür. Bu hususa ilişkin usûl ve esaslar; Cumhurbaşkanınca belirlenir.” yönündeki düzenlemelere, 101. maddesinde “*Günün yirmidört saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışan Devlet memurlarının çalışma saat ve şekilleri kurumlarınca düzenlenir. Ancak, kadın memurlara; tabip raporunda belirtilmesi hâlinde hamileliğin yirmidördüncü haftasından önce ve her hâlde hamileliğin yirmidördüncü haftasından itibaren ve doğumdan sonraki iki yıl süreyle gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez. Engelli memurlara da isteği dışında gece nöbeti ve gece vardiyası görevi verilemez.*” hükümlerine yer verilmiştir. Kanununun 178. maddesinde de fazla çalışmaya ilişkin bir takım kural ve esaslar getirilmiştir.

¹³ Bu noktada asıl tartışmayı sonraya bırakmak üzere, aynı oranda bir belirliliğin 2547 sayılı Kanuna tabi olarak görev yapan öğretim elemanları bakımından bulunmadığını vurgulamakla yetinelim.

(2). Mazeret Olmaksızın Terk

Kanunun 94. maddesine dayalı olarak tesis edilecek çekilmiş sayılma işleminin “sebeup” unsuru bakımından sıhhat kazanabilmesi için, görev terkinin “kabulü mümkün bir mazeret”e dayanmaması gerekir. Memurun görevine gelmesini engelleyen, İdarece, makul ve meşru bir mazeret oluşturduğu kabul edilebilir bir takım maddi veya hukuki durum ya da sebeplerin varlığı halinde, 94. madde uyarınca çekilmiş sayılma işlemi yapılması mümkün değildir.

Madde ile İdareye memur tarafından ileri sürülen mazereti kabul edip etmeme noktasında takdir yetkisi¹⁴ tanınmışsa da, İdare’nin bu yetkiyi, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun, keyfilikten uzak, objektif ve makul bir biçimde kullanması icap eder¹⁵.

Memur tarafından gösterilen mazeret herkes tarafından bilinen, aleni, objektif bir vakıya ya da duruma dayalı olabileceği gibi, kendisinin hukuka uygun ispat vasıtaları ile ortaya koyabileceği kişisel, içsel ve özel bir nedene bağlı da olabilir. Bu bağlamda, “kaza”, “hastalık”, “ulaşım aksaması”, “sokağa çıkma yasağı”, tutukluluk¹⁶ veya gözaltına alınma¹⁷ gibi fiili veya hukuki durum¹⁸ ya da imkânsızlık halleri memurun göreve devam edememesine

¹⁴ “(94.) (m)addenin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, “çekilme isteğinde bulunulmuş sayılma” görevi terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi şartı yanında, bu terkin izinsiz olması ya da ileri sürülen mazeretin kurumca kabul edilmemesi şartının gerçekleşmesine bağlı bulunmaktadır. Bu hali ile ortada bir “bağlı yetki” nin varlığından söz etmek mümkün olmayıp kurumun, mazeretin kabul edilebilirliği konusunda takdir yetkisi olduğu açıktır.” D. 5. D., E. 1992/5321, K. 1993/3753, T. 13.10.1993.

¹⁵ “... (Takdir yetkisi) keyfi bir hareket yetkisi olmayıp, ancak mevzuatın belirlediği alan içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılabilir. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin hukukun belirlediği sınırlar ile kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerektiği idare hukukunun en temel ilkesidir.” D. 8. D., E. 2011/1214, K. 2011/3344, T. 24.6.2011; “... (Takdir) yetki(s)i’nin mutlak ve sınırsız olmadığı, hukukun genel ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü sınırları içinde kullanılacak nitelikte bulunduğu kuşkusuzdur...” D. 5. D., E. 2007/3505, K. 2008/1003, T. 26.2.2008.

¹⁶ “... (D)avacının 10 gün süre ile göreve gelmediği tespit edilen günlerde tutuklu olarak cezaevinde bulunduğu konusunda kuşkuya yer bulunmadığı, bu durumda tutukluluk halinde davacının fiili olarak göreve başlayamayacağı açık olduğundan kabul edilebilir mazeret niteliği taşıyan tutukluluk halinin dikkate alınmayarak tesis olunan dava konusu işlemlerde mevzuata uyarlık görülmediği...” D. 12. D., E. 2001/4008, K. 2003/599, T. 18.3.2003.

¹⁷ “Davacının görevine devam etmediği süre içinde gözaltında bulunduğu ihtilaflı olduğu göre, bu süre zarfında mazeretsiz olarak göreve gelmediğini kabul etmek ... görevden çekilmiş saymak mümkün değildir” D. 5. D., E. 1981/2907, K. 1984/2816, T. 16.6.1984.

¹⁸ “.... Olayda Öğretmenler Kurulunca hazırlanan sınav programına göre davacı bekleme ve sorumluluk sınavları için 14.06.1988-1.07.1988 tarihleri arasında görevlendirilmiş ve

mazeret oluşturan sebepler olarak kabul edilmelidir. Memurun göreve gelememesinin mazur görülebilmesi için, söz konusu durumun resmi bir belge (örneğin hastalık halinde -kural olarak usule uygun bir rapor¹⁹) ile ispat edilmesi²⁰ veya duruma göre İdarece yapılacak inceleme neticesinde tespit edilebilecek nitelikte olması gerekir²¹.

kendisine de okul müdürü tarafından tebligat yapılmışsa da; aynı programın sonunda yer alan "bekleme ve sorumluluk sınavına katılacak öğrenci yoktur." kaydı karşısında belirtilen tarihlerde okulda görevlendirme konusıyla ilgili olarak yapılacak bir görevin olmadığı açık bulunduğundan davacının bu günlerde göreve gelmemesinin geçerli mazerete dayandığını kabul etmek gerekmektedir. / Bu durum nedeniyle 657 sayılı Kanununun 94. maddesinin uygulanması suretiyle davacının görevden çekilmiş sayılması yolunda tesis edilen işlem de sözü geçen maddeye uyarlık görülmemiştir." D. 5. D., E. 1989/3005, K. 1991/1514, T. 21.3.1991.

¹⁹ Danıştay, memur tarafından alınan rapor usule uygun olmasa bile, memurun raporun usulüne uygun olmadığını bilecek, anlayacak durumda olmaması halinde mazeretsiz sayılmaması gerektiğine hükmetmiştir: "...Bir Devlet memurunun usule aykırı olarak hastalık raporu aldığı için, istirahat süresi dolduktan ve ilgili memur göreve başlamadan sonra tespit edilmesi durumunda, hukukten geçerli olan doktor raporunun içeriğiyle ilgili aksi bir tespit bulunmaksızın memur için mazeretsiz görevini terk ettiğinden söz edilemeyeceği gibi göreve gitmediği süreleri mazeretsiz göreve gitmediği süre şeklinde değerlendirilmesi ve kabul edilmesi mümkün değildir. Zira ilgili Devlet memuru, kanunen yetkili hekim tarafından düzenlenen hastalık raporunu o tarih itibarıyla usul ve fenne uygun olmadığını bilmeden geçerli kabul ederek bu raporda lüzumu gösterilen süre kadar istirahatli olduğu düşüncesiyle göreve gitmediğinden ve sözkonusu sağlık özürlü geçerli bir mazeret olduğundan bu sürenin mazeretsiz görevi terk şeklinde nitelendirilmemesi gerekir." D. 16. D., E. 2015/25188, K. 2016/3594, T. 23.5.2016.

²⁰ "...Bu durumda, davacının göreve gelmediği kabul edilen 06.10.2004-22.10.2004 tarihleri arasında sadece 06.10.2004 tarihinde Ankara Numune Hastanesi Dahiliye Polikliniğinde muayene olduğu ve; tahlil yaptırdığı, mazeret olarak kabul edilecek sağlık sorunlarının bulunduğu ortaya koyan bir sağlık raporu ya da tedavisinin yapıldığını gösteren bir belgeyi sunmadığı, anılan tarihlerden sonra konulan "depresyon" tanısının da göreve gelmediği tarihler için mazeret olarak kabulüne olanak bulunmadığı değerlendirildiğinde, davacının görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali, tazminat isteminin kabulü yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir." D. İDDK, E. 2009/2959, K. 2013/1947, T. 16.05.2013.

²¹ Göreve devam edememesine rahatsızlığını mazeret gösteren memurun söz konusu rahatsızlığı yaşadığı sırada alınmış bir raporu bulunmasa bile, rahatsızlığın görevin terk edildiği dönem itibarı ile göreve gelmesine engel teşkil ettiğinin sonradan tespiti tabben mümkün ise, hakkında çekilmiş sayılma işlemi yapılması hukuka uygun olmaz: "...(D) avacının göreve gelmediği dönemde psikiyatrik rahatsızlığının olup olmadığının sonradan tespitinin tabben mümkün olduğu, bu nedenle Mahkemelerince, Celal Bayar Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı'nın 2.8.2002 günlü, 117 sayılı yazılarında belirtilen hususlar ile Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi Baştabipliğince düzenlenen 12.7.2002 günlü sağlık raporunda belirtileri bulguların göz önüne alınarak, 31.5.2002-14.6.2002 tarihleri arasında göreve gelmesine engel olabilecek ve izinli sayılmasını gerektirebilecek nitelikte psikolojik bir rahatsızlığının olup olmadığının belirlenmesi amacıyla davacının Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'ne sevk edildiği, Psikiyatri

Memurun, iradesi dışında ortaya çıkan ve görevin yürütülmesine engel teşkil eden halin ortadan kalkmasından itibaren gecikmesizin görevine dönmesi zorunludur²². Aksi halde, bu andan itibaren kendi iradesi ile görevi terk etmiş olur ve görevine başlaması mümkün iken başlamadığı her gün maddede öngörülen sürenin işleminde hesaba katılır.

b. Terkin Kesintisiz 10 Gün Devam Etmesi

Memur hakkında çekilmiş sayılma muamelesi yapılabilmesi için görevi “mazeretsiz” veya “izinsiz” bir biçimde terk halinin **kesintisiz** bir şekilde **10 gün** devam etmesi gerekmektedir. Memur, izinsiz ya da mazeretsiz bir biçimde başlayan devamsızlık sürecinde, 10 gün içinde bir gün olsa bile görevine gelmiş veya gelmese bile izin almış ya da sonradan kabul edilebilir bir mazereti ortaya çıkmış ise devamsızlık kesintiye uğramış olur. Bu süreçte, izinsiz veya mazeretsiz bir biçimde yapılan devamsızlık, nitelik ve süresine göre kanunda öngörülen disiplin fiillerinin ortaya çıkmasına ve disiplin cezası tatbikine sebep oluşturabilirse de, çekilmiş sayılma için kanunda öngörülmüş olan şart (sebeup) gerçekleşmeyeceğinden çekilmiş sayılma işlemi yapılamaz²³. Esasen gerek doğurduğu sonuçlar gerekse işlemin yapılış

Anabilim Dalında görevli üç öğretim üyesi tarafından oluşturulan kurul tarafından düzenlenen tıbbi kanaat raporunda, yapılan psikiyatrik muayenesi alınan, öyküsü ve yapılan psikometrik değerlendirmeleri neticesinde geçmiş dönemlere ait Nisan 2002'den başlayan üç aylık bir depresif sürecinin bulunduğu belirtilmesi ve aksi ispat edilene kadar söz konusu sağlık raporuna itibar edilmesi gerekliliği karşısında, davacının müstafi sayılmasına esas teşkil eden 31.5.2002-14.6.2002 tarihleri arasında Kurumu'na mazeret kabul edilmesi gereken rahatsızlığının bulunduğu sonucuna varıldığından, aksi yönde tesis edilen işlemlerde sayılı Yasa'nın 94. maddesi uyarılık bulunmadığı...” D. İDDK, E. 2005/2156, K. 2008/1787, T. 17.10.2008; “657 Kartal Saffet Simavi İlköğretim Okulu'nda memur olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca görevinden çekilmiş sayılmasına ilişkin 19.08.2009 tarihli ve 84816 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının göreve gelemediği dönem sonrası 13.07.2009 tarihinde idareye gönderdiği faksta rahatsızlığı nedeniyle atak yaşadığını ve bu nedenle işe gelemediğini belirttiği, davacının rahatsızlığının özelliği de dikkate alındığında görevine gelebilecek durumda bulunmadığı, göreve gelmediği dönem içerisinde rahatsızlığının etkisi ile evine dahi gidemediği, davalı idare tarafından da bu durumun bilinmekte olduğu, bu nedenle idarece davacının sağlık durumu ile ilgili olarak hastaneye sevki yapılarak alınacak rapor üzerine malulen emeklilik hükümlerinin devreye sokulması gerekmekte iken müstafi sayılmasına ilişkin işlemlerde hukuka uyarılık bulunmadığı...” D. 12. D. E. 2016/7729, K. 2017/664, T. 8.3.2017.

²² “...(G)özaltına alınmak veya tutuklanmak suretiyle görevinden uzaklaşmak zorunda kalan memurlar için yapılacak iş, gözaltına alınmalarına ilişkin kararın veya haklarındaki tutuklama kararının kaldırılması üzerine **hemen** kurumlarına başvurarak göreve başlatılmalarını istemekten ibarettir.” D. 5. D., E. 1987/550, K. 1987/2124, T. 30.12.1987.

²³ “...Halk Kütüphanesinde memur olarak görev yapan davacı tarafından, 657 sayılı Devlet

sürecinde yürütülecek prosedür bakımından görevi terkin kesintisiz olup olmadığının tespiti büyük önem arz etmektedir. Örneğin 9 gün süren ancak ertesi gün kesintiye uğrayan bir terk; Kanunun 125/D/b maddesi uyarınca “kademe ilerlemesinin durdurulması” cezasını gerektiren bir fiil olarak işlem göreceksen, kesintiye uğraması sebebi ile çekilmiş sayılma oluşturmeyen özürsüz görev terkinden sonra aynı nitelikte ve kesintili olarak yapılan terklerin toplamı 20 günü bulduğunda Kanunun 125/E/d maddesi gereğince “devlet memurluğundan çıkarma” cezasının karşılığı bir disiplin eyleminin oluşmasına neden olur. Halbuki bir kere izinsiz ve mazeretsiz 10 günlük kesintisiz terk eyleminde bulunduğu saptanan ve o tarihten itibaren çekilmiş sayılması gereken memur bakımından, terkin sonraki günlerde de devam edip etmediği önem taşımayacağından, devlet memurluğundan çıkarma gibi ağır bir yaptırımla cezalandırma hukuken mümkün olamaz.

657 sayılı Kanunda yer alan disiplin düzenlemeleri uyarınca memurun görevini izinsiz ve mazeretsiz terk ettiğinin anlaşılması durumunda, söz konusu terkin kesintisiz bir biçimde 10 gün sürmesi beklenmeden, disiplin soruşturması açılması sürecinin başlatılması gerekmektedir. Bununla birlikte, ilgili süreçte, memurun görev yerini terki “kesintisiz” bir biçimde 10 günü doldurduğunda, artık disiplin süreci yerini çekilmiş sayılma işlemi yapılmasına yönelik sürece bırakmalı, diğer bir ifade ile ilgili tahkikat disiplin “soruşturması” olmaktan çıkıp, “çekilmiş sayılmaya yönelik bir inceleme”ye dönüşmelidir.

Danıştay, 10 günlük sürenin hesabında araya giren tatil günlerinin de dikkate alınması gerektiği, aksi takdirde “kesintisiz olarak 10 gün göreve gelmeme durumunun fiilen mümkün olamayacağı” yönünde kararlar²⁴

Memurları Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca müstafi sayılmasına ilişkin ... işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının onbeş gün süreyle işe gelmediğinin sabit olduğu ancak bu terkin kesintisiz olarak devam etmediği anlaşıldığından, dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı...” D. 12. D., E. 2016/8793, K. 2017/226, T. 8.2.2017.

²⁴ “Dosyanın incelenmesinden ... davacının 26.08.2013 – 04.09.2013 tarihleri arasında kesintisiz ve mazeretsiz 10 gün görevine gelmemesi nedeniyle tutanak tutulduğu ... İdare Mahkemesince verilen dava konusu işlemin iptaline ilişkin kararın gerekçesinin davacının göreve gelmediği kabul edilen 30.08.2013 tarihinin resmi tatil günü ve 31.08.2013 ve 01.09.2013 tarihlerinin ise hafta tatili günü olduğu, bu durumda, göreve gelmediği belirtilen sürelerin hesabında ...10 günlük sürenin işgünü olarak değerlendirilmesi gerek(tiği) ... göreve gelinmediği belirtilen sürelerle isabet eden resmi tatil, hafta tatili ya da idari izinlerin, ilgililerin anılan bu günlerde resmi bir görevleri bulunmadığı sürece göreve gelmeme olarak kabulüne imkan bulunmadığına ilişkin kısmı yerinde bulunmamakta(dır) ...” D. 13. D., E. 2016/7794, K. 2018/3998, T. 11.10.2018; “...İdare Mahkemesince, davacının 10.7.2013-19.7.2013 tarihleri arasında göreve gitmediği sabit olmakla birlikte, görevine

vermekte ise de, kanaatimce Yüksek Mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesi isabet taşımamaktadır. Zira memurun görevini terk ettiğinden bahsedebilmek için ilgili günlerde fiilen ve hukuken göreve gelmekle yükümlü olması gerekir. Göreve gelme zorunluluğu bulunmayan günler bakımından memurun çekilmiş sayılma iradesini kesintisiz ve dolayısıyla şüpheye yer vermeyecek biçimde ortaya koyduğunun anlaşılabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle memur yürütülen hizmetin nitelik ve gereği olarak tatil günlerinde görevli kılınmamış ise, söz konusu günlerin hesaba katılmaması gerekir. Bu bağlamda, Danıştay’ın yorumunun aksine; görevden uzak kalınan süreçteki tatil günleri çıkarıldığında, tatil öncesi ve sonrası bakımından toplam 10 günlük bir kesintisizlik mevcut ise, “fiilen 10 günlük göreve gelmeme durumunun oluştuğu” pekâlâ kabul edilebilir.

Buna karşılık Danıştay’ın görevi terke ilişkin 10 günlük sürenin tatil günlerinden başlatılarak hesaplanmasını²⁵ ya da 10 günlük sürenin 10. gününün tatil gününe rastlaması durumunda, bu sürenin hesaba katılmasını²⁶ hukuka aykırı bulduğu kararları, kanaatimce doğru ve yerindedir. Gerçekten, memurun tatil gününde göreve gelme yükümlülüğü olmadığından, terk etme

gitmediği bu günlerden cumartesi ve pazar günlerine isabet eden 13.7.2013 ve 14.7.2013 tarihlerinin haftasonu tatillerine rastladığı ve bu tarihlerde davacının nöbetçi olmadığı ve mesaisinin bulunmadığı anlaşıldığından, davacının terk ettiği günlerin sayısının istese de görevinin başında olamayacağı haftasonu tatiline isabet eden 2 günlük kısmı düşüldüğünde, müstafi sayılması için Kanunla aranan 10 günlük süreye ulaşmadığı ileri sürülmekte ise de, yukarıda sözü edilen yasa hükmünde yer verilen “görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde” ifadesinden anlaşılacağı üzere, sürenin hesabında hafta sonu tatillerinin dikkate alınmaması halinde kesintisiz olarak 10 gün göreve gelmeme durumunun fiilen mümkün olamayacağı, bu sebeple sürenin hesabında hafta sonu tatillerinin de dikkate alınacağı açıktır.” D. 16. D., E. 2015/9334, K. 2015/500, T. 3.3.2015.

²⁵ “...Olayda davacının düzeltilmiş evrakı teslim aldığı tarihin 27.7.2012 Cuma gününe rastladığı, bu sebeple dava konusu işlemde belirtildiği üzere davacının göreve gelmemeye başladığı tarihin 28.7.2012 Cumartesi günü olarak kabul edildiği, ancak Danıştay’ın **yerleşik içtihadları doğrultusunda, müstafi sayılma için, göreve gelmeme eyleminin başlayacağı on günlük sürenin, haftasonu ve resmi tatil günlerinden itibaren başlatılmayacağı açık olduğundan**, davacının hastaneye başvurduğu 7.8.2012 tarihine kadar, müstafi sayılması için gereken on günlük sürenin dolmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır/ Bu durumda, davacının müstafi sayılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.” D. 16. D., E. 2013/1262, 2014/391, T. 8.5.2015.

²⁶ “İzinsiz ve mazeretsiz 10 gün göreve gelmediği gerekçesiyle görevden çekilmiş sayılan davacının 10 günlük süresinin son iki gününün cumartesi, pazar günlerine rastlaması, bu günlerde de hukuken göreve başlamasının mümkün bulunmaması karşısında işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır”. Bkz. D. 12. D., E.2003/1034, K.2005/4521, T. 13.12.2005.

iradesinin tatil gününden itibaren ortaya çıktığının kabulü mümkün olmadığı gibi, 10. günün tatil gününe rastladığı hallerde, memurun istese de göreve başlayamayacağı göz önüne alındığında, bu günlerin hesaba katılması, araya giren tatil günlerinin hesaba katılmasına göre daha da açık bir hukuka aykırılık taşımaktadır.

3. Konu Unsuru

Yukarıda da yer verildiği üzere, çekilmiş sayılma işleminin “konu”su, yani doğurduğu sonuç, memurun, “memuriyetten çekilmiş olma”sı, bu doğrultuda memuriyet ile ilişkisinin kesilmesi - memuriyet statüsünden çıkarılmasıdır. Her ne kadar çekilmiş sayılma, (memurun yazılı beyanı - açık iradesi ile gerçekleşen) çekilme ile doğurduğu bu sonuç bakımından özdeşlik gösterse de tamamen aynı mahiyette değildir. Zira, daha önce de belirtildiği gibi, 657 sayılı Kanununun 97. maddesi uyarınca çekilmiş sayılanların yeniden memuriyete alınmaları, çekilenlerden farklı olarak altı ay değil bir yıllık bir süreye tabidir.

94. madde uyarınca, memur 10 günlük kesintisiz terkin sonunda çekilmiş sayılır. Bu bakımdan, memurun çekilmiş sayıldığı tarih, çekilmiş sayılma işleminin yapıldığı değil, görevin terk edilmesinden itibaren 10 günlük sürenin dolduğu tarih olup memurluk statüsünün de esasen bu tarihten itibaren sona ermiş olması gerekir. Çekilmiş sayılma işlemi ister istemez 10. günün sonrasında bir gün yapılmak gerekeceğinden, söz konusu işlemin hüküm ve sonuçlarını, “kural olarak” geçmişe etkili bir biçimde doğurduğunun kabulü gerekir. Bununla birlikte, görevini 10 gün kesintisiz terk eden bir memur görevden çekilmiş sayılması durumunun oluşmadığı zannı ve iddiası ile hakkında çekilmiş sayılma işlemi yapılana kadar görevine devam etmiş; İdare de bu duruma müdahale etmemiş olabilir. Bu durumdaki memura, çekilmiş sayılma işlemi neticesinde ilişkisinin kesildiği tarihe kadarki fiili çalışmasının karşılığı olan haklarının verilmesi icap eder.

Ender de olsa kimi hallerde, memurun görevini 10 gün kesintisiz terk ettikten sonra böyle bir durum olmamışçasına görevine devam etmiş ve çekilmiş sayılmayı gerektiren durum aradan uzun bir zaman sonra anlaşılıp tespit edilmiş olabilir. Kimi hallerde ise İdare memurun çekilmiş sayılma işlemini gerektiren durumunu öğrendiği tarihten oldukça uzun bir zaman geçtikten sonra, memur görevine devam ederken çekilmiş sayılma işlemi tesis etmeye kalkabilir. Bu gibi hallerde, örneğin aradan iki yıl ya da beş yıl gibi uzun süreler geçtikten sonra memur hakkında çekilmiş sayılma

muamelesi yapıp yapılmayacağı meselesi tereddüt yaratmaya müsaittir. Kanaatimce, Devlet Memurları Kanununun 127. maddesi uyarınca, disiplin cezası gerektiren fiillerde dahi ilgili fiil ve hallerin öğrenildiği tarihten (fiile göre bir ay – altı ay) ve her durumda işlendiği tarihten (iki yıl) geçtikten sonra disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğradığı halde, Kanunun disiplin yaptırımı olarak dahi düzenlemediği bir hal ve fiile yönelik işlemin istenilen her zamanda yapılabilmesi hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, çekilmiş sayılma işleminin yapılmasını belirli ve makul bir süre ile sınırlamak memur lehine bir durum yaratacağından, bu durumun kıyas yasağını kapsamında değerlendirilemeyeceği yorumu²⁷ yapılarak disiplin cezalarındaki zamanaşımı sürelerinin çekilmiş sayılma işlemlerine de uygulanması doğru ve yerinde olur. Her durumda, tereddüt ve tartışmaya yer vermemek adına, kanuna bu yönde kurallar eklenmesi isabet taşır.

4. Usul Unsuru

657 sayılı Kanunun 94. maddesinde, çekilmiş sayılma işleminin yapılış usulüne yönelik özel bir kurala yer verilmemiş, söz konusu işlem tesis edilmeden önce hangi usuli muamelelerin yapılması gerektiği belirlenmemiştir.

Devlet Personel Başkanlığı, görevin terk edildiği ilk günden itibaren bu durumun izinsiz veya kurumca kabul edilen bir mazeretten kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılması ve memurun 10 gün kesintisiz devamsızlığının tutanak veya başka bir suretle tespitinin hemen ardından hakkında çekilmiş sayılma işlemi yapılması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir.

Kanaatimce bu görüşe dayalı bir uygulama “Hukuk Devleti” ilkesinin gerektirdiği usulü güvenceleri temin etmek bakımından yeterli olamaz. Her ne kadar Devlet Memurları Kanununda, çekilmiş sayılma, idari bir yaptırım olarak düzenlenmemiş ise de, memurluk statüsünün yitirilmesi yönünde doğurduğu sonuç sebebi ile, aslında çekilme yönünde irade ve istenci

²⁷ Nitekim, Ceza Hukuku doktrininde de, bazı yazarlarca, kıyas yasağının sadece aleyhe hükümler bakımından geçerli olduğu, lehe kıyası ise yasaklayan herhangi bir kural veya ilke bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu görüşün temel dayanağı Alman öğretisinde de kabul edildiği üzere, kıyas yasağının amacının bireyin devlet karşısında konumunun belirli hale gelmesidir. Daha açık ifadeyle kıyas yasağının ortaya çıkmasındaki temel gerekçe, aleyhe kıyasın yasaklanmasıdır. Lehe kıyasın yasaklanmasını gerektiren bu nitelikte bir gerekçe bulunmamaktadır. Bkz. İÇEL, s. 101; BAYRAKTAR, s 138; TEZCAN, s. 369; BAYTAZ, s. 360-373; Öğretide özellikle son yıllarda hakimiyet kazanan aksi yönde görüşler ve eleştirisi için Bkz. BAYTAZ, s. 363, dn. 150.

olmayan memurlar açısından, aleyhte değişiklikler yaratan, ciddi ve ağır etkileri olan bir muameledir. **Bu nedenle, söz konusu işlem süreci, disiplin soruşturmasına tabi olmasa da, onun gibi, memur bakımından, İdarenin - hak ve özgürlüklerine müdahale sonucunu doğuran - yetkileri karşısında güvence teşkil edecek, aynı zamanda hukuka uygun karar almasının da teminatını oluşturacak yargısal benzeri usullerle yürütülmeli; bire bir “soruşturma” mahiyetinde olmasa da titiz bir “inceleme” sürecine tabi tutulmalıdır.** Bu doğrultuda, çekilmiş sayılma işleminin yapılış sürecinde, her şeyden önce, memura dinlenilme hakkı tanınmalı, çekilmiş sayılmaya yönelik vakıa ve olaylar ile hukuki iddialara ilişkin görüş ve savunmasını açıklama, delillerini ikame etme, gereğinde tanık gösterme - dinlettirme, bilgi ve belge sunma, işlem dosyasını inceleme, İdare’nin elindeki belgelere ulaşma gibi hakları kullanmasına imkân verilmelidir. Memurun görevini terk edip etmediği, terk etmiş olsa bile “izin” veya “kabul edilebilir bir mazeret”inin bulunup bulunmadığının tereddüde yer vermeyecek biçimde saptanabilmesi söz konusu hak ve imkânların tanınmasına bağlıdır.

Her ne kadar, 657 sayılı Kanunda, çekilmiş sayılma işleminin yapılış sürecine yönelik bu yönde düzenlemeler yer almasa da, uygulamada **sözü edilen usullere başvurulması bireyin çekilmiş sayılma işlemi karşısındaki haklarının korunması bakımından ilkesel bir zorunluluktur.** Bununla birlikte, hala genel bir idari usul yasasının yürürlüğe konulamamış olmasının eksikliği; İdarenin genellikle kendini sadece yasal düzenlemelerde açıkça yer verilen usul kuralları ile bağlı tutma eğilimi; Yargının da tamamıyla olmasa da, hissedilir bir ölçüde bu eğilimi tolere etmeye dönük tutumu karşısında, 657 sayılı Kanuna çekilmiş sayılma işlemine ilişkin yargısal benzeri usulleri takip zorunluluğu getiren hükümler eklenmesinin, İdare’nin sözü edilen – ve aslında Hukuk Devleti ve “İyi İdare” ilkesi anlayışına uymayan- direncinin kırılabilmesi bakımından isabetli olacağını da vurgulamak gerekir.

Memurun sözünü ettiğimiz sürece katılımı olmayacak olsa bile, İdare her durumda ilgili süreçte maddi gerçeğe ulaşmak, isabetli, eksiksiz ve hukuka uygun bir karar vermek adına yapacağı incelemeyi büyük bir titizlikle yürütmekle yükümlüdür. Zira yukarıda da yer verdiğimiz üzere, memurun görevini terk edip etmediği, etmişse bunun herhangi bir izne veya mazerete dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde kesintisiz 10 gün devam edip etmediği yönündeki tespit; ihtimallere göre; “çekilme işlemi yapılması” “farklı nitelikte disiplin cezaları verilmesi ile sonuçlanacak disiplin soruşturması yürütülmesi”, hatta yerine göre “memurluk statüsüne tesir edecek başkaca

işlemler yapılması²⁸” gibi birbirinden oldukça farklı hukuki sonuçların doğmasında belirleyici olur.

Bu nedenle, İdare, çekilmiş sayılma işleminin koşullarının oluşup oluşmadığını tespit ederken, yasal düzenleme ve ilkelerin mümkün kıldığı her türlü hukuki imkânı, makul, ikna edici ve meşru her yöntemi kullanmak zorunda olup²⁹, çekilmiş sayılma koşullarının gerçekleştiğini tereddüde yer vermeyecek³⁰ biçimde tespit etmelidir. Bu bağlamda İdare - yukarıda belirttiğimiz üzere - görevin 10 gün kesintisiz terk edildiğini tutanak ve belgelerle ortaya koymalı³¹, gerektiğinde memurun izin veya mazeretine yönelik iddialarının aksini ispatlamalı, onun delillerine üstünlük teşkil edecek kanıtlar göstermelidir.³²

²⁸ Örneğin memurun mazeret oluşturan hastalığının malulen emekli edilmesine neden olması gibi: “...Davalı idarede hizmetli kadrosunda görev yapan davacının, 04.09.2014 tarihinden itibaren göreve kesintisiz olarak gelmediğinden bahisle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca müstafi sayılarak kadrosunun boşaltılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının uzun yıllardır kamu görevlisi olduğu ve son 1-2 yıldır problemler yaşadığı, 2013 yılından bu yana sürekli rapor ve izin kullanmak veya devamsızlık yapmak suretiyle disiplin soruşturması ve cezasına maruz kaldığı gözetildiğinde, yaşanan bu sürecin ve davacının sağlık sorunlarının tamamının idarenin bilgisi dahilinde olduğu, davacının yaşadığı ruhsal rahatsızlık nedeniyle işe devam konusunda manevi bir zorlanma yaşadığı açık olduğundan, bu durumun ve durumun göreve etkisinin bir sağlık raporu ile araştırılarak ve bu araştırma sonucu davacının görev süresi de dikkate alınarak malulen emekliliğe sevkinin mümkün olup olmadığı değerlendirilerek davacı hakkında bir işlem tesis edilmesi gerekirken, davacının doğrudan müstafi sayılarak kadrosunun boşaltılmasına yönelik dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ...” D. 12. D., E. 2016/8815, K. 2017/95, T. 1.2.2017.

²⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 496.

³⁰ “...(D)avacının 17.10.2014 tarihinden annesine almış olduğu 28.10.2014 tarihli ve 76997168 sayılı tek hekim raporuna kadar görevine mazeretsiz ve kesintisiz olarak 12 gün gelmediği, aynı şekilde 20.11.2014 tarihli ve 5593 sayılı sağlık kurulu raporu alınana kadar geçen sürede de izinsiz, mazeretsiz olarak göreve gelmediği **hususunda tereddüt bulunmadığı**...” D. 12. D., E. 2016/8761, K. 2017/3, T. 25.1.2017.

³¹ “...(D)avalı idarenin, ara kararı cevabı olarak gönderdiği yazı ve ekinde davacının görevine devam etmediği öne sürülen sürelerin tespitine ilişkin bir belge ibraz edilememiştir. Öte yandan davacı ise 7.2.1981 günü yeniden göreve gittiğini, bu suretle belirtilen tarihler arasındaki devamsızlığının 10 gün olmadığını, 23.2.1981 ile 27.2.1981 arasında ve 2.3.1981 ile 6.3.1981 günü arasındaki devamsızlığının da 10 gün olmadığını iddia etmekte ve iddiasını kanıtlayıcı olarak köy muhtarının, kendisini köye götürün taksi şoförünün, Çan köyü ilkokul öğretmenin, köy sakinlerinin noterde alınmış ifadelerini göstermektedir. Davacı, iddiasının davalı idarece belgelere dayalı olarak aksi ispatlanamamış olmakla, dava konusu işlemin hukuki dayanağının bulunmadığı görülmektedir. Belirtilen nedenlerle, davacının görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemin iptaline...” D. 5. D., E. E. 1981/2124, K. 1985/2532, T. 27.11.1985; Aktaran: SERTTAŞ, s. 37.

³² “Çocuk gelişimi ve eğitimi öğretmeni olarak görev yapan davacının, 16.09.2013-04.10.2013

5. Maksat Unsuru

Çekilmiş sayılma işleminde maksadın hizmet gereklerine uygun olması ve genel olarak kamu yararının gözetilmesi lazımdır³³. Bunun dışında, kişisel, politik, duygusal, memuru (sebebi olmadığı halde) cezalandırmaya yönelmiş, kamu yararına yabancı amaçlarla, “yetki ve usul saptırması” yolu ile tesis edilmiş çekilmiş sayılma işlemlerinin maksat unsuru sakatlanmış olur.

Bu noktada, hakkında “**çekilmiş sayılma kararı verilmesi gerektiğinden şüphe bulunmayan**” bir memura yönelik olarak yapılan, diğer dört unsurunun hukuka uygun olduğu şüphe götürmeyen bir çekilmiş sayılma işleminde, aynı durumda olan diğer memurlara yönelik çekilmiş sayılma işlemleri tesis edilmediği gerekçe gösterilerek, işlemde maksat unsuru sakatlığı bulunduğunu ve sırf bu nedenle iptali gerektiğini kabul edebilmenin mümkün olmadığı kanaatindeyim. Zira işlemin diğer dört unsurunun hukuka uygun olduğu hallerde, maksat unsuru sakatlığının ispatı ve dolayısıyla söz konusu maluliyetin varlığının kabulü mümkün olmasa gerektir. “Su-i misal emsal teşkil edemeyeceğinden”, başkaları hakkında (alınması gerektiği halde) çekilmiş sayılma kararlarının alınmamış olması, tek başına, ilgili memur hakkında alınan kararı hukuka aykırı ve iptale mahkûm kılmaz³⁴.

tarihleri arasında kesintisiz ve mazeretsiz görevine gelmediğinden bahisle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca görevinden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacının giderek artan düzeyde bir depresyon yaşadığı, ilaç kullandığı, iki devlet hastanesinde tedavi gördüğü, uzman doktordan rapor aldığı dosya kapsamındaki belgelerden anlaşıldığından, idarenin davacının mazereti konusunda şüphesi varsa bu durumu, yetkili ve uzman bir kurul tarafından tespit ettirdikten sonra davacı ile ilgili bir karar vermesi gerekirken, hiç bir bilimsel tespit yapılmadan dava konusu işlemi tesis etmesinin hukuka aykırı olduğu...” D. 12. D., E. 2016/8714, K. 2017/656, T. 8.3.2017; “İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü Gaziosmanpaşa İlçe Emniyet Müdürlüğü'nde başkomiser olan davacının, kesintisiz 10 gün süreyle izinsiz ve mazeretsiz olarak görevine gelmediğinden bahisle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanun'un 94. maddesi uyarınca memurluktan çekilmiş sayılmasına ilişkin 8.11.2013 tarihli, 31199-314 sayılı Emniyet Genel Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle açılan davada; davacının sağlık kurulu raporuyla sabit olan bir rahatsızlığının bulunduğu, davalı idarenin, davacının göreve gelmediği dönemlerde “menfaatini müdrük” olup olmadığını dolayısıyla fiil ve hareketlerinin sonucunu takdir edip edemeyeceğini (gerekirse tıbbi raporla) belirlenmesi, keza göreve gelmediği dönemlerde bu rahatsızlığının bir etkisinin bulunup bulunmadığını tespit ederek işlem tesis etmesi gerekirken, davacının izinsiz ve mazeretsiz olarak kesintisiz on gün süreyle görevine gelmediğinden bahisle tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı...” D. 12. D., E. 2016/8903, K. 2017/464, T. 23.2.2017.

³³ GÜRAN, s. 181.

³⁴ Şüphesiz, çekilmiş sayılma işlemi yapılması gerektiği halde yapmayan kamu görevlileri hakkında bu durumdan kaynaklanan adli, idari takibatın yapılması gerekir.

Bu noktada, memurun mazeretinin kabulünde, sebep unsurundaki takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmadığı, giderek bu durumun maksat unsuru sakatlığının da kabulüne yol açtığı örneklerin yukarıda maksat unsuru ile sınırlı olarak ortaya çıkanlarla bir olmadığını vurgulamak gerekir. Bu bağlamda, örneğin İdare'nin takdir yetkisi dahilinde öteden beri makul olarak kabul edilen, aynı tip ve mahiyette bir mazeretin, birdenbire kabul edilemeyerek, memur hakkında çekilmiş sayılma işlemi yapılması, hukuka aykırı olur³⁵. Ancak bu halde, maksat unsuru sakatlığından önce, **takdir yetkisinin keyfi kullanılmasından kaynaklanan sebep unsuru sakatlığının varlığından söz edilmelidir**. Dolayısıyla ve esasen bu gibi örneklerde tek başına maksat unsuru sakatlığı değil, “sebeplere (ve ona bağlı olarak konu) unsuru sakatlığı ile pekişmiş” bir maksat unsuru sakatlığı vardır.

Kanaatimce, İdarenin geçmişte istikrarlı bir biçimde çekilmiş sayılmaya engel olarak gördüğü, yorumladığı bir mazereti, bundan böyle kabul etmeyerek çekilmiş sayılma işlemi yapabilmesi için, bunu ilgililere duyurması, belirgin hale getirmesi, farkında olmalarını sağlaması, eski uygulamanın devam edeceği yönündeki beklentilerine son vermesi ve çekilmiş sayılmayı ancak bundan sonraki uygulamalara konu etmesi gerekir.

II. KANUNUN 94. MADDESİNDE YER VERİLEN ÇEKİLMİŞ SAYILMAYA İLİŞKİN DÜZENLEMENİN ÖĞRETİM ELEMANLARINA UYGULANABİLİRLİĞİ MESELESİ

A. Mevzuat Değişikliğinden Önceki Dönemdeki Uygulama: Tespit ve Değerlendirmeler

2547 sayılı Kanunun 3/1 maddesinde, yükseköğretim kurumlarında görevli “öğretim üyeleri”, “öğretim görevlileri” ve “araştırma görevlileri”nin tümünü içine alacak şekilde tanımlanan “öğretim elemanları”nın çekilmiş sayılmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen özel bir hüküm, bir istisna haricinde, bulunmamaktadır. Kanun koyucu, sadece söz konusu kanunun 41. maddesinde “*bu maddede veya Kanunun 40. maddesinin (b) fıkrasında belirtildiği şekilde görevlendirildikleri kendilerine tebliğ edilenlerden kanuni süresi içinde göreve başlamayanlar*”ın “*istifa etmiş sayılacağı*”nı belirlemiştir.

³⁵ GÜRAN'a göre, “*Müşahhas hadiselerde İdare'nin aynı tip ve mahiyetteki herhangi bir ... mazeretini bir kerresinde makul ve makbul addetmesi, diğerinde etmemesi gibi durumlarda, tasarrufun esas maksadından inhiraf edip etmediğini araştırmak, bu inceleme sırasında sebeple maksat unsurları arasında bir alâka kurarak hareket etmek, isabetli ve yerinde bir muhakeme olur.*” Bkz. GÜRAN, s. 181.

Bunun dışında, ne öğretim elemanlarının atanma usulleri ve süreleri ile yürütecekleri görevlerinin niteliklerini belirleyen “2547 sayılı Kanun”da, ne de diğer özlük haklarına ilişkin hükümler barındıran “2914 sayılı Kanun”da, öğretim elemanlarının görevlerini, çekilme isteğinde bulunma ya da bulunmuş sayılma şeklinde kendi iradelerine bağlı olarak sonlandırmalarına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiştir.

2547 sayılı “Yükseköğretim Kanunu”nun “özlük hakları” başlıklı 62. maddesinde “(ü) *üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu kanun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümler uygulanır*” hükmü getirilmiş; üniversite öğretim elemanlarının aylık, ödenek ve sair özlük haklarına ilişkin kurallar içeren 2914 sayılı “Yükseköğretim Personel Kanunu”nun 20. maddesinde de “(b) *u Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Hal böyle iken, Yükseköğretim Kurulu, 2547 sayılı Kanunda çekilmiş sayılma bir disiplin yaptırımı olarak düzenlenmesine yönelik herhangi bir dayanak bulunmadığı halde, 21.08.1982 tarih ve 17789 sayılı Resmi Gazetede yürürlüğe giren ve uzun süre yürürlükte kalan “Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinin 10. maddesi ile, başka bir takım çekilmiş sayılma halleri ile birlikte, görevi kurumca kabul edilen mazereti olmaksızın kesintisiz 10 gün terk etmeyi (m. 10/c) çekilmiş sayılma cezasını gerektiren bir disiplin fiili olarak düzenlemiş ve söz konusu düzenleme uzun bir dönem boyunca uygulamada kalmıştır. Böylelikle, Kurul - her ne kadar ilgili Yönetmelikte “çekilmiş sayılma”yı “*görevde ilişkinin istekle olmuşçasına kesilmesi*” olarak tanımladığı (m. 4/f) halde - 10 gün kesintisiz olarak göreve gelmemeyi, çekilme hakkının örtülü olarak kullanılma vasıtalarından biri olarak değil, disiplin yaptırımına tabi bir fiil olarak öngörmüştür³⁶.

³⁶ Danıştay söz konusu Yönetmeliğin yürürlükte olan dönemde, **ilk zamanlar**, seyrek de olsa, Yönetmelik hükümlerinin, öğretim elemanlarının 657 sayılı Kanununun 94. maddesi uyarınca çekilmiş sayılmalarına engel teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir: “*Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinde; mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın çekilme isteğinde bulunulmuş sayılacağı belirtilmiş olup, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununun 20. maddesinde de; “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları*

Kişisel “tahmin”im, Kurul’un, bu yöndeki tasarımının altında iki ayrı sebebin yatmış olabileceği yönündedir. Birincisi, Kurul, her ne olursa olsun, görevini on gün izinsiz ya da mazeretsiz ve kesintisiz terk eden bir öğretim elemanının, bu fillinin bir hakkın kullanılması vasıtası olarak görülemeyeceği, sonuçta kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine duyarlılık göstermemiş olan öğretim elemanın cezalandırılması gerektiği yönünde bir kanaate sahip olmuş olabilir. İkinci ihtimalde ise, Kurul, her durumda, çekilmiş sayılmanın, gerçekte bu sonucu arzu etmeyen yükseköğretim personeli bakımından doğuracağı ağır sonuçları dikkate alarak, gerek 657 sayılı Kanunda gerekse 2547 sayılı Kanunda çekilmiş sayılma işleminin yapılış sürecine yönelik idari usul güvencelerine yer veren düzenlemeler olmaması sebebi ile sözü edilen prosedürel teminatları, disiplin düzenlemeleri ile sağlama yoluna gitmeyi uygun görmüş olabilir.

*Kanunu hükümleri uygulanır.” hükmü yer almıştır. Dava konusu olayda, ... Üniversitesinde Yardımcı Doçent olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Yasanın 94. maddesi uyarınca görevden çekilmiş sayılmasına ilişkin işlem, ilgilinin öğretim üyesi olması nedeniyle disiplin suçları ve cezaları yönünden özel bir mevzuat niteliği taşıyan Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatiyle iptal edilmiş ise de; anılan 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununun 20. maddesinde, 657 sayılı Yasaya atfı yapıldığına göre, ilgili hakkında 657 sayılı Yasanın 94. maddesi hükmü uygulanarak tesis edilen işlemde mevzuata aykırı yön bulunmadığından...” D. 12. D. E. 1999/6054, K. 2000/2875, T. 22.06.2000; **Bununla birlikte Yüksek Mahkeme sonraki kararlarında, Yönetmelik hükümlerini gerekçe göstererek bu içtihadından dönmüş ve öğretim elemanlarının ancak Yönetmelikte öngörülen disiplin kuralı, ilke ve esasları uyarınca, bir disiplin soruşturması neticesinde, disiplin cezası verilmesi sureti ile çekilmiş sayılacağını belirtmiştir: “... Öğretim elemanlarının atanma usulleri ve süreleri ile yürütecekleri görevlerinin nitelikleri 2547 Sayılı Yasada, diğer özlük hakları da 2914 Sayılı Yasada düzenlenirken, ilgililerin görevlerini, çekilme isteğinde bulunma ya da bulunmuş sayılma şeklinde kendi iradelerine bağlı olarak sonlandırmalarına dair açık bir Yasa kuralına yer verilmiş ise de, 2547 Sayılı Kanun uyarınca çıkarılan yukarıda alıntısı yapılan disiplin yönetmeliğinde, göreve kesintisiz 10 gün kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın devamsızlık gösterme hali, disiplin hukuku kapsamında bir yaptırma bağlanmıştır. Yönetmelikte yer alan bu kural nedeni ile alıntısı yapılan Yasa maddelerinde belirlendiği şekli ile hüküm bulunmayan halin varlığından söz etme olanağı yoktur... / 2547 Sayılı Yasada tanımlanan öğretim elemanlarının. Yasada tanımlanmış olan görevleri ile 657 Sayılı Yasaya tabi memurların yürüttükleri kamu hizmetinin farklı niteliklerde olduğu açıktır. Yasa koyucunun bu farklılığı gözetmek suretiyle, öğretim elemanları açısından göreve devamsızlık hali için bir idari tasarruf öngörmeyerek disiplin cezasına tabi kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır... / Bu açıklamalar karşısında, ... Üniversitesinde 2547 Sayılı Yasada tanımlanan öğretim elemanları arasında yer alan öğretim görevlisi olarak görevini yürüten davacının izinsiz ve mazeretsiz olarak görevine gelmediği hususunun yukarıda aktarılan Yönetmelik uyarınca yapılacak bir soruşturma ile tespit edilerek işlem tesis edilmesi gerekmekte iken, 657 Sayılı Kanun uyarınca doğrudan tesis edilen işlemde hukuka ayarlık bulunmamaktadır.” D. 8. D. 8. 2008/8009, K. 2012/1651, T. 11.4.2012; Aynı yönde bkz. D. 8. D., E. 2015/3980, K. 2016/3421, T. 7.4.2016; D. 8. D., E. 2015/6731, K. 2016/1697, T. 26.6.2016.***

Bu noktada, her ne kadar Danıştay, ilgili Yönetmelik hükümlerinin getiriliş amacının 2547 ve 2914 sayılı Kanunlara tabi öğretim elemanlarının Kanunda tanımlanmış olan görevleri ile 657 sayılı Kanuna tabi memurların yürüttükleri kamu hizmetinin farklı niteliklerde olmasına dayandırmış olsa da³⁷, anılan Yönetmelik öğretim elemanları yanında yükseköğretim kurumlarında çalışan memurları da kapsadığından, söz konusu gerekçe pek de isabetli değildir.

Sonuçta, altında hangi yaklaşım yatmış olursa olsun, Yükseköğretim Kurulu, niteliği itibari ile (geniş anlamı içinde) çekilme hakkı olarak kurgulanan bir müesseseyi, dayanak kanunlara aykırı olarak “başkalaştırmış” ve 657 sayılı Kanunun 94. maddesine göre tesis edilen çekilmiş sayılma işleminden gerek prosedürel açıdan gerekse hukuksal etki ve sonuçları bakımından farklı nitelikte bir işlem türü ihdas etmiştir. Yeri gelmişken, tam da bu noktada, sözü edilen hukuksal etki ve sonuçlardaki farklılığa bir örnek verilecek olursa, ilgili Yönetmeliğin yürürlükte kaldığı dönemde, mazeretsiz ve kesintisiz bir biçimde 10 gün görevine devam etmeyen iki “memur”dan, yükseköğretim kurumunda çalışan ve anılan Yönetmeliğe tabi olana, yapılacak disiplin soruşturması neticesinde, şayet koşulları varsa, bir derece hafif ceza uygulanması suretiyle “kademe ilerlemesinin durdurulması” cezası verilmesi, diğeri hakkında ise çekilmiş sayılma işlemi yapılması hukuken mümkün olmuştur. Buna göre, ikisi de memur olan personelden aynı durumda olanlardan birinin, (her ne kadar dosyasında bir disiplin cezası bulunacak olsa da) görevine devam etmesi

³⁷ “...2547 ve 2914 sayılı Kanun'lara tabi öğretim elemanlarının Kanunda tanımlanmış olan görevleri ile 657 sayılı Kanun'a tabi memurların yürüttükleri kamu hizmetinin farklı niteliklerde olduğu açıktır. / Yasa koyucunun bu farklılığı gözetmek suretiyle, 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanları açısından göreve devamsızlık hali için bir idari tasarruf öngörmeyerek ilgili Yönetmelik ile disiplin cezasına tabi kaldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki, disiplin cezası şeklinde tesis edilecek bir işlem ile idari bir tasarruf niteliği taşıyan işlemin oluşturulma süreci ve ilgili açısından yaratacağı hukuki sonuçlar birbirinden farklılık taşımaktadır. Bu bakımdan, yönetmelikte disiplin cezasına tekabül eden bir durumun daha ağır sonuçları olan idari bir tasarrufa bağlanmasının hukuka ve hakkaniyete uygun olmayacağı da açıktır.” Belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkemenin kararında, “yönetmelikte disiplin cezasına tekabül eden bir durumun daha ağır sonuçları olan idari bir tasarrufa bağlanmasının hukuka ve hakkaniyete uygun olmayacağı” yönündeki tespiti de çekilmiş sayılmanın 657 sayılı Kanundaki düzenleniş biçimini görmezden gelmesi bakımından eleştiriye açıktır. Zira, Danıştay'ın bakış açısına göre, demek ki; kanun koyucu, disiplin cezasına tekabül eden bir durum için 657 sayılı Kanunda disiplin soruşturması yapılmasını öngörmemekle hukuka ve hakkaniyete aykırı bir düzenleme yapmış; Yükseköğretim Kurul'u ise bu hataya düşmemiş, hukuka ve hakkaniyete uygun bir uygulamaya gitmiştir. Kanaatimce, Danıştay'ın buradaki yanlılığı, çekilmiş sayılmaya, hiçbir suretle hak penceserinden bakmayıp, tipik bir idari yaptırım olarak değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır.

diğerinin ise memuriyet statüsünün son bulması gibi, söz konusu “memur”lar bakımından eşitlik ilkesine pek de uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkmıştır.

Muhtemelen yukarıda yer verdiğimiz gerekçelerle “çekilmiş sayılma” söz konusu Yönetmelikte değişiklik yapan 29.2.2014 yürürlük tarihli Yönetmelik³⁸ ile disiplin cezası olmaktan çıkarılmıştır. İlerleyen zamanda Anayasa Mahkemesinin 14.01.2015 tarih ve E. 2014/100, K. 2015/6 kararı ile 2547 sayılı 53. maddesinin (b) fıkrasının “(h)angi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir” yönündeki ikinci cümlesini Anayasaya aykırı bulup iptal etmesinden sonra, kanun koyucu disiplin cezalarını gerektiren hal ve durumları kanunla belirleme yoluna gitmiştir. 2.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanunla³⁹ 2547 sayılı Kanunun 53 ve devamı maddelerinde yapılan bu yöndeki değişiklik ve eklemelerle getirilen disiplin cezaları arasında “çekilmiş sayılma”ya yer verilmemiştir.

Bu durumda, öğretim elemanları bakımından çekilmiş sayılmayı disiplin cezası olarak öngörmeyen yürürlükteki mevzuat çerçevesinde tartışılması gereken mesele 657 sayılı Kanunun 94. maddesinde çekilmiş sayılmaya ilişkin olarak yer verilen düzenlemenin öğretim elemanlarına tatbikinin mümkün olup olmadığı ve olacaksa bunun memurlara yönelik uygulama kriterleri bakımından bir farkının bulunup bulunmayacağına inhisar etmektedir.

B. 94. Maddenin Öğretim Elemanlarına Uygulanabilirliğine İlişkin Değerlendirmeler

Öğretim elemanlarının görevi mazeretsiz ve 10 gün kesintisiz bir biçimde terk etmeleri disiplin yaptırımını olmaktan çıkarılınca, 657 sayılı Kanunun 94. maddesinin, sözü edilen kamu görevlileri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı meselesinin çözüme kavuşturulması gerekmiştir. Görebildiğimiz kadarı ile, ilk derece ve istinaf mahkemelerinin bazıları,

³⁸ “Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”, RG: S. 28897, T. 29.1.2014.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, yakın bir zamanda verdiği kararla, 2.12.2016 tarih ve 6764 sayılı “Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 26. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinin değiştirilen (b) fıkrasının (1), (2), (3), (4) ve (6) numaralı bentlerinde yer alan “657 sayılı Kanundaki fiillere ilave olarak...” ibarelerinin Anayasa’ya aykırı olduklarına ve iptaline, iptal hükümlerinin, kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine hükmetmiştir. Bkz. AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, T. 10.4.2019, RG: S. 30804, T. 17.7.2019.

“657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinde yer verilen devlet memurlarının çekilmiş sayılmasına ilişkin düzenlemenin **özlük hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı** ve 2547 sayılı Kanunun 62. maddesi ile 2914 sayılı Kanunun 20. maddesi ile yapılan atıflara istinaden üniversite öğretim elemanları hakkında 657 sayılı Kanununun 94. maddesinin uygulanamayacağı” yönünde kararlar vermiştir⁴⁰.

Kanaatimce, çekilmiş sayılmanın bir özlük hakkı olmaması gerekçesine dayalı olarak, Kanunun 94. maddesinin öğretim elemanlarına uygulanmasını kategorik olarak mümkün görmeyen bu yöndeki kararlar mevcut hukuki durum ve düzenlemeler karşısında isabetsizdir.

“Özlük hakkı” hukuksal bakımdan kamu görevlilerinin, “kanunların öngördüğü biçim ve koşullarla kazandığı her türlü hakkı” ifade etmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz üzere, “çekilmiş sayılma”, “Devlet Memurları Kanunu”nun “Çekilme” başlıklı 94. maddesinde (geniş anlamıyla) yer verilen çekilme hakkının kullanılması yöntemlerinden biridir. Bu bakımdan 2547 sayılı Kanunun “özlük hakları” başlıklı 62. maddesinin “Üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu kanun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümler uygulanır” hükmü ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununun 20. maddesinin “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü uyarınca; 657 sayılı Kanunda, ister istemez bir hak olarak düzenlendiği kabul edilmesi gereken çekilmiş sayılmaya ilişkin kuralların öğretim elemanlarına da uygulanmasının hukuken mümkün ve gerekli olduğu sonucuna varılmalıdır. Bir yandan, 657 sayılı Kanunun 94. maddesinin öğretim elemanlarının yazılı beyanları ile görevlerinden “çekilme”lerinin yasal dayanağını teşkil ettiğini kabul edip, diğer yandan bunlara aynı maddenin “çekilmiş sayılma”ya ilişkin hükmünün uygulanamayacağına iddia etmenin tutarlı bir yanı bulunmamaktadır.

Nitekim Danıştay’ın kanaati de aynı yöndedir:

“657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun “Çekilme” başlıklı 94. maddesinin 1.fıkrasında, Devlet memurunun bağlı olduğu kuruma yazılı olarak

⁴⁰ İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2017/2156, K. 2018/1162, T. 12.06.2018. Karar İstanbul BİM 7. İdare Dava Dairesinin 2018/1381, K. 2018/2069 sayı ve 16.12.2018 tarihli kararı ile uygun bulunarak, davalı İdare’nin istinaf talebi reddedilmiştir. Aynı yöndeki başka bir karar için bkz. İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2017/2151, K. 2018/997, T. 24.5.2018.

müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabileceği, mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılacağı kuralına yer verilmiş olup memurluğu sona erdiren bir durum olarak düzenlenmiştir.

...Gerek 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda gerekse 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu 'nda, öğretim elemanlarının görevden çekilmiş sayılmasının uul ve esaslarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de 2547 sayılı Yasanın 62. ve 2914 sayılı Yasanın 20. maddelerindeki düzenlemeler karşısında koşullarının varlığı durumunda üniversite öğretim elemanları hakkında 657 sayılı Yasanın 94. maddesinin uygulanmasına engel bir durum bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; (X) Üniversitesi İletişim Fakültesi Halkla İlişkiler ve Tanıtım Bölümünde öğretim üyesi olarak görev yapan davacının 26.01.2015 ile 06.2.2015 tarihleri arasında mesaiye gelmemesi nedeniyle hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucu düzenlenen raporda, Yükseköğretim Kurumları Yönetici. Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde kesintisiz 10 gün süreyle göreve gelmeme eylemi hakkında bir düzenleme bulunmadığından hareketle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinde düzenlenen görevden çekilmiş sayılması hususunda değerlendirme yapılması yolunda getirilen teklif doğrultusunda davacının 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 94. maddesi uyarınca müstafi sayılması üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı görülmektedir.

Olayda, davacının 26.01.2015 ile 06.2.2015 tarihleri arasında mesaiye gelmemesi nedeniyle hakkında düzenlenen tutanaklar ile sabit ise de; 657 sayılı Yasa'nın 94. maddesi, izinsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi halini düzenlediğinden uyuşmazlıkta söz konusu koşulların bulunup bulunmadığının incelemesi yapılarak Mahkemece bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu durumda; akademik personel hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve ilgili mevzuatta düzenleme bulunmaması halinde, 657 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanabileceği dikkate alındığında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin öğretim üyeleri hakkında uygulanamayacağı gerekçesiyle verilen iptal kararında hukuki isabet bulunmamaktadır⁴¹.”

⁴¹ D. 8. D., E. 2016/8020, K. 2017/9942, T. 27.12.2017.

Şayet - aşağıda da değinilecek olan - bazı gerekçelerle - 657 sayılı Kanununun 94. maddesine yer verilen çekilmiş sayılma müessesesinin öğretim elemanlarına herhangi bir şekilde uygulanmasının yerinde olmadığı düşünülüyor ve anılan hükümlerin hiçbir şekilde uygulanmaması isteniyor ise, bu yönde hüküm doğuracak kuralların kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gereklidir⁴². Bu nitelikteki düzenlemelerin yokluğunda, yürürlükteki mevzuatın görmezden gelinmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, çekilmiş sayılmanın her ne kadar bu sonucu arzu etmeyen öğretim elemanları tarafından ağır sonuçlar doğurabileceği kabul edilebilirse de, mevcut hukuki durum karşısında, 94. maddenin verdiği hak ve imkânı kullanmak isteyenlerin bu haktan yararlanmasının engellenmemesi gerekir. Hatta öyle ki, aksi yöndeki bir uygulama, öğretim elemanının çok daha ağır sonuçları olan disiplin yaptırımına maruz kalmasına dahi yol açabilir. Gerçekten, görev yaptığı Yükseköğretim Kurumunda yazılı çekilme başvurusu yaptıktan sonra herhangi bir şekilde başvurusunun kabulünü veya yerine atanan kimsenin gelmesini beklemekten yana olmayan, - örneğin yurt dışından görev süresi bittikten sonra dönmek istemeyen- görevini derhal bırakmayı arzulayan; ya da (hukuki mazeret teşkil etmeyen) kişisel sebeplerle mecburen bırakmak durumunda kalan ve görevi terk etmesinin üzerinden 20 gün geçen kişiler bakımından, çekilmiş sayılma muamelesi yapılamayacaksa, o öğretim elemanı hakkında İdare ister istemez disiplin soruşturması başlatacak ve ilgili disiplin hükümleri uyarınca “özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmeme” fiilinin işlendiği gerekçesi ile “kamu görevinden çıkarma” cezası verebilecektir⁴³. Dolayısıyla, kendisi ile aynı durumda olan bir memur

⁴² Anayasa Mahkemesi, yukarıda zikredilen ve aşağıda da değinilecek E. 2017/33, K. 2019/20, sayı ve 10.4.2019 tarihli kararında “*Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilen ve bilimsel özerkliğe dayalı farklı konuları gereğince öğretim elemanları hakkında yapılacak düzenlemelerde söz konusu farklılığın dikkate alınması gerektiği*”ni belirtmektedir. Şayet Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinin çekilmiş sayılmaya yönelik düzenlemelerinin öğretim elemanlarına, memurlardan farklılığı gözetilmeden uygulanmasına sebebiyet vereceği kanaatine varılıyorsa bu durumda ya Yükseköğretim Mevzuatında bu farklılığı ortaya koyacak düzenlemelere yer verilmeli ya da en azından söz konusu maddenin öğretim elemanlarına uygulanamayacağına yönelik açık bir kural getirilmelidir. Tekrar belirtmek gerekir ki, bu tür bir düzenlemenin yokluğunda 657 sayılı Kanunun 94. maddesi hükümlerinin görmezden gelinebilmesi, ihmal edilmesi mümkün değildir.

⁴³ Yürürlükteki hükümlere göre özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmeme 2547 sayılı Kanunun “kamu görevinden çıkarma” cezasını düzenleyen 53. maddesinin 6. fıkrasındaki “657 sayılı Kanundaki fiillere ilave olarak” ifade ve atfı sebebi ile 657 sayılı Kanunun 125/E/d maddesi hükmünün tatbiki sureti kamu görevinden çıkarma cezasını gerektiren fiil olarak yer almaktadır. Bununla birlikte, yukarıda da yer verdiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi, yakın bir zamanda verdiği kararla, 2.12.2016 tarih ve 6764

“çekilmiş sayılma” hakkından yararlanıyorken, öğretim elemanı, son derece ağır sonuçları olan bir disiplin cezasına mahkûm edilmiş olacaktır. Esasen bu ve benzeri örnekler, uygulama belirliliği ve istikrarının sağlanabilmesi adına, öğretim elemanlarının 657 sayılı Kanununun 94. Maddesine dayalı olarak çekilmiş sayılıp sayılmayacakları meselesinin açıklığa kavuşturulmasının önemine işaret etmektedir.

C. Kanunun 94. Maddesindeki “Çekilmiş Sayılmaya” İlişkin Sebep ve Koşulların Öğretim Elemanlarına Uygulanmasının Mesleğin ve Yürütülen Faaliyeti Niteliğine Uygunluğu ve Bu Bağlamda Ortaya Çıkan Sorunlara Yönelik Değerlendirme

Kanaatimce, yukarıda yer verilen gerekçelerle, 657 sayılı Kanunun 94. maddesinin mevcut düzenlemeler uyarınca öğretim elemanlarına uygulanmasında “hukuksal bakımdan” sorun yoktur. **Asıl sorun, ilgili madde uyarınca çekilmiş sayılma işlemi yapılmasını gerektiren sebep ve koşulların akademisyenlik mesleğinin nitelik ve değerleri ile yürütülen hizmetin özellik ve gereklerine uygun olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.** 94. maddede çekilme iradesinin ortaya çıktığının kabulü için öngörülen 10 gün kesintisizlik ve bilhassa izinsiz ve mazeretsiz olma koşulları, asıl olarak memurların yürüttüğü faaliyetin nitelik ve gereklerine göre tasarlanmıştır. Oysa ki, yargısal kararlarda da sıklıkla vurgulandığı üzere, öğretim elemanlarınca yürütülen faaliyetin niteliği memurlar tarafından yürütülenden farklıdır. Yukarıda da yer verdiğimiz üzere, bir görevin terk edilip edilmediği, söz konusu görevin niteliğine ve - ona bağlı olarak - zamana, mekâna, çalışma şartlarına göre belirlenebilir. Memurlar bakımından söz konusu unsurlar önceden yasal düzenlemelerle olabildiğince sabitlenebildiği, belirli hale getirilebildiği, objektif standarda oturtulabildiği için görevin izinsiz, mazeretsiz ve (10 gün) kesintisiz terk edilip edilmediğinin ve sonuçta, çekilme iradesinin (örtülü de olsa) oluştuğunun tereddüde yer vermeyecek biçimde tespiti belirli ölçüde kolay ve mümkündür. Öğretim elemanları bakımından ise durum farklıdır. Belirtmek gerekir ki; sözü edilen farklılık yalnızca çekilmiş sayılmaya ilişkin değil, öğretim elemanlarına yönelik

sayılı Kanunun 26. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin değiştirilen (b) fıkrasının (1), (2), (3), (4) ve (6) numaralı bentlerinde yer alan “657 sayılı Kanundaki fiillere ilave olarak...” ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduklarına ve iptaline, iptal hükümlerinin, kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine hükmetmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun karar doğrultusunda yeni bir düzenleme yapması icap etmektedir. Ne var ki, getirilecek bu yeni düzenlemede de geçmişte olduğu gibi özürsüz olarak bir yılda toplam 20 gün görevde gelmeme fiiline aynı nitelikte cezayı gerektirecek şekilde yer verilmesi oldukça muhtemeldir.

disiplin düzenlemelerinde yer verilen “devamsızlık” kriterleri bakımından da dikkate alınmak durumundadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında, öğretim elemanlarının bilimsel özgürlüğünün, görev yaptıkları yükseköğretim kurumlarının bilimsel ve idari özerkliklerinin, uygulamada memurlara göre farklı bir statüde konumlandırılmalarını gerekli kıldığı vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın üniversitelerin bilimsel özerkliğinin teminatını teşkil eden 130. maddesinin, yükseköğretim kurumlarının **“bilimin gerektirdiği ... bir ortam içinde”** faaliyet gösterebilmeleri için düzenlendiğini, söz konusu maddenin bilimsel özerklik ilkesi ile, **“üniversiteleri, ... bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde öğretim (ve) araştırma(ları) belirlemek ve yürütmek ve ilgilerini bu doğrultuda çalışmaya yönleltmek serbestliğine sahip kıl(dığını) ... öğretim üyeleri ve yardımcılarını ... kendine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı (olarak) düşün(düğünü) ve buna göre düzenlemeler (içerdiğini)”⁴⁴**, bilimsel özerkliğin aynı zamanda üniversitenin **“işleyişini kendisinin yönlendirebilmesini”** gerektirdiğini; bilimsel özerkliğin **“kurulardan işleyişe değin, bilimin gerektirdiği özgürlük ortamının tüm çalışmalarla yönetimde bir yaşam biçimi olarak sağlanması (olduğunu), (ö)zgür toplumun bilim alanındaki simge(si olan) ... üniversitede devlet yönetimindeki sıralama türünde bir yönetim biçimi(nin), düşünce üretimine, özgür düşünce ve özgür çalışmaya elverişli bir ortama engel (olduğunu)”⁴⁵** belirtmiştir.

Yüksek Mahkemeye göre,

“ Anayasa’da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konuları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.

...(Ö)ğretim elemanlarının unvan ve statülerine ...getirilen sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz.

...

⁴⁴ AYM, E. 1990/2, K. 1990/10, T. 30.5.1990, RG: S. 20781, T. 9.2.1991.

⁴⁵ AYM, E. 1991/21, K. 1992/42, T. 29.6.1992, RG: S. 21538, T. 31.3.1998.

Öğretim elemanlarının öncelikli ve asli görevi hiç kuşkusuz yükseköğretim kurumlarında, kanunlarda belirtilen amaç ve ilkelere uygun biçimde önlisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak, öğrenci yetiştirmek, öğrencilere rehberlik etmektir. Öğretim elemanlarının kamu görevlisi olmaları nedeniyle yukarıda belirtilen bu görevlerini aksatmadan yerine getirmeleri esastır⁴⁶.”

Yine Anayasa Mahkemesinin yakın bir zamanda verdiği ve Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin cezalarına ilişkin düzenlemeler öngören 53. maddesinin (b) fıkrasının 657 sayılı kanundaki fiilleri disiplin cezalarına tabi tutmaya yönelik (1), (2), (3), (4) ve (6) numaralı bentlerinde yer alan “657 sayılı Kanundaki fiillere ilave olarak...” ibarelerini Anayasa'ya aykırı bulduğu karar uyarınca:

“Anayasa'nın 130. maddesinde üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiştir. Anılan maddenin öğretim elemanlarının Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmayacakları yönündeki yedinci fıkrası ile öğretim elemanlarının görevleri, atanmaları, yükselmeleri gibi birçok hususun kanunla düzenleneceğini belirten dokuzuncu fıkrası gözetildiğinde öğretim elemanları yönünden diğer kamu görevlilerine nazaran daha güvenceli bir personel rejiminin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

...

Buna göre Anayasa'nın 130. maddesinde belirtilen ve bilimsel özerkliğe dayalı farklı konumları gereğince öğretim elemanları hakkında yapılacak düzenlemelerde söz konusu farklılığın dikkate alınması gerektiği açıktır.

...

*...(H)iyerarşiye dayalı ve sınırları daha net çizilebilen çalışma koşulları içinde görev yapan memurlar ile yürüttükleri hizmetin niteliği gereği Anayasa'da ayrıca düzenlenen ve bilimsel özerklik temelinde farklı bir konumda değerlendirilen öğretim elemanlarına kılık ve kıyafet ile **çalışma saatlerinin belirlenmesi konusunda aynı ölçütlerin uygulanamayacağı***

⁴⁶ AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, T. 17.7.2010, RG: S. 2775, T. 4.12.2010.

açıktır. Bu nedenle öğretim elemanları hakkında kıyafet ve çalışma saatleri ve biçiminin belirlenmesi konusunda memurlar için öngörülen düzenlemelerin aynen uygulanmasında Anayasa'nın 130. maddesine uygunluk bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin - öğretim elemanların yürüttükleri faaliyetin gereği, memurlarla taşıdıkları farklılık nedeni ile çalışma koşul ve kriterleri bakımından kimi hallerde farklı kurallara tabi tutulması gerektiğine işaret eden - bu kararları, **aslında, yürürlükteki mevzuat uyarınca her iki kamu görevlisi kategorisini de kapsamına alan kuralların yorumlanıp uygulanmasında, bilhassa İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu konularda, sözü edilen farklılığın dikkate alınması gerekliliğinin de dayanağını oluşturmaktadır.**

Öte yandan, kararlarında istikrarlı bir biçimde, “2547 ve 2914 sayılı Kanunlara tabi öğretim elemanlarının Kanunda tanımlanmış olan görevleri ile 657 sayılı Kanuna tabi memurların yürüttükleri kamu hizmetinin farklı niteliklerde olduğu”nu vurgulayan⁴⁷ Danıştay da, öğretim elemanlarının “görev yerleri”nin ve “görev yerlerinde bulunma süreklilikleri”nin memurlara göre farklılık taşıdığını, bu yöndeki yükümlülüklerini belirleyen kuralların yerine göre farklı yorumlanması zorunluluğuna vurgu yapmaktadır. Yüksek Mahkemeye, göre;

“...Akademik alanda çalışan kişilerin yaptıkları iş ve çalışma şekilleri dikkate alındığında, gerektiğinde kendilerine tahsis edilen odalarının dışında da çalışmalarını devam ettirebilecekleri açıktır. Bu şekilde, akademik kariyerin ve akademik çalışma hayatının bir parçası olarak, gerek kütüphane ve benzeri yerlerde araştırma yapmak, derslere girmek, projeler yönetmek gibi faaliyetlerde bulunmak amacıyla mesai saatlerinde fakülte binası dışında bulunabilmeleri mümkündür⁴⁸.”

Bütün bu yargı kararları, **Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinde öngörülen çekilmiş sayılmaya yönelik koşul ve kriterlerin memur ve öğretim elemanları bakımından tamamen aynı bakış açısı ile değerlendirilmesinin mümkün olmayacağına; ilgili kuralın uygulanmasında, öğretim elemanlarının farklı statülerinin - belirli sınırlar içinde kalmak kaydı ile- farklı bir yaklaşımı gerekli kıldığına**

⁴⁷ D. 8. D., E. 2015/6731, K. 2016/1697, T. 26.6.2016; D. 8. D., E. 2015/3980, K. 2016/3421, T. 7.4.2016.

⁴⁸ D. 8. D., E. 2013/11579, K. 2018/372, T. 29.01.2018.

işaret etmektedir. Sözü ettiğimiz bu farklılık da, **öğretim elemanlarının görev tanımı, yeri ve zamanına yönelik unsurların ve bu bağlamda görev yerini terke ilişkin koşul ve sebeplerinin değerlendirme ve takdirinin daha esnek bir biçimde yapılmasını gerekli kılar.** Kuşkusuz memurlara nazaran sahip oldukları bu ayrıcalığın öğretim elemanları ve amirlerince istismar edilmemesi ve sonuçta 94. maddenin çekilmiş sayılmaya yönelik hükümlerinin, hizmet gerekleri ve ilgili mevzuatın çizdiği sınırların dışına taşacak bir “keyfilik” ile uygulanmaması gerekir.

Buna göre, öğretim elemanlarının izinsiz ve mazeretsiz bir biçimde görevini terk edip etmediklerinin, sadece tutanak tutulması veya giriş çıkış kayıtlarına bakılmak gibi basit, mesleğin niteliği ile uyuşmayan vasıtalarla, bunları görevin terk edildiğinin kabulü için yeterli görececek bir anlayışla, öğretim elemanlarının bilimsel özgürlüğünü zedeleyecek bir yaklaşımla tespit edilmesi doğru ve yerinde bir uygulama olmaz. Akademik personelin görevini gerçek anlamda terk edip etmediği veya terkin kabul edilebilir bir mazerete dayanmadığının, takdir ve tespitinde; yükseköğretim kurumun çalışma koşullarının; ilgili bilim dalındaki akademik faaliyetlerinin yürütülüş (uygulanma) biçiminin⁴⁹; mensubu olunan akademik birimin faaliyetlerinin plan, program ve takviminin⁵⁰; ve her bir akademik teşkilat biriminin bilimsel özerklik ve özgürlüğün gereği kendi içindeki “kabul edilebilir” farklılıklar doğrultusunda süregelen-gelişen “idari ve akademik ilişki standardı”nın dikkate alınması icap eder. Bütün bu sebeplerle ve ister istemez, öğretim elemanları hakkında çekilmiş sayılma koşullarının oluşup oluşmadığı, her bir somut meselede, yürütülen faaliyetin, yukarıda yer verilen, kendine özgü nitelik ve kendi içindeki farklılıklarına belirli bir takdir alanı bırakılarak değerlendirilmelidir.

Yukarıda yer verilen Danıştay kararında da ifade edildiği üzere, öğretim elemanlarının akademik çalışma ve etkinliklerinin kimi zaman yükseköğretim

⁴⁹ Bu bağlamda uygulamalı eğitim veren yükseköğretim kurumlarında - örneğin tedavi hizmeti sunan bir tıp fakültesinde - görev yapan öğretim elemanları ile saha çalışması yapan yükseköğretim kurumlarında - örneğin denizcilik, su ürünleri, arkeoloji, şehir ve bölge planlama, sosyoloji ve benzeri fakülte veya bölümlerde - görev yapan öğretim elemanların görev yeri ve zamanı ile buna bağlı görevi terk kriterlerinin farklı olması gerektiği kuşkusuzdur.

⁵⁰ Derslerin, idari görev, akademik toplantı ve bilimsel etkinliklerin yoğun olduğu eğitim dönemi ile ara tatil ve bilhassa yaz tatili dönemindeki akademik faaliyetlerin programlanma ve yürütülüş biçimi, buna bağlı olarak görevin ifa edildiği yer ve zaman farklılıklar, sözü edilen dönemler bakımından görevi terk kriter ve kabullerinin de ister istemez farklılaşmasına yol açar.

kurumu dışında yürütülmesi mümkün ve hatta zorunlu olduğundan, bunların, görev yeri ile çalışma saat ve sürelerinin memurlar kadar kesin ve katı yorumlanması doğru olmayıp, her daim görev yerlerinde bulunmaları beklenemez. Bununla birlikte, bu kabul, öğretim elemanının sözü edilen sebep ve amaçların mevcut olduğunu ispatlayamadığı hallerde, (10 gün gibi) uzun bir zaman aralığını kapsayacak biçimde, keyfi bir biçimde, asli görevi ve görev yeri ile temasını koparmasını haklı göstermez. Bu gibi hallerde öğretim elemanının 94. maddede yer verilen koşulların olduğu ve çekilmiş sayılma iradesinin ortaya çıktığının kabulü gerekir.

Öğretim elemanların yürüttükleri faaliyeti niteliği görevi terk kriterlerinin memurlara göre farklı değerlendirilmesinin zorunlu olması, haklarında çekilmiş sayılma işleminin yapılış sürecinde - yukarıda yer verdiğimiz - başta “dinlenme hakkı” olmak üzere- idari usul güvencelerine sahip olmalarının önemini daha da artırmaktadır. Zira, öğretim elemanının asli görev yerinde bulunmamasının görevi terk anlamına gelip gelmediğinin, herhangi bir gündeki yokluğunun akademik faaliyetin kurum dışında yürütülmesi sebebine bağlı olarak ortaya çıkıp çıkmadığının belirlenebilmesi için, inceleme sürecinde görüş ve savunmasına başvurulması ve kendisine görev yerinde bulunmamasının keyfi bir durumdan kaynaklanmadığını ispat fırsatı verilmelidir.

D. Öğretim Elemanlarının Çekilmiş Sayılmalarının Hukuksal Etki ve Sonuçları

Öğretim elemanının çekilmiş sayılması ile yükseköğretim kurumundaki görevi son bulur. Bununla birlikte, çekilmiş sayılma, bunların, koşullara göre tekrar yükseköğretim kurumlarında çalışmalarına engel değildir.

Devlet Memurları Kanununun 97. maddesi uyarınca, “yazılı beyanları ile istifa edenler”in “altı ay”, “çekilmiş sayılanlar”ın “bir yıl” geçmeden yeniden devlet memurluğuna alınmaları mümkün değildir. Buna karşılık, öğretim elemanları bakımından, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu veya 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununda aynı yönde bir yasaklama mevcut değildir. Bu nedenle, yürürlükteki mevzuat uyarınca, çekilmiş sayılan öğretim elemanlarının yeniden bir yükseköğretim kurumuna atanmalarında herhangi bir süre bekleme zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. 2547 ve 2914 sayılı Kanunların, yukarıda yer verilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa gönderme yapan hükümlerinin, 657 sayılı Kanundaki yasaklayıcı hükümleri kapsamı mümkün olmadığından, aksi yönde bir yoruma gidilmesi isabetli olmaz.

Bununla birlikte, kanaatimce, görevinden yazılı beyanı ile önceden açıkça bildirmek sureti ile çekilen ve İdare'nin değerlendirmesine göre görevine bir müddet daha devam etmeye razı olan öğretim elemanı ile görevini terk etmek sureti ile görevden çekilen ve bir müddet daha görevine devam etme olasılığını ortadan kaldıran öğretim elemanı arasında, göreve dönüş imkanları bakımından hakkaniyete uygun bir ayırım getirilmesi ve mevzuatta bu konuya ilişkin düzenleme yapılması doğru ve yerinde olur⁵¹.

Öte yandan, Yükseköğretim Kanununun 60/b maddesinde, “*Yükseköğretim kurumlarından, mahkeme veya disiplin kararları ile çıkarılanlar hariç olmak üzere herhangi bir nedenle kendi isteği ile ayrılan öğretim üyeleri başvuruları üzerine bu Kanun hükümleri çerçevesinde kadro koşulu aranmaksızın tekrar ayrıldıkları yükseköğretim kurumlarına dönebilirler*” hükmüne yer verildiğinden, haklarında çekilmiş sayılma işlemi yapılan öğretim elemanlarından, “öğretim üyesi” olanların 2547 sayılı Kanunun 60/b maddesi uyarınca ayrıldıkları kuruma kadro koşulu aranmaksızın dönebilmeleri mümkündür.

Yukarıda sıklıkla yer verdiğimiz üzere, 657 sayılı Kanunun 94. maddesinde, çekilmiş sayılmaya bir disiplin cezası olarak yer verilmediği, çekilmiş sayılma işlemin, ilgilinin çekilme hakkını kullanma yönünde örtülü bir iradesinin var olduğu varsayımına dayalı olarak tesis edildiği dikkate alındığında, görevinden “çekilmiş sayılan öğretim üyesi”nin “*mahkeme veya disiplin kararları ile çıkarılanlar hariç olmak üzere herhangi bir nedenle kendi isteği ile ayrılan öğretim üyeleri*” ifadesinin kapsamına girdiğinin kabulü gerekir.

Son olarak Danıştay'ın anılan maddedeki “kadro koşulu aranmaksızın” ibaresinden, öğretim üyelerinin hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın, mutlak surette görevlerine geri döndürülmeleri gerektiği yönünde bir sonuç çıkarılmasının mümkün olmadığını, ilgili hükmün İdarenin ayrıldığı göreve dönme talebinde bulunan öğretim üyelerini her durumda eski görevlerine döndürmesine yönelik bağlı bir yetki düzenlemediği, öğretim üyesinin ayrıldığı göreve dönme talebinin kabulünde İdarenin - hizmet gerekleri ve kamu yararı doğrultusunda - takdir yetkisinin bulunduğu, bu sebeple başvuruyu artık öğretim üyesinin hizmetine ihtiyaç bulunup bulunmamasına göre değerlendireceği yönünde⁵² içtihat geliştirdiğini vurgulamak gerekir

⁵¹ Buna karşılık, bu yönde yapılacak bir düzenlemede, acil öğretim elemanı ihtiyacı bulunan ve bu **aciliyeti ortaya koyan** yükseköğretim kurumlarına atanma bakımından bekleme süresinin dolması kuralına istisna getirilmesi ise mümkün ve kamu yararına uygun düşer.

⁵² “2547 sayılı Yasanın 3676 sayılı Yasa ile değişik 60 ncı maddesinin (a) ve (c) bentlerinde,

SONUÇ YERİNE:

Devlet Memurları Kanununun 94. maddesinde, memurun 10 gün boyunca izinsiz, mazeretsiz ve kesintisiz bir biçimde görevini terk etmesi, disiplin yaptırımını gerektiren bir hal olarak öngörülmemiştir. Anılan maddede çekilmiş sayılma işlemi, kamu görevinden “çekilme hakkının kullanıldığı varsayımı”na dayalı bir idari tasarruf olarak düzenlemiştir.

Gerek varsayıma dayalı bu kendine özgü niteliği gerekse memurluk statüsünün son bulmasına yönelik etki ve sonuçlarının ağırlığı, uygulamada, söz konusu işlemin kapsam ve koşullarının belirlenmesinde bir takım tereddüt ve tartışmalar yaşanmasına neden olmaktadır.

657 sayılı Kanunun 94. maddesinin “çekilmiş sayılma” için belirlediği haller, yükseköğretim personeli bakımından, ilgili mevzuat (disiplin Yönetmeliği) uyarınca disiplin yaptırımına konu edilmiş iken, bu yöndeki düzenleme ve uygulamaya son verilmesinden sonra, anılan maddenin aynı biçimde öğretim elemanlarına da uygulanıp uygulanmayacağı meselesi de ayrı bir tartışma konusu olarak gündemdeki yerini almıştır.

Kişisel kanaatim, yürürlükteki mevzuatta, öğretim elemanlarına yönelik farklı ve açık bir düzenleme getirilmediği müddetçe, pozitif hukuk bakımından Kanunun 94. maddesinin akademik personele de uygulanmasının mümkün ve hatta gerekli olduğu yönündedir. Bununla birlikte, anılan maddede çekilmiş sayılmaya yönelik olarak yer verilen sebep ve koşulların tespit ve takdirinde **akademisyenlik mesleğinin nitelik ve değerleri ile yürütülen hizmetin özellik ve gereklerinden doğan farklılık görmezden gelinmemelidir.**

başka nedenlerle de olsa, yükseköğretim kurumundan ayrılmış olan kişilerin, başvuruları halinde kurumlarına “dönecekleri” belirtildiği halde, (b) bendinde “dönebilecekleri” nin hükmüne bağlanmış olması, davacının ve onun durumundaki kişilerin hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın, mutlak surette görevlerine alınmaları gerektiği şeklinde bir sonuç çıkarılmasına olanak vermemektedir. Nitekim (b) bendinde “bu kanun hükümleri çerçevesinde” denilmek suretiyle, idarenin bu konuda mutlak bir zorunluluk karşısında olmadığı vurgulanmıştır. Bu ifadeyi sadece, öğretim üyeliği niteliklerinin kaydedilmemiş olması şeklinde anlamak mümkün değildir. Bunun yanında hizmet gereklerini de düşünmek gerekir. Hizmetin asıl sahibi olan idare, Anayasa ve yasalar çerçevesinde bu hizmeti kamu yararına en uygun biçimde yürütmekle görevlidir. / Yükseköğretim hizmetini yeterli sayıda, hatta birazda fazla elemanla yürütmekte olan idareye 60/b madde kapsamındaki her kişiyi tekrar göreve alma zorunluluğunun yüklenmesi, bu hizmetin gereğinden fazla kişi eliyle görülmesi sonucunu doğurur ki, bunun da kamu yararına olmayacağı açıktır / Diğer yandan, anılan 60 ncı maddenin (b) bendinde yer alan “kadro koşulu aranmaksızın” ifadesi ise, öğretim üyesine ihtiyaç olduğu takdirde, boş kadro bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, ilgilinin göreve alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.” D.İDDK, E.1992/96, K. 1993/4Aynı yönde bkz. D. 8. D., E. 2006/7302, K. 2017/190, T. 23.1.2017.

Öğretim elemanlarının bilimsel özerklik ve özgürlüğe dayalı, kendine özgü statüleri, söz konusu kamu görevlilerinin, görev yeri ve zamanına (bu bağlamda görevin terk edildiğinin kabulüne) yönelik koşul ve kriterlerin devlet memurlarına göre farklı bir mahiyet ve bakış açısı ile ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bunun da ötesinde, yükseköğretim kurumlarının ve bunların içindeki birimlerin kendi içindeki çalışma koşulları, mesai kavram ve uygulamasına ilişkin anlayış, teamül ve uygulamalarının farklılığı, konuya ilişkin hak ve yükümlülükler ile uygulama standardı bakımından, ortak bir paydada buluşan, genel kabullere dayalı sağlıklı bir değerlendirme yapmayı güçleştirmektedir. Bu bağlamda ve esasen ilgili meselenin özü; salt hukuksal araç ve yöntemlere değerlendirmelerle esaslı bir biçimde çözülemeyecek derinlikte olup; metajuridik faktörler ile birlikte çok boyutlu olarak, bütüncül bir biçimde yeniden gözden geçirilmeye muhtaçtır.

KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- BAYRAKTAR, Köksal: “Faal Nedamet”: **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. 33. S. 3-4, s 122-154.
- BAYTAZ, Batuhan: **Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018. s. 360-373;
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 613.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018,
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. II, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017.

- GÜRAN, Sait: “İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM)**, C. XXIX, S. 1-2, 1963, s. 157-184.
- İÇEL, Kayıhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- KAMAN, Nur: **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- SANCAKDAR, Oğuz: **Memur Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2015.
- SERTTAŞ, Seher: **Türk İdare Hukukunda İstifa**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- TEZCAN, Durmuş: “Durmuş Tezcan’ın Konuşması”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu (Ed. Ozan Ergül)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, S. 236, Ankara, s. 366-372.
- ULUSOY, Ali D.: **Yeni Türk İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

6458 SAYILI KANUN UYARINCA YAPILAN ULUSLARARASI KORUMA BAŞVURULARININ TÜRK İDARİ YARGISINDA ELE ALINMASI

Kasım OCAK*

ÖZ

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile birlikte daha önce dağınık halde olan iltica/sığınma mevzuatı bir bütün haline gelmiş ve kanuni dayanak kazanmıştır. Söz konusu kanun kullanılan terimler açısından da yenilikler getirmiştir. 6458 sayılı Kanun öncesinde kullanılan sığınmacı kavramı yerine şartlı mülteci kavramı tercih edilmiş, bu kavram mülteci ve ikincil koruma statüsü ile birlikte uluslararası koruma türlerini oluşturmuştur. 6458 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlemlerin yargısal denetiminde istisnası olmakla birlikte idari yargı görevli kılınmıştır. Uluslararası koruma başvurularının yapıma ve değerlendirilme usulüne dair ayrıntılı düzenlemeler içeren 6458 sayılı Kanun sonrasında oluşan uyumsuzluklar idari yargının bu konudaki içtihatlarının zengin ve belirli olmasına neden olmuştur. 6458 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlemlerde genel görevli mahkeme idare mahkemeleri olduğu için idari yargının bu alandaki içtihatlarının ele alınması gerek yabancılar hukukunun gelişimi gerek bu kanundan yararlanmak isteyen yabancıların hak kaybına uğramaması için önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: uluslararası koruma, mülteci, şartlı mülteci, idari başvuru, idari yargı

DEALING WITH INTERNATIONAL PROTECTION APPLICATIONS MADE IN ACCORDANCE WITH THE LAW NO. 6458 IN THE TURKISH ADMINISTRATIVE JURISDICTION

ABSTRACT

With the Law No. 6458 on Foreigners and International Protection, the refugee/asylum legislation, which was previously dispersed, has become a whole and has gained a legal basis. The law in question also introduced innovations in the sense of terms. The concept of conditional refugee was chosen instead of the concept of asylum-seekers used before the Law No. 6458, which together with the refugee and secondary protection status established international protection types. The administrative jurisdiction is mandated, although there is an exception under the judicial review of the transactions carried out under Law No. 6458. The disputes that occurred after the

* Arş. Gör., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi. e-posta: kasimocak@gmail.com.

ORCID: 0000-0001-9826-8336

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.637681

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 02/02/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 18/09/2019

Law No. 6458, which contained detailed regulations on the procedure for making and evaluating international protection applications, led to the fact that the case law of the administrative judiciary was rich and specific. Since the general competent court is the administrative courts in the proceedings under Law No. 6458, it is important to consider the case law of the administrative jurisdiction in this field both for the development of foreigners' law and for the foreigners who want to benefit from this law not to lose their rights.

Key Words: *international protection, refugee, conditional refugee, administrative application, administrative jurisdiction.*

GİRİŞ

Türkiye'nin coğrafi konumu; Orta Asya, Kafkaslar, Ortadoğu ve Balkanlar gibi uluslaşma süreçleri, askeri müdahaleler, rejim değişiklikleri ile silahlı çatışmalar yaşanan ve bu sebeplerin toplu göçe¹ yol açtığı bölgeleri birleştirmektedir. Türkiye bu bölgelerden yaşanan göçlerde son durak olabildiği gibi başka ülkelerin hedeflendiği göçlerde geçiş ülkesi de olabilmektedir.² Söz konusu bölgeler arasındaki konumu nedeniyle Türkiye bu bölgeler arasında yaşanan göç hareketlerinde ana güzergahlardan biri haline gelmektedir.³ Gerçekten de Türkiye göç ve sığınma hareketlerine ilişkin Osmanlı Devleti dönemine dayanan bir tecrübeye sahiptir. Genellikle Osmanlı'ya sığınan insanların oluşturduğu bu tecrübelerin İspanya'dan gelen Yahudilerle başladığı ifade edilmektedir.⁴

Son yıllarda dünya çapında meydana gelen silahlı çatışma, şiddet ve insan hakları ihlalleri sebebiyle göç eden insan sayısında büyük bir artış yaşanmıştır.⁵ Şüphesiz Suriye'de yaşanan ve yıllardır devam eden iç savaş

¹ Uluslararası Göç Örgütü'ne göre göç; süresi, yapısı ve uzunluğu ne olursa olsun, devlet içinde ya da uluslararası sınırları geçerek bir kişinin ya da grubun yaptığı yer değiştirmedir. Bkz. <http://www.iom.int/key-migration-terms>, E.T. 25.12.2018.

² Nurcan, ÖZGÜR/Yeşim, ÖZER. Türkiye'de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması, Derin Yayınları, İstanbul, 2010, s. 104.

³ Haydar, EFE. "Osmanlı İmparatorluğu ve Türkiye'de Yaşanan Göçler ve Etkileri", Sosyal Bilimler Metinleri, Y. 2018, S. 1, s. 17.

⁴ ÖZGÜR/ÖZER, Ibid., s. 109.

⁵ Mülteci akımlarının sebepleri hakkında bkz. Oğuzhan, TÜRKOĞLU. "Mülteciler ve Ulusal/ Uluslararası Güvenlik", Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2011, C. XXX, S. 2, s. 105 vd.

ve çatışmalar küresel düzeyde görülen göç hareketlerinin artışında dünyanın diğer yerlerinde meydana gelen çatışmalardan daha etkili olmuştur.⁶ Türkiye, Suriye’de devam eden iç savaşın da etkisiyle küresel düzeyde artan mültecilerden en çok etkilenen ülkelerden biri haline gelmiştir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin (BMMYK) istatistiklerine göre de Türkiye dünyada en çok mülteci ve sığınmacı barındıran ülkelerden biridir.⁷

Geçiş ülke konumunun yanı sıra Türkiye’nin mülteciler tarafından giderek hedef ülke olarak tercih edilmesi mülteci ve sığınmacılara ilişkin hukuki düzenlemeler ve uygulamaların önemini artırmaktadır.⁸ Türk hukukunda iltica ve sığınma konularını tüm yönleriyle düzenleyen bir kanun bulunmamaktaydı. Mevzuattaki bu dağınıklık kavram karmaşasına, belirli bir standart ve yeknesaklığın oluşmamasına neden olmuştur. Bu sebeple mülteci ve sığınmacılara ilişkin dağınık mevzuat eleştirilmiştir.⁹ 11.04.2013 tarih ve 28615 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’ndan (YUKK) önce Türkiye’ye yapılan iltica ve sığınma başvuruları “Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”¹⁰ (1994 Yönetmeliği) ve 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi¹¹ (Cenevre Sözleşmesi) ile 1967 tarihli

⁶ Şebnem, ÇAKRAN/Veysel, EREN. “Mülteci Politikası: Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y. 2017, C. 14, S. 39, s. 2.

⁷ United Nations High Commissioner for Refugee (UNHCR) Statistics, <http://popstats.unhcr.org/en/overview>, E.T. 25.12.2018.

⁸ Rona, AYBAY. Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 109; Bülent, ÇİÇEKLİ. “Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, TBB Yayınları, Ankara, 2010, s. 327; Sema, BUZ. “Türkiye Sığınma Sisteminin Sosyal Boyutu”, TBB Dergisi, Y. 2008, S. 76, s. 129.

⁹ Rifat, ERTEN. “Yabancılar ve Uluslar arası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S.1, s. 43; Bülent, ÇİÇEKLİ. Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 242; Nuray, EKŞİ. Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 57.

¹⁰ 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak 30.11.1994 tarih ve 22127 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 1994 Yönetmeliği, 2014/6883 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak 22/10/2014 tarih ve 29153 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹¹ Cenevre Sözleşmesi’ne dair 359 Sayılı Onay Kanunu 05.09.1961 tarih ve 10898 sayılı

ek protokole¹² (1967 Protokolü) göre yapılmaktaydı.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce iltica ve sığınma mevzuatının bazı terminolojik karışıklıklara sebep olduğu görülmektedir.¹³ Genel olarak “ırkı, dini, vatandaşlığı, muayyen bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden zulme uğrayacağından haklı olarak korktuğu için doğduğu, büyüdüğü, oturduğu ülkeyi terk eden kişi” olarak tanımlanabilecek¹⁴ mülteci kavramı hakkında Cenevre Sözleşmesi ve 1994 Yönetmeliği'nin getirdiği tanımlar farklılaşmaktadır. Cenevre Sözleşmesi'ne göre mülteci “ırkı, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden mutaden ikamet ettiği ülke dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıs[tır].”¹⁵ Cenevre Sözleşmesi ile 1967 Protokolü esas alınarak hazırlanan 1994 yönetmeliği ise mülteciyi “Avrupa’da meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından¹⁶ haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyrugu

Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹² 1967 Protokolü’nü onaylayan 6/10266 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 05.08.1968 tarih ve 12968 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹³ Tefik Odman, Türkiye’nin imzaladığı uluslararası belgelerin çevirilerinde ve Türk yabancılar hukuku doktrininde iltica ve sığınma kavramları açısından yaşanan karmaşaya dikkat çekmektedir. Bkz. Tefik, ODMAN. Mülteci Hukuku, AÜSBF, Ankara, 1995, s. 188-191; AYBAY, Yabancılar Hukuku, s. 22. Özden Sav, sığınmacı ve mülteci kavramları etrafında oluşan karışıklığa işaret etmiş ancak sığınmacı ve mülteci kelimelerinin köken itibarıyla bir anlam farklılığı taşımadığından bahisle mülteci kelimesi yerine sığınmacı kelimesini kullanarak ayrı bir karışıklığa sebep olmuştur. Örneğin 1951 tarihli “Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme” yerine “Sığınmacıların Hukuki Durumuna Dair Sözleşme” ifadesini kullanmıştır. Bkz. Özden, SAV. “Uluslararası Hukuk Açısından “Sığınma”, “Göç”, “Nüfus Mübadelesi”, “Vatansızlık” Gibi “Silahlı Çatışma” Bağlantılı Nüfus Sorunları”, TBB Dergisi, S. 2016 (124), s. 543 vd.

¹⁴ ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, s. 237.

¹⁵ Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi, m. 1/A(2), R.G. T. 05.09.1961, S. 10898.

¹⁶ Cenevre Sözleşmesi metninde zulüm (persecution) kelimesi kullanılmışken, 1994 Yönetmeliği’nde yanlışlıkla takibat (prosecution) kelimesi kullanılmıştır.

yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı” olarak tanımlamıştır.

1994 Yönetmeliği, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ne koymuş olduğu coğrafi sınırlamaya¹⁷ uygun olarak yalnızca Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle mülteci statüsü tanınmasına olanak vermektedir. 1994 Yönetmeliği, Cenevre Sözleşmesi'nde geçmemesine¹⁸ rağmen sığınmacı kavramına da yer vermiştir. Buna göre mülteci statüsü yalnızca Avrupa'da meydana olaylar nedeniyle verilebilirken sığınmacı statüsü Avrupa dışından gelip mülteci kriterlerini taşıyan yabancılara verilecektir. Belirtilmelidir ki 1994 Yönetmeliği'nin getirmiş olduğu bu sığınmacı kavramı, uluslararası literatürde kullanıldığından farklıdır. Uluslararası literatürde mülteci (refugee), mültecilik statüsünün hukuken kazanılmasını ifade ederken, sığınmacı (asylum seekers) ise mültecilik statüsü incelenen ve bu nedenle kendisine geçici koruma sağlanan kişi anlamına gelmektedir.¹⁹ Bir başka deyişle, bir kişi mülteci olduğunu iddia ediyor ama iddiaları henüz kesinliğe kavuşmamış ise bu kişi sığınmacı olarak tanımlanır.²⁰

Görüldüğü üzere Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ne koyduğu coğrafi sınırlandırma sebebiyle mülteci tanımı uluslararası literatürden uzaklaşmış, sığınmacı tanımı ise coğrafi sınırlamaların yarattığı sorunlar sebebiyle yine uluslararası hukuktan farklı, Türkiye'ye özgü bir hal almıştır. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ise mülteci ve sığınma statülerini uluslararası koruma üst başlığı altında toplamıştır. Ancak 6458 sayılı Kanun'da

¹⁷ AİHM, Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ne koymuş olduğu coğrafi sınırlandırmanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, sözleşmede düzenlenen hakların cinsiyet, ırk, renk, dil, din gibi unsurlara dayanarak ayrımcılık yapılmadan herkes için sağlanması gerektiğini düzenleyen 14. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bkz. AİHM, *A.G. ve Diğerleri*, Başvuru No. 40229/98, 15.06.1999.

¹⁸ Sığınma kavramı Cenevre Sözleşmesi'nde yer almazken İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 14. maddesinde sığınma kavramına yer verilmiştir. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 18. maddesinde de yer verilen sığınma hakkının değerlendirilmesi için bkz. Neva Övünç, ÖZTÜRK. “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 3, S. 2.

¹⁹ ÇİÇEKLİ, *Yabancılar Hukuku*, s. 238; ODMAN, *Ibid.*, s. 189; Ender Canan, EROĞLU/Ruken, TAŞKIRAN. “Sığınma Hakkı ve Mültecilerin Durumu”, *TBB Dergisi*, S. 2002/1, s. 109; Nasih Sarp, ERGÜVEN/Beyza, ÖZTURANLI. “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, *AÜHFD*, Y. 2013, S. 62 (4), s. 1020. Eda Bozbeyoğlu, mülteciliğin sebepleri ve saikleri açısından tekil bir insanlık durumu olduğunu ve mülteci ve sığınmacı gibi teknik ayrımların insan hakları kuramı bakımından kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Eda, BOZBEYOĞLU. “Mülteciler ve İnsan Hakları”, *Moment Dergi*, Y. 2015, S. 2 (1), s. 63.

²⁰ <https://www.unhcr.org/tr/siginma-basvuru-sahipleri>, E.T. 26.12.2018.

sığınmacı kavramına yer verilmemiş, uluslararası koruma çeşitleri mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma olarak belirlenmiştir.²¹ YUKK'nın tanımları incelendiğinde şartlı mülteci kavramının 1994 Yönetmeliği'ndeki sığınmacı kavramına karşılık gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir.²² Söz konusu kanuna göre mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelenebilen ve kanunda yazılan diğer şartları taşıyanlar ikincil koruma statüsü alabilecektir.²³ YUKK'nın 92. maddesinde uluslararası koruma süreçlerinde BMMYK ile işbirliği de düzenlenmiştir. Buna göre “Sözleşme²⁴ hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde, BMMYK ile gerekli iş birliği sağlanır.”

²¹ 6458 sayılı Kanun'un 3/r. maddesi uluslararası korumayı “Mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsü” olarak tanımlamıştır. Zaman zaman 6458 sayılı Kanun'un 91. maddesinde düzenlenen geçici koruma, uluslararası koruma statülerinden biri sanılmaktadır. Ancak YUKK uyarınca bir yabancıyı uluslararası korumadan faydalanabilmesi için mülteci, şartlı mülteci ya da ikincil koruma statülerinden birine sahip olması gerekmektedir. Bkz. Neşe Baran, ÇELİK. “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y. 2015, C. 1, s. 73. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 16. maddesinde geçici koruma süresince uluslararası koruma başvurularının işleme alınmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumun uluslararası korumaya erişimi engellediği ve Cenevre Sözleşmesi'ne aykırılık taşıdığına ilişkin değerlendirme için bkz. Neva Övünç, ÖZTÜRK. “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, S. 66 (1), s. 249. 6458 sayılı Kanun'un uluslararası koruma statüleri olan mülteci, şartlı mülteci ve ikincil korumanın tanımları ile geçici korumaya ilişkin hükümlerinin ve Geçici Koruma Yönetmeliği'nin toplumsal cinsiyet konusunda duyarsız kaldığı, cinsel yönelimleri sebebiyle zulüm gören LGBTİ bireylerini yok saydığına yönelik eleştiri için bkz. Zeynep, KIVILCIM. “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Geçici Koruma Yönetmeliği: Toplumsal Cinsiyet Perspektifinde Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 2016, C. 71, S. 3, s. 939.

²² ERTEN, Ibid., s. 44. Şartlı mülteci statüsü Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ne koymuş olduğu sınırlamadan kaynaklanan Türk hukukuna özgü bir statüdür. Bkz. ÇELİK, “Türk Hukukunda ...”, s. 72.

²³ 6458 sayılı Kanun'un ‘İkincil Koruma’ başlıklı 63. maddesi şöyledir: (1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;

- a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,
- b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,
- c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak,

olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.

²⁴ Sözleşme ile Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 1967 Protokolüyle değişik 28/7/1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme kastedilmektedir. Bkz. 6458 sayılı Kanun, m.3/p.

Ayrıca “BMMYK’nın uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş kişilere sınır kapıları da dâhil olmak üzere erişimi ve başvuru sahibinin de kabul etmesi şartıyla, başvurusuyla ilgili bilgilere erişimi sağlar. BMMYK, başvurunun her aşamasında görüşlerini yetkililere iletebilir.”

6458 sayılı Kanunda, uluslararası koruma statülerinin tanımları yanında, kimlerin uluslararası korumadan yararlanamayacağı, uluslararası koruma statüsü için başvuru, değerlendirme ve karar usulü, başvuru sahiplerinin ve statüsü kabul edilenlerin hakları ve yükümlülükleri, uluslararası koruma statüsünün sona ermesi, iptali, idari itiraz ve yargı yolu, idari gözetim gibi konular detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Böylelikle daha önce dağınık bir mevzuatta yer alan iltica ve sığınma başvuruları, uluslararası koruma kavramı altında toplanmış ve 6458 sayılı YUKK ile sistematik ve kanuni bir dayanağa kavuşmuştur.²⁵

YUKK’nın 80. maddesinde uluslararası koruma başvurusu sonucu alınan kararlara karşı itiraz ve yargı yolu usulü belirlenmiştir. Söz konusu maddeye göre “*ilgili kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı tarafından kararın tebliğinden itibaren on gün içinde Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonuna itiraz edilebilir.*” Ancak başvuru sahiplerinin idari gözetimi, yapılan başvurunun kabul edilemez bulunması ve hızlandırılmış değerlendirme sonucu alınan kararlara karşı yalnızca yargı yoluna başvurulabilecektir. Başvurucu tarafından yapılan itirazın olumsuz sonuçlanması durumunda “*ilgili kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir.*”

Başvurunun kabul edilemez bulunması kararı ve hızlandırılmış değerlendirme sonucu alınan kararlara karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün, YUKK kapsamında alınan diğer idari işlemlere²⁶ karşı ise kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesinde iptal davası açılabilecektir. Başvurunun kabul edilemez bulunması kararı ve hızlandırılmış değerlendirme sonucu alınan kararlara karşı idari yargıda açılan davaların on beş gün içinde sonuçlandırılacağı ve idari yargı yerlerince verilen bu kararların kesin olduğu yine aynı maddede hüküm altına alınmıştır. Uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişi, itiraz ve yargılama süreci boyunca ülkede kalabilecektir.

²⁵ ERTEN, Ibid., s. 45.

²⁶ YUKK’nın 68/7. maddesi uyarınca başvuru haklarında alınan idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurulabilmektedir.

Bu makale kapsamında uluslararası koruma statülerinin şartları, uluslararası koruma başvurusunun yapılış ve değerlendiriliş usulü ayrıca ve detaylıca ele alınmayacak olup idari yargı yerlerinin uluslararası koruma başvurusunun yapılması (I) ve sonuçlandırılmasına (II) ilişkin içtihat ve değerlendirmelerine yer verilecektir. 6458 sayılı Kanun öncesindeki uyumsuzluklar makalenin kapsamı dışında kalmakla birlikte konu bakımından ihtiyaç duyuldukça bu kararlara da değinilecektir.

I. ULUSLARARASI KORUMA BAŞVURUSUNUN YAPILMASI

6458 sayılı YUKK'nın 65. maddesinde uluslararası korumaya başvuru usulü düzenlenmiştir. Buna göre uluslararası koruma başvuruları valiliklere bizzat yapılmalıdır.²⁷ Esas olan başvurunun valiliklere yapılması olmakla birlikte başvurunun kolluk birimlerine yapılması durumunda başvuru valiliklere iletilir ve ilgili işlemler valilik tarafından yürütülür.²⁸

Her yabancı veya vatansız kişi esas olarak kendi adına başvuru yapabilir. Ancak ergin olan aile üyelerinin muvafakat vermesi koşuluyla bir kişi, kendisiyle birlikte gelip aynı gerekçelere dayanan aile üyeleri adına da başvuru yapabilecektir.

Uluslararası koruma başvurusunun yapılması ve incelenme sürecine dair gerek başvuru (A) gerek idarenin (B) bazı yükümlülükleri bulunmaktadır.

A. Başvurucunun Yükümlülükleri

Başvurucunun başvuru yaptığı ülke mevzuatı tarafından birtakım yükümlülüklerle tabi kılınması olağandır. Nitekim Cenevre Sözleşmesi'nin 2. maddesinde göre de “*her mültecinin, bulunduğu ülkeye karşı, özellikle yasalara, yönetmeliklere ve kamu düzeni için alınan önlemlere uyma yükümlülükleri vardır.*” YUKK'nın da çeşitli maddelerinde başvuru bazı yükümlülükler getirilmiştir. Örneğin başvuru “*esnasında*

²⁷ Mülga 1994 Yönetmeliği'nde de iltica ve sığınma başvurularının valiliklere yapılacağı düzenlenmişti. Türkiye'ye yasal yollardan gelenler buldukları yer valiliklerine, yasal olmayan yollardan gelenler ise giriş yaptıkları yer valiliklerine gecikmeden müracaat etmekteydi.

²⁸ 6458 sayılı YUKK'nın 78. maddesine göre başvurular Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından sonuçlandırılacaktır. Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ve hukuki statüsü hakkında detaylı bilgi için bkz. Elif, ALTINOK ÇALIŞKAN. Mülteciler ve Sığınmacılar Hakkında İdarenin Görevleri-Yetkileri ve Yargısal Denetim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2013, ss. 102-124.

kimlik bilgilerini doğru olarak bildirmek ve varsa kimliğini ispatlayacak belge ve seyahat dokümanlarını yetkili makamlara teslim etmekle yükümlüdür.”²⁹ Başvurucunun kimliğine ilişkin bilgilerin elinde olmaması halinde “kimlik tespitinde kişisel verilerinin karşılaştırılmasından ve yapılan araştırmalardan elde edilen bilgiler kullanılır. Kimlik tespit araştırmaları sonucunda da kimliğine dair bilgi elde edilememesi hâlinde, başvuranın beyanı esas alınır.”³⁰ Bu gibi yükümlülüklerin yanı sıra söz konusu kanunun 90. maddesinde de başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahiplerinin tabi olduğu ortak bazı yükümlülükler düzenlenmiştir.³¹ Kanunda düzenlenmiş olan yükümlülüklerden başvurunun yapıldığı süre (1) ve başvurucunun bildirim yükümlülüğü (2) idari yargı kararlarında öne çıkan hususları oluşturmaktadır.

1. Makul Sürede Başvuru Yapılması

Başvurucunun başvurusunu yapması için tabi olduğu süre sınırlamasına ilişkin koşullar Türk hukukunda zaman içinde değişiklik göstermiştir. Bu bakımdan 6458 sayılı Kanun uyarınca yapılacak uluslararası koruma başvurusunun bir süre sınırlamasına tabi olup olmadığı ve bu sürenin yapılan başvurunun sonucuna etkisi önem arz etmektedir.

1994 Yönetmeliği ilk yürürlüğe girdiği tarihte, yasal olmayan yollardan ülkeye giriş yapan yabancılara ülkeye giriş yaptıkları tarihten itibaren beş gün içinde yetkili makamlara başvuru yapmalarını zorunlu kılmaktaydı. Bu sürenin kısa olmasının yol açtığı sıkıntılar sebebiyle daha sonra bu süre on güne çıkarılmıştır. Ancak idari yargı yerleri, yalnızca bu süreye uyulmamasının sınır dışı etme sebebi olamayacağına karar vermiştir.³²

²⁹ 6458 sayılı YUKK, m. 69/2.

³⁰ 6458 sayılı YUKK, m. 69/3.

³¹ 6459 sayılı YUKK'nın 90/1. maddesi şu şekildedir: (1) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişi, bu Kısımda yazılı yükümlülüklerine ek olarak;

- a) Çalışma durumuna ait güncel bilgileri otuz gün içinde bildirmekle,
- b) Gelirlerini, taşınır ve taşınmazlarını otuz gün içinde bildirmekle,
- c) Adres, kimlik ve medeni hâl değişikliklerini yirmi iş günü içinde bildirmekle,
- ç) Kendisine sağlanan hizmet, yardım ve diğer imkânlardan haksız olarak yararlandığının tespit edilmesi hâlinde, bedellerini tamamen veya kısmen geri ödemekle,
- d) Genel Müdürlükçe kendisinden bu Kısım çerçevesinde istenilenleri yerine getirmekle, yükümlüdür.

³² Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin 25.01.2000 tarihli kararı için bkz. EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin..., s. 65; Rahatsızlığı sebebiyle süresi içinde idareye başvuramayan, dolayısıyla yasal ikamet izni alamayan kişi hakkında tesis edilen sınır dışı etme işleminin

Uygulamada ortaya çıkan sorunlar sebebiyle 1994 Yönetmeliği'nde yapılan değişiklik ile on günlük süre kaldırılmış, başvuruların '*gecikmeden*' yapılması gerektiği düzenlenmiştir.³³ Bu değişikliğin, 1994 Yönetmeliği'ni Danıştay ve idari yargı yerlerinin süreye dair vermiş oldukları kararlar ile uyumlu hale getirdiği ve süresi içinde başvuru yapamayan yabancıların karşılaştıkları sorunlara ilişkin etkili bir çözüm olduğu ifade edilmiştir.³⁴

Cenevre Sözleşmesi'nde iltica başvurularının yapılmasına dair bir süre sınırlaması bulunmamaktadır.³⁵ Sözleşmenin 31. maddesinde mültecilerin *gecikmeden* yetkili makamlara başvurmaları ve yasadışı giriş ve bulunuşlarının sebeplerini açıklamaları halinde ülkeye yasadışı girişleri sebebiyle kendilerine ceza verilemeyeceği belirlenmiştir. 6458 sayılı YUKK'da da başvuru süresine dair somut bir sınır bulunmamaktadır. Ancak Cenevre Sözleşmesi'nin 31. maddesine benzer şekilde kanunun 65/4. maddesinde "*makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar hakkında; yasa dışı girişlerinin veya kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamak kaydıyla, Türkiye'ye yasal giriş şartlarını ihlal etmek veya Türkiye'de yasal şekilde bulunmaktan dolayı cezai işlem yapılma[yacağı]*" düzenlemesine yer verilmiştir.

Her ne kadar kanunda somut bir süre sınırına yer verilmediyse de başvurucunun *makul olmayan sürede* uluslararası koruma başvurusunda bulunması, idari yargı yerleri tarafından başvurunun reddine dair işlemi hukuka uygun kılan nedenlerden biri olarak tespit edilmektedir.

Örneğin, Mısır'da aldığı eğitim ve inancı nedeniyle Tacikistan'a döndüğünde kötü muameleye maruz kalma ve öldürülme endişesi yaşadığını iddia eden ve uluslararası koruma başvurusu idare tarafından reddedilen bir

iptaline dair bkz. D. 10. D., E. 1999/154, K. 2000/2756, T. 25.05.2000. Bkz. Nuray, EKŞİ/ Bülent, ÇİÇEKLİ. Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 132. Süresinde yapılmayan başvurunun sınır dışı sebebi sayılmadığına ilişkin bkz. D. 10. D., E. 2004/8769, K. 2007/2735, T. 18.05.2007; D. 10. D., E. 1999/746, K. 2000/5403, T. 25.10.2000; D. 10. D., E. 1999/5050, K. 2001/823, T. 14.03.2001; D. 10. D., E. 1999/5194, K. 2001/821, T. 14.03.2001. bkz. EKŞİ/ÇİÇEKLİ, Ibid., s. 134 vd.

³³ Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, m. 1, R.G. T. 27.01.2006, S. 26062.

³⁴ EKŞİ, Yabancılar Hukukuna İlişkin..., s. 66.

³⁵ ÇİÇEKLİ, Yabancılar Hukuku, s. 255.

kişinin açtığı davada Danıştay, başvurusunun Türkiye'ye 11/11/2012 tarihinde giriş yapmasına rağmen "vize ihlali" suçundan hakkında işlem yapılmasının ardından Geri Gönderme Merkezine sevk edildiği 07/01/2015 tarihinde, makul olarak kabul edilemeyecek bir süre sonra uluslararası koruma talebinde bulunmasını idarenin işlemini hukuka uygun kılan sebeplerden biri olarak kabul etmiştir.³⁶

Hristiyan olan ve bunun İran hükümeti tarafından bilindiğini, ülkesine giderse kötü muameleye maruz kalacağını iddia eden bir kişinin uluslararası koruma başvurusunun reddedilmesi üzerine açtığı başka bir davada Danıştay, yine başvurusunun başvuru süresini karar verirken dikkate almıştır. Yüksek Mahkeme, idarenin başvurusunun reddine dair işlemini hukuka uygun bulurken esas aldığı noktalardan biri de başvurusunun Türkiye'ye giriş tarihi olan 21/11/2013'den sonra makul olarak kabul edilemeyecek bir süre sonrasında 25/08/2014 tarihinde uluslararası koruma talebi başvurusunda bulunması olmuştur.³⁷

Ancak belirtmeli ki Danıştay'ın söz konusu kararlarında makul olmayan sürede yapılan başvurunun tek başına idarenin başvurusunun reddine dair işlemini hukuka uygun kıldığına dair bir ibare bulunmamaktadır.

Uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişilerin başvuru yaptıktan sonra da uymakla yükümlü olduğu bazı yükümlülükler bulunmaktadır.

2. Bildirim Yükümlülüğü

6458 sayılı YUKK'nın 71. maddesine göre uluslararası koruma talep eden "*başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir.*" Yine aynı kanunun 82. maddesinde ise "*şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiye, Genel Müdürlükçe, kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle belirli bir ilde ikamet etme, belirlenen süre ve usullerle bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilebil[ieceği]*" düzenlenmiştir. 6458 sayılı Kanun, ikamete dair yükümlülüklerde Avrupa Birliği Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi ile aynı esasları benimsemiştir.³⁸

³⁶ D. 10. D., E. 2016/2776, K. 2016/3849, T. 25.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

³⁷ D. 10. D., E. 2016/2459, K. 2016/3908, T. 28.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

³⁸ ÇELİK, "Türk Hukukunda...", s. 135.

Başvurucunun mazeretsiz olarak, bildirim yükümlülüğünü üç defa üst üste yerine getirmemesi ve belirlenen ikamet yerini izinsiz terk etmesi ya da ikamet yerine gitmemesi, YUKK'nın 77/ç. maddesi uyarınca başvurunun geri çekilmiş kabul edilmesine neden olmaktadır. Bu durumda başvurunun değerlendirilmesi durdurulmaktadır.

Devlet ile gerek vatandaşları gerek yabancı olup bazı haklardan faydalanan bireyler arasında karşılıklı bir yükümlülük ilişkisi bulunmaktadır. Buna göre bireylerin gerek ulusal, gerek uluslararası hukuktan kaynaklanan taleplerini devletin yetkili kurumlarına iletme ve bu kurumların da bireylerin taleplerini hukuk kuralları çerçevesinde karşılama yükümlülüğü bulunmakla birlikte; bireylerin de taleplerinin karşılanması noktasında devlet mekanizmasının harekete geçebilmesi için kendilerine yüklenen yükümlülükler uygun davranması gerekmektedir.³⁹

Buradan hareketle uluslararası koruma başvurusunda bulunan başvuru sahiplerinin de bildirim yükümlülüğüne uymaları gerektiği ortadadır. Başvuru sahiplerinin bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine engel olacak bir mazeretleri bulunduğu anda bu mazeretlerini ispatlayacak gerekli bilgi ve belgeleri idareye bildirme yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁴⁰ Ayrıca söz konusu mazeretlerin bilgi ve belgeye dayalı olması yetmemekte, mazeretlerin geçerli ve kabul edilebilir olmaları da gerekmektedir.

Örneğin, Ankara Bölge İdare Mahkemesi, birkaç ay ruhsal olarak zor bir dönem geçirmesi, havaların çok soğuk olması ve yoğun kar yağışı gibi nedenlerin imza yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olduğunu iddia eden kişinin geçerli bir mazereti olmaksızın bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediğine ve idarenin uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmiş sayılması kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.⁴¹

Danıştay'ın da başvuru sahibinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme mazeretinin doğruluğunu ve kabul edilebilirliğini titiz bir şekilde incelediği görülmektedir. Örneğin, Elazığ ilinde ikamete tabi tutulan ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir kişi, maddi durumunun el vermemesi

³⁹ Ankara BİM, 10. İDD., E. 2017/540, K. 2017/674, T. 13.9.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁴⁰ Ankara BİM, 10. İDD., E. 2017/540, K. 2017/674, T. 13.9.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁴¹ Ankara BİM, 10. İDD., E. 2017/540, K. 2017/674, T. 13.9.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

sebebiyle Ankara’da bağışçılarının kendisi için kiraladığı evde oturduğunu, ikamet ilinde ev kiralayacak maddi gücü olmadığı için bildirim yükümlülüğünü yerine getiremediğini iddia etmiştir. Hakkında alınan başvurunun geri çekilmiş sayılması kararına karşı iptal davası açan davacının mazereti, ilk derece mahkemesince kabul edilerek başvurunun geri çekilmiş sayılması kararı iptal edilmiştir.⁴² Ancak Danıştay, başvuru idareye yapmış olduğu itiraz dilekçesinde “*ellerindeki tüm parayı Ankara’da kiraladıkları evin bir yıllık peşin kirasına verdikleri*” yönündeki beyanının başvuru diğer iddialarıyla çeliştiğini ve idare tarafından Valilik Sosyal Yardımlaşma Vakfı, Kızılay ve diğer sosyal yardımlaşmaya ilişkin sivil toplum kuruluşlarından yardım alınabileceğinin belirtildiğini tespit ederek ekonomik sebeplerden dolayı Elazığ iline gidilmemesinin mazeret olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁴³

Bildirim yükümlülüğünün ihlal edilebileceği diğer ihtimal ise başvuru ikamet ilini izinsiz terk etmesidir. Danıştay bu durumda da başvuru ikamet ilini izinsiz terk etme gerekçelerini ayrıntılı şekilde incelemektedir. Örneğin, Çankırı ilinde ikamete uygun görülen ancak ikamet ilini izinsiz olarak terk eden başvuru, aslında izin alarak ikamet ilini terk ettiğine yönelik iddiası somut bir bilgi ve belgeye dayanmadığı için kabul edilmemiş ve idarenin vermiş olduğu uluslararası koruma başvurusunun geri çekilmiş sayılması kararı hukuka uygun bulunmuştur.⁴⁴

Başvurunun geri çekilmiş sayılmasına dair kararlara süresi içinde itiraz edilmesi ve yargıya başvurulması başvuru daha sonra hak kaybı yaşamaması açısından önem taşımaktadır. Zira başvuru geri çekilmiş sayılan kişiler hakkında 6458 sayılı YUKK’nın 54/i. maddesi uyarınca sınır dışı etme kararı alınabilecektir. Bu kararlara idari yargıda açılan dava sonucu idare mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine istinaf veya temyiz başvurusunda bulunulamamaktadır. Dolayısıyla kendisine gösterilen ikamet yerini izinsiz terk eden bir başvuru, idarenin başvuru geri çekilmiş sayılması işlemine karşı ilgili mercilere süresi içinde itiraz etmezse, başvuru hakkında 6458 sayılı kanunun 54. maddesinin (i) bendi uyarınca sınır dışı edilme kararı alınabilecek ve bu işlemin iptali istemiyle

⁴² Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/1738, K. 2015/2227, T. 12.11.2015. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁴³ D. 10. D., E. 2016/1252, K. 2016/3847, T. 25.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁴⁴ D. 10. D., E. 2016/3216, K. 2017/911, T. 21.2.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

açılan dava sonucunda ilk derece mahkemesinin vereceği karar kesin olacaktır.⁴⁵

Başvurucuların başvuru ve değerlendirme süreçlerine ilişkin yükümlülükleri bulunduğu gibi idarelerin de başvurunun değerlendirilme sürecine ilişkin bazı yükümlülükleri bulunmaktadır.

B. İdarenin Yükümlülükleri

Uluslararası koruma başvurularının değerlendirilme aşamasında başvuruların adil bir şekilde sonuçlandırılması ve başvurucuların hak kaybına uğramaması için idarenin de üzerine düşen yükümlülükler vardır. YUKK'nın 70. maddesi bu yükümlülükler için örnek gösterilebilir. Buna göre *“başvuru sahibi, başvurusuyla ilgili takip edilecek usuller, başvurusunun değerlendirilmesi sürecindeki hak ve yükümlülükleri, yükümlülüklerini nasıl yerine getireceği ve bu yükümlülükler uymaması ya da yetkililerle iş birliğinde bulunmaması hâlinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlar, itiraz usulleri ve süreleri konusunda kayıt esnasında bilgilendirilir.”* Ayrıca başvuru yolunun etkin kullanılabilmesi için talep halinde, başvuru ve mülakat aşamalarında tercümanlık hizmetinin sağlanacağı aynı maddede hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre de başvuru takip edilecek prosedür hakkında bilgilendirilmeli ve idare ile başvuran arasında güvenilir bir sistem olmalıdır.⁴⁶ AİHM'in kabul ettiği bu gereklilikler de başvurunun ihtiyaç duyduğunda tercüman hizmetinin sağlanmasını gerektirmektedir. Yine mülteci koruma sisteminin olmazsa olmazı olarak nitelenen 'erişilebilir bir uluslararası koruma başvuru prosedürü' oluşturmanın da idarenin görevlerinden olduğu söylenebilecektir.⁴⁷

İdarenin yükümlülüklerinden başvuru hakkında bilgi toplama (1) ve başvuru ile mülakat yapma (2) görevleri idari yargı kararlarına konu olabilmektedir.

1. Bilgi Toplama

6458 sayılı YUKK'nın 93. maddesi idarenin bilgi toplama yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre *“uluslararası koruma başvuruları incelenirken, etkin ve adil karar verebilmek, başvuran tarafından iddia edilen hususların*

⁴⁵ D. 10. D., E. 2016/2507, K. 2016/3696, T. 11.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁴⁶ AİHM, *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, Başvuru No. 30696/09, 21.01.2011, para. 301.

⁴⁷ Bülent, ÇİÇEKLİ. *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 319.

doğruluğunu tespit edebilmek amacıyla menşe, ikamet ve transit ülkelerle ilgili Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği kaynakları ve diğer kaynaklardan güncel bilgi toplanır.”

Görüldüğü üzere bilgi toplama görevi, kanun tarafından uluslararası koruma başvurularının etkin ve adil sonuçlanmasının araçlarından biri olarak nitelenmiştir. Menşe ülke bilgisi ve iltica bilgi sistemlerinin kurulması, uluslararası koruma statüleri açısından en çetrefilli konulardan birini oluşturmaktadır. Bu bilgi sistemlerinin iyi çalışması ve idarenin bilgi toplama yükümlülüğünü yerine getirmesi, gerçekten uluslararası korumaya ihtiyacı olanlar ile başka amaçlar için uluslararası korumayı ‘kılıf’ olarak kullananların ayırt edilmesini sağlayacaktır.⁴⁸ Anayasa Mahkemesi’ne göre de “sınır dışı etme işlemi sonucunda yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele yasağının ihlal edileceğinin iddia edilmesi halinde idari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır.”⁴⁹

Bu önemle uyumlu olarak, idarenin başvurucuların iddiaları hakkında bilgi toplama görevini gereği gibi yerine getirmemesi uluslararası koruma başvurusunun reddi işlemi hukuka aykırı kılabilmektedir. Örneğin, ailesinin Hristiyan olduğunu ve bunun da İran Hükümeti tarafından bilindiğini, bu nedenle İran’a geri gönderilmesi halinde kötü muameleye maruz kalacağını iddia eden kişinin uluslararası koruma başvurusu reddedilmekle birlikte Danıştay, 6458 sayılı kanunun 93. maddesindeki bilgi toplama görevinin yerine getirilmemesi nedeniyle başvurusunun reddi işlemi hukuka aykırı bulmuştur.⁵⁰

Ankara İdare Mahkemesi de Rusya’ya dönmesi halinde muhalif düşünceleri ve yaşadığı olaylar nedeniyle zulüm görme korkusu yaşadığını beyan eden başvurucunun iddialarının, Cenevre Sözleşmesi ve ulusal mevzuat uyarınca idare tarafından araştırılmadığını tespit etmiş ve bu nedenle eksik incelemeye dayalı olan uluslararası koruma başvurusunun reddi işlemi iptal etmiştir.⁵¹ İlk derece mahkemelerinin, istinaf ve temyiz merciiine kıyasla bu

⁴⁸ Nuray, EKŞİ. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 200.

⁴⁹ AYM, *Azizjon Hikmatov Başvurusu*, Başvuru No. 2015/15582, 10.05.2017, R.G. T. 07.06.2017, S. 30089, para. 56.

⁵⁰ D. 10. D., E. 2016/1747 K. 2016/3913 T. 28.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁵¹ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/945, K. 2016/88, 20.01.2016. Bkz. <http://>

gerekçeye dayanarak daha fazla karar verdikleri görülmüştür.⁵² Ancak verilen bu kararlar Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay tarafından ayrıntılı şekilde incelenip bozulabilmektedir.

İdarenin bilgi toplama yükümlülüğünün yanı sıra başvurular hakkında sahip olduğu bilgileri somut şekilde belgelemek ve aldığı kararları bu somut belgelere dayandırma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Danıştay, bir başvuru hakkında dayanağını ispatlamadan tahdit kodu koyan ve uluslararası koruma başvurusunu red gerekçesi hakkında hiçbir somut bilgi ve belge göstermeyen idarenin bu işlemini hukuka aykırı bularak iptal etmiştir.⁵³ İdarenin başvuru hakkında adil bir karar verilmesi için üzerine düşen görevler, bilgi toplama yükümlülüğü kadar başvuru ile yapılan mülakatı da kapsamaktadır.

2. Mülakat

YUKK'nın 75. maddesinde başvurunun uluslararası koruma başvuru kaydından itibaren otuz gün içinde bireysel mülakat yapılacağı öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemede, mülakatın amacı idarenin bilgi toplama yükümlülüğü ile aynı olacak şekilde 'etkin ve adil karar verebilmek' olarak belirlenmiştir. Mülakatta başvurunun başından geçenlerin zulüm ya da zulüm görme korkusu niteliğinde olup olmadığının tespiti hedeflenmektedir.⁵⁴

Mülakatta başvurunun kendisini en iyi şekilde ifade etmesine imkan tanımak idarenin görevidir. Mülakatın bireysel yapılması esas iken, aile üyelerinin de mülakatta bulunması gerekli görülürse, kişinin muvafakati alınmak kaydıyla mülakat aile üyeleriyle birlikte yapılabilir. Ayrıca başvurunun talebi üzerine, avukatı mülakata gözlemci olarak katılabilir. Mülakatın özel ihtiyacı olan yabancılarla yapılması durumunda idare bu kişilerin özel durumlarını göz önüne almalıdır. Örneğin, çocuğun mülakatına psikolog, çocuk gelişimcisi, sosyal gelişimci, ebeveyni veya yasal temsilcisi durumun gereklerine göre katılabilirler.

Mülakat yapılmasına kadar geçen sürede yaşadıkları sebebiyle başvuru sahibi serbestçe konuşup kendisini ifade etmekte güçlük çekebilir. Bu nedenle

www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20İDARE%20MAHKEMESİ%20-2016-88.pdf, E.T. 26.12.2018.

⁵² Kayseri 1. İdare Mahkemesi, E. 2016/93, K. 2017/904, T. 18.05.2016; Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2014/2267, K. 2016/451, 24.02.2016.

⁵³ D. 10. D., E. 2016/2825, K. 2017/697, T. 13.2.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁵⁴ ÇİÇEKLİ, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, s. 338.

başvurucunun olguları doğru şekilde ortaya koyabilmesi için gerekli ortam sağlanmalı ve gerekirse bir mülakat daha yapılmalıdır.⁵⁵

Mülakatların görüntülü ve sesli kayıt altına alınması zorunluluğu bulunmamakla birlikte bunun tercih edilmesi durumunda başvuru bilgilendirilir. Ancak her mülakat sonunda tutanak düzenlenmesi ve bir örneğinin başvurucuya verilmesi zorunluluk arz etmektedir. Başvurunun reddedilmesi durumunda açılacak davalarda, idari yargı yerlerinin mülakat tutanağını da dikkate aldıkları görülmektedir.

Mülakat, başvurunun etkin ve adil sonuçlanmasında önemli bir araç olmakla birlikte kararda etkili olan tek araç değildir. Başvurunun sonuçlanmasına etki eden bir faktör olarak mülakatın yapıma zamanı ile başvurunun sonuçlanması arasında geçen zamanın uzunluğu yargılamaya etki eden bir unsur olabilmektedir.

Danıştay, bir kararında mülakat zamanı ile başvurunun sonuçlanması arasında uzun bir zaman bulunmasının başvurunun reddedilmesini hukuka aykırı kıldığı iddiasını incelemiştir. Söz konusu davada, uluslararası koruma başvurularının başvuru sadece mülakatındaki beyanları esas alınarak değerlendirilmediği, uluslararası koruma statüsü için mevzuatta yer alan diğer unsurlarla birlikte değerlendirme yapıldığı dikkate alınarak, mülakatın üzerinden uzun bir zaman geçmesinin tek başına başvurunun reddi işlemini hukuka aykırı hale getirmeyeceği sonucuna varılmıştır.⁵⁶

Ancak bu zaman diliminin uzunluğu bazı hallerde başvurunun reddedilmesi işlemini hukuka aykırı kılabilir. Örneğin, başvuru değerlendirilmesine esas olan mülakat raporunun 16.06.2005 tarihli olduğu ve başvurunun reddi işleminin de 11.04.2013 tarihli olduğu bir uyuşmazlıkta, Ankara 1. İdare Mahkemesi, 6458 sayılı YUKK'nın 11.04.2013 tarihinde yürürlüğe girmesi nedeniyle kanun yürürlüğe girdikten sonra kanuna göre yapılmış bir mülakat ile başvurunun değerlendirilmesi gerektiğine, aksi takdirde hukuka aykırılık oluşacağına karar vermiştir.⁵⁷

YUKK'nın 75. maddesinde başvuru kaydından itibaren otuz gün içinde

⁵⁵ Ibid., s. 323.

⁵⁶ D. 10. D., E. 2016/3517 K. 2016/3851 T. 25.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁵⁷ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/945, K. 2016/88, 20.01.2016. Bkz. http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/ANKARA%201_%20İDARE%20MAHKEMESİ%20-2016-88.pdf,

mülakat yapılacağı ve aynı kanunun 78. maddesinde başvuru kaydından itibaren en geç altı ay içinde karar verileceği düzenlendiği için mülakat tarihi ile başvurunun karara bağlanması arasında uzun bir sürenin olmayacağı görülmektedir.

Başvurunun yapılması ve değerlendirme sürecine ilişkin bu yükümlülüklerin başvuru ve idare tarafından gereği gibi yerine getirilmesi başvurunun adil şekilde sonuçlanmasını sağlayacaktır.

II. ULUSLARARASI KORUMA BAŞVURUSUNUN SONUÇLANMASI

Uluslararası koruma başvurusu, öncelikle başvuru sahibinin verdiği bilgiler ışığında, idarenin başvuru sahibinin verdiği bilgileri teyit ve araştırması sonucunda karara bağlanacaktır.⁵⁸ YUKK'nın 78. maddesi 'karar' başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre kayıt tarihinden itibaren altı ay içinde karar verilir. Bu süre zarfında karar verilememesi halinde başvurucuya bildirilir.

Esas olan kararın bireysel verilmesi iken aile adına yapılan başvurular bütün olarak karara bağlanır ve verilen karar tüm aile üyelerini kapsar. Başvuru hakkında karar verilirken, menşe veya önceki ikamet ülkesinin mevcut durumu ile başvuru sahibinin kişisel durumu göz önünde bulundurulur. Başvuru sahibinin zulüm veya ciddi zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olduğu menşe veya önceki ikamet ülkesinde güvenli bir bölge bulunması ve bu bölgeye güvenli bir şekilde seyahat imkanı olması durumunda uluslararası koruma başvurusu reddedilebilir.

Verilen karar, ilgili, yasal temsilcisi veya avukatına tebliğ edilir. Kararın olumsuz olması durumunda maddi gerekçeleri ve hukuki dayanakları da başvurucuya bildirilir. Avukat tarafından temsil edilmeyen başvuru sahiplerine kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirme yapılır.

Başvurunun sonuçlanması bağlamında, idari yargı kararlarında başvurunun reddi kararının denetlenmesinde bazı etkenler ön plana çıkmaktadır. Bu etkenler; başvuru sahibinin 'gerçek bir risk' ile yüz yüze olması (A), BMMYK'nın başvurunun sonucuna olan etkisi (B) ve başvuru sahibinin beyanları arasında çelişkiler bulunması (C) olarak belirlenmiştir.

⁵⁸ ÇİÇEKLİ, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, s. 323.

A. Başvurucunun Gerçek Bir Risk ile Yüz Yüze Olması

Uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesinde başvurucunun ‘zulme uğramaktan haklı nedenlerle korku’⁵⁹ yaşayıp yaşamadığı anahtar rol oynamaktadır.⁶⁰ Korku ve bu korkunun haklı nedenlere dayalı olması gibi sübjektif ve nesnel iki unsurdan oluşan bu durumun başvuru özelinde değerlendirilmesi kişisel ve nesnel durumların birlikte ele alınmasını gerektirmektedir.⁶¹

Uluslararası koruma başvurularına ilişkin tüm idari yargı kararlarında, başvuru sahiplerinin zulme uğramaktan haklı nedenlerle korkmasının belirlenmesiyle bağlantılı olarak AİHM’in vermiş olduğu *Soering/İngiltere*⁶² kararına atıf yapılmaktadır. Mahkemenin bu kararına göre başvuranın kötü muameleye maruz kalma konusunda “gerçek bir risk” ile yüz yüze olduğuna dair maddi gerekçeler varsa, iade/sınır dışı eden Devletin sorumluluğundan bahsedilebilecektir.⁶³ Görüldüğü üzere AİHM de bir devletin kendisine yapılan uluslararası koruma başvurusunu reddedip, başvuru sahibini iade/sınır dışı ettiğinde ancak başvuru sahibinin kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin ‘gerçek risk’i ispat eden maddi gerekçeler bulunması durumunda sorumlu olacağına karar vermiştir. Nitekim Mahkeme, *A. ve K.B.F./Türkiye*⁶⁴ kararında başvuranların sınır dışı edilmesi halinde insanlık dışı ya da kötü muamele göreceklere dair ciddi bir tehdidin bulunmaması gerekçesiyle başvuruları kabul edilemez bulmuştur.

İdari yargı yerleri de uluslararası koruma başvurularında ortada haklı sebeplere dayanan zulüm korkusunun ve başvuru sahibinin kötü muamele göreceğine dair ‘gerçek bir risk’in olup olmadığını nesnel ve öznel durumları dikkate alarak değerlendirmektedir.⁶⁵ Nesnel unsur, başvuru sahibinin menşee

⁵⁹ 6458 sayılı YUKK’nın 61 ve 62. maddelerinde düzenlenen mülteci ve şartlı mülteci statülerinin şartlarından biri başvuru sahibinin ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkması olarak belirlenmiştir.

⁶⁰ Bülent, ÇİÇEKLİ. Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. s. 52.

⁶¹ ÇİÇEKLİ, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, s. 247.

⁶² AİHM, *Soering/İngiltere*, Başvuru No. 14038/88, 07.07.1989.

⁶³ AİHM, *Soering/İngiltere*, para. 91.

⁶⁴ AİHM, *A. ve K.B.F./Türkiye*, Başvuru No. 14401/88, 12.01.1991.

⁶⁵ D. 10. D., E. 2016/3515, K. 2017/903, T. 21.2.2017; D. 10. D., E. 2016/1036, K. 2016/3693, T. 11.10.2016; Ankara BİM, 10. İDD, E. 2017/1119, K. 2017/1291, T. 25.12.2017. Bkz.

ülkesindeki koşulların somut olarak ele alınmasını gerektirmektedir. Bu koşullarının bilinmesi başvuruçunun korkusunun ve karşı karşıya olduğu riskin inandırıcılığına etki edecektir.⁶⁶ Menşe ülkeye dair bu koşullar başvuruçunun öznel unsurlardaki korkusunun saptanmasında önem arz taşımaktadır.⁶⁷

Aynı olaylar karşısında bireylerin aynı veya benzer tepkiler vermesi mümkün değildir. Bu nedenle menşe ülkedeki aynı nesnel durumlar da içinde yaşadığı koşullar sebebiyle bireyleri farklı düzeyde etkileyebilecektir. Örneğin bazı bireyler için bir ülkede siyasi düşünce ve dinsel inançların aşağılanması sorun teşkil etmezken bazıları için hayatı çekilmez kılabilir. Bireylerin vermiş oldukları bu tepkilerde elbette kişilikleri önemli bir etkidir.⁶⁸ Dolayısıyla bir uluslararası koruma başvurusu açısından önem taşıyan öznel unsurun değerlendirilmesinde başvuruçunun olaylar karşısındaki durumu esas alınacaktır.

İdare tarafından başvuruçuların gerçek bir risk veya haklı nedenlere dayalı bir zulüm korkusu ile karşı karşıya olduklarının anlaşılabilmesi için idarenin yaptığı mülakatlarda ilgililerin söz konusu zulüm korkusunu veya risk tehdidini makul bir düzeyde ortaya koyabilmeleri gerekir. Yapılan mülakat sonucunda elde edilen verilerin yeteri derecede açık olmaması durumunda bir inanılabilirlik değerlendirilmesinin yapılması ve kişinin içinde bulunduğu veya yaşadığı korkunun, makul olup olmadığının ve buna bağlı bir risk değerlendirmesinin yapılması gerekli görülmektedir.⁶⁹

İdari yargı yerleri, uluslararası koruma talep eden başvuruçunun menşe veya önceki ikamet ülkesine geri gönderilmesi durumunda zulme uğrayacağına dair korkusunu soyut iddialardan çok somut bilgi ve belgelerle ortaya koymasını beklemektedir. Örneğin, kızını üniversiteye yolladığı için Taliban tarafından üç defa uyarıldığı, daha önce aynı mahallede kızını okuttuğu için akrabasının Taliban tarafından öldürüldüğü, ölüm tehdidi nedeniyle ülkesinde kaçak yaşadığı iddiasıyla yaptığı uluslararası koruma başvurusu reddedilen başvuruçunun açtığı davada, Ankara Bölge İdare Mahkemesi, bu iddiaların

Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁶⁶ ÇİÇEKLİ, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, s. 53; ÇİÇEKLİ, Yabancılar ve Mülteci Hukuku, s. 247.

⁶⁷ Çiğdem, ALTINIŞIK/Mehmet Şahin, YILDIRIM. Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2002, s. 13.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ D. 10. D., E. 2016/3515, K. 2017/903, T. 21.2.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

başvurucunun ırkı, dini, tabiyeti, belli bir toplumsal grubu mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağını haklı kılacak sebepler olarak değerlendirmemiştir. Başvurucunun geri gönderilmesi durumunda zulme uğrayacağına ilişkin somut bilgi ve belge bulunmadığının da altını çizen Mahkeme, idarenin uluslararası koruma başvurusunun reddi işlemini hukuka uygun bulmuştur.⁷⁰

Danıştay da başvurucunun geri gönderildiği halde zulme uğrayacağına dair somut bilgi, belge aramasının yanı sıra başvurucunun iddialarını dayandırdığı ülkede yaşayıp yaşamadığı, adli bir işleme veya idari bir kötü muameleye tabi kılınıp kılınmadığı gibi faktörleri de incelemektedir. İddialarını uyuğu olduğu Afganistan'a ve bu ülkedeki Taliban örgütünün faaliyetlerine dayandıran ve başvurusu reddedilen yabancıdan açtığı dava, İran'da doğup büyümesi, tüm yakın akrabalarının İran'da ikamet etmesi, ayrıca ülkesinde hiç gözüaltına alınmaması, tutuklanmaması, kötü muameleye maruz kalmaması, aile üyelerinden herhangi birinin yetkililerle sorun yaşamadığını beyan etmesi gibi nedenlerle reddedilmiştir.⁷¹ Yüksek Mahkemeye göre geri gönderilmesi durumunda başvurucuya yönelik doğrudan bir tehdit veya saldırıya uğrayacağı veya zulme maruz kalacağına ilişkin somut ve inandırıcı bilgi ve belgeler bulunmamaktadır.

Uluslararası koruma talep eden kişinin, uzun yıllar başka ülkede yaşamasına rağmen iddialarını dayandırdığı ve uyuğu olduğu ülkeye kendi isteği ile gitmesi ve burada kötü bir muameleyle karşılaşmaması da Danıştay'a göre idarenin uluslararası koruma başvurusunun reddi işlemini hukuka uygun kılan faktörlerden biridir. Yüksek Mahkeme, menşe ülkesinde hiç gözüaltına alınmamış, tutuklanmamış, kötü muameleye maruz kalmamış, aile üyelerinden herhangi birinin yetkililerle sorun yaşamamış, herhangi bir örgüte üye olmamış başvurucunun başka bir ülkede 12 yıl yaşamasını ve daha sonra menşe ülkesine isteği ile geri dönmesini dikkate alarak başvurucunun geçmişteki hangi fiili veya durum nedeniyle ülkesine iadesi halinde zulme maruz kalacağı konusunda maddi gerekçelere dayanmadığına karar vermiştir.⁷²

Yine başka bir davada Hristiyan olduktan sonra yaşadığı yerdeki evsizlere ve bağımlılık tedavilerinin yapıldığı kampta kalanlara Hristiyanlığı tebliğ

⁷⁰ Ankara BİM, 10. İDD, E. 2017/1119, K. 2017/1291, T. 25.12.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁷¹ D. 10. D., E. 2016/3515, K. 2017/903, T. 21.2.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁷² D. 10. D., E. 2016/1036, K. 2016/3693, T. 11.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

eden, bu tebliği nedeniyle iki kişi tarafından ihbar edildikten sonra evine gelen iki sivil kişinin kendisini sorduğunu öğrenip Türkiye'ye gelen başvurucunun iddiaları, Hristiyan olduktan sonra iki yıl boyunca ülkesinde hiç gözüaltına alınmadığı, tutuklanmadığı, kötü muameleye maruz kalmadığı, siyasi, dini, sendikal ve/veya herhangi bir örgüte üye olmadığı, aile üyelerinden hiçbirinin ülkesinin yetkili makamlarıyla sorun yaşamadığı yönündeki beyanları nedeniyle zulme uğrayacağı korkusunu ispatlamaya yeterli görülmemiştir.⁷³

Görüldüğü üzere Danıştay ve diğer idari yargı mercileri, başvurucunun gerçek bir risk veya haklı nedene dayalı zulüm korkusu ile karşı karşıya olup olmadığının değerlendirilmesini başvurucunun iddialarını dayandırdığı ülkede adli bir işlem görmesi, idari bir kötü muameleye maruz kalması, bir örgüte üyeliğinin olması, aile üyelerinin devlet yetkilileriyle sorun yaşaması gibi faktörlerin varlığını inceleyerek yapmaktadır. Ancak başvurucunun uzun yıllar başka ülkede yaşamasına rağmen kendi isteği ile menşe ülkesine dönmesi gibi başvuruya özel durumları da inandırıcılık bakımından göz önüne almaktadır.

İdarenin başvurucunun nesnel ve öznel durumuna yönelik yaptığı incelemenin yanı sıra başvurucunun BMMYK'ya başvurması ve BMMYK tarafından mülteci olarak tanınmasının başvurunun sonucuna etki edip etmediği incelenmelidir.

B. BMMYK'nın Başvurunun Sonuçlanmasında İşlevi

Bireyler temel insan haklarının ve fiziksel varlıklarının korunmasını esas olarak kendi devletlerinden beklemekle birlikte bu korumanın sağlanmaması durumunda, her ne kadar kendisi doğrudan bir koruma sağlayamasa da, BMMYK'ya başvurabilirler.⁷⁴ BMMYK, mülteci haklarının korunması ve ihtiyaç duydukları korumanın sağlanması için uluslararası toplum adına çalışmalar yürütmektedir.⁷⁵ Bu örgütün görevinin kısaca mültecilere uluslararası koruma sağlamak ve mültecilerin sorunlarına kalıcı çözümler aramak olduğu görülmektedir.⁷⁶

⁷³ D. 10. D., E. 2016/2459 K. 2016/3908 T. 28.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁷⁴ EROĞLU/TAŞKIRAN, Ibid., s. 124.

⁷⁵ Elif, UZUN. "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK'nın Yapısı, Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri", Göç Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 2, S. 2, s. 62.

⁷⁶ Ibid., s. 75.

Mülga 1994 Yönetmeliği'nin BMMYK'nın fonksiyonunu düzenlediği 7. maddesine göre *“İçişleri Bakanlığı, Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden münferit yabancılara ilişkin işlemler ile barınma, iade, nakil, üçüncü ülkelere kabul, gönüllü geri dönüş, pasaport ve vize temini gibi hususlarda (...) Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (...) gibi uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum örgütleri ile işbirliğinde bulunabilir.”*

6458 sayılı YUKK yürürlüğe girmeden önce Türkiye'nin Cenevre Sözleşmesi'ne koyduğu coğrafi sınırlama nedeniyle Türkiye'den iltica talep eden yabancılar hakkında BMMYK ile ulusal makamların izledikleri yol birbirinden farklılık göstermekteydi.⁷⁷ Türkiye'nin koymuş olduğu bu sınırlama nedeniyle BMMYK iltica/sığınma statüsünün belirlenmesinde daha aktif olması gerektiğini düşünmüştür.⁷⁸ Ayrıca Mülga 1994 Yönetmeliği'nde idarenin BMMYK ile işbirliği yapabileceği düzenlenmişken bu işbirliğinin mülteci statüsünün belirlenmesi konusunda nasıl gerçekleşeceği konusunda bir düzenleme yer almamıştır.⁷⁹

6458 sayılı YUKK öncesi uygulamaya bakıldığında özellikle uluslararası koruma talep eden yabancıların üçüncü ülkelere yerleşimi konusunda işbirliği yapıldığı görülmektedir. Bu uygulamada etkili olan faktörlerden biri de Cenevre Sözleşmesi'nin 31/2. maddesidir. Söz konusu düzenlemeye göre *“Taraf Devletler, bu mültecilerin diğer bir ülkeye kabullerini sağlamak için makul bir süre ve gerekli bütün kolaylıkları sağlarlar.”* Cenevre Sözleşmesi'nin bu uygulamaya etki eden bir başka önemli maddesi ise 33. maddedir. Buna göre *“hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir.”*

Gerçekten de 6458 sayılı YUKK öncesi idari yargı yerlerinin vermiş olduğu birçok kararda Cenevre Sözleşmesi'nin 31 ve 33. maddesine dayanarak BMMYK'nın mülteci statüsü tanıdığı kişinin sınır dışı⁸⁰ edilmemesi gerektiği,

⁷⁷ BMMYK'nın prosedürü hakkında detaylı bilgi için bkz. ALTINIŞIK/YILDIRIM, Ibid., s. 20.

⁷⁸ ÇİÇEKLİ, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, s. 162.

⁷⁹ Ibid., s. 162.

⁸⁰ Sınır dışı etme işlemleri 1961 Anayasası'na kadar Danıştay tarafından hükümet tasarrufu kabul ediliyor ve bu işlemlerin idari davaya konu edilemeyeceğine karar veriliyordu.

üçüncü ülkeye yerleşmesi için gerekli kolaylığın sağlanması gerektiği ve üçüncü ülkeye yerleşene kadar sığınmacı olarak kabulü ile geçici süre ikametine izin verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁸¹

Danıştay'ın bazı hallerde başvurusunun BMMYK'ya yapmış olduğu başvuru sonuçlarına kadar sınır dışı edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre *“siyasi nedenlerle yargılanma baskısından kurtulmak amacıyla Türkiye'ye geldiğini iddia eden davacının, ülkesine iade edilmesi halinde baskı ve zulüm görme tehlikesi altında bulunması nedeniyle BMMYK'ya yaptığı iltica başvurusu sonuçlanana kadar Cenevre Sözleşmesinin 33. maddesi uyarınca üçüncü bir ülkeye gitmek üzere sığınma talebinin kabul edilmesi gerekirken”* bu talebin reddedilerek başvuru hakkında sınır dışı etme kararı alınması hukuka aykırıdır.⁸²

Ancak 6458 sayılı YUKK sonrası Danıştay'ın BMMYK'nın uluslararası koruma başvurularındaki işlevine ilişkin içtihatlarında bir değişim gözlenmektedir. Konuya ilişkin 6458 sayılı YUKK'nın uluslararası koruma süreçlerinde işbirliğini düzenleyen 92/1. maddesi esasen mülga 1994 Yönetmeliği'nin 7. maddesiyle aynıdır.⁸³ Maddenin 2. fıkrasına

Bkz. Aysel, ÇELİKEL/Günseli, ÖZTEKİN GELGEL. Yabancılar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 116. Lütfi Duran, Danıştay'ın sınır dışı etme işlemini hükümet tasarrufu kabul ettiğine ilişkin 1960 yılına dek yalnızca bir tek yayınlanmış karar örnek gösterildiğini, Danıştay'ın 1950'den sonra bu içtihadı sürdürmediğini belirtmektedir. Bkz. Lütfi, DURAN. “Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, Y.2, 1985, s. 17, 18.

⁸¹ D. 10. D., E. 1999/749, K. 2000/2755, T. 25.05.2000. Bkz. Vahit, DOĞAN/Hasan, ODABAŞI. Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 300. D. 10. D., E. 1998/1481, K. 2000/131, T. 20.01.2000; D. 10. D., E. 1999/5498, K. 2001/822, T. 14.03.2001; D. 10. D., E. 2004/3045, K. 2007/3124, T. 30.05.2007; D. 10. D., E. 2008/4360, K. 2008/6301, T. 24.09.2008; D. 10. D., E. 2009/645, K. 2009/10284, T. 09.12.2009. Bkz. EKŞİ/ÇİÇEKLİ, Ibid., s. 124 vd. Ayrıca BMMYK tarafından başvurusunun mülteci statüsü verilmemesinin idarenin sınır dışı etme kararını hukuka uygun kılan faktörlerden birini oluşturduğu dava için bkz. D. 10. D., E. 2005/3660, K. 2007/6541, T. 28.12.2007. Bkz. EKŞİ/ÇİÇEKLİ, Ibid., s. 151. Başvurucuya BMMYK tarafından mülteci statüsü tanınmadığı halde başvurusunun üçüncü ülkeye yerleşmesi konusunda BMMYK ile işbirliği yapıldığına ilişkin bkz. D. 10. D., E. 1997/6373, K. 2000/130, T. 20.01.2000. Bkz. Yakup, BAL/Mustafa, KARABULUT/Yahya, ŞAHİN. Danıştay 10. Daire Kararları, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 719.

⁸² D. 10. D., E. 2014/3867, K. 2016/513, T. 26.1.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁸³ 6458 sayılı YUKK'nın 92/1. maddesi: Bakanlık, bu Kısımda yazılı uluslararası koruma süreçleriyle ilgili konularda, 5/5/1969 tarihli ve 1173 sayılı Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun çerçevesinde Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Uluslararası Göç Örgütü, diğer uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği yapabilir.

göre “[Cenevre] Sözleşme[sinin] hükümlerinin uygulanmasına nezaret etme görevini yerine getirmesinde, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğiyle gerekli iş birliği sağlanır.” Aynı maddenin 3. fıkrasında ise BMMYK’nın uluslararası koruma başvurusunda bulunan yabancılara erişiminin sağlanması ve her aşamada görüşlerini yetkililerle paylaşabileceği düzenlenmiştir.

Danıştay’ın önceki içtihatlardan farklı olan kararına konu olan uyuşmazlık hakkında ilk olarak Ankara 1. İdare Mahkemesi, bildirim yükümlülüğünü üç kez üst üste ihlal ettiği için hakkında başvurunun geri çekilmiş sayılması kararı alınan başvurunun BMMYK tarafından verilen mültecilik belgesine sahip olmasını da dikkate alarak idarenin işlemini iptal etmiştir.⁸⁴ Ancak davanın temyiz incelemesinde Danıştay başvurunun bildirim yükümlülüğüne ilişkin mazeretlerini geçerli kabul etmeyerek idarenin işlemini hukuka uygun bulmuş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin göz önüne aldığı başvurunun BMMYK’nın verdiği mültecilik belgesine sahip olmasına ilişkin ise önemli bir içtihatla bulunmuştur. Danıştay’a göre “6458 sayılı Kanun’un 78. maddesi uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunan yabancılarla ilgili olarak karar merciin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü olduğu, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği’nin 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesinin 35. maddesi gereğince tanınan işbirliği yapma görevi doğrultusunda nezaret etme görevinin bulunduğu dikkate alındığında, başvurulara mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü verme noktasında tek yetkili idarenin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü olduğu açıktır.”⁸⁵ Yüksek Mahkeme’nin uluslararası koruma başvurularının sonuçlamasında tek yetkili idarenin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü olduğuna vurgu yaptığı, BMMYK’nın yalnızca Cenevre Sözleşmesi’nin uygulanmasına nezaret etme görevinin bulunduğu ve yabancılardan 6458 sayılı YUKK uyarınca kendilerine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmemeleri durumunda BMMYK tarafından mülteci olarak tanınmalarının haklarında 6458 sayılı YUKK’ta öngörülen yaptırımların uygulanmayacağı anlamına gelmediğinin altını çizdiği görülmektedir.

Danıştay bir başka kararında ise hakkında BMMYK tarafından yapılmış “ülkesine isteği dışında geri göndermeye karşı korunması gerektiğine dair

⁸⁴ Ankara 1. İdare Mahkemesi, E. 2015/2613, K. 2016/858, T. 24.03.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁸⁵ D. 10. D., E. 2016/3216, K. 2017/911, T. 21.2.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

tespit” bulunan başvuruçunun uluslararası koruma başvurusunun reddi işlemini hukuka uygun bulmuş, BMMYK’nın başvuruçunun hakkında yaptığı tespiti dikkate almamıştır.⁸⁶

Danıştay’ın BMMYK’nın başvuruçunun hakkında mültecilik statüsü tanınmasının uluslararası koruma başvurusuna etkisine ilişkin içtihadında değişim gözlenmekle birlikte, başvuruçunun BMMYK’ya yapmış olduğu mültecilik başvurusu reddedildiği durumlarda, idari yargı yerleri bu durumu idarenin işlemini hukuka uygun kılan etkenlerden biri olarak değerlendirmektedir.⁸⁷

Uluslararası koruma başvurularının incelendiği kararlarda, idari yargı yerleri başvuruçunun beyanlarının tutarlı olmasını da gözetmektedir.

C. Başvuruçunun Dilekçe ve Mülakatları Arasında Çelişkili İbareler Bulunması

Uluslararası koruma başvuru süreci, başvuruçunun kendisine ait nesnel ve öznel bilgileri iyi ve doğru bir şekilde ifade etmesi ile idarenin bu bilgileri sınaması ve başvuruçunun iddialarını kontrol etmesinin bütününden oluşmaktadır.

Uluslararası korumanın amacının başvuru sahibi kişilerin ülkede ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri uyarınca belirlenen sebepler dışında kalmalarına izin verilmesi şeklinde değerlendirilemeyeceği de dikkate alındığında kişilerin bu korumaya uygun sebeplere sahip olup olmadığının tespitinin önemi açıktır. Bu tespit yapılırken başvuruçuların tutarlı olmaları, idarenin başvuru konusunda olumlu karar vermesine etki edecektir. Aksi takdirde inandırıcılıktan uzaklaşan bu başvurular idare tarafından reddedilebilecektir.

Danıştay bu tip çelişkili beyanların mevcut olduğu başvurularda idarenin red işlemini hukuka uygun bulmaktadır. Örneğin, ilk yapılan mülakatta Taliban üyesi olduğunu ve bu örgüt adına silahlı eylemlerde bulunduğunu, daha sonraki mülakatta ise Taliban’ın bir binasında çaycılık yaptığını, işe girmesini sağlayan akrabasının Taliban tarafından öldürülmesi nedeniyle korkup kaçtığını beyan eden başvuruçunun mülakatlar arasındaki çelişkili

⁸⁶ D. 10. D., E. 2016/3511, K. 2016/3850, T. 25.10.2016. Bkz. Lexpera İctihat ve Bilgi Bankası.

⁸⁷ Ankara BİM, 10. İDD, E. 2017/445, K. 2017/780, T. 27.9.2017. Bkz. Lexpera İctihat ve Bilgi Bankası.

beyanları idarenin başvurunun reddi işlemini hukuka uygun kılan bir gerekçe olmuştur.⁸⁸

Benzer şekilde ilk mülakatta boşandığı eşinin Türkiye'ye gelmesi nedeniyle Türkiye'ye geldiğini, ikinci mülakatta ise eşinin öldüğünü öğrendiğini, aslında babasının ettiği eziyetten kaçmak için Türkiye'ye geldiğini beyan eden ve eski eşiyle Türkiye'ye geldikten makul bir süre içinde evlenmeyen, eski eşinin başka biri ile yaşadığı tespit edilen başvurusunun beyanları ve olgular arasındaki çelişkiler de davanın reddine gerekçe oluşturmuştur.⁸⁹

SONUÇ

6458 sayılı YUKK'nın yürürlüğe girmesinden önce Cenevre Sözleşmesi ile birlikte 1994 Yönetmeliği'nin iltica/sığınma başvurularının değerlendirilmesinde uygulandığı görülmektedir. 6458 sayılı YUKK'nın yürürlüğe girmesi ile daha önce dağınık olan uluslararası koruma mevzuatı bir bütün haline getirilmiş ve kanuni dayanak kazanmıştır.

Mülga 1994 Yönetmeliği'nde mülteci ve sığınmacı statüleri tanımlanmışken, 6458 sayılı kanun ile bu statüler uluslararası koruma üst başlığında toplanmış, sığınmacı kavramı yerine şartlı mülteci kavramı tercih edilmiş ve uluslararası koruma türleri mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma olarak belirlenmiştir.

Uluslararası koruma başvurusu esas itibarıyla bir idari başvurudur. İdareye yapılan uluslararası koruma başvuruları hakkında idarenin tesis ettiği kabul veya red işlemleri de idari işlemidir. Bu belirlemeyle uyumlu şekilde⁹⁰ uluslararası koruma başvurularının reddi işlemlerine karşı idari yargıya başvurulabileceği 6458 sayılı YUKK ile düzenlenmiştir.

İdari yargı yerlerinin verdiği kararlar incelendiğinde 6458 sayılı kanun sonrası bazı değişimler gözlenmektedir. Öncelikle idare ve bölge idare mahkemeleri ile Danıştay, uluslararası koruma başvurusuna ilişkin davaları artık oturmuş bir sistematik içinde incelemektedir. Kararlarda, AİHM'in konuyla ilgili kararlarına atıf yapıldıktan sonra temel ilkeler ortaya

⁸⁸ D. 10. D., E. 2016/3517, K. 2016/3851, T. 25.10.2016. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁸⁹ D. 10. D., E. 2016/3089, K. 2017/904, T. 21.2.2017. Bkz. Lexpera İçtihat ve Bilgi Bankası.

⁹⁰ İdari gözetim kararı da bir idari işlem olmasına rağmen 6458 sayılı Kanun'un 68/7. maddesi uyarınca sulh ceza hakimlerinin denetimine tabi kılınmıştır.

konulmaktadır. Daha sonra bu temel ilkeler ışığında başvuru durumunu öznal ve nesnel koşullar dikkate alınarak değerlendirilmektedir. İdari yargı yerlerinin başvuru durumunu soyut iddialarını dikkate almadığı, gerçek bir risk ve haklı nedene dayalı bir zulüm korkusu ile karşı karşıya olduğunu somut olarak ispatlamasını beklediği görülmektedir. Başvuru durumunu iddialarını dayandırdığı ülkede gözaltına alınması, tutuklanması veya ailesinin ülke yetkilileriyle sorun yaşamaması bu somut gerekçelere örnek olarak verilebilir.

Ayrıca Danıştay'ın uluslararası koruma statülerinin verilmesinde tek yetkilinin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü olduğunu vurgulayarak BMMYK'nın başvuru sonucuna etkisi bakımından önceki Danıştay içtihatlarından uzaklaştığı önemli bir değişiklik olarak tespit edilmiştir. Bu bakımdan 6458 sayılı Kanunun kendisine zorunlu kıldığı yükümlülükleri yerine getirmeyen birinin BMMYK tarafından mülteci olarak tanınması, bu kişinin ilgili yaptırımlara tabi kılınmasını engellemeyecektir.

İdari yargı yerleri başvuru durumlarından iddialarını somut şekilde ispatlamasını beklediği gibi idarenin de başvuruyu reddettiği hallerde bunu gerekçelendirmesini, somut bilgi ve belge olmadan işlem yapmamasını talep etmektedir.

6458 sayılı Kanun ile getirilen uluslararası koruma başvurularına ilişkin yargı kararlarının genel olarak birbiriyle tutarlı oldukları ve idari yargı yerlerinin başvuru durumlarının iddiaları ile başvuru reddi kararı arasında dikkatli bir inceleme yaptıkları görülmüştür. Esasen idari yargı yerlerinin başvuru durumlarının iddialarını detaylı şekilde araştırmaları bir yükümlülük teşkil etmekte, aksi halde başvuru durumunun Anayasal hakları ihlal edilebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre *“başvuru durumunun AİHM'in kararlarına ve insan hakları alanında araştırma yapan sivil toplum örgütlerinin raporlarına konu olmuş iddialarının doğru olup olmadığı hususunda yargılama aşamasında herhangi bir araştırma yap[mayan], kararda da anılan iddialara neden itibar edilmediği konusunda bir değerlendirmeye yer ver[meyen] (...) idare mahkemesi, iddia edilen riske ilişkin araştırma ve değerlendirme yapma yükümlülüğünü yerine getirme[miş olacaktır].”⁹¹*

6458 sayılı YUKK uyarınca yapılan uluslararası korumaya ilişkin idari işlemlerden başvuru yapılması ve sonuçlandırılmasıyla ilgili idari işlemlerin ağırlıklı olarak uyuşmazlık konusu olduğu görülmekle birlikte

⁹¹ AYM, *Azizjon Hikmatov Başvurusu*, Başvuru No. 2015/15582, 10.05.2017, R.G. T. 07.06.2017, S. 30089, para. 73, 74.

zaman içinde YUKK uyarınca yapılan diğer idari işlemlerle ilgili de içtihatların oluşması beklenmektedir.

KAYNAKÇA

ALTINIŞIK, Çiğdem/YILDIRIM, Mehmet Şahin: Mülteci Haklarının Korunması, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2002.

ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif: Mülteciler ve Sığınmacılar Hakkında İdarenin Görevleri-Yetkileri ve Yargısal Denetim, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2013.

AYBAY, Rona: Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.

BAL, Yakup/KARABULUT, Mustafa/ŞAHİN, Yahya: Danıştay 10. Daire Kararları, C. I, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

BOZBEYOĞLU, Eda: “Mülteciler ve İnsan Hakları”, Moment Dergi, Y. 2015, S. 2 (1), ss. 60-80.

BUZ, Sema: “Türkiye Sığınma Sisteminin Sosyal Boyutu”, TBB Dergisi, Y. 2008, S. 76, ss. 120-130.

ÇAKRAN, Şebnem/EREN, Veysel: “Mülteci Politikası: Avrupa Birliği ve Türkiye Karşılaştırması”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y. 2017, C. 14, S. 39, ss. 1-30.

ÇELİK, Neşe Baran: “Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y. 2015, C. 1, ss. 67-148.

ÇELİKEL Aysel/ÖZTEKİN GELGEL Günseli: Yabancılar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.

ÇİÇEKLİ, Bülent: “Mülteci, Sığınmacı ve Göçmenler: Sınıflandırma ve Yasal Statünün Belirlenmesine İlişkin Sorunlar”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, TBB Yayınları, Ankara, 2010, ss. 327-362.

ÇİÇEKLİ Bülent: Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin

Yayınevi, Ankara, 2009.

ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

DOĞAN, Vahit/ODABAŞI, Hasan: Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

DURAN, Lütfi: “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, Y. 2, 1980, ss. 3-34.

EKŞİ, Nuray: Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

EKŞİ, Nuray: Yabancılar ve Uluslar arası Koruma Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

EKŞİ, Nuray/ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteci Hukukuna İlişkin Danıştay 10. Daire Kararları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

ERGÜVEN, Nasih Sarp/ÖZTURANLI, Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, AÜHFD, Y. 2013, S. 62 (4), ss. 1007-1061.

EROĞLU ENDER, Canan/TAŞKIRAN, Ruken: “Sığınma Hakkı ve Mültecilerin Durumu”, TBB Dergisi, S. 2002/1, ss. 105-128.

ERTEN, Rifat: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y. 2015, S.1, ss. 3-51.

KIVILCIM, Zeynep: “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile Geçici Koruma Yönetmeliği: Toplumsal Cinsiyet Perspektifinde Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 2016, C. 71, S. 3, ss. 919-940.

ODMAN, Tevfik: Mülteci Hukuku, AÜSBF, Ankara, 1995.

ÖZGÜR, Nurcan/ÖZER, Yeşim: Türkiye’de Sığınma Sisteminin Avrupalılaştırılması, Derin Yayınları, İstanbul, 2010.

ÖZTÜRK, Neva Övünç: “Geçici Korumanın Uluslararası Koruma Rejimine Uyumu Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, S. 66 (1), ss. 201-216.

ÖZTÜRK, Neva Övünç: “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında Yer Alan Sığınma Hakkının Tahlili”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 3, S. 2, ss. 187-229.

SAV, Özden: “Uluslararası Hukuk Açısından “Sığınma”, “Göç”, “Nüfus Mübadelesi”, “Vatansızlık” Gibi “Silahlı Çatışma” Bağlantılı Nüfus Sorunları”, TBB Dergisi, S. 2016 (124), ss. 497-558.

TÜRKOĞLU, Oğuzhan: “Mülteciler ve Ulusal/Uluslararası Güvenlik”, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2011, C. XXX, S. 2, ss. 101-118.

UZUN, Elif: “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK’nın Yapısı, Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri”, Göç Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 2, S. 2, ss. 60-85.

