



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 77 Sayı: 2019/3 ISSN 1300-9885

**BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)**

“BAGIS” yaz **4306**'ya
Gönder

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik Tasarım | Graphic Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2019

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2019 | Presidency of Ankara Bar Association, 2019
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. R. Erinç SAĞKAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Güzin TANYERİ

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Av. Dr. Kasım AKBAŞ

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Dr. Öğr. Üyesi Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Güzin TANYERİ

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Dr. Zeynep BAHADIR

Av. Bahar KARAKAYA

Yazman | Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANİKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Seçkin TÜRKÖĞLU

Üyeler | Members

Av. Berna ÖZPINAR GÜMRÜKÇÜOĞLU

Av. Ayla SONGÖR

Av. Emel ALTINTAŞ

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Gençer HAZIR

Av. Murat YILDIZ

Av. Nuray ÖZDOĞAN

Av. Ferda ÇALGIN

Av. Ülkü AKBABA

Av. Selin ÇAM

Av. Nilgün ÖZKAN

Av. Ayşe BAÇİMER

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. İbrahim TÜRKAY

Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Av. Ahmed Buğra ÇELİK

Av. Buket KETİZMEN

Av. Uğur ERDALI

Av. Fehmi Burak DOĞAN

Av. İlknur KUMBASAR

Av. Faruk ÇAYIR

Av. Göksel YÜKSEL

Av. Elif Gamze SAĞKAN
Av. Aslıhan KART
Av. Semra KESKİN
Av. Osman Emre TEKİN
Av. Özlem ERTEN
Av. Gülşah YILDIRIM
Av. Ali Ekrem DAŞGÖL
Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU
Av. Eda ÇELİK DAŞER
Av. Hasan Hüseyin ALPARSLAN
Av. Pınar KOÇYİĞİT
Av. Hülya ŞAHİN
Av. Cemile ÇELİK ALTIPARMAK
Av. Özge YALINKILIÇ
Av. Merve DİNCEL
Av. Yıldırım ÇIVGIN
Av. Büşra PAMUKÇU
Av. Mehmet Serkan YEŞİLAY
Av. Yusuf YILMAZ
Av. Zeynep SÜRÜCÜ
Av. Yavuz Selim KARAYAKA
Av. Murad GADASHOV

Av. Serkan Can SARIGÜL
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM
Av. Oğuzhan KALAY
Av. Korcan Süleyman AYTAÇ
Av. Cemre ŞAHİN
Av. Kübra DAVUN
Av. İpek YILMAZ
Av. Melek KILIÇ
Av. Melike PARLAK
Av. Alaz TARHAN
Av. Çağdaş KABUKÇU
Av. Merve KOLÇAK
Av. Hüseyin BÜYÜKKAYA
Av. Ufuk Can MAHANOĞLU
Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
Av. Kürşat ERDİL
Stj. Av. Ayşe TAD
Stj. Av. Yağmur KIZILSU
Stj. Av. Elif ŞAHİN
Stj. Av. Cihan YALÇIN
Stj. Av. Musa Cankat TATARLI

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK		
Avrupa Birliği Hukuku		
ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Deniz Hukuku		
DEMİR, İsmail	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku		
AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŐTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Őukran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOğLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOğLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇŐŐİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Fikri Mülkiyet Hukuku		
OğUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOğLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku		
AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞPINAR, Veysel	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Roma Hukuku		
GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku		
CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Fırat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu
Milletlerarası Özel Hukuk		
AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKIOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU		
Anayasa Hukuku		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŐAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENÇİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŐ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŐ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	Iğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOÇAOĞLU, Serhat Sinan	Dr. Öğr. Ü.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi		
ATILGAN, Eylem Ümit	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADİ, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Mali Hukuk		
AÇAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini ve/ya ORC kimlik numarasını (ORCID) yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) abym@ankarabarosu.org.tr adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalı, ORC kimlik numarası (ORCID) adın altına yazılmalıdır. Örneğin;
Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR
<https://orcid.org/0000-0001-6975-4650>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğünün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Unvanı, Adı-Soyadı, ORCID > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.

8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editörlerce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
12. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

Başkanın Mesajı | President's Messages XXI
Av. R. Erinç SAGKAN

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat 1
Dr. Öğr. Üyesi Taner Emre YARDIMCI

Türk Hukukunda Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin
Normlar Hiyerarşisindeki Yeri 39
Arş. Gör. Yahya Berkol GÜLGEÇ

Fransa ve Türkiye'de Uluslararası Koruma Statüsü
Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi..... 95
Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve
Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış..... 119
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri..... 181
Av. Dr. Hasan KARSLIOĞLU

MAKALELER (ARTICLES)

- İşe İade Davasında Yargı Bağımsızlığı İtirazı
Uluslararası Göç Örgütü Örneği Üzerine Bir İnceleme.....231
Abdullah Edip BULUT
- Rekabet Kurulu'nun İnceleme ve Araştırma Usulü ve
Kurul Kararlarının Yargısal Denetimi259
Avukat-Arabulucu F. Tülây PARLAK
- Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır?277
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES



Değerli MeslektaŐlarım,

Bizi zamansız, haliyle sonsuz kılacak Şeyin bilime yaptığımız katkı ile bilim uğruna elimizden geldiğince döŐemeye çalıştığımız kilometre taşları olduğunun farkındayız. Bu sebeple elinizde tutmuş olduğunuz bu sayı, tıpkı diğer tüm sayılar gibi, hiç görmeyeceğimiz zamanlara hep birlikte gururla bırakacağımız yazılı bir mirasın kıymetli parçasıdır.

Bizi her sayıyla tüm karanlık çabalarına inat bilimin hiç sönmeyecek ışığına bir kez daha inandıran, dergimize vücut veren tüm yazarlarımıza teşekkürlerimiz, minnetiyle dolgun. Bu mirası hep birlikte inşa ediyoruz ve kalemimiz iz bıraktıkça bu mirası hep birlikte büyüteceğiz.

Dergimizin bu sayısında yer alan akademik alandaki makaleler;

“Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat”, “Türk Hukukunda Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, “Fransa ve Türkiye’de Uluslararası Koruma Statüsü Değerlendirme İşlemlerinin Yargısal Denetimi”, “Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış”, “Anonim Şirketlerde Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri”,

Bu sayımızda yer alan makaleler ise;

“İŞe İade Davasında Yargı Bağışıklığı İtirazı - Uluslararası Göç Örgütü Örneği Üzerine Bir İnceleme”, “Rekabet Kurulu’nun İnceleme ve Araştırma Usulü ve Kurul Kararlarının Yargısal Denetimi”, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Mahfuz Düzenleme Alanı Mıdır?” dır.

Dergimiz kapsamındaki bilimsel tüm çalışmalarını, siz değerli meslektaşlarıma saygılarımla sunarım.

Av. R. Erinç SAĞKAN
Ankara Barosu Başkanı

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles



YENİ ELEKTRONİK TEBLİGAT YÖNETMELİĞİ ÇERÇEVESİNDE ELEKTRONİK TEBLİGAT

Taner Emre YARDIMCI

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5330-4986>

DOI: 10.30915/abd.652479

Makalenin Geldiği Tarih: 06.01.2019 **Kabul Tarihi:** 07.03.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. Öğretim Üyesi. Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

Elektronik tebligat, klasik tebligat yöntemlerinden farklı olarak muhatap bakımından hızlı ve güvenli bir bildirim imkânı sağlamaktadır. Bu yüzden, 6099 sayılı Kanun ile elektronik tebligat yapılması öngörülmüş ve elektronik tebligat adresi edinmesi gerekenlerin kapsamı 7101 sayılı Kanun ile genişletilmiştir. 7101 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikler sonrasında, elektronik tebligatın usul ve esaslarını belirlemek amacıyla yeni bir Elektronik Tebligat Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğe göre, elektronik mesaj alabilmesi için muhatabın posta birimlerinden bir elektronik tebligat adresi edinmesi gerekmektedir. Adres defteri oluşturulabilmesi için bu adres, Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi'ne yüklenmelidir. Tebligat çıkarmaya yetkili makam ve merciler bu defteri adli, idari veya benzer bir süreç hakkında muhatabı haberdar etmek amacıyla kullanacaklardır.

Anahtar Kelimeler: Elektronik tebligat, muhatap, tebligat yapmaya yetkili makam ve merciler, elektronik tebligat kaydı, zaman damgası.

THE ELECTRONIC NOTIFICATION
WITHIN THE SCOPE OF
THE ELECTRONIC NOTIFICATION REGULATION

ABSTRACT

Electronic notification provides a fast and flexible way of informing to the addressee instead of physical notification methods. Therefore, electronic notification was foreseen by the Law No. 6099 and the scope of the entities which shall obtain an electronic notification address is extended recently by the Law No. 7101. After the amendments by the Law No. 7101, a new Electronic Notification Regulation entered into force to determine the procedures and principles regarding electronic notification. According to this Regulation, the addressee shall obtain an electronic address from the post offices to get messages electronically. This electronic address needs to be registered at the System of National Electronic Notification (UETS) to create an address book. The competent authorities will use this address book to make an addressee aware of a judicial, administrative and such kind of procedures.

Keywords: Electronic notification, addressee, competent authorities to make notification, electronic notification record, time stamp.

GİRİŞ

Hukuki dinlenilme hakkı ile olan sıkı ilişkisi sebebiyle tebligat usulleri kanun ile belirlenmelidir. Aynı anlayışla, muhataba elektronik yolla tebligat yapılması, 6099 sayılı Kanun ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu (Teb. K.) hükümlerinde değişiklik yapılmış ve elektronik tebligat yapılmasına imkân tanınmıştır. Daha sonra 7101 sayılı Kanun ile elektronik tebligat yapılabileceklerin kapsamı genişletilmiş ve Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (UETS)^[1] aracılığıyla elektronik tebligatın yapılabileceği kabul edilmiştir. Son olarak, eski Elektronik Tebligat Yönetmeliği (eETY)'nin yerini almak üzere, 6 Aralık 2018 tarihli Elektronik Tebligat Yönetmeliği (ETY) ile elektronik tebligatın yapılmasına ilişkin usul ve esaslar ortaya konulmuştur. Hangi hâllerde elektronik tebligatın uygulanacağı, kimlere elektronik tebligat yapılabileceği ve elektronik tebligatın gerçekleşmemesi hâlinde hangi usullerin izlenebileceği bu düzenlemeler çerçevesinde ele alınmalıdır.

Türk hukukunda son değişiklikler neticesinde Teb. K. kapsamında elektronik tebligat yapılması iki ihtimale dayanabilir. Ya muhatap Teb. K. m. 7a/1 kapsamına giriyordur ya da başvuruda bulunarak Teb. K. m. 7a/2'ye göre elektronik tebligat yapılmasını talep etmiştir. Her iki hâlde de öncelikli olarak elektronik tebligat yapılması yoluna gidilmelidir. Belirli bir sebepten ötürü elektronik tebligat yapılamadığı takdirde ise Teb. K. hükümleri ile öngörülmuş diğer usullere uygun olarak tebligat yapılmalıdır (ETY m. 16).

Elektronik yolla tebligat yapılabilecek olması, şu anda tebliğ işleminin usulsüzlüğü sonucunu doğuran uygulamaların azalacağı anlamına gelmektedir^[2]. Bununla birlikte, elektronik tebligat işleminin de usulsüzlüğünden bahsedilebilecek bazı hususların gündeme gelebileceği söylenebilir. Öte yandan, klasik usullere göre yapılan tebligat işlemlerinde olduğu gibi, elektronik tebligat kayıtlarının sahte olduğu iddiasına da dayanılabilir. Böyle bir iddianın ne şekilde incelenebileceği ve verilecek karara göre hangi hukuki sonuçların doğabileceği ele alınmalıdır.

-
- [1] Elektronik tebligat işlemlerini yürütmek amacıyla PTT A.Ş. tarafından kurulan, işletilen ve güvenliği sağlanan bir sistemdir. Tebligat işleminin bilgilendirme ve belgelendirme işlevini yerine getirmek üzere bu sistem ihdas edilmiştir.
- [2] Klasik usullere göre yapılan tebligatlarda yaşanan usulsüz tebligat durumu elektronik tebligatta gündeme gelecek mahiyette değildir, bkz. **Akkan, Mine**, “*Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat*”, *Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Dergisi*, S. 39, 2018, s. 51-56.

I. Elektronik Tebligatın Uygulama Alanı

Elektronik yolla tebligat, Teb. K. m. 1'e göre tebligat çıkarmaya yetkili makam ve merciler tarafından UETS üzerinden muhataba ait kayıtlı bir elektronik tebligat adresine bildirim yapılması ve bu bildirim belgelendirilmesini ifade etmektedir^[3]. Bu kapsamda, elektronik tebligatın uygulama alanı, hangi makam ve mercilerin elektronik tebligat çıkarabileceğine ve kimlere elektronik tebligata yapılabileceğine göre belirlenebilir.

A. Tebligatı Çıkaran Makam ve Mercii Açısından Elektronik Tebligat

Teb. K. anlamında bir tebligat işlemi yapılabilmesi gerekliliği, Teb. K. m. 1 kapsamına giren bir makam ve merci tarafından bildirimde bulunulması hâlinde söz konusu olabilir. Aynı gereklilik, ETY m. 1/2 hükmüne göre elektronik tebligat yoluyla yapılacak bildirimler için de öngörülmüştür. Buna göre, Teb. K. m. 1'in kapsamına girmeyen bir makam ve merciin ETY anlamında elektronik tebligat yapabilmemesi mümkün değildir. Tebligatı çıkararak makam ve merciler bakımından tahdidilik ilkesi geçerli olup; yalnızca kanuni düzenlemeler ile Teb. K. m. 1'in kapsamı değiştirilebilir^[4]. Teb. K. m. 1 ve ETY m. 1/2'ye göre elektronik tebligatı yapabilecekler, eski Elektronik Tebligat Yönetmeliği (eETY) m. 3/1 - (1)'de "*tebligatı çıkararak merci*" olarak; ETY m. 3/1 - (1) hükmünde ise "*tebligat çıkarmaya yetkili makam ve mercii*" olarak ifade edilmiştir. Tebligatı çıkarmaya yetkili makam ve mercii yapılacak bir bildirim (*tebligat evrakı gönderilmesi*) de elektronik tebligatın uygulama alanına girmesi mümkündür. Şöyle ki, Teb. K. m. 7a/1 hükmü gereğince kendisine elektronik tebligat yapılması öngörülenlerden bazıları aynı zamanda Teb. K. m. 1'in kapsamında yer almaktadır. Zaten hem tebligatı çıkararak makam ve mercii hem de muhatabın UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresi bulunacaktır^[5]. Kendisine elektronik tebligat

-
- [3] Bu hususta bkz. **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 37; **Akkan, Mine**, "7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi", 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Ed. Özkes, Muhammet), İstanbul 2018, s. 155.
- [4] **Akkan, Recep/ Ercan, İbrahim**, Tebligat Kanunu Değişiklikleri, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C. 2 (Özel Hukuk), Samsun 2012, s. 86; **Özbay, İbrahim**, "6099 sayılı Kanun ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligata İlişkin Düzenlemelere Bakış", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 2, Ankara 2014, s. 1425, 1426.
- [5] **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 58, 59.

yapılan muhatabın tebligatı çıkaran makam ve mercie elektronik yolla yaptığı bir bildirim ise Teb. K. m. 7a anlamında bir elektronik tebligat olabilir. Yeter ki, muhatap Teb. K. m. 1'de geçen makam ve mercilerden birisi olsun.

Tahkim yargılamasında elektronik tebligatın ne şekilde yapılacağı hususunda bazı tereddütler yaşanabilir. Aksi öngörülmediği sürece tahkim yargılamasında tebligat işlemlerinin Teb. K. hükümlerine göre gerçekleşebileceği, HMK m. 438'de öngörülmüştür. Bu düzenleme ile hakem veya hakem kurulu tarafından tebligatın ne şekilde yapılabileceği ele alınmıştır. Teb. K. m. 7a/1 hükmü gereğince, elektronik tebligatın yapılması zorunlu olduğu takdirde, hakem veya hakem kurulunun tebligat işlemini yapamaması gibi bir durum ortaya çıkabilir. Bunun sebebi ise hakem veya hakem kurulunun Teb. K. m. 1 ve yine bu hükme atıf yapılan ETY m. 1/1 hükümleri kapsamına alınmamış olmasıdır. Gerçi HMK m. 438'in Teb. K. m. 1 hükmünü zımnen değiştirdiği ve hatta tahkim yargısında yapılacak tebligatın kazaî tebligat olduğu kabul edilmektedir^[6]. Buna uygun olarak, UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresi, hakem veya hakem kurulunun kullanımına tahsis edilmelidir. Mesela, HMK m. 116/1 - (b)'ye göre ileri sürülen tahkim ilk itirazı kabul edilirse, dava dosyasının elektronik yolla gönderilebilmesi için UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresine ihtiyaç duyulur. Hakem veya hakem kuruluna ait bir elektronik tebligat adresinin bulunması bu bakımından gereklidir. Özellikle hakem kurulu bakımından ortak bir elektronik tebligat adresinin oluşturulması ise gayet faydalı olur. Fakat ETY m. 8/1'de birden fazla kişiye tek bir elektronik tebligat adresi verilememesi kuralının öngörülmesi, hakem kurulu üyelerine ortak bir adres verilmesine engeldir.

Yukarıdakine benzer bir durum iflas idaresi tarafından yapılacak tebligatlar (*İİK m. 228/2 veya 247 gibi*) bakımından da söz konusu olabilir^[7]. İflas idaresini de tebligatı çıkarmaya yetkili makam ve merci olarak görüp iflas idaresi üyelerinin ortak kullanımına tahsis edilecek bir elektronik tebligat adresi oluşturulabilmelidir. Bu elektronik tebligat adresi kullanılarak iflas idaresi tarafından muhataplara tebligat yapılabilir. İflas idaresinin üyelerine ortak bir elektronik tebligat adresi verilememesi ise buna engel teşkil

[6] **Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016, s. 208; **Budak**, s. 422 (dn. 62). TKHK m. 70/2 hükmü uyarınca tüketici hakem heyetinin de Teb. K. m. 1 kapsamında kazaî merci olarak kabulü mümkündür.

[7] **Yılmaz, Ejder**, İflâs İdaresi, Ankara 1975, s. 141, 155.

edecektir. Bununla birlikte, tasfiyenin iflas dairesi tarafından gerçekleşmesi hâlinde, iflas dairesine ait UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresi bulunacağı için bu şekilde bir sorun doğmaz.

B. Kendisine Elektronik Yolla Tebligat Yapılabilecekler

Muhataba elektronik yolla tebligat yapılması iki hâlde mümkün olabilir. İlk hâl, Teb. K. m. 7a/1'de öngörülmüştür. Söz konusu bu hüküm kapsamına giren kişiler ile makam ve mercilere elektronik tebligat yapılmasında onların iradesine hiç bakılmaz. İkinci hâl ise Teb. K. m. 7a/2'de geçmekte olup; muhatabın isteği üzerine elektronik tebligatın yapılabileceği yönündedir.

1. Tebligatın Elektronik Yolla Yapılması Zorunlu Olanlar

ETY'nin çeşitli maddelerinde tüzel kişiliği haiz olmayan bazı toplulukları da kapsayacak şekilde kendisine elektronik tebligat yapılabilecekler sayılmıştır. Bu şekilde zorunlu olarak elektronik tebligat yapılacakların kapsamının genişletilmesi, 7101 sayılı Kanun ile getirilen en önemli değişiklik olarak görülmektedir^[8]. Teb. K. m. 7a/1 gereğince teknik sorunlar söz konusu olmadığı sürece elektronik tebligat yapılabilecekler şu şekildedir:

- 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar;
- 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahallî idareler;
- Özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları;
- Kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri;
- Sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıklar;
- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları;
- Kanunla kurulanlar da dâhil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri;
- Noterler;

[8] Akkan (*Elektronik Tebligat*), s. 32; Akkan (7101), s. 156.

- Baro levhasına yazılı avukatlar^[9];
- Sicile kayıtlı arabulucular ve bilirkişiler^[10];
- İdareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birim.

Gerek Teb. K. gerekse ETY hükümlerinde maalesef kendisine elektronik tebligatın yapılması zorunlu olan muhatabın hukuki niteliğine uygun ifadeler kullanılmamıştır. Şöyle ki, ETY m. 3/1 - (ğ) hükmüne göre muhatap, elektronik tebligatın alıcısı olan gerçek ve tüzel kişidir. Yine ETY m. 5/1'de mutlaka elektronik tebligat yapılacak muhatabın gerçek veya tüzel kişi olabileceği ifade edilmiştir. Aynı hatalı kullanım, 7101 sayılı Kanun m. 48 ile değiştirilen Teb. K. m. 7a/1 hükmünde de vardır. Söz konusu hükümlerde belirli gerçek ve tüzel kişilere elektronik yolla tebligatın yapılabileceği belirtilmiştir. Hâlbuki tüzel kişiliği olmayan bazı makam ve mercilerin bu durumu hiç dikkate alınmamıştır. Söz gelimi, tüzel kişiliği olmayan adli ve idari yargı mercileri ile icra müdürlüklerinin sanki tüzel kişiliği varmış gibi ifade edilmesi uygun olmamıştır.

Teb. K. m. 7a/1'in kapsamına giren bazı gerçek kişiler bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasında fayda vardır. Şöyle ki, görülmekte olan bir davada bilirkişi olarak görevlendirilen kişiye elektronik tebligat yapılabileceğinden şüphe edilemez. Buna karşın, bilirkişinin davanın bizzat tarafı olduğu hâllerde, bilirkişi sıfatıyla görev alması söz konusu olmadığından bu kişiye elektronik tebligat yapılmamalıdır. Böyle bir durumda elektronik tebligatın yapılması, ancak Teb. K. m. 7a/2 hükmü kapsamında mümkün görülmelidir. Keza noterler ve arabulucular bakımından da aynı şekilde bir ayırım yapılması gerekebilir. Nitekim Teb. K. m. 7a/1 kapsamındaki

[9] Öğretide posta yoluyla yapılan tebligatları azaltmak için avukatlara elektronik tebligatın yapılması önerilmiştir, bkz. **Kurt-Konca, Nesibe**, “*Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 115, 2014, s. 265. 7101 sayılı Kanun m. 48 ile getirilen değişiklik sonucu, Teb. K. m. 7a/1 hükmünün kapsamına avukatların da alınmış olması bu önerinin dikkate alındığını göstermektedir.

[10] Bilirkişilerin Bilirkişilik Yönetmeliği m. 4/1 - (c)'de özel hukuk tüzel kişisi olabileceği öngörülmüştür. Böyle bir durumda, ETY m. 5/1 - (f)'ye göre elektronik tebligatın yapılması her hâlükârda mümkün olur.

bu gerçek kişilerin kendi özel işleri ile ilgili hususlarda zorunlu elektronik tebligat dışında tutulması gerektiği belirtilmektedir^[11].

2. İsteğe Bağlı Elektronik Tebligat Başvurusu

7101 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerde, 6099 sayılı Kanun ile getirilen elektronik tebligatın isteğe bağlı olması kuralı^[12] muhafaza edilmiştir. Teb. K. m. 7a/1'de öngörülen kişi ile makam ve mercilerden olmayan bir muhatabın başvurusu üzerine ona elektronik tebligat yapılabilir. Teb. K. m. 7a/2 gereğince bu şekilde tebligat yapılabilmesi için muhatabın bu yönde bir irade açıklamasında bulunması şarttır. Tebligatın elektronik ortamda yapılması isteğe bağlı da olsa, elektronik tebligatın yapılması hususunda başvuruda bulunulduktan sonra artık diğer klasik usullere göre tebligat yapılamaz^[13]. Teb. K. m. 7a/2'de ve ETY m. 5/2, 2. cümlede bu husus açıkça vurgulanarak, eski dönemde yaşanan tereddüt giderilmiştir. Bu şekliyle Teb. K. m. 7a/2 kapsamında elektronik tebligatın yapılması, isteğe bağlı olarak gerçekleşebilen bir elektronik tebligat şeklinde değerlendirilebilir. Bunun yanı sıra, Teb. K. m. 7a/2'ye göre elektronik tebligat adresi edinildikten sonra elektronik tebligat yapılması belirli konu veyahut makam ve merci ile sınırlandırılmış olmaz. Daha sonra tebligatı çıkarmaya yetkili bütün makam ve merciler de görev alanlarına giren konularda elektronik tebligat yapma yoluna gitmelidirler^[14].

[11] Akkan (Elektronik Tebligat), s. 69, 70; Akkan (7101), s. 163.

[12] Kurt-Konca, s. 263; Özbay, İbrahim, "6099 sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 131.

[13] Akkan (Elektronik Tebligat), s. 72, 73. 6099 sayılı Kanun m. 48 ile getirilen Teb. K. m. 7a/1'de geçen "Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir." şeklindeki ifade sebebiyle, elektronik tebligatın yapılmasının bir zorunluluk arz edip etmediği hususunda tereddüt edilmekteydi. Eski hâline göre Teb. K. m. 7a/3'te öngörülmüş olan "Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır." hükmüne göre isteğe bağlı başvuruda da elektronik tebligatın yapılmasının zorunlu olduğu savunulmuştur, bkz. Acar, Ayşe Ece, "Elektronik Tebligat", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 163.

[14] Bu hususta bkz. Akkan (7101), s. 159.

Teb. K. m. 7a/1 kapsamına giren kişi ile makam ve mercilerin UETS'ye kaydedilmesinin bir zorunluluk arz etmemesi de söz konusu olabilir. Tebligatın yurt dışına yapılması gerektiğinde böyle bir ihtimal gündeme gelebilir. Aslında Teb. K. m. 7a/1 çerçevesinde elektronik tebligat adresi edinilmesi zorunluluğuna herhangi bir sınırlandırma getirilmemiştir. Buna rağmen yurt dışında bulunduğu için UETS'den elektronik tebligat adresi edinmesi beklenemeyenlere elektronik tebligat yapılmamalıdır. Söz gelimi, merkezi yurt dışında bulunan bir özel hukuk tüzel kişisine elektronik tebligat yapılabilmesi için bu tüzel kişiliğin UETS'de kayıtlı bir elektronik tebligat adresi bulunmalıdır. Yine yurt dışında faaliyet gösteren bir avukata veya notere de aynı sebeple elektronik tebligat yapılamaz.

Yurt dışında oradaki mevzuata uygun olarak verilmiş bir elektronik tebligat adresine ise UETS üzerinden tebligat yapılması düşünülemez. Bu nitelikteki bir elektronik tebligat adresi, elektronik tebligata elverişli değildir. Merkezi Türkiye'de olmayan, kontrol edilemeyen ve denetlenemeyen bir elektronik tebligat adresinin esas alınması sakıncalı görülmektedir^[15]. Fakat bu durum, yurt dışında bulunan kişi ile makam ve mercilere elektronik tebligatın hiçbir suretle yapılamayacağı anlamına gelmez. Normalde kendisine Teb. K. m. 25 vd. hükümlerine göre tebligat yapılması gereken bir muhatap, Teb. K. m. 7a/2 kapsamında yapacağı başvuru ile elektronik tebligat adresi edinebilir^[16]. Bu durumda muhatabın UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresi bulunduğu için muhataba elektronik tebligat yapılabilir. Bunun yanı sıra, bu şekilde elektronik tebligat yapılırken yurt dışına tebligat yapıldığı da düşünülmemelidir. Dolayısıyla, tebligat evrakının muhataba bu şekilde ulaştırılmasında diğer devlet açısından bir egemenlik hakkı ihlali gündeme gelmez^[17].

[15] Bu husus, 6099 sayılı Kanun m. 2'nin gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır. Yurt dışındaki bir sisteme dâhil olan elektronik tebligat adresi için “tebligata elverişli olmama” durumu söz konusudur, bkz. **Özbay** (Değişiklikler), s. 130.

[16] Yurt dışında bulunanların kendilerine elektronik yolla tebligat yapılması için başvuruda bulunabileceği kabul edilmektedir, bkz. **Tüzüner, Özlem**, “Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 4, 2011, s. 151.

[17] Teb. K. m. 25 hükmüne göre yabancı memleketin mevzuatına uygun olarak oradaki yetkili makam vasıtasıyla tebligat yapılması şarttır. Kendisine bu hüküm kapsamında tebligat yapılması gereken bir muhatap Teb. K. m 7a/2 uyarınca elektronik tebligat adresi edinmişse, o muhataba sadece Teb. K. ve ETY hükümleri çerçevesinde elektronik tebligat yapılabilir. Bu şekilde elektronik tebligatın yapılmasının mümkün olduğu

C. Zorunlu Bir Sebepden Ötürü Elektronik Tebligatın Yapılamaması

Elektronik tebligatın yapılması bir sebepten ötürü mümkün olmayabilir. Mevzuatta tebligatın elektronik yolla yapılamamasının hangi hâllerde söz konusu olacağı açıkça belirtilmemiştir. Tebligatın çıkarılacağı tarihte altyapının zarar görmesi sebebiyle UETS'nin çalışmaması^[18] veya muhatabın başvurusu üzerine elektronik tebligat adresinin kapatılmış olması gibi sebeplerin varlığı hâlinde elektronik tebligatın yapılmasını imkânsız kılan bir durumun varlığı kabul edilebilir. Bu gibi hâllerde, muhataba ait olan herhangi bir elektronik adrese elektronik tebligat mesajı gönderilmemelidir^[19]. Buna rağmen tebligat evrakı elektronik yolla (*mesela UYAP üzerinden*) gönderilirse, tebligat işleminin yokluğu söz konusu olur^[20]. Zira başka bir sistem veya UETS'ye kayıtlı olmayan bir elektronik adres Teb. K. anlamında belgelendirme işlevini haiz değildir. Bu yüzden, Teb. K. m. 7a/3'te ve yine ETY m. 16'da açıkça ifade edildiği üzere elektronik tebligat yapılamıyorsa, Teb. K. hükümlerinde öngörülmüş diğer klasik usullere göre tebligat yapılmalıdır^[21]. Hemen belirtmek gerekir ki, elektronik tebligat yapılamadığı için ilan tebligat yapılabileceği sonucuna da varılamaz. Elektronik tebligat mümkün değilse ve diğer klasik usullere göre de tebligatın yapılamaması söz konusuysa, ancak bu takdirde muhataba ilan tebligat yapılmalıdır.

Uygulamada elektronik tebligatın yapılmasının işlem anında mümkün olmasına rağmen Teb. K. hükümlerinde geçen diğer klasik usullere göre tebligat yapılmış olması durumuyla karşılaştırılabilir. Böyle bir durumda, elektronik yolla yapılmayan tebligatın yokluğundan veya usulsüzlüğünden bahsedilip bahsedilemeyeceği sorununun ele alınması ihtiyacı doğar. İsaletli

hâllerde Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasındaki uluslararası anlaşma hükümleri de uygulama alanı bulmaz.

- [18] **Akil, Cenk**, “11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, 2012, s. 252; **Özbay** (Değişiklikler), s. 1434; **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 73.
- [19] HMK m. 243'te tanığın davet edilmesinin elektronik posta ile gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Bu hâlde, tanığa ait olan tebligata elverişli bir elektronik adrese [UETS'ye kayıtlı adrese] gönderim yapılmadığı sürece Teb. K. m. 7a anlamında bir tebligattan söz edilemez, bkz. **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 38.
- [20] **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 77-80.
- [21] Uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme adına bu şekilde bir düzenleme yapılması olumlu görülmektedir, bkz. **Akil**, s. 252; **Özbay** (Değişiklikler), s. 134 (dn. 60).

bir değerlendirme yapabilmek için elektronik tebligatın getirilmesine yönelik düzenlemelere bakılmasında fayda vardır. Teb. K. m. 7a/3 hükmüne göre elektronik tebligata imkân tanınması (6099 sayılı Kanun m. 2) ve elektronik tebligatın yapılmasında kapsamın genişletilmesi (7101 sayılı Kanun m. 48) ile elektronik tebligatın diğer tebligat usullerini kaldırmak üzere ihdas edilmediği anlaşılabilir. Teb. K. m. 7a/3 hükmü ile elektronik tebligata öncelik verilmiş ve fakat klasik usuller de muhafaza edilmiştir^[22]. O hâlde, Teb. K. m. 7a hükmüne aykırı olarak elektronik tebligat dışında bir usul ile tebligat yapılması hâlinde tebligatın yokluğundan bahsetmek güçtür. Kaldı ki, Teb. K. hükümlerine göre yapılmış elektronik yolla olmayan bir tebligat, her hâlükârda bilgilendirme ve belgelendirme unsurunu ihtiva edecektir.

Yukarıda belirtilen durumda Teb. K. m. 32 anlamında bir usulsüz tebligatın söz konusu olup olmadığı hususu da değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, sırf elektronik tebligat yapılmadığı için klasik usulle gerçekleşmiş bir tebligat işlemi usulsüz görülmemelidir^[23]. Bu hâlde muhatabın elektronik tebligat yoluyla tebligat yapılması yönündeki beklentisinin haklı bir beklenti olarak görülemeyeceği düşüncesindeyiz. Elbette, elektronik tebligatın usulüne ilişkin hükümler de, bilhassa HMK m. 27/1 - (a)'da geçen bilgi edinme hakkının gerçekleşmesi için öngörülmüştür^[24]. Lakin elektronik yolla tebligat yapılması suretiyle daha çok usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesi hedeflenmiştir^[25].

[22] **Özbay** (Değişiklikler), s. 133.

[23] Elektronik yolla tebligat yapma imkânı varken klasik bir yöntemle yapılacak tebligatın usulsüz görüleceği şeklinde aksi yönde görüş de ileri sürülmektedir, **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 68, 69. Gerekçe olarak, elektronik tebligat ile klasik yöntem ile yapılan tebligatın birbirine alternatif mahiyette olmadığı gösterilmektedir, bkz. **Akkan** (7101), s. 163. Vergi Usul Kanunu bakımından diğer usullere göre elektronik tebligatın ek veya tamamlayıcı bir usul olmadığı belirtilmiştir, bkz. **Solak-Akman, İnci**, “*Türk Vergi Hukukunda Norm Koyma ve Normun Uygulanmasında Kronikleşmiş “Yetkilendirme” Sorununa Yeni Bir Örnek: Elektronik Ortamda Tebliğ Usulüne İlişkin Düzenlemeler*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 74, S. 2, 2016, s. 271.

[24] Bilgi edinme hakkının gerçekleşmesi için mevzuatta öngörülmüş usule göre bildirimde bulunulmasına dikkat edilmelidir, bkz. **Özkes, Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, An-kara 2003, s. 98, 99. Kanuni bir dayanağa bağlanan elektronik tebligatın da usulüne uygun gerçekleşmesi bilgi edinme hakkına hizmet eder.

[25] Elektronik tebligatın sağladığı avantajlar göz önünde tutularak özellikle usul ekonomisi ilkesine hizmet edeceği vurgulanmaktadır, bkz. **Özbay** (Değişiklikler), s. 128; **Kurt-Konca**, s. 262; **Akkan** (7101), s. 155.

Ayrıca, sırf Teb. K. hükümlerinde öngörölmüş klasik usullere başvurulduğu için muhatabın bilgi edinme hakkının ihlal edildiği de söylenemez. Hatta bu ihtimalde de tebligat işlemi amacına ulaşmış olur^[26].

Zorunlu bir sebepten ötürü elektronik tebligat yapılamamasında ETY hükümlerinde önemli bir eksiklik olarak göreceğimiz bir husus, eETY m. 7/3, 3. cümle^[27] hükmünün muhafaza edilmemiş olmasıdır. Bu hükme göre, klasik usule göre tebligat yapılırken sonraki tebligatların elektronik yolla gerçekleşeceği bildirim yapılması gerekmekte idi^[28]. ETY m. 16 hükmünde buna yer verilmemiş olmasını anlamlandırmak güçtür. Gerçi mümkün olduğu ölçüde elektronik tebligatın öncelikle tercih edilecek olması sebebiyle böyle bir hükme yer verilmesinin gerekmediği düşünülebilir. Fakat kendisine elektronik tebligat dışında bir usulle tebligat yapılmış kişide daha sonraki aşamalarda da aynı usulün izleneceği beklentisi oluşabilir. Bu durum göz önünde tutulduğunda, zorunlu sebeple klasik usulle yapılmış bir tebligatta bundan sonraki tebligatların elektronik yolla yapılacağını bildirilmesi hususunun ETY’de de muhafaza edilmesi yerinde olurdu.

II. Uygulamada Elektronik Yolla Tebligatın Yapılmasında Ortaya Çıkabilecek Sorunlar

Muhataba elektronik yolla tebligat yapılmasında elektronik tebligat adresinin edinilmesi ve sonrasında tebligat evrakının gönderilmesi ile buna ilişkin kayıtların işlevi önem arz etmektedir. Uygulamada elektronik tebligat adresinin UETS’ye tanımlanmasından sonra muhataba bu hususta bilgi verilmemesi, kanuni veya iradi temsil durumun dikkate alınmaması ve elektronik tebligat adresinin kullanılmaması gibi durumlarda elektronik yolla yapılan bildirimlerin Teb. K. m. 32 anlamında usulsüzlüğü iddiasına dayanılabilir.

[26] Tebligatın amacı, muhatabın tebliğ konusunu öğrenmesi ve kendisine tanınan kanuni imkânları kullanmasının sağlanmasıdır, bkz. **Koca, Geylani**, “*Tebligatın Esası, Gecikmesi Sorunu ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 6, 2008, s. 2986, 2990.

[27] eETY m. 7/3, 3. cümle: “... *Bu tebligatta ayrıca, müteakip tebligatların elektronik ortamda yapılacağı bildirilir.*”

[28] **Özby** (*Elektronik Tebligat*), s. 1430; **Acar** (*Tebligat*), s. 168.

A. Elektronik Tebligat Adresinin UETS'ye Kaydedilmesi ve Tebligatın Yapılması

Elektronik tebligat adresinin oluşturulması ve muhataba teslimi sonrasında öncelikle elektronik tebligatın muhataba ne şekilde yapılabileceği belirlenmelidir. Bununla birlikte, tebligatın muhataba değil de başka bir kişiye (*kanuni temsilci gibi*) yapılmasını gerektiren hâller söz konusu olabilir. Bu durumda, elektronik tebligat adresine gönderimde bulunulması yoluna gidilmemelidir.

1. Muhataba Elektronik Yolla Tebligat Yapılması

Muhatap için elektronik tebligat adresi oluşturulması başvurusu, iki kapsamda gerçekleşebilir. Eğer Teb. K. m. 7a/1 hükmü gereğince elektronik tebligat adresi alınması zorunlu ise ETY m. 6/1'e göre belirli bir süre içinde elektronik tebligat adresi verilmesi için başvuruda bulunulmalıdır. Bu süre, 01/01/2019 tarihinden itibaren bir ay içinde olmak üzere öngörülmüştür. Haklı olarak bu sürenin kısa olduğu ifade edilmiştir^[29]. Başvuruda bulunulurken muhatap ile elektronik tebligat adresi arasındaki bağın kurulabilmesi için muhataba ait bazı bilgiler başvuruda belirtilmelidir (ETY m. 6/2 ve 3). Teb. K. m. 7a/2 kapsamına giren isteğe bağlı elektronik tebligat hâli için ise doğal olarak bir süre sınırı getirilmemiştir (ETY m. 7/1). Fakat muhatapın isteği üzerine verilecek elektronik tebligat adresi bakımından da muhataba ait belirli bilgiler başvuruda yer almalıdır (ETY m. 7/2).

7101 sayılı Kanun m. 48 ile değişiklik yapılmadan önce de elektronik tebligatın zorunlu olduğu hâller düzenlenmişti. Buna göre, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik tebligat zorunlu olarak yapılmaktaydı. 01/01/2009 tarihinden 01/02/2019 tarihine kadar olan geçiş süresi olarak görülecek bu zaman aralığında da belirttiğimiz bu tüzel kişiliklere elektronik tebligat yapılabileceği düşünülebilir. Çünkü söz konusu tüzel kişilere elektronik tebligat yapılması, 6099 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik ile zorunlu kılınmıştır. Şu var ki, önceden verilmiş KEP adreslerinin UETS'ye aktarılması öngörülmediğinden^[30] dolayı, bu tüzel kişiler için UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresi edinilene

[29] Akkan (7101), s. 161.

[30] Bu hususta bkz. (<https://istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=14049&Desc=Elektronik-Tebligata-%C4%B0li%C5%9Fkin-PTT-Duyurusu> Erişim Tarihi: 28.12.2018).

kadar Teb. K. m. 7a/3 hükmü gereğince Teb. K. m. 35/4 çerçevesinde Teb. K. m. 12'de geçen usul izlenerek tebligat yapılabilir^[31].

Muhataba elektronik yolla tebligat yapılırken elektronik tebligat mesajının UETS'ye kayıtlı elektronik tebligat adresine gönderilmesi söz konusu olur^[32]. Tebligatın bu şekilde yapılması öncesinde bazı hazırlıkların yapılması, tebligatın usulüne uygun olarak gerçekleşmesi için lüzumludur. eETY m. 7/2'de kendisine zorunlu olarak elektronik tebligat yapılacak kişilerin, bu elektronik tebligat adresini tebligatı çıkaran makam ve mercie bildirmesi öngörülmüştü^[33]. Yeni sistemde ise bu şekilde bir bildirimde bulunulmasına lüzum yoktur^[34]. ETY m. 8/1 hükmü gereğince, kendisine elektronik tebligat yapılacaklar için oluşturulan elektronik tebligat adreslerinin PTT tarafından UETS'ye bildirileceği öngörülmüştür. Buna uygun olarak, eETY m. 7/4 hükmü de muhafaza edilmemiştir. Aynı mantıkla muhafaza edilmeyen başka bir düzenleme ise kendi isteği üzerine elektronik tebligat yapılacak muhatabın bildirdiği adresin elektronik tebligata elverişli olmamasına ilişkin hükümdür. İsteğe bağlı olarak elektronik tebligat yapılması başvurusu üzerine, muhatabın UETS'ye yüklenen elektronik tebligat adresinin elektronik tebligata elverişli olmaması düşünülemez. Bu yüzden, ETY'de bu gibi ihtimallere cevap vermek üzere hükümler sevk edilmemiştir.

[31] Bu hususta bkz. 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Ed. Özkes, Muhammet), s. 198.

[32] Muhatabın güvenli elektronik imzasını kullanarak veya e-Devlet kapısı üzerinden kimlik doğrulaması yaparak ya da PTT tarafından verilen şifre ile birlikte telefonuna kısa mesajla gelen tek kullanımlık doğrulama kodunu kullanarak elektronik tebligat adresine erişimi mümkündür (ETY m. 11). Muhatabın e-devleti de kullanarak elektronik tebligat adresine girebilmesi, ETY m. 4/1 - (ç)'de geçen entegrasyonun ve işbirliğinin sağlanması ilkesi ile uyumludur. eETY m. 4/1 - (c)'de bu ilke "*birlikte çalışabilirlik*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, bütünlük kamusal hizmetin sunulabilmesi için sistemler arasında birlikte çalışılabilirlik sağlanmalıdır, bkz. **Özbay** (*Elektronik Tebligat*), s. 1440.

[33] 7101 sayılı Kanun öncesinde avukatlar bakımından her dosya için ayrı ayrı elektronik tebligat adresinin bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. **Akkan, Mine**, "*Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler*", Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 57. 7101 sayılı Kanun ile avukatların Teb. K. m. 7a/1 kapsamına alınmasıyla beraber bu tespitin de uygulama alanı artık kalmamıştır. ETY m. 8/1 hükmünde de sadece tek bir elektronik tebligat adresi tahsis edilebileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple, bir avukatın takip ettiği dosya sayısına bakılmaksızın tek bir elektronik tebligat adresi olabilir.

[34] **Akkan** (7101), s. 163, 164.

Öte yandan, UETS'ye kayıt edilen elektronik tebligat adresi, ETY m. 8/2 ve 3 hükümlerine göre tebligatı çıkaracak makam ve merciin kullanımına sunulur. ETY m. 24'te PTT tarafından bir adres rehberinin oluşturulacağı ve bu rehberin tebligatı çıkarmaya yetkili makam ve mercilerin kullanımına sunulacağı açıkça öngörülmüştür. Muhatap bildirimde bulunmamış olsa dahi, tebligatı çıkaracak makam ve merci tarafından UETS'deki kayıtlara bakılarak muhataba ait elektronik tebligat adresi tespit edilebilir^[35]. UETS'de tanımlı bu adrese elektronik tebligat mesajının gönderilmesi hâlinde ise usulsüz tebligat yapıldığı iddiası da gündeme gelmez.

ETY m. 8/2 ve 3'te muhatapın elektronik tebligat adresi oluşturulduğu takdirde bilgilendirileceğine yer verilmiştir. Muhatap bilgilendirmeden elektronik tebligat adresinin kullanıma sunulması söz konusu emredici hükümlere aykırılık teşkil eder. Şöyle ki, elektronik tebligat adresinin oluşturulduğu hakkında daha muhatap bilgilendirilmeden UETS'ye bu adres yüklenmiş ve elektronik tebligat mesajı gönderilmiş olabilir. Henüz elektronik tebligat adresinin oluşturulduğundan haberdar olmayan bir muhataba bu şekilde yapılan bir elektronik tebligat, Teb. K. m. 32 kapsamında usulsüz bir tebligat olarak görülmelidir. Buna bağlı olarak, elektronik tebligatın içeriğini muhatap ne zaman öğrenirse ancak bu tarihten itibaren tebligata bağlı hukuki sonuçlar doğabilir.

2. Kanuni ve İradi Temsil Hâlinde Elektronik Tebligat

Kanuni temsili gerektiren hâllerde (*muhatap hakkında kısıtlılık kararı verilmesi gibi*) ETY m. 17/3 uyarınca elektronik tebligat adresinin kapatılması gerekmektedir^[36]. Yine aynı hükümde PTT'ye bu durumun bildirilmesinden sonra bir ay içinde elektronik tebligat adresinin kullanıma kapatılacağı öngörülmüştür. Kullanıma kapatma anına kadar olan dönemde de elektronik tebligat adresine elektronik yolla bildirimde bulunulmuş olabilir. Aslında kanuni temsili gerektiren bir hâlin doğduğu tarihten itibaren Teb. K. m. 11/3'e göre muhataba tebligat yapılmalıdır. Bu yüzden, kısa süre için tebligatı çıkaran makam ve merciin kanuni temsili gerektiren durumdan

[35] Akkan (*Elektronik Tebligat*), s. 68.

[36] Kanuni temsili gerektirmeyen ve fakat elektronik tebligat adresinin kullanılmasının mümkün olmayacağı askerlik ve ceza infaz kurumuna girme (*kısıtlılığı gerektirmeyen*) gibi hâllere de ETY m. 17/3'te yer verilmiştir. Bu gibi ihtimallerde elektronik tebligatın yapılması hususunu II, B, 1. Başlığı altında ele alacağız.

haberdar edilmesi sağlanmalıdır. Böylece, gereksiz yere elektronik tebligat adresine tebligat yapılmasının da önüne geçilebilir.

Avukat ile takip edilen dava ve işlerde ise Teb. K. m. 11'in açık hükmü gereğince elektronik tebligatın avukata yapılması gerekir. Avukata yapılacak tebligat ise Teb. K. m. 7a/1'e göre avukatın elektronik adresine ulaştırılmalıdır^[37]. Muhatabın Teb. K. m. 7a/1 kapsamına girenlerden olmasının bu bakımdan hiçbir önemi yoktur. Buna rağmen asıla elektronik tebligat yapılması hâlinde tebligatın yokluğu söz konusu olabilir. Zaten elektronik tebligat hakkında olmamakla birlikte, kendisine tebligat yapılmaması gereken asıla tebligat çıkarıldığında, vekile yapılmış bir tebligat mevcut olmaması sebebiyle, tebligatın yokluğu kabul edilmektedir^[38]. Buna bağlı olarak, Teb. K. m. 32 hükmünün böyle bir durumda uygulanması da mümkün olmaz^[39]. O hâlde, vekil ile temsil söz konusu ise elektronik tebligat müvekkile yapıldığı takdirde elektronik tebligatın yokluğu söz konusu olur ve Teb. K. m. 32 uygulama alanı bulamaz. Teb. K. m. 7a/2 kapsamında müvekkil tarafından yapılmış isteğe bağlı elektronik tebligat başvurusu hâlinde de elektronik tebligat avukata yapılmalıdır. Aksi hâlde, elektronik tebligat işleminin yine aynı şekilde yokluğundan söz edilebilir^[40].

[37] 7101 sayılı Kanun m. 48 ile Teb. K. m. 7a/1 hükmü değiştirilmeden önce avukatlar kendilerine zorunlu olarak elektronik tebligat yapılacaklardan değildi. Vekile tebligat yapılması gerektiği takdirde, eETM m. 12/3 gereğince Teb. K. hükümlerine göre klasik usuller ile tebligat yapılabileceği belirtilmiştir, bkz. **Acar (Tebligat)**, s. 168, 169. Artık avukatlara da zorunlu olarak elektronik tebligat yapılabileceği için ETM hükümleri arasında bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

[38] **Muşul, Timuçin**, Tebligat Hukuku, 6. Bası, Ankara 2017, s. 223, 224.

[39] **Güneş, Derya Belgin**, "Tebligat Yokluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 224. Yargıtay uygulaması çerçevesinde de vekile yeniden tebligat yapılacağı kabul edilmektedir, bkz. **Muşul**, s. 208. Bu görüş doğrultusunda da tebligatın yokluğunun kabul edildiği söylenebilir.

[40] İradı temsili gerektiren durumun bilinmediği bir aşamada ise vekil yerine müvekkile yapılan elektronik tebligat geçerli görülmelidir. Dava dilekçesinin ve ödeme emrinin tebliğinde bu durum sıklıkla gündeme gelmekte ve tebligatın yapılacağı vekilin gösterilmemesi bir sakınca teşkil etmemektedir, bkz. **Karamercan, Fatih**, Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları - Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 122; **Budak/Karaaslan**, s. 172. Verilen hüküm ilamlı icraya koyulduğu takdirde ise tebligat, karşı tarafın ilamda adı geçen vekiline yapılmalıdır, bkz. Yargıtay HGK, E. 2003/12-442, K. 2003/445, T. 02.07.2003 (Kazancı Bilişim – İcra Bilgi Bankası). Bu şekilde yapılacak tebligat da Teb. K. m. 7a/1 - (9) gereğince elektronik yolla olabilir.

Şayet birden fazla vekil ile temsil söz konusu ise Teb. K. m. 11'de öngörülen bu avukatlardan birine tebligat yapılmasının yeterli olması kuralının elektronik tebligat bakımından da uygulanması mümkündür. Teb. K. m. 11/1, 2. cümle uyarınca vekillerden birine tebligat yapılması yeterlidir. Avukatların Teb. K. m. 7a/1 kapsamında kendisine zorunlu olarak elektronik tebligat yapılacak kişiler olduğu düşünüldüğünde, elektronik tebligatın bu avukatlardan birisine yapılması yoluna gidilmelidir. Vekâlet ilişkisi HMK m. 81 ile 83 kapsamında sona erdiği takdirde, artık avukata da elektronik tebligat yapılması ihtimalinden söz edilemez.

B. Elektronik Tebligatın Hazırlanması ve Muhataba Ulaştırılması

Muhatabın usulüne uygun başvurusu üzerine, UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresi oluşturulup muhataba teslim edilir. Daha sonra elektronik tebligat mesajı^[41] bu oluşturulmuş adrese gönderilerek tebligat yapılabilir. Elektronik tebligatın yapılmasında muhataba daha önce klasik yöntemlere göre tebligat yapılıp yapılmadığına bakmaya ise lüzum yoktur. Aslında 6099 sayılı Kanun m. 2'nin gerekçesinde ilk tebligatın klasik yöntemlere göre yapılması gerektiği belirtilmiştir^[42]. Fakat 6099 sayılı Kanun ile getirilen Teb. K. m. 7a hükmünün uygulamasında böyle bir şart aranmamıştır. Bu düzenlemenin 7101 sayılı Kanun ile değiştirilmiş hâlinde ve ETY hükümlerinde de bu şekilde bir şart yer almamaktadır. İlk bildirim dahi elektronik tebligat adresine gönderilmesiyle beraber tebligat işlemi usulüne uygun gerçekleşmiş olur. Bununla birlikte, muhataba elektronik yolla bildirimde bulunulurken elektronik tebligat adresinin kapatılması ve fiilen kullanılamaması hususları dikkate alınarak tebligat yapılmalıdır.

[41] Tebligat mesajının Teb. K. lüzumlu bilgileri içermesi şarttır. Mesela, muhatabın tebligatı çıkararak makam ve mercie davet edilmesi lüzumlu ise Teb. K. m. 9'da geçen bilgileri ihtiva eden bir mesaj gönderilmelidir. Yargıtay, davetiyenin içeriğine yönelik bu hükmü emredici hukuk kuralı olarak görmekte ve muhataba savunma hakkı tanınması için tebligat evrakının Teb. K. m. 9'a uygun olmasını aramaktadır, bkz. Yargıtay 2. HD, E. 2003/5250, K. 2003/8584, T. 10.06.2003 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

[42] Gerekece metni için bkz. **Akkan**, s. 54.

1. Elektronik Tebligat Adresini Kullanmanın Fiilen Mümkün Olmaması

Öyle durumlar ortaya çıkabilir ki muhatap açısından elektronik tebligat hizmetinden yararlanılması mümkün olmayabilir. Kanuni temsili gerektirmemekle beraber elektronik tebligat adresini kullanmanın fiilen mümkün olmadığı bazı hâllere (*ceza infaz kurumuna girme veya askerlik gibi*) ETY m. 17/3'te yer verilmiştir. Buna göre, elektronik tebligat adresini fiilî kullanma imkânının bulunmadığının PTT'ye bildiriminden sonra bir ay içinde elektronik tebligat adresi kapatılır. Adresin kapatılması anına kadar bu durumdan haberdar olmayan tebligatı çıkarmaya yetkili makam veya merciin elektronik tebligat mesajı göndermesi ihtimal dâhilindedir. Öncelikle belirtelim ki, elektronik tebligatın da bilgilendirme ve belgelendirme işlevini gördüğü dikkate alındığında, bahsedeceğimiz bu ihtimalde tebligat işleminin yokluğundan bahsedilemez. Bu durumda, tebligat hukuku anlamında bir tebligat işlemi mevcut olup; bu işlemin usulüne uygun olup olmadığı tartışması doğabilir. Gönderilen elektronik tebligatın usulüne uygun görülüp görülmeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülebilir.

Elektronik tebligat adresinin kullanılmasının fiilî olarak mümkün olmadığı tarihten itibaren elektronik tebligat adresine yapılan bütün tebligat işlemlerinin usulsüz olduğu savunulabilir. Dolayısıyla, bu durum fark edildiği takdirde askerlik hizmetinde olan muhatap için Teb. K. m. 14'e; ceza infaz kurumunda bulunan muhatap için ise Teb. K. m. 19'a göre tebligat yapılmalıdır. Şayet bu görüş kabul edilirse, muhatabın ETY m. 17/3 kapsamında kapatma bildiriminde bulunma imkânına sahip olup olmadığı hususu üzerinde durmaya gerek kalmaz. Söz gelimi, askere giderken elektronik tebligat adresini kapatmayı ihmal eden muhataba dahi elektronik yolla yapılan tebligat usulsüz görülebilir.

Buna karşın, yalnızca ETY m. 17/3 hükmüne göre yapılan bildirim tarihinden sonra gerçekleşecek elektronik tebligatların usulsüz kabul edilebileceği görüşü de ileri sürülebilir. Fakat bu görüşte zorunlu olarak kapatma bildiriminin yapılmamasının muhatabın ihmalinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmalıdır. Sadece kapatma başvurusunda bulunma imkânından hiçbir şekilde bahsedilemeyecek bir hâlde elektronik tebligatın usulsüz sayılabileceği söylenebilir. Kanaatimize göre ikinci görüş daha isabetli olup; hiçbir ayırım yapılmaksızın yalnızca muhatabın bildiriminden sonra gerçekleşecek bir elektronik tebligat usulsüz görülmelidir. Kapatma başvurusunda bulunma

imkânına sahip olmayan muhatap ise ilgili muhakeme kanunu (HMK m. 95 vd. veya CMK m. 40 vd. gibi) hükümlerine göre eski hâle getirme başvurusunda bulunabilmelidir.

2. Elektronik Tebligat Adresini Kapatma Başvurusu

ETY m. 17 hükmünde elektronik tebligat adresinin kullanıma kapatılması ihtimali düzenlenmiştir. Kullanıma kapatma başvurusu sonrasında ise bir ay içinde PTT tarafından kapatma işlemi gerçekleşir. Bu şekilde kapatma başvurusu ise ETY m. 19/1 hükmü gereğince sadece geleceğe etkilidir. Daha önce yapılmış elektronik tebligatların bu kapatma işleminden etkilenmesi mümkün değildir. Kapatma başvurusu sonrasında ise bu bir aylık süre içinde elektronik tebligat mesajı gönderilebilir. Çünkü ETY m. 18/1 hükmünde sadece kullanıma kapatma işleminin zaman damgası ile kayıt altına alınacağı ifade edilmiştir. Kapatma başvurusunun ise bu şekilde tespitine yer verilmemiş de olsa, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren elektronik tebligat adresine yapılan bütün bildirimler usulsüz tebligat olarak görülmelidir.

Kullanıma kapatılan elektronik tebligat adresinin muhatabın kullanımına altı ay süreyle daha açık tutulacağı da kabul edilmiştir. Bu altı aylık süre içinde elektronik tebligat adresine ulaşan bildirimlerin hukuki niteliğini belirlemekte fayda vardır. Zaman damgası ile elektronik tebligat adresinin kapatılması üzerine aslında ETY m. 18/1, 2. cümle gereğince elektronik tebligat yapılması yoluna gidilmemelidir. Buna rağmen elektronik tebligat yapılırsa, tebligat işlemi usulsüz kabul edilmelidir. Ortada usulsüz de olsa bir tebligat olduğu için muhatabın öğrenme anı ile birlikte bu elektronik tebligat, hüküm ve sonuç doğurabilmelidir. Kapatmadan sonra da elektronik tebligatın yapılmasının önlenmesi amacıyla kapatma başvurusunun kabulü üzerine, elektronik tebligat adresinin UETS'den hemen düşürülmesi isabetli olur.

ETY m. 5/1 kapsamına girenler için tebligatın elektronik yolla yapılması zorunluluğu ortadan kalktığı takdirde elektronik tebligat adresinin kapatılacağı ifade edilmiştir. Buna karşın, bu zorunluluğun hangi hâllerde sona ereceğine hiçbir açıklık getirilmemiştir. Eğer muhatabın beyanına dayalı olarak kapatma gerçekleşebilirse, elektronik tebligat işlemlerinin yapılmasında bazı güçlükler doğabilir. Hatta kasıtlı olarak dahi elektronik tebligat adresinin kapatılması yoluna gidilebilir. Keyfi bir başvuru sonucu elektronik tebligat adresinin kapatılmasına müsaade edilmemesi daha isabetli olabilir.

Özellikle, tasfiye gerçekleşmemişse özel hukuk tüzel kişilerinde elektronik tebligat adresi kapatma başvurusu reddedilmelidir.

C. Elektronik Tebligat Adresinin Tekliği ve Devredilmezliği

Tüzel kişiliği olmayan bazı topluluklar (*adi şirket, miras ortaklığı, donatma iştiraki vb.*) açısından Teb. K. m. 7a hükmünün uygulanmasına imkân tanınmamıştır. Aslında bu gibi topluluklar bakımından da bir elektronik tebligat adresi temin edilmesine cevaz verilmesi isabetli olabilirdi. Tüzel kişiliğe sahip olmadığı için bu topluluklara elektronik tebligat yapılmasının bir sakınca yaratacağı da söylenemez. Nitekim Teb. K. m. 7a/1'e göre elektronik tebligatın yapılacağı bazı muhataplar açısından tüzel kişiliğin bulunması şartı aranmamıştır. Bununla birlikte, bu tipteki topluluklara Teb. K. m. 7a/2'ye göre de elektronik tebligat yapılması ihtimalinden de söz edilemez. Çünkü Teb. K. m. 7a/2'de kendisine isteğe bağlı olarak elektronik tebligat yapılabileceklerin gerçek ve tüzel kişi olabileceği ifade edilmiştir.

Öte yandan, en azından topluluğu oluşturan kişilerin esas alınması suretiyle onların kullanımına tahsis edilebilen ortak bir elektronik tebligat adresi verilmesi de düşünülebilirdi. Böylece, Teb. K. m. 7a/2'ye göre yapılan bir başvuru üzerine tebligat işlemleri basitleştirilmiş olurdu. Bu durumun ETY m. 4/1 - (b) ve (c)'de geçen ilkelere aykırı olabileceği de savunulamaz. Zira dava veya takibin tarafı olan bu kişiler, dava veya takip dosyasının içeriğini öğrenme imkânına sahiptir. Hâl böyle iken, ETY m. 8/1'de her bir kişiye sadece bir elektronik tebligat adresi verilebileceği öngörüldüğü için ortak bir elektronik tebligat adresi verilmesine imkân tanınmamıştır. Dolayısıyla, elektronik tebligat yapılmasında ister mecburi ister ihtiyari dava veya takip arkadaşlığı olsun, tebligatın hangi usulle yapılacağı her bir dava veya takip arkadaşı açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu durumda, bazıları için elektronik tebligat yapılabileceği gibi; diğerleri için klasik yöntemlere başvurulabilir. Her biri için tebligat işleminin usulüne uygun olup olmadığı da ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Topluluk davasında (bkz. HMK m. 113) ise yukarıda belirttiğimiz şekilde ortak bir elektronik tebligat adresi verilmesine zaten lüzum yoktur. Bu şekilde dava açılırken ilgili tüzel kişinin başvurusu bir geçerlilik şartı teşkil

etmektedir^[43]. Hatta dava arkadaşlığı da söz konusu olmamaktadır^[44]. Dolayısıyla, menfaati korunan kişilere tebligat yapılması da gerekmez. Bu sebeple, topluluk davasında elektronik tebligat yapılması açısından bir sorunla karşılaşmaz. Davayı açan tüzel kişiye ise ETY m. 5/1 - (f)'ye göre elektronik tebligat yapılması her hâlükârda mümkündür.

Hakkında iflasa karar verilen kişiler bakımından ETY m. 17 hükmüne göre elektronik tebligat adresinin kapatılmasının gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelebilir. Özellikle, ETY m. 19/2 hükmünün bu bakımdan üzerinde durulmasında fayda vardır. Anılan hükümde kullanıma kapatılan elektronik tebligat adresinin farklı bir kullanıcıya tahsis edilemeyeceği öngörülmüştür. İflas idaresi tarafından bu adresin kullanılmasına ETY m. 19/2'nin cevaz vermediği söylenebilir^[45]. Oysa İİK m. 184/2 hükmünde müflis namına gelen bildirimlerin iflas idaresinin kontrolüne geçeceği belirtilmiştir. Kaldı ki, müflisin taraf olduğu dava ve takiplere iflas idaresinin devam edebilmesi, bu elektronik tebligat adresinin kullanılmasını gerekli kılabilir. Şayet ETY m. 19/2 hükmü mutlak bir şekilde uygulanırsa, ETY m. 17/1 ve 3'e göre iflâs hâlinde elektronik tebligat adresi kullanıma kapatılmalıdır. Bundan sonra ise müflise yapılacak bildirimler açısından iflas idaresi, İİK m. 184/2 hükmü gereğince bildirimlerin kendisine yapılmasını talep edebilir^[46]. Fakat

[43] **Taşpolat-Tuğsavul**, Kollektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, İstanbul 2016, s. 191, 192.

[44] Bu şekilde bir topluluğu temsilen dava açılmış olması, tek başına dava arkadaşlığı durumunun doğmasını sağlamamaktadır, bkz. **Özbay, İbrahim**, Grup Davaları, Ankara 2009, s. 78.

[45] Aynı durum tasfiye memuru için de söz konusu olabilir. ETY m. 19/2 uyarınca muhataba ait elektronik tebligat adresini kullanamayan tasfiye memurunun Teb. K. m. 7a/1 kapsamına alınması gerekirdi.

[46] İflasa karar verildikten sonra müflise yapılan tebligatın geçersiz olacağı kabul edilmektedir, bkz. **Yılmaz**, s. 124. Yargıtay'ın verdiği kararlar da bu yöndedir, bkz. Yargıtay 12. HD, E. 2016/2251, K. 2016/12956, T. 03.05.2016 (Kazancı Bilişim – İċtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 3. HD, E. 2017/14240, K. 2017/15777, T. 13.11.2017 (Kazancı Bilişim – İċtihat Bilgi Bankası). Danıştay da vergiye dair işlemlerde iflas idaresine tebligat yapılması gerektiğini kabul etmektedir, bkz. Danıştay 9. D, E. 2006/2550, K. 2008/1271, T. 13.03.2008 (Kazancı Bilişim – İċtihat Bilgi Bankası). Yine mükellefin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi sona erdiği ve buna bağlı olarak vergilendirmeye ilişkin yükümlülükler mükellef tarafından yerine getirilemeyeceği için iflas idaresine tebligat yapılması gerektiği belirtilmektedir, bkz. **İnneci, Ahmet/Coşkun-Karadağ, Neslihan**, “Vergi Usul Kanunu’na Göre “Teblig”de Yapılan Hatalar ve Yargının Konuya Bakışı”, Maliye Dergisi, S. 169, 2015, 65. Özel hukuk davaları

iflas idaresine elektronik yolla mesaj gönderilemez. Çünkü iflas idaresinin tüzel kişiliğe sahip olmaması sebebiyle Teb. K. m. 7a/2 gereğince elektronik tebligat adresi edinmesi mümkün değildir. Oysa iflas masasının kanuni temsilcisi olan iflas idaresine de elektronik tebligat yapılabilmesi daha iyi sonuçlar doğurabilir. İflas idaresi üyelerine tebligat yapılmasında ise bunlardan her biri ayrı ayrı dikkate alınarak ya bir elektronik tebligat (*üyenin avukat olması halinde*) ya da klasik usullere göre bir tebligat yapılabilir^[47]. Buna karşın, tasfiyede iflas dairesi görev alıyorsa^[48], Teb. K. m. 7a/1 - (11) gereğince iflas dairesine elektronik tebligatın yapılması mümkündür. Şunu vurgulamak gerekir ki, daha önce belirttiğimiz kapsamda iflas idaresine tebligat yapılması gerekiyorsa, iflas dairesine tebligat yapılmamalıdır^[49].

III. Elektronik Tebligat Kayıtlarının İşlevi ve Sahteliğinin İleri Sürülmesinin Hukuki Sonuçları

Muhataba elektronik tebligatın yapıldığı ve bunun tarihinin tespiti için elektronik tebligat kayıtlarına müracaat edilmektedir. Söz konusu kayıtlar aracılığıyla tebligat işleminin usulüne uygun olup olmadığı anlaşılabilir. Bununla beraber, elektronik tebligat kayıtlarının sahte olduğu da

bakımından da yine bu yönde olan görüşlerde tebligatın ne şekilde gerçekleşeceğine ise açıklık getirilmemiştir, bkz. **Uyar, Talih**, “*İcra Tebliğleri (İİK m. 21)*”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 71, S. 4, 2013, s. 193; **Küçük, Alper Tunga**, “*İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 322. Yargıtay 10. HD'nin kararlarında iflas idaresi üyelerinden her birine tebligat yapılması gerektiği kabul edilmiştir, bkz. Yargıtay 10. HD, E. 2014/23830, K. 2016/3008, T. 10.03.2016 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 10 HD, E. 2016/4059, K. 2018/7690, T. 09.10.2018 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası). Tebligat Niz. m. 15 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde ileri sürülen bir görüşe göre ise iflas idaresi üyelerinden sadece birine tebligat yapılması dahi yeterlidir, bkz. **Yılmaz**, s. 124.

[47] İflas idaresini temsil için vekil tayin edilmesi hâlinde ise artık iflas idaresi üyelerine tebligat yapılması gerekliliğinden bahsedilemez. Mutlaka vekile tebligat yapılmalıdır, bkz. Yargıtay 23. HD, E. 2014/10056, K. 2015/171, T. 14.01.2015 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay HGK, E. 2008/19-342, K. 2008/322, T. 16.04.2008 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

[48] Böyle bir durumda tebligatın iflas dairesine yapılması gerekir, bkz. Yargıtay 21. HD, E. 2016/7404, K. 2016/7707, T. 02.05.2016 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

[49] Yargıtay 4. HD, E. 2018/3563, K. 2018/5674, T. 26.09.2018 (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası) .

ileri sürülebilir ki elektronik tebligat kayıtlarının incelenmesi suretiyle bu hususun karara bağlanması ihtiyacı doğar.

A. Delil Kaydı ve Zaman Damgasına Göre Tebligat Evrakının Ulaşmasına İlişkin Tespitlerin Yapılması

Tebligatın elektronik yolla gerçekleştiğinin tespitine yönelik olarak, eETY m. 3/1 - (h) hükmünde “*kayıtlı elektronik posta (KEP)*” kavramı tanımlanmıştır. Buna göre KEP, elektronik iletilerin, gönderimi ve teslimatı da dâhil olmak üzere kullanımına ilişkin olarak delil sağlama işlevini görmektedir. ETY m. 3’te ise KEP kavramına yer verilmemiştir. Tebligata elverişli adresi ifade etmek üzere ETY m. 3/1 - (d)’de “*elektronik tebligat adresi*” kavramı kullanılmıştır. Elektronik ortamdaki tebligat hakkında delil oluşturma işlevi açısından ise ETY m. 3/1 - (b)’de “*delil kaydı*” ifadesi tercih edilmiştir.

Delil kaydı aracılığıyla elektronik tebligatın çıkarıldığı ve muhataba ulaştığı belgelendirilmektedir^[50]. Delil kaydı, elektronik sertifika ile imzalanması sebebiyle teşhis işlevini de haizdir. Delil kaydının mevcut olmaması, elektronik tebligatın yokluğu sonucunu doğurur. Çünkü bu hâlde tebligat işleminin varlığı için şart olan bilgilendirme ve belgelendirme unsurlarından belgelendirme gerçekleşmemiş olur. Her ne kadar delil kaydı ile elektronik tebligatın yapıldığı ispat edilebilse de zaman itibarıyla tespit yapılabilmesi için zaman damgasına başvurulmalıdır^[51]. UETS tarafından elektronik tebligatın zaman damgasıyla ilişkilendirilmesi hususu, ETY m. 9/2’de öngörülmüştür. Elektronik İmza Kanunu (EİK) m. 3/1 - (h) hükmüne göre bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespiti için zaman damgası oluşturulmaktadır. Buna ilaveten, zaman damgasının elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imza

[50] 6099 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce elektronik tebligatın ulaşıp ulaşmadığının belgelendirilmesinin lüzumlu olduğu belirtilmiştir, **Akkan**, s. 57. ETY m. 3/1 - (b) hükmünde geçen delil kaydı, bu gerekliliği karşılamak üzere sevk edilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, elektronik tebligatta muhatabın iradesine gerek kalmaksızın belgelendirme gerçekleşebilmektedir, bkz. **Kurt-Konca**, s. 264.

[51] **Akkan** (7101), s. 153. Zaman damgası ile belgenin düzenlenme tarihi kesin bir şekilde belirlenebilir, bkz. **Dalkılıç, Elvin Evrim**, “*Elektronik Tebligatın İdari İşlemler Bakımından Değerlendirmesi*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2014, s. 114. Bu özelliği sebebiyle, noterlik senetlerinde de düzenleme tarihini saptamak amacıyla zaman damgasına başvurulmaktadır, bkz. **Özbek, Mustafa Serdar**, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, 4. Bası, Ankara 2018, s. 87, 88.

ile doğrulanması da söz konusudur. Özetle, elektronik tebligatın yapıldığının ispatı delil kaydıyla; elektronik tebligatın hangi tarihte gerçekleştiği ise zaman damgasıyla anlaşılabilir.

ETY m. 9/2'ye aykırı olarak zaman damgasıyla elektronik tebligatın ilişkilendirilmemesi, Teb. K. m. 7a/4 hükmüne göre elektronik tebligatın yapıldığı tarihin belirlenmesini imkânsız kılabilir. Bu yüzden, tebligat kayıtları arasında mutlaka zaman damgası yer almalıdır. Tebligatın yapılmış sayılması ise elektronik tebligat adresine tebliğ evrakının ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün^[52] sonu olarak öngörülmüştür (ETY m. 9/6)^[53]. 6099 sayılı Kanun ile getirilen bu beş günlük sürede ve bu sürenin başlaması için öngörülmüş tarih bakımından 7101 sayılı Kanun ile bir değişiklik yapılmamıştır. Burada beş günlük sürenin öngörülmesinin temel sebebi, fizikî ortamda bulunmayan elektronik tebligat evrakının incelenmesinde yaşanabilecek güçluktur. Hem elektronik tebligat adresinin her gün kontrol edilmesinin beklenmemesi hem de muhatap dışındaki kişilerin bu adrese ulaşmasının muhatabın iznine bağlı olması gibi sebepler gözetildiğinde

[52] Daha önce bu sürenin üç gün olması planlanmış ve fakat hak kayıplarına sebep olmaması için beş gün olması öngörülmüştür, bkz. **Akil**, s. 252. Aynı anlayışla, 7101 sayılı Kanun sonrasında yapılan değişikliklerde de bu süre muhafaza edilmiştir. Anılan sürenin son gününün resmî tatile denk gelmesi ihtimaline istinaden tebligat işlemine bağlı olarak işlemesi gereken sürenin belirli bir süre uzayacağına öngörülmesi tavsiye edilmiştir, bkz. **Börü, Levent**, “*Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı'na İlişkin Kısa Bir Değerlendirme*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 70, 2012, s. 406; **Özbay** (*Elektronik Tebligat*), s. 1443. Fakat bu öneri elektronik tebligat hakkında yapılan değişikliklere yansıtılmamıştır. Teb. K. m. 33 gereğince resmî tatil gününde de tebligat yapılabileceği dikkate alındığında sürenin uzayacağına kabul edilmemesi daha uygun olmuştur. Bu hususta bkz. **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 82, 83.

[53] Öğretide tebligat işleminin hukuki sonuç doğurması bakımından Alman Medeni Usul Kanunu (AMUK) m. 174/3 çerçevesinde muhatabın elektronik tebligat mesajını aldığına dair bir yazı göndermesi gerektiği ifade edilmiştir, bkz. **Kaplan, Yavuz**, “*Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LII, S. 3, 2003, s. 214; **Akil**, s. 254; **Özbay** (Değişiklikler), s. 129. Kötüye kullanımlara imkân vereceği için bu önerinin uygun olmayacağı belirtilmiştir, bkz. **Kurt-Konca**, s. 263. Tebligat mevzuatında yapılan son dönem değişikliklerde ise tebligat işleminin sonuç doğurması için muhatabın bir teyit yazısı göndermesi şartına hiç yer verilmemiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Solak-Akman**, s. 280-282; **Akkan** (*Elektronik Tebligat*), s. 81, 83.

böyle bir sürenin öngörülmesi söz konusu olmuştur^[54]. Bununla birlikte, muhatabın elektronik tebligat yapıldığını daha önceki bir tarihte öğrenmesi durumunda elektronik tebligatın bu tarihte yapılmış sayılabileceği de ifade edilmektedir. Beş günlük süre beklenmeksizin muhatabın elektronik tebligat adresine girme anı bildirim gerçekleştiği an olarak görülebilir^[55]. ETY m. 3/1 - (b)'de delil kaydının elektronik tebligat mesajının okunduğu tarih bilgisini içereceğinin öngörülmesi de bunu desteklemektedir. İlla ki beş günlük sürenin beklenmesi niyeti olsaydı, delil kaydının okunma anına ilişkin bilgiyi de ihtiva edeceği öngörülmezdi^[56].

Zaman damgasına göre elektronik tebligatın ulaştığı saat de tespit edilebilir. Mesai saatleri dışında elektronik tebligatın ulaşması hâlinde bile beş günlük sürenin elektronik tebligatın ulaştığı gün dikkate alınarak hesaplanması gerekir. Hatta saat 23:59'da elektronik tebligat ile bildirim yapılan muhatap için elektronik tebligatın ertesi gün ulaştığı kabul edilerek süre hesabı yapılmamalıdır. Zaman damgasına yer verilmediği takdirde ise elektronik tebligatın ulaştığı tarih saptanamaz. Bu hâlde, tebligat işlemi açısından muhatap tarafından belirtilen tarih esas alınmalıdır. Teb. K. m. 32'ye göre de bu tarihten itibaren tebligat işlemi ile başlaması beklenen süre hesaplanabilir.

ETY hükümlerinde muhatabın bilgilendirilmesi açısından elektronik tebligatın geçerliliğini etkilemeyecek bazı durumlardan da bahsedilmiştir. Şöyle ki, muhatabın bilgilendirilmesine yönelik olan ETY m. 10/1 hükmü uyarınca, e-posta adresini ve telefon numarasını bildiren bir muhatabın telefonuna elektronik tebligatın ulaştığına dair kısa bir mesaj atılabilmektedir. Bununla birlikte, ETY m. 10/3'te ise bilgilendirme mesajının hiç gönderilmemiş veya geç gönderilmiş olmasının tebligatın geçerliliğini etkilemeyeceği ifade edilmiştir. Söz konusu bu düzenlemeye göre muhatabın telefonuna gönderilen bu kısa mesajın tebligat işleminin kurucu bir unsuru

[54] **Özbay** (Değişiklikler), s. 134.

[55] **Tanriver, Süha**, Medenî Usûl Hukuku (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), C. I, 2. Bası, Ankara 2018, s. 457; **Özbay, İbrahim/Yardımcı, Taner Emre**, Tebligat Hukuku, Ankara 2018, s. 34. Her hâlükârda Teb. K. m. 7a/4'te belirtilen beş günlük sürenin geçmesi gerektiği şeklinde aksi yönde görüş de savunulmaktadır, bkz. **Akkan (Elektronik Tebligat)**, s. 81; **Akkan (7101)**, s. 164, 165.

[56] Tebligat işleminde asıl amacın muhatabın bilgilendirilmesi olduğu için mesajın okunmasına rağmen bu beş günlük sürenin beklenmesini haklı kılan bir sebep yoktur. Ayrıca okuma anının esas alınması suretiyle kısa bile olsa gereksiz yere zaman kaybının da önüne geçilmiş olabilir.

olarak görülmediğini söyleyebiliriz^[57]. Gerçekten, kısa mesajın Teb. K. m. 7a/4 hükmünün varlığı karşısında tebligat işleminin geçerliliği için bir şart olarak görülmesi mümkün değildir. Lakin kendisine kısa mesaj atılmadığı için hesabını kontrol etme gereksinimi duymayan bir muhatabın bu sebepten ötürü mağdur olması da ihtimal dâhilindedir^[58].

Elektronik tebligat mesajının muhataba ulaşip ulaşmadığı hususunda tebligatı çıkaran makam ve merciin bilgilendirilmesi, ETY m. 12'de öngörülmüştür. Elektronik tebligatın ulaşip ulaşmadığına dair delil kaydını en geç yirmi dört saat içinde tebligat çıkarmaya yetkili makam ve mercie bildirmesi yerinde bir düzenlemedir^[59]. Muhatabın elektronik tebligat adresine ulaşma hususundaki kayıtların bu şekilde bildirilmesi, aslında tebligat mazbatasının tebligatı çıkaran makam ve mercie geri gelmesine benzemektedir^[60]. Şuna dikkat edilmelidir ki, elektronik tebligatın yapılmış sayılması için beklenecek beş günlük süre, tebligatı çıkaran makam ve mercie bu hususta geri bildirim yapıldığı tarihten önce başlamaktadır. Zaten söz konusu sürenin başlaması, ETY m. 9/6'da elektronik tebligat mesajının ulaşma anına bağlanmıştır. Değerlendirilmesi gereken başka bir husus, ETY m. 12, 2. cümlede süresinde bildirim yapılmadığı için yeniden elektronik tebligat çıkarılabilmesidir. Yeniden tebligat yapılıp yapılmamasının tebligatı çıkarmış makam ve merciin takdirine bırakılması isabetli olmuştur. Şu var ki, böyle bir durumda hukuki dinlenilme hakkına aykırılık iddialarının gündeme gelmemesi adına yeniden tebligat çıkarılması daha uygun düşer.

Elektronik yolla yapılan tebligat işleminde de tebliğ mesajının eksik veya hatalı olmaması gerekir. Tebligatı çıkaran makam ve merci, eksik veya hatalı bir elektronik gönderimin gerçekleştiğini fark ederse, yeniden elektronik

[57] Öğretide bu bildirim yapılmamasının HMK m. 95'e göre eski hâle getirmeyi haklı kıldığı belirtilmiştir, bkz. **Kurt-Konca**, s. 264. Bu görüşe göre de kısa mesajın gönderilmemesi, tebligat işlemi için bir kurucu unsur teşkil etmemektedir. Çünkü HMK m. 95 gereğince yapılacak eski hâle getirme başvurusunda usulüne uygun bir tebligat yapılmış olması şarttır, bkz. **Özbay/Yardımcı**, s. 114. Ancak şu husus var ki, kısa mesaj gönderilmediği için HMK m. 95'in uygulanabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Elektronik tebligat adresini kontrol etmeyi ihmal eden bir muhatap bakımından, sırf kısa mesaj gönderilmediğinden dolayı, HMK m. 95 anlamında elde olmayan bir sebepten bahsetmek güçtür.

[58] **Kurt-Konca**, s. 264.

[59] Bu hususta bkz. **Akkan (7101)**, s. 154.

[60] **Tüzüner**, s. 154; **Akkan (Elektronik Tebligat)**, s. 49, 50.

tebligat çıkarabilmelidir. Bu sefer tebliğ tarihinin ne zaman başlayacağı önemli bir husus olarak karşımıza çıkar. Hatalı gönderim söz konusu olduğunda muhataba hiç gönderilmemesi gereken bir elektronik tebligat yapılmış olur. Eksiklik söz konusu olduğunda ise tebliğ evrakının bir kısmının gönderilmesi ihlal edilmiştir. Her iki hâlde de ortada bir tebligat işlemi de olsa, bu işlemin tekrarlanması gerekir. Dolayısıyla, muhataba eksiklik veya hata giderilerek yeni bir elektronik tebligat mesajı gönderilmelidir. Yeniden bir elektronik tebligat çıkarıldığı takdirde, ETY m. 9/6'da geçen beş günlük süre bu yeni elektronik tebligatın ulaştığı tarihe göre hesaplanmalıdır.

Muhatabın elektronik tebligat adresinin kullanımı bakımından üçüncü bir kişiyi bir şekilde yetkili kılmış olmasının elektronik tebligat işleminin yapıldığı tarihin belirlenmesinde hiçbir önemi yoktur. Üçüncü kişi, özellikle tüzel kişilerde elektronik tebligat adresine gelen bildirimleri yine tüzel kişilik içindeki yetkili kişi veya birime iletmek ile yükümlü olabilir. Elektronik tebligat mesajının bu üçüncü kişi tarafından geç bildirilmiş veya hiç bildirilmemiş olması, elektronik tebligatın hukuki sonuç doğurmasını engellemez.

B. Elektronik Tebligat Kaydının Sahteliği İddiası ve İncelenmesi

Tebliğat süreci sonunda üretilen delil kaydının ETY m. 14'te aksi ispat edilmediği sürece kesin delil olduğu ifade edilmiştir. Madde hükmünde kullanılan "*kesin delil*" ibaresi, HMK m. 204 hükmüne göre anlamlandırılmalıdır. Elektronik tebligat mesajının gönderimi hakkında oluşturulan kayıtlar, HMK m. 204/2'e göre aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılmalıdır. ETY m. 14 hükmü ile sadece sahtelik iddiası üzerine elektronik tebligat kayıtlarının ispat gücü izah edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, ETY m. 14 ile HMK m. 200 anlamında tanık dinletme yasağının kastedilmediği açıktır. Nitekim tebligat işlemi hakkındaki iddialar bakımından senetle ispat kuralı uygulanmaya elverişli değildir.

Bunun yanı sıra, yazı ve imza inkârına ilişkin HMK m. 209 hükmünün elektronik tebligat kayıtları hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir. Sözü geçen hükmün uygulama alanı senetler bakımından belirlenmiştir. Elektronik tebligat işlemine ilişkin olarak üretilen kayıtlar ise muhatabın irade beyanını ve imzasını ihtiva etmemektedir.^[61] Bu sebeple,

[61] Resmî senet hakkında yapılan tanımlarda bu hususa açıkça vurgu yapılmamaktadır, bkz. **Özbek**, s. 75. Öğretide yapılan bir tanımda ise resmî senet için ilgililerin irade beyanını karşılama unsuruna da yer verilmiştir, bkz. **Postacıoğlu/Altay**, Medeni Usûl

ilgili tarafın imzasını ihtiva etmeyen elektronik tebligat kayıtları, resmî senet olarak görülemez. Söz konusu kayıtların resmî belge olarak ele alınması ise mümkündür^[62]. Sahtelik iddiası hâlinde senetteki yazı ve imza inkârına ilişkin HMK m. 209/2’de geçen kuralın uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. HMK m. 209/2’un sadece resmî senetler hakkında uygulanabilmesi, resmî belgelerin bu kapsamda ele alınmasına engeldir. Öğretide, HMK m. 209/2’nin sadece resmî senetler hakkında uygulanabileceği ve buna bağlı olarak resmî belge hakkındaki sahtelik iddiası üzerine bu hükmün uygulanamayacağı kabul edilmektedir^[63].

ETY m. 20/1 - (g) hükmü gereğince, elektronik sertifika kullanılarak tebligat kayıtları imzalanmaktadır. Sahtelik iddiası gündeme geldiğinde, öncelikle tebligat kayıtlarının elektronik sertifika kullanarak üretilip üretilmediğine bakılmalıdır^[64]. Bu incelemenin davanın görüldüğü mahkeme tarafından incelenip incelenemeyeceği meselesi değerlendirilmelidir. Böyle bir durumda sahtelik iddiası, görülmekte olan davaya taraf olmayan PTT’ye ait olan resmî belge niteliğindeki kayıtlar hakkında olur. HMK m. 208/4 hükmü

Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 656. Her ne kadar açıkça vurgu yapılmamış da olsa, bir belgenin adı veya resmî senet olabilmesi için aleyhine kullanılacak kişinin imzasını ihtiva etmesi gerekir.

[62] PTT’nin elektronik tebligat kayıtlarının tamamı resmî belge olarak görülebilir. Ayrıca, belgeye resmîyet kazandırılması işlemi bu belgenin bir kısmına hasredilmemelidir. Düzenleme ve onaylama şeklindeki noter senetleri hakkında yapılan ayrıma göre bu şekilde bir çıkarım yapılması mümkündür.

[63] **Budak/Karaaslan**, s. 247 (kn. 78).

[64] Öğretide elektronik imzalı belgeyi aleyhine ileri sürülen taraf inkâr etmese dahi belgenin senet niteliğinin incelenebileceği belirtilmiştir, bkz. **Erturgut, Mine**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 301. HMK m. 205/3 hükmü dikkate alındığında bu görüşün isabetli olduğundan tereddüt edilemez, bkz. **Acar, Ayşe Ece**, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013, s. 178. Noter senetleri bakımından ise resmî senedin güvenli elektronik imza ile oluşturulup oluşturulmadığının resen incelenmesinin zorunlu olmadığı görüşü de temsil edilmektedir, bkz. **Özbek**, s. 337. Bu son görüşe uygun olarak, elektronik tebligat kayıtlarının da güvenli elektronik sertifika kullanılarak üretilip üretilmediğinin sahtelik iddiası üzerine incelenebileceği düşünülebilir. Buna karşın, elektronik tebligat kayıtlarının noter senetlerinden farklı olduğu gözetilmelidir. Tebligatın usulüne uygun olması açısından mahkemenin kendiliğinden bir inceleme yapması gerektir. Dolayısıyla, elektronik tebligat kayıtlarının ETY hükümlerine uygun olarak oluşturulup oluşturulmadığına mutlaka bakılmalıdır.

sadece resmî senetler (*elektronik olanları da dâhil*)^[65] hakkında uygulanabileceği için delil kaydının sahteliği iddiası bu kapsamda değerlendirilemez. Buna uygun olarak, senet mahiyetinde olmayan belgenin sahteliğinin ileri sürülmesi hâlinde ayrı bir dava açmaya da gerek kalmaz. Sahtelik iddiasına dayanan kişi belgeyi yazmamış veya imza etmemiş olduğu için HMK m. 208/4 anlamında bir yazı ve inkârından da bahsedilemez. Dolayısıyla, resmî belgedeki sahtelik iddiası asıl davanın görüldüğü mahkemede ön sorun olarak değerlendirilmelidir^[66]. Bu bağlamda, muhatabın PTT'nin elektronik tebligat kayıtları hakkındaki sahtelik iddiası, görülmekte olan davada karara bağlanabilir. Ayrıca, HMK m. 208/3 hükmünde de adi veya resmî belge ayrımı yapılmaksızın bir belge hakkındaki sahtelik iddiasının görülmekte olan davada incelenebileceği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce, sahtelik iddiasının ayrı bir dava konu edilmesi noktasında resmî belge ile adi belge arasında ayırım yapılabilirdi. Resmî senetlerin sahteliği iddiasının HMK m. 208/4'e göre ayrı bir davaya konu edilmesi, çelişik kararların verilmesinin istenmemesi, resmî senetlerin güvenilirliği, husumetin düzenleyene de yönetilmesinin sahtelik iddiasını kısa sürede aydınlatacak olması gibi çeşitli sebeplere dayanmaktadır^[67]. Oysa belgeye resmiyet kazandıran PTT'nin taraf olarak gösterilmediği bir davada, elektronik tebligat kayıtlarının sahteliği hakkında karar verilmesi ihtimalinde de bu sebepler gündeme gelebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, resmî belge hakkındaki sahtelik iddiasının da HMK m. 208/4 kapsamına alınması daha tutarlı olabilirdi. Bu takdirde, asıl davanın diğer tarafı davalı olamayacağından ötürü, sadece PTT'ye karşı sahtelik davası açılabilirdi.

HMK m. 198 hükmü gereğince elektronik tebligat kayıtlarının sahteliği hakkında mevcut deliller serbestçe değerlendirilmelidir^[68]. Sahtelik iddiasında genellikle bilirkişi deliline başvurulmakla beraber, maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla diğer takdiri deliller de değerlendirilebilir^[69]. Şayet sahtelik iddiasının kabulü yönünde karar verilirse belgenin hukuki değeri de sona erer^[70]. Daha sonra ise HMK m. 212'ye göre belgenin iptaline yönelik işlemler tesis

[65] **Acar**, s. 178; **Özbek**, s. 345.

[66] **Budak/Karaaslan**, s. 257 (kn. 78).

[67] **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 1785; **Özbek**, s. 251.

[68] **Erturgut**, s. 298-303.

[69] **Özbek**, s. 340.

[70] **Özbek**, s. 350.

edilir. Bunun üzerine, muhataba elektronik tebligat çıkarılmasının gerekip gerekmediği ise ileri sürülmüş sahtelik iddiasının niteliğine göre belirlenebilir. Sahtelik iddiası sonrasında elektronik tebligatın hiç yapılmadığı anlaşılırsa, elektronik tebligatın yok hükmünde görülmesi ve yeniden elektronik tebligat yapılması lüzumu doğar. Buna karşın, zaman damgasına yönelik bir sahtelik iddiası kabul edilirse, Teb. K. m. 32 uyarınca muhatabın elektronik tebligat mesajını öğrendiğini belirttiği tarih esas alınmalı ve muhataba yeniden bir tebligat yapılmamalıdır. Her iki ihtimalde de elektronik tebligat kaydının sahteliğine karar verildiği için hukuki dinlenilme hakkı ihlali sebebiyle HMK m. 375/1 - (i) gereğince yargılamanın iadesi başvurusunda bulunulması da gündeme gelebilir^[71].

Sahtelik incelemesi yapılırken PTT tarafından ETY m. 20/4'e göre verilerin silinmesi ertelenmelidir. Çünkü sahtelik incelemesinin gerçekleşebilmesi için PTT kayıtlarının ibrazı lüzumu doğar. ETY m. 15/3 hükmünde elektronik tebligata ilişkin işlem ve delil kayıtlarının yetkili mercilere elektronik ortamda sunulacağı ifade edilmiştir. HMK m. 198 gereğince PTT'nin tebligat işlemlerine ilişkin kayıtları belge niteliğinde olması sebebiyle bu kayıtların ibrazının HMK m. 220 ve 221'e göre gerçekleşmesi ihtimalinden bahsedilebilir. İnceleme yapılabilmesi adına belgenin elektronik ortamda gönderilmesi gerekebilir^[72]. PTT'nin elindeki tebligat kayıtlarını UETS'ye kayıtlı olan ve mahkemeye ait elektronik tebligat adresine göndermesi ile bu husus yerine getirilebilir. PTT bakımından bu kayıtları ibraz etmek ETY m. 4/1 - (a) hükmünün bir gereğidir^[73]. Kaldı ki, elektronik tebligat

[71] Tebligat hilesi sebebiyle HMK m. 375/1 - (h) kapsamında yargılamanın iadesi istenemez. Söz konusu hükme göre başvuruda bulunulabilmesi için lehine karar verilen tarafın hileli davranışta bulunması şarttır, bkz. **Arslan, Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s. 105. UETS aracılığıyla gerçekleştirilen elektronik tebligatta ise böyle bir ihtimalin gündeme gelmesi düşünülemez.

[72] Belge çıktısının sunulması tespitinde bulunma hususunda yeterli değildir. İnceleme yapılabilmesi için elektronik yolla gönderimde bulunulmasına ihtiyaç doğabilir, bkz. **Erturgut**, s. 298.

[73] Teslim, bilgilendirme ve belgelendirmenin sağlanması ilkesi, ETY m. 4/1 - (a)'da düzenlenmiştir. eETY'de ise bu yönde bir ilkeye yer verilmemiştir. Bu şekilde bir ilkeye yer verilerek PTT'nin elektronik tebligat kayıtlarını ibraz etmesinin gerekip gerekmediği hususunda tereddüt yaşanmasının önüne geçilmiştir.

kayıtlarının ibrazından bilgi güvenliği^[74] ve kişisel verileri koruma^[75] (ETY m. 4/1 - (b), (c)) gerekçelerine istinaden kaçınılması da düşünülemez^[76]. Görülmekte olan davanın tarafları açısından elektronik tebligat kayıtlarının incelemeye kapatılmasını haklı kılan bir sebebin gündeme gelmesi güçtür.

Bu tür kayıtların ibrazında çoğunlukla HMK m. 221 hükmüne göre işlem yapılması gerekir. Nitekim elektronik tebligata ilişkin işlem ve delil kayıtlarını sunması gereken PTT, uyumsuzluk bakımından üçüncü kişi konumundadır. Şu var ki, tebligat işlemindeki hata veya noksanlıktan ötürü PTT aleyhine de dava açılmış olabilir. Bu takdirde tebligata ilişkin bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmasında HMK m. 220'ye göre PTT'nin ibrazda bulunmaya zorlanması mümkün olabilir. PTT uhdesindeki kayıtlar HMK m. 219/1, 2. cümle gereğince incelemeye elverişli olarak sunulmalıdır. Yerine göre ETY m. 20/1 - (a)'ya göre kayıtlı verileri muhafaza etmekle yükümlü olan PTT, mahkeme tarafından inceleme yapılabilmesi için veri taşıyıcıyı veya verinin kopyalandığı aracı ibraz etmelidir^[77]. Şayet uygun vasıtalar ile verinin mahkemeye getirilmesi mümkün değilse, verilerin saklandığı araç üzerinde inceleme yapılması PTT tarafından sağlanmalıdır^[78].

[74] PTT'nin elektronik tebligata ilişkin kayıtları hakkında bilgi güvenliği ilkesi öngörülerek yetkisiz kişilerin bu kayıtlara ulaşmaması amaçlanmaktadır, bkz. **Özbay** (*Elektronik Tebligat*), s. 1436.

[75] Elektronik tebligat sürecinde de ilgililerin kişisel bilgileri PTT'nin elektronik tebligat kayıtlarında geçebilir. Kişisel verilerin kullanılması suretiyle zarar verilebileceği kaygısıyla haklı olarak ulusal bir sistemin oluşturulması yönünde tavsiyelerde bulunulmuştur, bkz. **Özbay** (*Elektronik Tebligat*), 1437-1440. ETY m. 3/1 - (i)'de tanımlanan UETS'nin kurulmasında bu kaygının dikkate alındığı açıktır.

[76] eETY taslağı hakkında yapılan bir değerlendirmede kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanması noktasında devletin kusursuz sorumluluğunun kabul edilebileceği ifade edilmiştir, bkz. **Börü**, s. 408. eETY m. 14/4 hükmünde ise kusursuz sorumluluğa yer verilmemiştir. Aynı şekilde, ETY hükümlerinde de kusursuz sorumluluk kabul edilmemiştir.

[77] Elektronik belgenin ilgili kişi tarafından mahkemeye bu şekilde ibraz edilebileceği belirtilmektedir, bkz. **Erdönmez, Güray**, *Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, İstanbul 2014, s. 249.

[78] Verilerin muhafaza edildiği araç üzerinde keşif suretiyle mahallinde inceleme yapılmasının ibrazda bulunması gereken kişi tarafından sağlanması gerekmektedir, bkz. **Erturgut**, s. 298; **Erdönmez**, s. 249.

SONUÇ

Elektronik yolla tebligat yapılması için ya muhatap Teb. K. m. 7a/1 kapsamına giren kişi ile makam ve mercilerden olmalı ya da Teb. K. m. 7a/2'ye göre gerçek veya tüzel kişi muhatap bizzat başvuruda bulunmuş olmalıdır. Tebligat mesajını gönderecek makam ve merciin de Teb. K. m. 1'in kapsamına girmesi şarttır. Aksi hâlde, Teb. K. anlamında bir bildirimde bulunmuş olmasından dahi söz edilemez. Fakat HMK m. 438'e göre tebligat çıkarmaya yetkili hakem veya hakem kurulunun elektronik tebligatı nasıl yapabileceği hususu belirsizdir. Hakem veya hakem kurulunun kullanımına tahsis edilecek UETS'ye kayıtlı bir elektronik tebligat adresi olmadığı sürece elektronik tebligat yapılamayacaktır. Aynı durum, iflas idaresi bakımından da gündeme gelebilecek mahiyettedir.

Sadece zorunlu bir sebepten ötürü elektronik tebligat yapılamadığı takdirde, muhataba bildirimde bulunmak üzere, Teb. K. hükümlerinde yer verilmiş diğer klasik yöntemlere başvurulabilir. ETY m. 16 hükmünde de bu husus ayrıca vurgulanmıştır. Muhataba elektronik tebligat yoluyla bildirimde bulunulması imkânı varken, Teb. K. hükümlerinde geçen klasik bir usulle tebligat yapıldığı takdirde tebligat işleminin usulsüz görülmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Klasik usule göre yapılmış bir bildirimde de muhatabın HMK m. 27/1 - (a) anlamında bilgi edinme imkânına sahip olabileceği açıktır. Zaten elektronik tebligat usulü de diğer usulleri kaldırmak amacıyla getirilmemiştir.

Kendi adına bir elektronik tebligat adresi açılan muhataba ETY m. 8/2 ve 3 gereğince bilgi verilmelidir. Bu bilgi verilmeden önce elektronik tebligat adresi, UETS'ye kaydedilirse belirli sakıncalar doğabilir. Şöyle ki, tebligatı çıkarmaya yetkili makam ve merci, rehberde kaydedilmiş olan bu adrese elektronik yolla bildirimde bulunabilir. Adresin açıldığından haberdar olmayan muhataba yapılan bu şekildeki bir bildirim usulsüz tebligat olarak görülmelidir. Aktif hâle geldiği bilinmeyen bir elektronik tebligat adresine gönderilmiş mesajların muhatap tarafından incelenmesi ihtimali zayıftır.

Kanuni ve iradi temsili gerektiren hâllerde tebligatın muhataba yapılması mümkün değildir. Muhatap kendisine Teb. K. m. 7a/1 veya 2 gereğince elektronik tebligat yapılabileceklerden olsa dahi ona elektronik tebligat yapılamaz. Teb. K. m. 11 gereğince kanuni veya iradi temsilciye fiziki yolla veya elektronik yolla tebligat yapılmalıdır. Aksi hâlde, elektronik yolla yapılmış

tebligatın yokluğu söz konusu olur. Temsilciye yapılacak tebligatın elektronik yolla olup olmayacağı temsilci bakımından Teb. K. m. 7a/1 veya 2'nin uygulanmasına göre belirlenebilir. Bu suretle yapılacak tebligatın usulünde ise uygun düşüğü ölçüde Teb. K. m. 11'de geçen kurallara bağlı kalınmalıdır.

Muhataba tahsis edilen elektronik tebligat adresi kapatılırsa, bu adrese gönderimde bulunulmamalıdır. Buna rağmen gönderimde bulunulur ise adres aktif olduğu sürece elektronik tebligatın usulsüzlüğü söz konusu olabilir. Bunun yaşanmaması adına kapatma başvurusu işleme alındıktan hemen sonra UETS'den bu adres hemen düşürülmelidir. Öte yandan, elektronik tebligat adresini fiilen kullanma imkânı olmayan hâllerde de elektronik tebligat adresine elektronik tebligat mesajı gönderilmemelidir. Henüz bu hususun bildirilmemiş olması sebebiyle UETS'de gözükken elektronik tebligat adresine mesaj gönderilmesi ise muhtemeldir. Kanaatimizce, sadece bildirimde bulunulduktan sonraki aşamada gerçekleşen elektronik tebligatın usulsüz görülmesi gerekir. Eğer muhatap hiçbir şekilde bildirimde bulunma imkânına sahip olamamışsa, muhatap tarafından eski hâle getirme başvurusunda bulunabileceği kabul edilmelidir.

ETY m. 8/1 gereğince elektronik tebligat adresinin tek ve benzersiz olması ve ETY m. 19/2'ye göre başkasına tahsis edilememesi bazı sakıncalara sebebiyet verebilecek mahiyettedir. Dava ve takip arkadaşlığı hâllerinde bunların kullanımına tahsis edilmiş ortak bir elektronik tebligat adresi ciddi avantajlar sağlayabilir. Herkesin tek bir elektronik tebligat adresine sahip olabileceği kuralına bağlı kalındığı takdirde ise her bir dava veya takip arkadaşına ayrı ayrı tebligat yapılması lüzumu doğar. Öte yandan, ETY hükümlerine göre iflas idaresine ait bir elektronik tebligat adresi tahsis edilememesi de uygun değildir. İflas masasının kanuni temsilcisi sıfatındaki bu organın da elektronik tebligat adresi kullanmasına imkân tanınmalıdır.

Tebligatı çıkaran makam ve merciin delil kaydına bakarak elektronik tebligatın yapılıp yapılmadığını ve yapıldığı zamanı tespit etmesi mümkündür. Muhataba yapılan bildirim usulüne uygun olup olmadığını tespitinde sadece bu kayıtlar belirleyici olur. ETY m. 10'da elektronik tebligat yapıldıktan sonra ayrıca muhatabın telefonuna kısa mesaj da gönderilebileceği kabul edilmiştir. Yerinde olarak kabul edilen bu uygulamanın tebligat işleminin geçerliliği ve usulüne uygun olması bakımından hiçbir öneminin olmadığını belirtmeliyiz (ETY m. 10/3). Kısa mesaj hiç gönderilmemiş olsa dahi elektronik tebligat işleminin usulsüz olduğu ileri sürülemez.

Muhatabın adresine gönderilen mesaj hakkında UETS’de oluşturulan kayıtların ETY hükümlerine uygun olup olmadığı resen incelenmelidir. Eğer bir sahtelik iddiası gündeme gelirse bu hususta bir sonuca varılmadan daha sonraki işlemlere geçilmemelidir. Görülmekte olan bir davada bu kayıtların ne şekilde inceleneceği elektronik tebligat kayıtlarının niteliğine göre belirlenebilir. Resmî belge niteliğindeki bu kayıtlar davanın görüldüğü mahkeme tarafından ön sorun olarak incelenebilir. Fakat HMK m. 208/4’ün öngörülmesinde kaygılar dikkate alındığında elektronik tebligat kayıtlarının ayrı bir davaya konu edilmesi daha tutarlı olabilirdi. Sahtelik incelemesi neticesinde bu iddia yerinde ise yeniden tebligat yapılması ve yerine göre yargılamanın iadesi başvurusunda bulunulması söz konusu olabilir.

KAYNAKÇA

Acar, Ayşe Ece, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013.

Acar, Ayşe Ece, “*Elektronik Tebligat*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 159-174 (*Tebligat*).

Akcan, Recep/ Ercan, İbrahim, Tebligat Kanunu Değişiklikleri, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, C. 2 (Özel Hukuk), Samsın 2012.

Akil, Cenk, “*11.1.2011 Gün ve 6099 Sayılı Kanun ile 7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, 2012, s. 247-266.

Akkan, Mine, “*Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler*”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 31-63.

Akkan, Mine, “*Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat*”, Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 23-89 (*Elektronik Tebligat*).

Akkan, Mine, “*7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi*”, 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler (Ed. Özkes, Muhammet), İstanbul 2018, s. 149-167 (7101).

Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

Börü, Levent, “*Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı’na İlişkin Kısa Bir Değerlendirme*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Y. 70, 2012, s. 405-410.

Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medenî Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2018.

Dalkılıç, Elvin Evrim, “*Elektronik Tebligatın İdari İşlemler Bakımından Değerlendirmesi*”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2014, s. 107-124.

Erdönmez, Güray, Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, İstanbul 2014.

Erturgut, Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.

Güneş, Derya Belgin, “*Tebliğ Yokluğu*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 221-231.

İnneci, Ahmet/Coşkun-Karadağ, Neslihan, “*Vergi Usul Kanunu’na Göre “Tebliğ”de Yapılan Hatalar ve Yargının Konuya Bakışı*”, Maliye Dergisi, S. 169, 2015, s. 55-69.

Kaplan, Yavuz, “*Avrupa Tebligat Hukukundaki Gelişmeler, Düzenleme Çalışmaları Açısından Almanya Örneği ve Türk Hukuku*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LII, S. 3, 2003, s. 199-227.

Karamercan, Fatih, Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları - Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.

Koca, Geylani, “*Tebliğatın Esası, Gecikmesi Sorunu ve Elektronik Tebligatın Yaygınlaştırılmasının Önemi*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 82, S. 6, 2008, s. 2985-2994.

Kurt-Konca, Nesibe, “*Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 115, 2014, s. 329-274.

Küçük, Alper Tunga, “*İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 305-329.

Muşul, Timuçin, Tebligat Hukuku, 6. Bası, Ankara 2017.

Özbay, İbrahim, Grup Davaları, Ankara 2009.

Özbay, İbrahim, “6099 sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 115-157 (Değişiklikler).

Özbay, İbrahim, “6099 sayılı Kanun ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligata İlişkin Düzenlemelere Bakış”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. 2, Ankara 2014, s. 1419-1450 (Elektronik Tebligat).

Özbay, İbrahim/Korucu, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016.

Özbay, İbrahim/Yardımcı, Taner Emre, Tebligat Hukuku, Ankara 2018.

Özbek, Mustafa Serdar, Noter Senetlerinde Sahtelik, 4. Bası, Ankara 2018.

Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş-Korkmaz, Hülya (Ed.), Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, C. 1-3, İstanbul 2017.

Solak-Akman, İnci, “Türk Vergi Hukukunda Norm Koyma ve Normun Uygulanmasında Kronikleşmiş “Yetkilendirme” Sorununa Yeni Bir Örnek: Elektronik Ortamda Tebliğ Usulüne İlişkin Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 74, S. 2, 2016, s. 267-285.

Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), C. I, 2. Bası, Ankara 2018.

Tüzüner, Özlem, “Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 4, 2011, s. 139-159.

Uyar, Talih, “İcra Tebliğleri (İİK m. 21)”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 71, S. 4, 2013, s. 155-240.

Yılmaz, Ejder, İflâs İdaresi, Ankara 1975.



TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKET ESAS SÖZLEŞMESİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ*

Yahya Berkol GÜLGEÇ**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2577-5799>

DOI: 10.30915/abd.652504

Makalenin Geldiği Tarih: 01.02.2019 **Kabul Tarihi:** 02.04.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Ar. Gör. Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. Görüşleri ve kaynaklar konusundaki desteği için Sercan Uçar'a teşekkürü borç bilirim. Ayrıca, görüş ve düzeltmeleriyle makaleye katkıda bulunan Salih Taşdoğan'e de teşekkür ederim.

ÖZ

Hukuk sistemindeki normlar aralarındaki geçerlilik ilişkisine göre hiyerarşik biçimde sıralanır. Buna normlar hiyerarşisi denir. “Norm” tanımına giren her hukukî işlem bu hiyerarşide bir yere yerleşir. Anonim şirket esas sözleşmesi de bu hiyerarşiye dâhildir. Esas sözleşmenin hiyerarşik yeri kanun, idarenin düzenleyici işlemleri, asliye ticaret mahkemesi kararları, anonim şirket yönetim kurulu ve genel kurul kararları ile arasındaki hiyerarşik ilişki incelenerek belirlenebilir. Esas sözleşmenin hukukî rejimi, bu normun kanun, idarenin düzenleyici işlemleri ve kesinleşmiş asliye ticaret mahkemesi kararlarının hiyerarşik astı, yönetim kurulu ve genel kurul kararlarınınsa hiyerarşik üstü olduğunu göstermektedir. Bir hukuk sistemindeki normlar hiyerarşisi hukuk sistemi hakkında genel bilgiler sağlar. Bu anlamda daha çok teorik değere sahiptir. Ancak, *lex superior derogat legi inferiori* ilkesinin uygulanabilmesi için öncelikle söz konusu normların normlar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesinin gerekmesi, normlar hiyerarşisi teorisinin pratik önemini artıran bir etken olarak görülebilir.

Anahtar Kelimeler: norm, normlar hiyerarşisi, esas sözleşme, yönetim kurulu kararı, genel kurul kararı.

THE PLACE OF JOINT-STOCK COMPANIES' ARTICLES OF ASSOCIATION IN NORMATIVE HIERARCHY

ABSTRACT

Norms of a legal system are hierarchically ordered according to the validity relationship between them. This is called the hierarchy of norms. Any legal act within the definition of “norm” has a place in this hierarchy. Articles of association of a joint stock company is no exception to this. Hierarchical standing of articles of association can be ascertained by examining its hierarchical relationship with statutes, delegated legislation, decisions of commercial court of first instance, board of directors resolutions and resolutions of the general assembly. Legal regime of articles of association shows that it is hierarchically inferior to statutes, delegated legislation and decisions of the court while superior to the resolutions of board of directors and general assembly. The hierarchy of norms in a legal system provides general information regarding the system. Therefore, it mostly has theoretical value. However, the fact that the application of the principle *lex superior derogat legi inferiori* demands prior determination of hierarchy of norms can be seen as a factor which increases the practical importance of hierarchy of norms.

Keywords: norm, hierarchy of norms, articles of association, board of directors resolution, general assembly resolution.

GİRİŞ

Normlar hiyerarşisi pratikten ziyade teorik anlam taşır. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisinin ve bir normun bu hiyerarşideki yerinin tespitinden büyük önem arz eden pratik sonuçlar çıkarılamayabilir. Nitekim normlar hiyerarşisinin tespiti, zaten o hukuk sisteminin pozitif normlarının sağladığı verilerden yola çıkılarak gerçekleştirilir. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinin veya bir normun bu hiyerarşideki yerinin tespiti, hukukta yaygın olarak kullanılan tümden gelim yönteminden ziyade tümevarım yönteminin kullanılmasını gerektirir. Ancak, normlar hiyerarşisinin tespitinden çok fazla pratik sonuç çıkarılamayacağı düşüncesi her zaman doğru değildir. Özellikle *lex superior derogat legi inferiori* ilkesinin pozitif bir dayanağın yokluğunda da uygulanabileceği kabul edilirse^[1], normlar hiyerarşisinden önemli pratik sonuçlar çıkarılması mümkündür. Hukuk sistemlerinde alt normun üst norma aykırılığı her zaman yaptırıma bağlanmamış olabilir. Bu durumda normlar hiyerarşisinin tespiti, iptal yaptırımını uygulanamasa dahi, üst normla çelişen alt normun uygulanmamasına, üst norma alt norm karşısında bir uygulama önceliği sağlanmasına yarar.

Makalenin amacı anonim şirket esas sözleşmelerinin normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmektir. Bu amacın bir ön şartı anonim şirket esas sözleşmesinin bir norm teşkil etmesidir. Normlar hiyerarşisi ve esas sözleşme kavramlarının hukuk yazınında yan yana gelmeleri alışıldık bir şey değildir. Bununla birlikte anonim şirket esas sözleşmesinden objektif bir hukuk kaynağı olarak bahseden örneklere rastlanmaktadır^[2]. Makalenin ilk kısmı fazla detaya yer vermeden norm ve normlar hiyerarşisi kavramlarını

[1] Bu tür rasyonel ilkelerin hukuk sistemindeki geçerliliği tartışması için bkz. GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması*, KHP ve TBB Ortak Yayını, Ankara, 2013, ss. 19-32.

[2] Bkz. OKUTAN NILSSON Gül, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 90; MOROĞLU Erdoğan, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, *Makaleler*, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 429; BAHTİYAR, Mehmet *Ortaklıklar Hukuku*, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 125; BAHTİYAR Mehmet, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, Beta, İstanbul, 2001, s. 29-30; AKDAĞ GÜNEY Necla, *Anonim Şirketlerde Kuruluş*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 281; AKER Halit, “Hâkim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXII, S. 2, Aralık 2003, s. 179.

özellikle Hans Kelsen'in görüşleri doğrultusunda işleyecek ve makalenin yol haritasını belirleyecektir.

Bir normun normlar hiyerarşisindeki yeri hukuk düzeninin o norm açısından öngördüğü rejime göre belirlenir. Makalenin ikinci kısmı anonim şirket ana sözleşmesinin hukukî niteliği ve rejimini incelemeye ayrılmıştır. Bu kısımdaki amacımız fazla detaya girmeden, anonim şirket esas sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerini belirlememize yetecek kadar bilgiyi değerlendirmek ve sunmaktır.

Bir makalenin kapsamı içerisinde anonim şirket esas sözleşmesinin hukuk düzeninin bütün normlarıyla kıyaslamasını yapmak mümkün değildir. Dolayısıyla, burada kapsamı daraltmamız gerekmektedir. Bu kapsamın nasıl daraltılacağı konusunda ise pratik kaygıları göz önünde tutmayı yeğliyoruz. Dolayısıyla, esas sözleşmenin normlar hiyerarşisindeki yeri, pratik açıdan sonuç doğurması en muhtemel olan normlarla bir kıyaslamaya gidilerek belirlenecektir. Bu bağlamda seçilen normlar kanun, idarenin düzenleyici işlemleri, kesinleşmiş asliye ticaret mahkemesi kararları, anonim şirket yönetim kurulu kararları ve anonim şirket genel kurul kararlarıdır. Makalenin üçüncü kısmı anonim şirket esas sözleşmelerinin bu normlarla hiyerarşik ilişkisini belirlemeye ayrılmıştır.

I. NORM KAVRAMI VE NORMLAR HİYERARŞİSİ TEORİSİ^[3]

Bu kısım iki bölümden oluşacaktır. Bu bölümlerden ilkinde ağırlıklı olarak Hans Kelsen'in yazınından faydalanarak norm kavramı ele alınacaktır. Bu bölümde ulaşılan sonuç, anonim şirket esas sözleşmesinin niteliği ve hukukî rejimini inceleyeceğimiz kısımda bu sözleşmenin niçin norm kavramı kapsamında değerlendirilebileceğini ortaya koymamızı sağlayacaktır. Kısımın ikinci bölümü normlar hiyerarşisini ele alacaktır.

A. Hukuk Normu Kavramı

Kavramların tanımı kavramlar üzerinden işleyen sosyal bilimler açısından her daim sorunlu olacaktır. Esasen kavramlar belli fenomenleri kapsayan işaretlerdir. Ancak, sosyal bilimlerde ve özellikle hukukta kavramlar fenomenlerin incelenmesinden önce tanımlanırlar. Biz, bu tür tanımların birer varsayım olduğunu, her zaman belli eksiklikler içerebileceklerini ve aynı sözcüğün farklı fenomenleri kapsayacak şekilde kullanılabileceğini düşünüyoruz. Yine de, âdet olduğu ölçüde öncelikle norm kavramının belli tanımlarını verecek ve bu tanımların olası eksikliklerini ortaya koymaya çalışacağız. İncelememizde kullanacağımız norm kavramı belli tartışmaların neticesinde, bu bölümün sonunda berraklaşacaktır.

1. Norm Kavramının Tanım(lar)ı

Norm kelimesi etimolojik olarak Latince kökenlidir ve “gönye” anlamına gelen *norma* kelimesinden türemiştir^[4]. Latince-İngilizce sözlüğe göre *norma* “kural, standart” anlamına gelmektedir^[5]. Kelsen, norm kavramının genellikle emir veya reçete anlamına geldiğini belirttikten sonra^[6] şu karışık tanımı yapmaktadır: “*Norm*’ bir kimsenin belirli bir şekilde davranması

[3] Bu kısımda verdiğimiz bilgiler çoğunlukla şu kitabımızın ilgili kısmından esinlenilerek aktarılmıştır: GÜLGEÇ Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, On İki Levha, İstanbul, 2016, ss. 5-25. Ancak, içerik olarak farklı tartışmalara da genişçe yer verilecektir.

[4] GÖZLER Kemal, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin, Bursa, s. 58.

[5] Bkz. <http://www.archives.nd.edu/cgi-bin/lookup.pl?stem=norma&ending>, Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2017.

[6] KELSENS Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, çev. Peter Heath, D. Reidel, Dordrecht, 1973, s. 217.

gerektiğini, kişinin o şekilde davranmasının istendiğini ima etmeden ifade eden bir kuraldır”^[7].

Kelsen’in bu tanımı yalnızca anlaşılması zor bir tanım değil, aynı zamanda eksik bir tanımdır. Nitekim bu tanımdan yalnızca genel, soyut ve objektif işlemlerin norm teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Oysa Kelsen’in kendisinin de kabul ettiği gibi birel, somut ve sübjektif işlemler de norm niteliği taşımaktadır^[8]. Bununla birlikte, norm kavramının yalnızca genel, soyut ve objektif hukuk işlemlerini kapsayacağını ileri süren görüşler de mevcuttur^[9]. Görüldüğü gibi, neye norm denmesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Ancak, bu tartışmanın hayatî bir önemi yoktur. Nitekim bu farklı görüşlerin ayrıldığı nokta fenomenlerin niteliği değil, hangi grup fenomene ne isim verileceğidir. Dolayısıyla, norm kavramı yalnızca genel, soyut ve objektif kuralları ifade edecek şekilde kullanılsa dahi, “hukuk işlemi” kavramı her iki grubu da kapsayacak şekilde kullanılabilir. Örneğin, eğer hukuk işlemleri arasında da hiyerarşik bir ilişkinin bulunduğu gösterilebilirse normlar hiyerarşisi yerine “hukuk işlemleri hiyerarşisi” denmesi sorunu çözecektir. Dolayısıyla, bir tanım fetişizmine düşmeden, norm kavramının tanımı hakkındaki tartışmaların çalışmamızın sonucunu çok etkilemeyeceğini, olsa olsa kullandığımız başlık ve alt başlıkları değiştireceğini kabul edeceğiz. Ancak, konuyu burada kestirip atmadan, az çok tutarlı bir norm tanımı yapabilmek için incelememizi bir nebze daha devam ettireceğiz.

Norm kavramının anlamı normatif bir kuralla fen bilimi kuralı arasındaki farktan yola çıkarak bir nebze daha netleştirilebilir. Fen bilimi kuralları “A durumunda B olur” şeklinde formüle edilirken normatif kurallar “A durumunda B olması gerekir” şeklinde formüle edilebilir^[10]. Dolayısıyla, fen bilimi kuralları belli bir durumda belli bir şeyin olacağını ifade ederler ve bu kurallar olguların incelenmesi suretiyle doğrulanıp yanlışlanabilir. Oysa normatif kurallar belli bir durumda belli bir şeyin olması/yapılması

[7] KELSEN Hans, *General Theory of Law and State*, çev. Anders Wedberg, 3. Baskı, Harvard University Press, Cambridge, 1949, s. 35.

[8] KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, op. cit., s. 221; HAUSER Raimund, *Norm, Recht und Staat*, Springer, Viyana, 1968, ss. 12-13.

[9] Örn. bkz. HERZOG Roman, *Allgemeine Staatslehre*, Athenäum, Frankfurt, 1971, s. 302.

[10] Bkz. KELSEN, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 46; Hauser, op. cit., s. 20.

gerektiğini ifade ederler. Dolayısıyla, olgulara bakarak normatif kuralın doğrulanması veya yanlışlanması mümkün değildir. Bir kanun hükmü söz konusu olduğunda kimsenin o kanuna aykırı davranmayacağını söyleyemeyiz. Ancak, kimsenin o kanun hükmünü ihlâl etmemesi gerektiğini söyleyebiliriz. Hukuk normu, ahlâk normu veya din normu olsun, bütün normların en temel ve tartışmasız kabul edilen özelliği olana ilişkin değil olması gerekene ilişkin olmalarıdır. Bu özellikleri normatif kuralları (normları) fen bilimleri kurallarından ayırır.

Buraya kadar yapılan tartışmada normlara ilişkin şu iki özelliğin tartışılmaz olduğu söylenebilir: 1) Normlar beşerî bir davranışı konu alırlar. İnsan davranışlarını düzenlemeye yönelmiş önermelerdir. 2) Normlar olana değil, olması gerekene ilişkindirler. Gereklilik bildiren önermelerdir normlar. Bu iki unsura normların geçerliliğini inceleyeceğimiz aşağıdaki kısımda bir de şu eklenecektir: 3) Normlar olgulardan hareketle yanlışlanabilen önermeler değildirler. Normların yanlışlığı geçersizliklerine yol açar ve bu geçersizlik ancak başka bir norm dolayısıyladır. Ancak, şu an için bu üçüncü unsura yer vermeden ve tanımların kusurluluğuna ilişkin açıklamalarımız saklı kalmak suretiyle norm kavramını şu şekilde tanımlayabiliriz: “*Norm, beşeri davranış hakkında ‘olması gereken’ bildiren önermelerdir*”.

2. Hukuk Normu Kavramı ve Hukuk Normunun Unsurları

Norm kavramının tanımını genel olarak tartıştıktan sonra sıra hukuk normunun diğer normlardan ayrılmasına gelmiştir. Kelsen’e göre hukuk normlarının diğer normlardan farkı yaptırım^[11] ve bu yaptırımı uygulayan merci noktasında ortaya çıkmaktadır^[12]. Yine Kelsen’e göre bir hukuk sisteminin ilk özelliği toplumsal bir düzen olmasıdır^[13]. Bu toplumsal düzenin ikinci özelliği ise cebrî bir düzen olmasıdır^[14]. Bu cebrîlik farklı dönem ve toplumların hukuk düzenlerinin sahip olduğu ortak özellik ve hukuk

[11] LATTA Richard D., “Hans Kelsen and the Bindingness of Supra-National Legal Norms”, Yüksek Lisans Tezi, Georgia State University, 2012, http://scholarworks.gsu.edu/philosophy_theses/116, s. 1. Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2017.

[12] GÜLGEÇ, op. cit., s. 10.

[13] KELSENS Hans, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008, ss. 25, 31, 33.

[14] *Ibid.*, s. 33.

düzenini diğer normatif düzenlerden ayıran başlıca etkendir^[15]. Hukuk düzeninin bu cebrîliği ise yaptırımlar aracılığıyla sağlanır. Yaptırımların olgusal bir zorlama mı, yoksa norm ihlâli hâlinde ihdas edilebilen başka bir norm mu olduğu hususu tartışmalıdır^[16].

Kelsen hukuk düzeni-devlet özdeşliğini benimsemiştir. Dolayısıyla, hukuk düzeninin diğer normatif düzenlerden ayrılması hususunda yaptırımın uygulayıcılarının farklı olmasına değinmemesi normaldir. Bir başka deyişle, hukuk düzenine özgü yaptırımların devlet tarafından uygulanacağını ayrıca vurgulamamıştır. Ancak, bu vurgu kanımızca önemlidir. Nitekim hukuk düzeni dışındaki ahlâk ve din gibi normatif düzenlerde de cebrîliğin var olduğu reddedilemez. Ahlâk ve din gibi normatif sistemlerde de toplum tarafından uygulanan “ayıplama”, “dışlama” gibi yaptırımlar söz konusudur. Elbette cebrîlik düzeyleri farklı olacaktır. Hukuk düzenlerinin yaptırım uygulamak konusunda diğer normatif düzenlerden daha etkili olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla, kanımızca hukuk normlarına aykırılığın devlet tarafından yaptırıma bağlanmasının hukuk düzenlerinin ayırıcı bir özelliği olarak vurgulanmasında fayda vardır^[17]. Diğer normatif alanlardaki aykırılıkların devlet tarafından yaptırıma bağlanacağı kesin olarak söylenemez^[18]. Örneğin, “otobüste yaşlılara yer verilmelidir” şeklindeki bir ahlâk normuna aykırılığın kınanma, ayıplanma gibi bir yaptırımı olabilir, fakat bu yaptırım devlet değil toplum tarafından uygulanır^[19]. Ayrıca, bir içeriğin hem ahlâki hem de hukukî normatif âlemde yer alması ve dolayısıyla aynı anda hem devlet hem de toplum tarafından yaptırıma bağlanması mümkündür. Fakat bu husus ahlâkî normların devlet tarafından yaptırıma bağlandığı anlamına gelmemektedir. Burada, ahlâk ve hukuk olarak kesişmeyen iki farklı normatif düzen ve bu normatif düzenlerde içeriği birbiriyle örtüşen iki ayrı norm

[15] KELSEN, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 15.

[16] Bu konunun değerlendirilmesi makalenin kapsamının dışında kalacaktır. Detay için bkz. HAUSER, op. cit., s. 9; AUSTIN John, *Lectures on Jurisprudence*, ed. Robert Campbell, Henry Holt and Company, New York, 1875, ss. 191-192, 217; GÖZLER Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A, Ankara, 1998, s. 45; CLARK E. C., *Practica IJurisprudence: A Comment on Austin*, Cambridge University Press, Cambridge, 1883, s. 133.

[17] AYBAY Rona, *Introduction to Law*, Alfa, İstanbul, 2013, ss. 47-48.

[18] Ibid., s. 48.

[19] GÜLGEÇ, op. cit., s. 10.

bulunmaktadır. Bunlardan devlet tarafından yaptırıma bağlanan hukuk normu iken, toplumca kınanan ahlâk normudur^[20].

Buraya kadar şu sonuca varabiliriz: Hukuk düzeni, ihlallere karşı devlet tarafından uygulanan yaptırımlar içeren, cebrî bir toplumsal düzendir ve bu cebrîliğin devlet kaynaklı olması ile etkililiği, hukuk düzenini diğer toplumsal düzenlerden ayırır. Kanımızca bu tespitlerde bir hata yoktur. Gerçekten de cebrîlik ve bu cebrîliğin niteliği hukuk düzenini diğer toplumsal düzenlerden ayırmakta kullanılabilir.

Sorun hukuk düzeninin bütününe bir özelliği olan cebrîliğin tikel normlar açısından da bir şart olarak görülmesiyle başlar. Kelsen her hukuk normunun bir yaptırım içermesi gerektiğini düşünmektedir^[21]. Buna göre, hiçbir şekilde, başka bir mevzuat parçasında olsa bile, ihlâlinin yaptırımı öngörülmemiş olan norm hukuken ilgisizdir (“*legally irrelevant*”)^[22]. Dikkat edileceği üzere, Kelsen bu normların geçersiz olduğunu iddia etmemektedir. Ancak, hukuken ilgisiz olmanın sonuçlarının ne olduğuna değinilmemektedir. Muhtemel ki bu normların(?) hukukî muhakemeye konu olmaması, bunların dikkate alınmaması gerekecektir. Hatırlatalım ki bir normun geçerliliği onun varlığıdır^[23]. Var olan normlar ise dikkate alınmalıdır. Nitekim geçerlilik, yani normun varlığı, aynı zamanda onun bağlayıcı olduğunu gösterir^[24]. Bu durumda Kelsen bu tür normların geçersiz olduğunu neden iddia edememektedir^[25]? Yaptırımı bir normun zorunlu unsuru olarak gördükten sonra, yaptırımsız bir normdan “norm” olarak bahsetmeye devam etmek ne derece doğrudur? Bu tartışmanın detaylarına girmek çalışmamızın haddini aşacaktır. Ancak, yine de özet bir değerlendirme yapmayı gerekli görüyoruz.

Kelsen’in öncelikle ilgilendiği husus hukuk düzeninin cebrî bir toplumsal düzen olarak kurgulanmasıdır. Ancak Kelsen’in yazınında hukuk düzeninin genel olarak cebrî olması ile bu hukuk düzenine ait her normun bir yaptırım öngörmesi ya da yaptırım öngören başka bir normla ilişkili olması

[20] Ibid.

[21] Bkz. KELSEN, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 52.

[22] Ibid.

[23] Ibid., s. 10.

[24] SARTOR Giovanni, “Legal Validity as Doxastic Obligation: From Definition to Normativity”, *Law and Philosophy*, C. 19, S. 5, Yıl: 2000, s. 586.

[25] Austin yaptırımsız hukuk normunun yani *lex imperctanin* gerçekten bir hukuk normu olmadığını ifade etmektedir bkz. AUSTIN, op. cit., s. 32.

(“*dependent legal norm*”) arasındaki bağlantıyı görmek mümkün değildir^[26]. Bize göre, bir hukuk düzeninde yaptırım içermeyen veya herhangi bir şekilde yaptırım içeren bir normla bağlantılı olmayan normlar bulunsa da hukukun cebri bir düzen olarak görülmesi son derece mümkündür. Kaldı ki, aşağıda göreceğimiz gibi, bir hukuk normunun varlığı, yani geçerliliği başka bir hukuk normu tarafından öngörülür. Bir hukuk normunun öngördüğü kriterlere uygun şekilde ihdas edilen norm geçerlidir, vardır ve bağlayıcıdır. Eğer hukuk düzeninde yaptırım içermeyen, herhangi bir şekilde bir yaptırımla ilişkilendirilemeyen bir hukuk normu varsa, yani başka bir normun öngördüğü şekilde ihdas edilmişse, bu hukuk normunun “hukuken ilgisiz” olduğu iddia edilemez.

Kaldı ki, hukuk düzenindeki yaptırımların da birer hukuk normu olduğu kabul edilirse^[27], yaptırımın da geçerliliğini bir başka normdan alması gerekecektir. Bir normun hukukî geçerliliğinin yaptırım niteliği taşıyan bir başka norma bağlanması ise anlamsızdır. Normun mevcudiyetinin tek şartı, üst norm tarafından öngörülen şekilde ihdas edilmektir, üst norma aykırılığın yaptırıma bağlanmış olması değil^[28]. Herhangi bir yaptırım öngörmeyen hukuk normlarına pek çok hukuk sisteminden örnek verilebilir. Türk hukukundan örnek olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün kanunların ihdas usûlüyle ilgili olarak öngördüğü şartlar verilebilir. Bu şartlara uyulmaması hâlinde uygulanabilecek bir yaptırım bulunmamaktadır. Anayasanın 148/2 maddesi dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi’nin bu durumda yaptırım uygulayarak kanunu iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen söz konusu normlar “hukuken ilgisiz” olarak görülmemekte, pek çok Meclis içi işleme dayanak sağlamaktadır. Dolayısıyla, makalenin geri kalanında yapacağımız gözlem ve tespitlerde

[26] RAZ Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 1980, s. 81. Kelsen benzer bir hatayı etkililik kavramına ilişkin olarak da yapmaktadır. Öncelikle tutarlı ve anlaşılabilir şekilde hukuk düzeni için etkililiğin niçin bir şart olduğunu ortaya koymakta, sonra ise bu şartı yeterli açıklama yapmadan tikel normlar açısından da aramaktadır. Bkz. KELSEN, *Pure Theory of Law*, op. cit., ss. 51-52. Bu husus Hart tarafından eleştirilmektedir (HART H.L.A., *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 103). Biz de görüşümüzü şurada açıklamıştık: GÜLGEÇ, op. cit., ss. 10-11.

[27] Hauser’in deyimiyile: “... jede Sanktion ist ein Sollen, aber nicht jedes Sollen eine Sanktion” (Her yaptırım bir olması gerektir, ancak her olması gereken bir yaptırım değildir). HAUSER, op. cit., s. 9.

[28] GÜLGEÇ, op. cit., s. 11.

yaptırımı hukuk normunun zorunlu bir unsuru olarak görmeyeceğimizi belirtmek gerekir.

Sonuç olarak hukuk normu kavramını tanımlamamız gerekir. Yukarıda norm kavramını “*beşeri davranış hakkında ‘olması gereken’ bildiren önerme*” olarak tanımlamıştık. Hukuk normu ise “*hukuk düzenine ait, beşeri davranış hakkında ‘olması gereken’ bildiren önerme*” olarak tanımlanabilir. Hukuk normunun hukuk düzenine aitliği, aşağıda göreceğimiz geçerlilik ilişkisi ile sağlanacaktır. Burada kısaca aidiyetin o düzendeki bir başka normun öngördüğü biçimde ihdas edilme şeklinde sağlanacağını belirtip, hukuk normunun uzun tanımını yapalım: “*Hukuk normu yaptırımların devlet eliyle uygulandığı toplumsal bir düzen olan hukuk sistemine uygun olarak ihdas edilen ve beşeri davranış hakkında gereklilik bildiren bir önermedir*”.

B. Normlar Hiyerarşisi

Bu bölümde ilk defa Kelsen tarafından sistematik bir şekilde ortaya konmuş olan normlar hiyerarşisini inceleyeceğiz. Ancak, bölümün amacı normlar hiyerarşisinin ne olduğunu ortaya koymaktan öteye gitmemektedir. Nihai amaç, bir normun normlar hiyerarşisindeki yerinin nasıl tespit edileceğini ortaya koymaktır. Normlar hiyerarşisi hukuk normlarının geçerliliği ile yakından ilişkilidir. Hukuk normunun geçerliliğine ilişkin aksiyolojik, maddî ve biçimsel geçerlilik anlayışları mevcuttur^[29]. Ancak, Kelsen’in normlar hiyerarşisi teorisi biçimsel geçerlilik anlayışına ilişkindir. Dolayısıyla bu kısımda kısaca normlar hiyerarşisinin kaynağı olan Kelsenci geçerlilik anlayışını göreceğiz.

Kelsen’e göre bir normun varlığı, yani geçerliliği, olgulara değil normlara dayandırılmalıdır^[30]. Dolayısıyla, bir hukuk normunun geçerliliği doğrudan ihdas fiilinden değil, bu ihdas fiilini norm yaratıcı bir fiil olarak öngören başka bir normdan kaynaklanmaktadır^[31]. İki norm arasındaki geçerlilik ilişkisinde geçerliliği belirleyen norma üst norm, geçerliliği belirlenen norma ise alt norm ismi verilebilir. Üst norm, alt normun içeriğini veya

[29] Bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. GÖZLER, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, op. cit., ss. 55-84.

[30] KALYVAS Andreas, “The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen’s Legal and Political Theory”, *Philosophy and Social Criticism*, C. 32, S. 5, s. 576.

[31] KELSEN, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 9.

ihdas usûlünü belirler^[32]. Alt normun geçerliliğini belirleyen üst normun da geçerliliğini yine başka bir normdan alması gerekecek, bir durumdaki üst normun, başka bir durumda alt norm olması icap edecektir^[33]. İşte normlar hiyerarşisi, geçerlilik ilişkisi ile birbirine bağlanmış üst ve alt normların varlığına dayanır^[34]. Buna göre, hukuk düzenindeki normlar alt ve üst normlar olarak hiyerarşik bir şekilde sıralanmıştır.

Kelsen, bir hukuk normunun üst normunu tespit etmeye yönelik arayışın sonsuza kadar devam edemeyeceğini düşünmektedir. Fen bilimleri kuralları arasındaki nedensellik ilişkisi sonsuza kadar bir ilk neden arayışına yol açabilir^[35]. Ancak, normatif geçerlilik ilişkisi söz konusu olduğunda bir noktada durulmalı ve ulaşılan normun geçerli olduğu varsayılmalıdır^[36]. Bu varsayım, tespit edilen en üstün pozitif norma geçerlilik sağlayan bir içerikte olduğu varsayılan ve geçerliliği sorgulanamayan temel norm aracılığıyla gerçekleştirilir. Temel norma ilişkin pek çok tartışmaya yer vermek mümkündür. Ancak, pozitif bir norm olmayan temel normun pozitif hukuk normlarının hiyerarşisi içinde yer alması mümkün değildir^[37]. Bu tartışmanın konumuz açısından sağlayacağı bir fayda olmadığından, burada yer almasını uygun görmedik.

Sorulması gereken bir başka soru bir normun başka bir normun üst normu olması, yani normlar hiyerarşisinde bu alt normdan yukarıda yer alması için, üst norma aykırılığın yaptırıma bağlanmasının gerekip gerekmediğidir. Üst norma aykırı olan alt normun yargısal denetim gibi mekanizmalarla hukuk düzeninden kaldırılması gerektiğini ileri sürülmektedir^[38]. Mevcut hukuk sistemleri de genel olarak üst norma aykırı temel normlarının geçerli kalmasını engelleyecek olan mekanizmaları öngörmüştür. Bize göre, hukuk sisteminin en üstün normunun kendisine aykırı bir normun geçerli olarak

[32] KELSEN, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 123. Ayrıca bkz. HAASE Marco, *Grundnorm–Gemeinwille–Geist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s. 39; HECKMANN Dirk, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, ss. 138-139, 146.

[33] GÜLGEÇ, op. cit., s. 15.

[34] LATA, op. cit., s. 2; HAASE, op. cit., s. 39; HECKMANN, op. cit., s. 141.

[35] KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, op. cit., s. 162.

[36] KELSEN, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 194.

[37] GÜLGEÇ, op. cit., ss. 24-25.

[38] HECKMANN, op. cit., s. 148.

kabul edilmesini ve uygulanmasını öngörmesi mümkündür. Aykırılığın geçersizlik yaptırımına bağlanması, üst norm olmanın bir koşulu değildir. Üst norm olmanın koşulu, alt normun ihdas usûlünü ve/veya içeriğini belirlemektir^[39]. Kaldı ki pozitif hukuk düzenleri incelendiğinde gerçekten de bir normun geçerliliğini belirleyen, ancak kendisine aykırılıkları yaptırıma bağlamayan normlara rastlanmaktadır. Bunun en tipik örneğine İngiliz hukuk sisteminde rastlamak mümkündür. İngiliz hukuk sisteminde idarenin öyle düzenleyici işlemleri (“*delegated legislation*”) vardır ki, bunların kanunlara aykırılıkları hiçbir mahkeme önünde iddia edilemez. Öte yandan, bunların kim tarafından, hangi usûle uyarak ve ne hakkında çıkarılacakları yine kanunlar tarafından belirlenmektedir^[40]. Bir başka deyişle, bu düzenleyici işlemlerin geçerlilikleri kanunlar tarafından belirlenmektedir. Söz konusu kanun olmasaydı, idarenin bu nitelikte bir düzenleme yetkisi olmayacaktı. Dolayısıyla, salt aykırılığın yaptırıma bağlanmamış olmasından dolayı iki normu aynı seviyede görmek mümkün değildir. Öncelikle iki norm arasındaki ilişki irdelenmeli ve birinin hukuk düzenindeki varlığını diğerine borçlu olup olmadığı, birinin diğerinin içeriğini ve/veya ihdas usûlünü belirleyip belirlemediği değerlendirilmelidir. Sonuç olarak diyebiliriz ki, salt aykırılığın yaptırıma bağlanmadığından bahisle iki norm arasındaki hiyerarşik ilişkiyi reddetmek mümkün değildir. Her ne kadar hukuk düzenleri genel olarak alt normun üst norma aykırılığını yaptırıma bağlamışsa da bu durumun istisnaları olacaktır. Dolayısıyla, bir normun diğer normun hiyerarşik astı olup olmadığını değerlendirirken bu istisnaî durumun söz konusu olup olmadığını değerlendirmemiz gerekecektir.

Aykırılığın yaptırıma bağlanmamış olmasının tek başına iki norm arasında hiyerarşik ilişki olmadığını göstermemesi gibi, kimi durumlarda denetim yaptırım şeklinde sonradan ortaya çıkmamakta, ancak üst norma aykırı şekilde ihdas edilmiş olan normun yürürlüğe girmesi veya geçerlilik kazanması^[41] engellenmektedir. Anayasa yargısı literatüründe bu usule *a*

[39] GÜLGEÇ, op. cit., s. 23, dn. 87.

[40] Ibid., ss. 423-431.

[41] Bu ifademiz geçerlilik ve yürürlüğün aynı anlama geldiğini düşündüğümüz şeklinde anlaşılmalıdır. Kimi durumlarda önleyici denetim (ister yargısal olsun ister Türk hukukunda anonim şirket esas sözleşmeleri açısından öngörüldüğü gibi idari) ilgili norm geçerlilik kazandıktan sonra, ancak yürürlüğe girmeden önce gerçekleştirilmekte, böylelikle üst norma aykırı olan normun uygulanmasının önüne geçilmektedir. Ancak, önleyici denetimin tek yolu bu olmayabilir. Önleyicilik özelliği, anonim şirket

priori denetim veya önleyici denetim ismi verilmektedir. *A priori* veya önleyici denetim, kanun Resmi Gazete’de yayınlanmadan gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi olarak ifade edilebilir^[42]. Bu tür bir denetim 1958 Fransız Anayasasının 61. maddesine öngörülmüştür. Benzer şekilde, bazen normların geçerlilik kazanabilmesi için normu yapan organ dışında bir organın onayı aranabilir. Bu durumda da önleyici denetimin (*preventive control*) söz konusu olduğundan bahsedilebilir. Örneğin, İsviçre hukukunda kanton anayasalarının federal devletin onayına sunulması önleyici denetime örnek gösterilebilir^[43]. Önleyici denetimin söz konusu olduğu bir durumda, denetimi gerçekleştirilen norm, başka bir norma aykırılık dolayısıyla geçerlilik kazanamamaktadır. Sonuç olarak şu tespitte bulunabiliriz: Normatif hiyerarşi, yalnızca bir normun başka bir norma aykırılık nedeniyle iptal veya butlan gibi yaptırımlarla sonradan geçerliliğini yitirdiği durumlarda değil, aykırılık nedeniyle geçerlilik *kazanmadığı* durumlarda da söz konusu olabilir. Bu tespit anonim şirket esas sözleşmesinin kanunla hiyerarşik ilişkisini değerlendirirken faydalı olacaktır.

Son olarak bir hukuk normunun normlar hiyerarşisindeki yeriyle ilgili olarak şu tespitlerde bulunulabilir: 1) Bir norm normlar hiyerarşisinde onun ihdas usûlünü “düzenleyebilen” bütün normların altında yer alır. 2) Bir norm normlar hiyerarşisinde onun içeriğini “belirleyebilen” bütün normların altında yer alır. 3) Bir normun başka bir norma aykırılığının hukuk düzeni tarafından yaptırıma bağlanmadığı durumlarda dahi iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki mevcut olabilir.

II. ANONİM ŞİRKET ESAS SÖZLEŞMESİNİN NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Makalemizin ilk kısmında normlar hiyerarşisi teorisini inceledik ve bir normun normlar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesinde nelere dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koyduk. Şimdi çalışmamızın asıl konusunu teşkil eden anonim şirket esas sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerini

esas sözleşmelerine ilişkin olarak iddia edeceğimiz gibi, söz konusu norm geçerlilik kazanmadan önce, normun geçerlilik kazanmasını engelleyecek biçimde de ortaya çıkabilir.

[42] GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: II, Ekin, Bursa, 2011, s. 747.

[43] Bkz. FLEINER Thomas, MISIC Alexander ve TÖPPERWIEN Nicole, *Swiss Constitutional Law*, Kluwer Law, Lahey, 2005, s. 125.

inceleyeceğiz. Bir normun normlar hiyerarşisindeki yeri o normun hukukî rejimi ile yakından ilgilidir. Dolayısıyla, ilk olarak aşağıda anonim şirket esas sözleşmesinin hukukî rejimini amacımıza hizmet ettiği ölçüde inceleyeceğiz.

A. Anonim Şirket Esas Sözleşmesi: Normun Tanınması

Bu kısımda sırasıyla şu konuları ele alacağız: 1. Genel Çerçeve ve Tanım, 2. Hukukî Nitelik, 3. Hukukî Rejim, 4. Geçersizlik.

1. Genel Çerçeve ve Tanım

Öncelikle belirtilmelidir ki doktrinde esas sözleşme yerine anasözleşme (ana mukavele) ve ortaklık sözleşmesi kavramları da kullanılmaktadır^[44]. Keza, 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanununda “esas mukavele” tabiri kullanılmaktaydı. Biz daha yaygın olduğunu gördüğümüz esas sözleşme kavramını tercih ettik. Tanımından da göreceğimiz gibi, esas sözleşme anonim şirketler açısından çok önemli bir fonksiyon üstlenir.

Anonim şirket esas sözleşmesinin doktrinde pek çok tanımı yapılmıştır. Bu tanımlardan ilkinde göre esas sözleşme “... *anonim şirketin temel düzenini oluşturan, şirketin iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin şirkete ve bir birlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, şekle tabi, katılıma açık çok taraflı bir sözleşme*”^[45] niteliği taşır. Benzer bir tanıma göre esas sözleşme “...*ortaklığın iç ve dış ilişkileri ile pay sahiplerinin ortaklığa ve birbirlerine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen, sıkı şekil koşuluna tabi bir sözleşmedir*”^[46]. Aşağıda göreceğimiz gibi, bu tanımlardaki

[44] Anasözleşme–ana mukavele kullanımı için bkz. DOMANIÇ Hayri, *Anonim Şirketler*, Eğitim Yayınları, İstanbul, 1978, s. 39; MOROĞLU Erdoğan, *Oy Sözleşmeleri*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 32; BAHTİYAR, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, op. cit., s. 50. Ortaklık sözleşmesi kavramı için bkz. BAHTİYAR, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, op. cit., s. 72. Esas sözleşme kullanımı için bkz. KENDİGELEN Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 227; ÜÇİŞİK Güzin ve ÇELİK Aydın, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, I. Cilt, Adalet, Ankara, 2013, s. 143; UZEL Necdet, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 93; ALTAŞ Soner, *Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler: Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Örneklî*, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 86; BİLGİLİ Fatih ve DEMİRKAPI Ertan, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora, Bursa, 2013, s. 229.

[45] ÜÇİŞİK ve ÇELİK, op. cit., s. 143.

[46] AKDAĞ GÜNEY, op. cit., s. 279.

bir eksiklik Türk hukukuna göre mümkün olan tek ortaklı anonim şirketlerin esas sözleşmesini kapsamamasıdır. Nitekim tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesi ne bir sözleşme hükmündedir, ne de pay sahiplerinin birbirine karşı hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyebilir^[47].

Yerine getirdiği bu önemli fonksiyonlar nedeniyle esas sözleşme anonim şirketin anayasasına benzetilmektedir^[48]. Esas sözleşmenin hem bir sözleşme olarak tanımlanıp hem de anayasaya benzetilmesinin ne derece yerinde olduğunu esas sözleşmenin hukukî niteliği kapsamında tartışacağız. Yerine getirdiği önemli işlevler nedeniyle anonim şirket esas sözleşmesinin bir kuruluş formalitesinden fazlası olduğu ifade edilmektedir^[49]. Esas sözleşme ortaklık açısından ortaklığı kurma ve işleyişini düzenleme işlevlerine sahiptir. Bunun dışında, esas sözleşme ortaklığı tanıtıcı ve diğer ortaklıklardan ayırt edici bir işlev de üstlenir^[50]. Esas sözleşmenin ancak kanunda öngörülen çoğunluklarla değiştirilebilmesi onun paysahiplerini ve kendisini koruma işlevini yerine getirmesini sağlar^[51]. Ayrıca, işletme konusu ve ortaklığın amacı gibi hususlara yer vererek bir plan ve program sunar^[52]. Son olarak, tescil edilmekle birlikte üçüncü kişiler açısından önem teşkil edebilecek hususların duyurulmasını sağlayarak aleniyet sağlama işlevini yerine getirir^[53].

2. Hukukî Nitelik

Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketlerin birden fazla ortakla kurulmasının yanında tek ortakla kurulabilmesinin de önünü açmıştır. Bununla birlikte tek ortaklı anonim şirketlerin kurucu belgesinden “esas sözleşme” olarak

[47] Tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin gerçek anlamda bir sözleşme olmadığını düşünen Ünal Tekinalp “esas taahhütname” deyimini kullanmaktadır. Bkz. Tekinalp Ünal, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, ss. 82-83. Tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin de sözleşme niteliğinde olduğu düşüncesi için bkz. PULAŞLI Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt: I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 613.

[48] Bkz. BİLGİLİ ve DEMİRKAPI, op. cit., s. 229; MOROĞLU, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukukî Niteliği”, op. cit., s. 429; ÜÇİŞİK ve ÇELİK, op. cit., s. 143; BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., s. 125.

[49] BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., s. 125.

[50] BAHTİYAR, *Anonim Şirket Anasözleşmesi*, op. cit., ss. 11-12.

[51] Ibid., s. 13.

[52] Ibid., s. 14.

[53] Ibid.

bahsetmeye devam etmiştir. Dolayısıyla, anonim şirket esas sözleşmesinin hukukî niteliğini belirlerken çok ortaklı anonim şirket esas sözleşmeleri ile tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmelerini ayrı ayrı incelemek gerekir. Nitekim bir sözleşmede en az iki taraf bulunmalıdır. Tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin bir sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir^[54].

a. Çok ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin hukukî niteliği

Çok ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin hukukî niteliği pek çok tartışmaya konu olmuş ve sözleşme teorisi (“*Vertragstheorie*”) ile norm teorisini (“*Normentheorie*”) karşı karşıya getirmiştir^[55]. Günümüzde bu kamplaşmanın büyük ölçüde aşıldığı ve anonim şirket esas sözleşmesinin hem borç hem de organizasyon sözleşmesi niteliği taşıyan çifte karakterli bir yapıda olduğunun kabul edildiği belirtilmektedir^[56]. Bununla birlikte, borçlar hukukundaki iki taraflı sözleşmelerle, anonim şirket esas sözleşmesi arasında temel birtakım farkların bulunduğu ve bu nedenle TBK’nın bazı hükümlerinin esas sözleşme açısından uygulama bulamayacağı vurgulanmaktadır^[57]. Tescil sonrası anonim şirket esas sözleşmesinin sözleşmesel karakterinin değişerek, esas sözleşmenin içerdiği kuralların objektifleştiği^[58] ve tescil sonrasında esas sözleşmenin objektif bir norm olarak yorumlanması gerektiği belirtilmektedir^[59].

b. Tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin hukukî niteliği

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Türk hukukunda tek ortaklı anonim şirketlere izin verilmektedir. Tek kurucu durumunda da bir esas sözleşme hazırlanmakta, bu esas sözleşme de tescil edilmektedir. Ancak, bu durumda esas sözleşme bir sözleşme olarak nitelendirilemez. Çünkü bu durumda

[54] Bkz. TEKİNALP, op. cit., ss. 82-83.

[55] AKDAĞ GÜNEY, op. cit., s. 280.

[56] Ibid.

[57] BAHTİYAR, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, op. cit., ss. 64-67.

[58] AKDAĞ GÜNEY, op. cit., ss. 280-281; MOROĞLU, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, op. cit., s. 429; OKUTAN NILSSON, op. cit., s. 90; BAHTİYAR, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, op. cit., s. 30.

[59] AKDAĞ GÜNEY, op. cit., ss. 280-281; MOROĞLU, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, op. cit., s. 429; OKUTAN NILSSON, op. cit., s. 90; BAHTİYAR, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, op. cit., s. 30.

birden fazla tarafın iradesinden söz etmek mümkün değildir^[60]. Doktrinde tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin bir taahhütname olduğu vurgulanmaktadır^[61]. Bununla birlikte, tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesinin sözleşme değil de taahhütname niteliği taşımasının onun çifte karakterini ortadan kaldırmayacağı düşünülmektedir^[62]. Tek ortaklı anonim şirketin taahhütname niteliğindeki esas sözleşmesinin de tescil ile birlikte objektifleşeceği ve anonim şirketin anayasası niteliğine bürüneceği kabul edilebilir. Elbette, bu noktadan sonra taahhütname niteliğindeki esas sözleşme katılıma açık hâle gelecek, şirkete sonradan katılacak pay sahiplerini de bağlayacaktır. Ancak, esas sözleşmenin çifte karakterinden bir borç ve organizasyon sözleşmesi olması kastedildiğine göre, taahhütname herhangi bir şekilde sözleşme niteliği taşımayacağından bu tespitin yerindeliği kanımızca tartışmalıdır.

Kuşkusuz yukarıda esas sözleşmenin hukukî niteliği hakkında yapılan açıklamalar oldukça özetlidir. Girilebilecek pek çok teorik tartışmaya girilmemiş, açıkçası “destursuz bağa girmekten” kaçınılmıştır^[63]. Bu kaçınmanın tek sebebi yazarın ticaret hukuku alanında yetkin olmaması değil, aynı zamanda bu konudaki tartışmaların bizim çalışmamıza çok fazla katkı sağlamayacak olmasıdır. İster bir sözleşme, isterse kanun benzeri objektif bir norm olarak görülsün, çok ortaklı anonim şirketin esas sözleşmesi bir norm niteliğinde olacak ve normlar hiyerarşisinde yerini alacaktır. Sözleşmelerin de birer norm teşkil ettiği kabul edilmelidir. Neticede tarafların uyuşan iradesiyle kurulmakla birlikte sözleşmeler bu tarafların davranışı üzerinde bir “olması gereken” teşkil etmekte ve bu olması gerekene aykırı davranışlar hukuk düzeni tarafından yaptırıma bağlanmaktadır. Çalışmamız için benimsediğimiz hukuk normu tanımını hatırlayalım: “*Hukuk normu yaptırımların devlet eliyle uygulandığı toplumsal bir düzen olan hukuk sistemine uygun olarak ihdas edilen ve beşeri davranış hakkında gereklilik bildiren bir önermedir*”.

[60] Bkz. KARAMAN COŞGUN Özlem, “Anonim Şirketin Temel Nitelikleri ve Kuruluşu”, in *Şirketler Hukuku*, ed: Sami Karahan, Mimoza, Konya, 2012, s. 361; AKDAĞ GÜNEY, op. cit., s. 281.

[61] Örn. bkz. TEKİNALP, op. cit., ss. 82-83; AKDAĞ GÜNEY, op. cit., s. 281. Aksi görüş için bkz. PULAŞLI, op. cit., s. 613.

[62] AKDAĞ GÜNEY, op. cit., s. 281.

[63] İfadeyi Kemal Gözler'den okuduk. Bkz. Kemal Gözler, *Örnekleriyle Usûlsüz Alıntı Sorunu*, Yazarın Kendi Yayını, Bursa, 2013, s. 18.

Dikkat edilirse, hukuk normu olmanın koşulu kesinlikle devlet tarafından ihdas edilmek değildir. Aykırılık neticesinde yaptırımın devlet tarafından uygulanması yeterlidir. Sözleşme hükümlerinin birer “olması gereken” ifade ettiği ve beşerî davranışı konu edindiği de tartışmasızdır.

Benzer bir akıl yürütme tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesi açısından da gerçekleştirilebilir. En azından tescil ile birlikte bu belgenin şirket organlarını, bu organları işgal edenleri ve şirkete sonradan dâhil olacak pay sahiplerini bağladığı kabul edildiğine göre, bu belgenin norm niteliğinde de bir şüphe bulunmamalıdır. Kaldı ki, Türk kanunlarının çok ortaklı ve tek ortaklı anonim şirket sözleşmeleri arasında herhangi bir ayrıma gitmeden bunları aynı hükümlere tâbi kılması bu iki belgenin hukukî rejiminin aynı olduğuna ve bu ikisi arasında sözleşmesel nitelik ve taahhütname niteliğine dayanarak bir ayırım yapılmasının pozitif hukuk açısından uygun olmayacağına hükmedilebilir^[64].

Sonuç olarak, kurucuların sayısına göre anonim şirket esas sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin yapılan ayırım teorik bir ayırımdır. Bizim amacımız ise bu normların teorik düzlemdeki hukukî niteliklerine göre değil, pozitif kaynaklarda düzenlenen hukukî rejimlerine göre bunların normlar hiyerarşisindeki yerini tespit etmektir. Dolayısıyla, anonim şirket esas sözleşmesinin hukukî niteliği konusundaki tartışmayı daha fazla uzatmadan hukukî rejim açısından daha mühim olan konulara geçmeyi tercih ediyoruz.

3. Hukukî Rejim

Bu kısım Türk hukukundaki anonim şirket esas sözleşmelerinin tanınması açısından özellikle önem arz etmektedir. Pozitif hukukun verileri ışığında esas sözleşmenin şekli ve maddî koşulları incelenecektir.

a. Şekli Koşullar

Anonim şirket esas sözleşmesine ilişkin şekli koşulların başında yazılılık gelmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 339. maddesinin 1. fıkrasına göre esas sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve kurucuların imzasının noter tarafından onaylanması ya da esas sözleşmenin ticaret sicil müdürü veya yardımcısının huzurunda imzalanması şarttır. Yazılılık şartında bir eksiklik

[64] Mehmet Bahtiyar da kanunda yer almadığı için “esas taahhütname” ifadesini kullanmamaktadır. Bkz. BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., s. 124.

varsa, örneğin kurucuların birinin imzası geçerli değilse, esas sözleşmenin tescil edilmemesi ve şirketin tüzel kişilik kazanamaması gerekir^[65]. Şirket bu eksikliğe rağmen tüzel kişilik kazanmışsa TTK'nin 210. maddesi uyarınca şirketin feshi istenebilir^[66].

Anonim şirket esas sözleşmesinin şekil şartlarına ilişkin şu tespitleri yapabiliriz: İlk olarak, kanun esas sözleşmenin yapıcılarını belirlemektedir. Buna göre, esas sözleşmenin yapıcıları kurucu veya kuruculardır. Yine kanun, bu norm için bir şekil şartı öngörmekte ve esas sözleşmenin yazılı şekle tâbi olduğunu, ayrıca kurucuların imzalarının noter tarafından onaylanacağını veya sözleşmenin ticaret sicil müdürü veya yardımcısının huzurunda imza edileceğini düzenlemektedir. Öngörülen bu şartlara aykırı şekilde hazırlanan bir esas sözleşme geçersizdir. Bu noktada esas sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasına ilişkin usûlî ve şeklî şartların bir kanun tarafından belirlendiğini söylemekle yetiniyoruz. Bu tespit anonim şirket esas sözleşmesinin normlar hiyerarşisinde kanunun hiyerarşik astı olup olmadığını belirlememizde fayda sağlayacaktır.

Bununla birlikte, esas sözleşme değişikliklerine ilişkin şartların da şekli koşullar dâhilinde değerlendirilmesi gerekir. Kısaca esas sözleşme değişikliğine ilişkin şartlara burada konumuzla örtüştüğü ölçüde yer vermek gerekir.

Anonim şirketlerin esas sözleşmesinin sermaye artırımı veya azaltımı, faaliyet konusunun değişimi, şirket merkezinde değişiklik gibi sebeplerle tâdil edilmesi gerekebilir^[67]. TTK'nin 408. maddesinin 2. fıkrasının a bendine göre anonim şirketlerde esas sözleşmeyi değiştirmeye yetkili olan organ genel kuruldur ve genel kurul bu yetkisini başkaca bir organa devredemez. Dolayısıyla, esas sözleşme değişikliği genel kurulun bir kararıyla gerçekleştirilecektir. Ancak, bu genel kurul kararı Türk hukukunda diğer genel kurul kararlarından daha önemli görüldüğü için ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmüştür (TTK m. 421)^[68]. Biz aşağıda kısaca esas sözleşme değişikliğinin genel usûlüne yer verip, sermaye artırımı veya azaltımı gibi esas sözleşme

[65] ÜÇİŞİK ve ÇELİK, op. cit., s. 144.

[66] Ibid.

[67] SARAC Tahir, "Esas Sözleşme Değişiklikleri", *Şirketler Hukuku*, ed. Sami Karahan, Mimoza, Konya, 2012, s. 533.

[68] Bkz. BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., s. 340.

değişikliğinin özel görünümünü^[69] detayıyla incelemeyeceğiz. Nitekim genel usûlden elde edilecek bilgiler anonim şirket esas sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemeye yetecektir.

Genel kurulun esas sözleşme değişikliği yaparken tâbi olduğu sınırlar esas sözleşmenin genel kurul kararıyla hiyerarşik ilişkisi veya kanunların ve düzenleyici idarî işlemlerin esas sözleşmeyle hiyerarşik ilişkisi açısından önemli olabilir. Genel kurulun esas sözleşme değişikliği yetkisi her şeyden önce esas sözleşme hükümleriyle sınırlanabilir. TTK'nin 452. madde hükmüne göre, genel kurulun esas sözleşmeyi tamamen değiştiremeyeceği, belli konuların yetkisi dışında kaldığı öngörülmüş olabilir^[70]. Aynı madde hükmüne göre, vazgeçilmez ve müktesep haklar^[71] genel kurulun esas sözleşme değişikliği yetkisinin bir başka sınırını oluşturur. Bunların dışında genel kurulun esas sözleşmeyi değiştirme yetkisinin kanunun emredici hükümleri, dürüstlük kuralı, anonim şirketler hukukunun temel ilkeleri ve imtiyazlı pay sahiplerinin haklarıyla sınırlı olduğu da belirtilmelidir^[72].

Esas sözleşme değişikliği süreci, yönetim kurulunun değişiklik tekliflerini hazırlaması ve değişiklik için karar almasıyla başlar^[73]. Bazı anonim şirketlerin kurulması için Bakanlık izni gerekmektedir. TTK'nin 333. maddesi bazı anonim şirketlerin kuruluşunun izne tâbi olacağını ve bu şirketlerin Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir tebliğle belirleneceğini düzenlemiştir^[74]. Aynı madde hükmüne göre bu anonim şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de Bakanlık iznine bağlıdır ve Bakanlığın yapacağı

[69] Bilgili ve Demirkapı esas sözleşme değişikliklerini genel esas sözleşme değişiklikleri ve özel esas sözleşme değişiklikleri olarak ikiye ayırıp incelemiştir. Bkz. BİLGİLİ ve DEMİRKAPI, *op. cit.*, ss. 443, 451. Dolayısıyla, biz burada kısaca genel esas sözleşme değişikliklerinin usûlüne yer vermiş olacağız.

[70] Ayrıca bkz. SARAC, *op. cit.*, s. 533.

[71] Oy, bilgi alma hakları ile sorumluluk, iptal, butlanın tespiti ve haklı sebeple fesih davası açma hakları vazgeçilmez ve müktesep haklara örnek olarak gösterilebilir. Bkz. ALTAŞ, *op. cit.*, s. 488.

[72] BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, *op. cit.*, s. 340; BİLGİLİ ve DEMİRKAPI, *op. cit.*, s. 443.

[73] BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, *op. cit.*, s. 341.

[74] Mevzubahis tebliğ 15 Kasım 2012 tarihli ve 28469 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğdir.

inceleme esas sözleşme değişikliklerinde kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığına ilişkindir.

b. Maddî Koşullar

Bu kısımda esas sözleşmenin içeriğine ilişkin şartları inceleyeceğiz. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bir hukuk sisteminde üst norm olmanın tek yolu alt normun ihdas usulünü düzenlemek değildir. Üst norm, alt normun içeriğini belirleyerek de hiyerarşik üst konumuna yerleşmiş olabilir. Dolayısıyla, anonim şirket esas sözleşmesinin neyi düzenleyebileceğini ve içeriğinin sınırlarının hangi norm veya normlarla belirlendiğini görmemizde fayda vardır.

Esas sözleşmenin içeriğine ilişkin hususlar esasen TTK'nin 339. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre esas sözleşmede bulunacak hususlardan bazıları şunlardır: 1) Ticaret unvanı ve merkezin bulunacağı yer, 2) Şirketin işletme konusu, 3) Şirket sermayesi, payların itibarı değeri ve bunların ödenme şekil ve şartları, 4) Yönetim kurulu üyelerinin sayıları ve imzaya yetkili yönetim kurulu üyeleri ve 5) Genel kurulun toplantıya çağrı usulü ve genel kuruldaki oy hakları.

Bunlara ek olarak TTK'nin 1527. maddesi, Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara ilişkin Yönetmeliğin 5. maddesi ve Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ, esas sözleşmenin elektronik ortamda gerçekleştirilecek yönetim kurulu ve genel kurul toplantılara ilişkin hükümler bulundurması gerektiğini düzenlemektedir^[75]. Belirtmek gerekir ki adı geçen Yönetmelik ve Tebliğ TTK'nin ilgili maddesini tekrar etmekten öteye gitmekte ve Yönetmeliğin 5., Tebliğinse 6. maddesinde görülebileceği gibi, esas sözleşmede bulunması zorunlu hükümler getirmektedirler.

Son olarak kısaca emredici hükümler ilkesinden bahsetmek gerekir. Nitekim bu kapsamda verilecek bilgiler de anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğinin TTK tarafından sınırlanıp belirlendiğini göstermektedir. TTK'nin 340. maddesi şu şekildedir: “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar*”. Maddenin ilk cümlesinin anlamında şaşılacak bir husus yoktur. Zaten bağlayıcılık, hukuk

[75] Ayrıca bkz. KARAMAN COŞGUN, op. cit., s. 362.

kurallarının geçerliliğinin bir sonucudur. Geçerli, yani var olan bir hukuk kuralı bağlayıcıdır, bu kurala uyulması zorunludur. Bu kuraldan sapan her davranış bir ihlâl niteliği taşır. Dolayısıyla, kuraldan bir sözleşme veya başkaca bir işlemle sapmak, ancak böyle bir sapma öngörülmüşse mümkündür. İkinci cümlenin yorumundan da TTK'nin veya diğer kanunların öngörülmesine izin vermediği hükümlerin anonim şirket esas sözleşmesinde yer alamayacağı sonucu çıkmaktadır^[76].

Sonuç itibariyle, TTK ve diğer ilgili mevzuatın anonim şirket esas sözleşmelerinin içeriğini belirlediğini, belli hususların düzenlenmesini zorunlu kıldığını ve bu hususlardan ancak kanun bir istisna öngörmüşse sapılabileceğini düzenlediğini söyleyebiliriz. Hemen belirtmek gerekir ki bu tür istisnaların yönetmelik veya idarenin diğer düzenleyici işlemleriyle öngörülmesi mümkün değildir. Hukukta bir kuralı hangi norm koymuşsa, istisnayı da ancak o normla aynı seviyede olan bir norm veya o normun hiyerarşik üstü getirebilir^[77]. Esasen, kuralı koyan norm veya bu normun hiyerarşik üstü, istisnanın hiyerarşik ast konumundaki norm tarafından getirileceğini öngörebilir. Ancak, TTK'de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

4. Geçersizlik

Bu kısımda anonim şirket esas sözleşmesinin hangi durumlarda geçersiz olduğunu inceleyeceğiz. Bunu yaparken güttüğümüz amaç, esas sözleşmenin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin veriler elde etmektir. Her ne kadar bir norma aykırı olan normun geçersizlik yaptırımına tâbi tutulmaması aralarında hiyerarşik bir ilişki olmadığı anlamına gelmemekteyse de, aksi bir durum kesin olarak hiyerarşik bir ilişkinin varlığına işaretler. Bu kapsamda anonim şirket esas sözleşme hükümlerinin geçersizliği konusunu şu üç başlık altında inceleyeceğiz: a) TTK'nin emredici hükümlerine aykırılık, b) Anonim şirketler hukukunun içtihadî ilkelerine aykırılık, c) TBK'nin sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran hükümlerine aykırılık.

Devam etmeden önce bir açıklamada bulunmamız yerinde olur. 6102 sayılı TTK'nin 353. maddesinin 1. fıkrasına göre, anonim şirketin butlanına veya

[76] BİLGİLİ ve DEMİRKAPI, op. cit., s. 233; BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., ss. 126-127; MOROĞLU, *Oy Sözleşmeleri*, op. cit., s. 33. Aksi görüş için bkz. KARASU Rauf, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s. 61.

[77] GÖZLER, "Yorum İlkeleri", op. cit., s. 45.

yokluğuna karar verilemeyeceğini düzenlemektedir. Bir başka deyişle, anonim şirket bir kez kurulduğunda, anonim şirket esas sözleşmesinin bütünün butlanla sakat olduğuna veya esas sözleşmenin yokluğuna *ne sebeple olursa olsun* karar verilemez. Nitekim, anonim şirketin butlanı veya yokluğu ya esas sözleşmenin hiç geçerlilik kazanmadığına ya da baştan itibaren geçersiz sayılacağına işaret eder. Yine TTK'nin 353. maddesine göre "...*şirketin kurulmasında kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle, alacaklıların, pay sahiplerinin veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlal edilmiş olursa...*" asliye ticaret mahkemesi şirketin feshine karar verir. Dolayısıyla, mahkemenin fesih kararı anonim şirket esas sözleşmesinin bütününün geçerliliğini derhal sona erdiren bir karar değil, şirketi tasfiye sürecine sokan bir karardır.

Amacımız anonim şirket esas sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerini yalnızca kanuna kıyasla belirlemek değildir. Daha önce açıklandığı gibi, mahkeme kararları da birer normdur ve normlar hiyerarşisinde yer alırlar. Bu nedenle anonim şirket esas sözleşmesinin ticaret mahkemesi kararlarıyla hiyerarşik ilişkisini de incelemek gerekir. Bu ilişkinin incelenmesi ise ticaret mahkemesi kararlarıyla bir kez geçerli biçimde kurulmuş olan anonim şirket esas sözleşmesinin geçerliliğinin etkilenip etkilenmemesine bağlıdır. Yukarıda gördüğümüz gibi, asliye ticaret mahkemesinin bir esas sözleşmenin bütününün geçersizliğine hükmetme yetkisi bulunmamaktadır.

Ancak, Anonim şirket esas sözleşmesinin bir bütün hâlinde geçersizliği başka, tekil esas sözleşme hükümlerinin geçersizliği başka bir husustur. TTK'nin 353. maddesinde yokluğuna veya butlanına hükmedilemeyecek olan norm tekil esas sözleşme hükmü değil, bir bütün olarak esas sözleşmenin kendisidir. TTK kimi durumlarda tekil esas sözleşme hükümlerinin geçersiz olabileceğini düzenlemiştir. Örneğin, TTK'nin 425. maddesine göre genel kurula pay sahibinin temsilcisi olarak katılacak olan kişinin pay sahibi olmasını şart koşan esas sözleşme hükmünün geçersiz olduğunu öngörmektedir^[78]. Keza, "emredici hükümler ilkesi" olarak bilinen ve TTK'nin 340. maddesinde benimsenen kurala göre de, esas sözleşmeler kanunun içeriğinden ancak buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Bu anlamda, kanunun sınırlayıcı hükümleriyle çelişen esas sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması gerektiği

[78] KARASU Rauf, "Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Sayı: 1, 2015, s. 118.

belirtilmektedir^[79]. Dolayısıyla, tekil esas sözleşme hükümlerinin geçerliliği üzerinde etki sahibi olduğu, esas sözleşme hükümlerinin kanuna aykırılık dolayısıyla geçersiz olduğu iddia edilebildiği için, kanunla anonim şirket esas sözleşmesi arasında ve söz konusu hükümleri geçersiz kılan, yahut bu geçersizliği tespit eden mahkeme kararları arasında hiyerarşik bir ilişki olduğundan bahsedilebilir. Elbette bu hiyerarşinin tespiti için değerlendirilmesi gereken başka hususlar da olacaktır. Biz bu hususları makalenin ilerleyen kısımlarında ele alacağız.

Ayrıca, yukarıda normlar hiyerarşisine dair açıklamalarda bulunduğumuz kısımda belirttiğimiz gibi, iki norm arasındaki hiyerarşik ilişki yalnızca bir normun diğerine aykırılığı halinde geçersiz kılınabilmesiyle ilgili değildir. Önleyici denetim benzeri mekanizmaların öngörüldüğü durumlarda bir normun, diğerine aykırılık nedeniyle *geçerli biçimde tesis edilememesi* de hiyerarşik bir ilişkinin varlığına işaret etmektedir. Anonim şirket esas sözleşmesinin kanununun emredici hükümlerine aykırı olması hâlinde, ilgili ticaret sicil müdürünün esas sözleşmeyi tescili reddetmesi gerekir^[80]. Bu durumda tescil edilemeyen esas sözleşme geçerlilik kazanamayacaktır. Kanuna aykırılık ve esas sözleşmenin geçerlilik *kazanması* arasındaki bu ilişki, iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki olduğuna işaret etmektedir. Sonuç olarak diyebiliriz ki esas sözleşmenin bütününe kanununa aykırılık nedeniyle sonradan geçersiz kılınamaması, bu iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı yönünde yorumlanamaz.

a) TTK'nin Emredici Hükümlerine Aykırılık

Yukarıda gördüğümüz gibi, TTK'de anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğine ilişkin birtakım şartlar getirilmiştir. Aksi madde metninden anlaşılmadıkça bu şartlar emredicidir. Anonim şirket esas sözleşmesinin emredici hükümlere uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Aksi hâlde ilgili esas sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır^[81]. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, esas sözleşmenin bütününe emredici kanun hükümlerine aykırılık dolayısıyla geçersizliği iddia edilemez. Bir kez tescil edilmiş olan anonim şirket esas sözleşmesinin butlanı veya yokluğu söz konusu olmaz. Bununla birlikte, esas sözleşmenin tekil hükümlerinin emredici hükümlere aykırılığı hâlinde

[79] Ibid., s. 119.

[80] BİLGİLİ ve DEMİRKAPI, op. cit., s. 250.

[81] Ibid., s. 235.

uygulanacak yaptırım konusunda kanunda bir hüküm yoktur. Ayrıca aykırılığın esas sözleşmenin zorunlu unsurlarına ilişkin olması durumunda esas sözleşmenin bütününe, aksi hâlde yalnızca ilgili kısmının geçersiz olması gerektiği düşünülmektedir^[82].

Ancak, TTK'nin emredici hükümlerinin anonim şirket esas sözleşmesinde düzenlenmesi zorunlu olan hususlarla sınırlı olmadığı açıktır. Çünkü TTK'nin 340. maddesi esas sözleşmenin kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapamayacağını düzenlemektedir, esas sözleşmeye ilişkin hükümlerinden değil. Dolayısıyla, örneğin, anonim şirketler hukukunun kanunda yer verilen temel ilkelerine aykırılık da TTK'nin emredici hükümlerine aykırılık olarak görülmelidir. Anonim şirketler hukukunun temel ilkelerine aykırılığın farklı bir başlık altında incelendiği görülebilir^[83]. Tahminimizce bu yolun tercih edilmesinin nedeni anonim şirketler hukukunun yazılı temel ilkelerinin yanında bir de yazısız temel ilkelerinin olduğunun düşünülmesidir. Türk anonim şirketler hukukunda yazısız temel ilkelerin bulunup bulunamayacağını aşağıda tartışacağız.

b) Anonim Şirketler Hukukunun Yazısız Temel İlkelerine Aykırılık

Normatif kategoriler ilkeler, normlar, kurallar ve karar verme süreçleri olmak üzere dörde ayrılabilir^[84]. Biz “normatif” olana norm adını veriyoruz. Tanımımızı da buna göre yaptık. Dolayısıyla Krasner'in bu ayrımı bizim açımızdan tam olarak uygun değildir. Ancak, yine de ilkenin tanımına göz atmakta fayda vardır. Krasner'e göre ilkeler “*olgulara, nedenlere ve doğruluğa ilişkin inançlar*”dır^[85]. Yani, normlar arasındaki en soyut kategoriyi ilkeler oluşturmaktadır^[86]. İlkelerin “inanç” olarak tanımlanması bizim açımızdan kesinlikle uygun değildir. Çünkü makalemiz norm kavramını, dolayısıyla da ilke kavramını, içsel bakış açısını^[87], yani muhataplarının normun içeriğine

[82] ÜÇİŞİK ve ÇELİK, op. cit., s. 147.

[83] Örn. Bkz. UÇAR Sercan, *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları*, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 119.

[84] KRASNER Stephen D., “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables”, *International Organization*, C. 36, S. 2, Yıl: 1982, s. 185.

[85] Ibid., s. 186.

[86] AREND Anthony Clark, *Legal Rules and International Society*, Oxford University Press, New York, 1999, s. 14.

[87] İçsel bakış açısıyla ilgili olarak bkz. HART, op. cit., ss. 116-117; LAMOND Grant, “The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System”, *Reading H.L.A.*

ilişkin psişik konumunu dikkate alan bir tanım değildir. Normun sübjektif unsurlardan ari, objektif bir tanımını benimsemiş durumdayız. Ancak, ilkelerin normatif kategoriler içinde en soyut kategoriye oluşturması önemlidir. Hukukta kullanımına baktığımızda da ilkelerin genellikle geniş uygulama bulan, içeriği somut olmaktan uzak, belirlenmesi zor kavramlar olduklarını görürüz. Örneğin, hukuk devleti ilkesi hakkında anayasa hukukçuları tarafından sayfalarca yazılmıştır; ancak, bu ilkenin içeriği konusunda hemfikir olunabildiği söylenemez. İlkeler en genel, soyut ve içeriğinin belirlenmesi zor normlardır. Ayrıca Arend'in vurguladığı gibi, bir normun (bizim kullandığımız anlamında) ilke olup olmadığını belirlemek her zaman kolay değildir^[88]. Tanımı çok zor olan ilkelerin bazen hukuk normu, bazense hukuk normları ihdas edilirken izlenmesi gereken hukuk dışı standartlar olarak görüldüğü vurgulanmaktadır^[89].

Hukuk normu niteliği taşımayan bir ilke anlayışı bizim araştırmamızın konusu dışında kalacaktır. Nitekim hukuk dışı olmasına rağmen yine de bir standart, bir "olması gereken" ihtiva eden bu ilkeler hukuk normlarının normlar hiyerarşisinde yer almayacaktır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki bu ilkelerin "konulmuş" (*posited*) olması da şarttır. Çünkü normlar hiyerarşisi teorisi pozitivist bir teoridir ve pozitif hukuk normlarının hiyerarşisini sunar. Bu anlayışta beşerî iradenin ürünü olmayan bir hukuk normu kavramına yer yoktur. Bununla birlikte, ilkelerin yazısız olması, bunların beşerî irade ürünü olmadığı anlamına gelmez. Kanımızca, hukukta yazısız norm yaratımı ancak örf ve âdetin hukuk yaratıcı fiiller olarak görüldüğü hukuk sistemlerinde mümkündür. Örneğin, Kelsen'in teorisindeki etkililik prensibi genel uygulama bulan, soyut ve örf-âdet yoluyla yaratılmış yazısız bir ilkedir.

TTK'nin 1. maddesinin 2. fıkrası "*Mahkeme, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde, ticarî örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir*" demektedir. Dolayısıyla, ticarî nitelikteki örf ve âdet TTK'ye göre bir boşluk doldurma yöntemidir. Kanımızca, ancak TTK'de bir hüküm bulunmadığı takdirde uygulama alanı bulan bir hükmün anonim şirketler hukukunun temel ilkesi olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

Hart's The Concept of Law, editörler: Luís Duarte d'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, Hart Publishing, Oxford, 2013, s. 186.

[88] AREND, op. cit., s. 15.

[89] DACI Jordan, "Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: are they the same or different?", *Academicus-International Scientific Journal*, Yıl: 2014, S. 1, s. 110.

Benzer şekilde, ticaret mahkemesi hâkiminin TTK'nin 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hakkında ticarî hüküm veya ticarî örf ve adet olmayan bir hususta genel hüküm niteliğindeki TMK'ye başvurması, burada da doğrudan bir düzenleme bulamayıp aynı kanunun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ticarî olmayan örf ve âdete başvurması durumunda da ulaşılabilecek ilkenin anonim şirketler hukukunun “temel” ilkesi olmasından bahsetmek mümkün değildir. Keza hâkimin yine TMK'nin 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kendini kanun koyucu yerine koyup karar verdiği durumlarda söz konusu olabilecek ilkelere de mahkeme kararında yer verileceği ve bu ilkenin kaynağı söz konusu mahkeme kararı olacağından yazısızlık niteliğinden bahsetmek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda anonim şirketler hukukunun yazısız temel ilkesi yoktur. Bize göre, kanunlarda, idarenin düzenleyici işlemlerinde veya mahkeme kararlarında (ya da başkaca bir pozitif hukuk kaynağında) belirlenmemiş bir temel ilke bulunamaz. Normlar hiyerarşisi teorisi pozitif hukuk kurallarına ilişkin bir teori olduğu için biz anonim şirketler hukukunun yazısız temel ilkelerinin olmadığını kabul edeceğiz^[90].

[90] Bu noktada ismi kanunda belirtilmiş ancak içeriğinin ne olduğu belli olmayan ilkelere yazısız ilke kategorisine girip giremeyeceği tartışılabilir. Örneğin, TTK'nin 343. maddesi hesap verme ilkesinden bu ilkenin icaplarından bahsetmekte, ancak bu icaplar ne 343. madde de ne de TTK'nin başka bir maddesinde belirtilmemektedir. Biz bu tür ilkelere de yazısız ilke kategorisine girmeyeceği kanısındayız. Bu tür durumlarda birkaç olasılık mevcuttur. Adı geçen ilke doktrin tarafından belirlenmiş bir ilke olabilir. Bu durumda yazılı kanun metninin yaptığı bu kaynaklara bir atıftır. Doktrinde de ilkenin sınırlarının belirsiz olduğu kabul edilse dahi söz konusu ilkeyi hukukî geçerliliğe sahip bir ilke hâline getiren ona atıfta bulunan yazılı hukuk kuralıdır. Bir başka durumda ise doktrinde veya hukuk dışı başka bir kaynaktan bu ilkenin içeriğinin belirlenmemesi söz konusu olabilir. Bu durumda da iki olasılık akla gelebilir: İlkenin içeriği ya ikincil mevzuat ya da içtihat tarafından belirlenecektir. Yorum bir anlamlandırma çabası olarak her hukuk metni açısından söz konusu olabilir. Bu durumda da ilkeyi öngören hukuk metninin anlamını belirlemenin yargı mensuplarınca gerçekleştirilmesi anlaşılabilir bir husustur. Ancak, bu durumda da ilkeye hukukî geçerlilik tanıyan ikincil mevzuat veya içtihat değil söz konusu ilkeyi zikreden yazılı hukuk kaynağıdır. Dolayısıyla, yazılı bir hukuk metninde geçmekle birlikte içeriği belirlenmemiş olan ilkelere de yazılı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Uygun bir karşılaştırma hukuk devleti ilkesi ile gerçekleştirilebilir. Bu ilke Anayasa'da yer almaktadır. Ancak hukuk devleti ilkesinin gerekleri Anayasa tarafından belirtilmemektedir. Yine de hiçbir anayasa hukukçusu hukuk devleti ilkesinin yazılı bir ilke olduğundan şüphe etmemektedir.

Anonim şirketler hukukunun yazısız temel ilkelerine ölçülülük ilkesi ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesi örnek olarak gösterilmektedir^[91]. Öte yandan, ölçülülük ilkesi ve hakların sakınılarak kullanılması ilkelerinin aynı ilkenin farklı şekilde isimlendirilmiş hâli olduğu da vurgulanmaktadır^[92]. Dolayısıyla, öncelikle bu iki ifadeyi kullanan yazarların ilkeleri nasıl tanımladığına bakmamız gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi anonim şirkete menfaat sağlayacak bir amaca yönelirken olası yollar ve araçlar arasından çoğunluğa zarar vermeyen ve azınlığa da daha az zarar verecek olan yolun ve aracın seçilmesi gerekliliğini ifade eder^[93]. Hakların sakınılarak kullanılması ilkesi de şirketin amaçlarına ulaşırken olası yol ve araçlardan pahasıplarına en az zarar verecek olan yolun tercih edilmesini gerektirmektedir^[94]. Dolayısıyla bu iki ilkenin aynı anlama geldiğini kabul etmek gerekir. Biz ölçülülük ilkesi ifadesini kullanacağız.

Bu noktada tartışacağımız husus ölçülülük ilkesinin gerçekten de anonim şirketler hukukunun yazısız temel ilkesi niteliğinde olup olmadığıdır. Hemen belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesinin kaynağı olarak Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralı gösterilmektedir^[95]. TMK'nin 2. maddesinin 1. fıkrası "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*" demektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası, hukuk düzeninin hakkın kötüye kullanımını korumayacağını ifade etmektedir^[96]. Dolayısıyla, anonim

[91] UÇAR, op. cit., s. 119. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de eşit işlem ilkesinin yazısız ilkelere örnek olarak verildiği görülmektedir (bkz. ÜÇİŞİK ve ÇELİK, op. cit., s. 58). Yürürlükteki kanunda eşit işlem ilkesinin yazılı temeli bulunduğundan (TTK 357) tartışmamızı hakların sakınılarak kullanılması (ölçülülük) ilkesiyle sınırlandıracağız.

[92] ADIGÜZEL Burak, "Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 1, Yıl: 2014, s. 13.

[93] Ibid.

[94] ÜÇİŞİK ve ÇELİK, op. cit., s. 57.

[95] Ibid.

[96] TMK'nin 2. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının birbiriyle ayrılmaz, aynı madalyonun iki yüzü mü yoksa ayrı ilkeler mi olduğu konusu tartışmalıdır. Sırasıyla bkz. BARLAS Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LV, S. 3, Yıl: 1997, s. 192, dn. 1; ATEŞ Derya, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, Yıl: 2007,

şirketlerde herkese daha az zarar vererek bir amaç gerçekleştirilebilecekken bu yolun tercih edilmemesinin dürüstlüğe aykırı, iyiniyet barındırmayan bir davranış olduğu düşünülmektedir. Bu durumda ise ortada yazısız bir ilkenin değil, TMK'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının uygulandığından bahsetmek gerekir. Bir başka deyişle, TTK'de ve ticarî örf ve âdetde uygulayacağı hükmü bulamamış olan ticaret mahkemesi hâkimi, genel hükümlere başvurmakta ve TMK'nin 2. maddesinin 1. fıkrasını uygulamaktadır.

c) TBK'nin Sözleşme Özgürlüğünü Sınırlandıran Hükümlerine Aykırılık

TBK'nin 26. maddesi sözleşme özgürlüğünü düzenlemekte ve “*Taraf- lar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” demektedir. 27. madde ise kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olan yahut konusu imkânsız olan sözleşmelerin geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Yukarıda anonim şirket esas sözleşmesinin de (tek ortaklı anonim şirket esas sözleşmesi hariç) temelde bir sözleşme olduğunu vurgulamıştık. Bu durumda TBK'de sözleşmeler için öngörülmüş bu sınırların anonim şirket esas sözleşmesi için de geçerli olacağı düşünülmektedir^[97]. Dolayısıyla, konusu imkânsız olan, kişilik haklarına, kamu düzenine ve ahlâka aykırı anonim şirket esas sözleşmelerinin durumunu değerlendirmek gerekir. Hatırlanacağı üzere, TTK'nin 353. maddesi uyarınca esas sözleşmenin bütünüün geçersizliği iddia edilemez. Hükmün aradığı şartların bulunması durumunda ancak şirketin feshi istenebilir. Bununla birlikte, TBK'nin ilgili hükümlerinin, esas sözleşmenin bütünü olmasa dahi tekil, spesifik hükümleri açısından geçersizlik nedeni olarak görülmesi söz konusu olabilir.

B. Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin Hiyerarşik Gücü

Yukarıda hukukî niteliğini, hukukî rejimini ve geçersizlik hâllerini gördüğümüz anonim şirket esas sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerini incelemeye geçmeden önce bir norm niteliği taşıyıp taşımadığını incelemeliyiz. Öncelikle nihaî norm tanımımızı hatırlayalım: “*Hukuk normu*

s. 83. Biz bu tartışmaya dâhil olmaya ne ehiliz ne de istekli. Bizim için önemli olan husus ticaret hukukundaki ölçülülük ilkesinin TMK'de yer alan bir pozitif hükmün yansımaları olup olmamasıdır.

[97] BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., s. 126.

yaptırımların devlet eliyle uygulandığı toplumsal bir düzen olan hukuk sistemine uygun olarak ihdas edilen ve beşeri davranış hakkında gereklilik bildiren bir önermedir". Gördüğümüz gibi, esas sözleşmenin ihdas usûlü hukuk düzeninin bir parçası niteliğindeki TTK tarafından öngörülmüştür. Aynı kanun ve kısmen idarenin bazı düzenleyici işlemleri esas sözleşmenin içeriğine ilişkin de kriterler getirmiştir. Dolayısıyla, esas sözleşmenin norm tanımındaki hukuk düzeni tarafından öngörülen kriterlere göre ihdas edildiğine şüphe yoktur. Esas sözleşmenin olana değil olması gerekene işaret eden bir önerme niteliği taşıdığından da şüphe duyulmamalıdır. Nitekim olan aracılığıyla esas sözleşmenin ihlâl edilmesi mümkündür. Esas sözleşme hükümleri birer doğa kuralı değil, normatif kuraldır. Belki, esas sözleşme hükümlerinin beşerî davranışı konu edinip edinmediği konusunda şüphe uyandırabilir. Ancak, bir hukuk kuralının beşerî davranışı konu edineceği ile kasıt, kuralın metninden doğrudan insanlara hitap edilmesi değil, bu metinden çıkan anlam doğrultusunda yalnızca bir insan davranışının hukuk kuralını ihlâl edebileceği ve dolayısıyla aslen düzenlenen hususun bu insan davranışı olmasıdır^[98]. Dolayısıyla, anonim şirket esas sözleşmesi yönetim kurulu ve genel kurul gibi organlardan bahsetse ve bunların davranışlarını (işlemlerini, kuruluşlarını vs.) düzenlese dahi netice itibarıyla bir pay sahibinin veya pay sahibi gerçek kişi değilse pay sahibi tüzelkişinin temsilcisinin davranışları konu edinmektedir. Son olarak, esas sözleşmeye aykırılıkların devlet eliyle yaptırıma bağlandığını da söyleyebiliriz. Örneğin, aşağıda inceleyeceğimiz gibi esas sözleşmeye aykırı genel kurul kararlarının iptali mümkündür. Ancak, hatırlatalım ki biz yaptırımı ve cebrîliği normun değil, hukuk düzeninin zorunlu bir unsuru olarak görmüştük. Dolayısıyla, esas sözleşme kapsamında aykırılık hâlinde devlet tarafından yaptırım uygulanmayan birtakım kurallar bulunsa bile bu kuralların hukuk normu niteliğine hâlel gelmez. Netice itibarıyla, esas sözleşmenin ihdas kriterlerini belirleyen normun ait olduğu hukuk düzeni genel olarak cebrî nitelik arz etmektedir ve etkilidir. Bu da esas sözleşmenin bir hukuk normu olarak kabul edilmesi için yeterlidir.

Anonim şirket esas sözleşmesinin de bir norm olduğuna karar verdiğimiz göre bu normun normlar hiyerarşisindeki yerini incelemeye geçebiliriz. Aşağıda sırasıyla kanun-esas sözleşme, idarenin düzenleyici işlemleri-esas sözleşme, kesinleşmiş ticaret mahkemesi kararları-esas sözleşme,

[98] KELSEN Hans, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 90.

esas sözleşme–genel kurul kararı ve esas sözleşme–yönetim kurulu kararı arasındaki hiyerarşik ilişki incelenecektir.

1. Kanun ve Esas Sözleşme Arasındaki Hiyerarşik İlişki

Normlar hiyerarşisinde üst kademedede bulunan norm alt kademedede bulunan normun içeriğini ve/veya ihdas usûlünü düzenler. Anonim şirket esas sözleşmesinin ihdas usulü TTK tarafından belirlenmektedir. TTK, esas sözleşmenin yapıcısının anonim şirketin kurucuları olduğunu, sözleşmenin yazılı şekle tâbi olduğunu ve kurucuların imzasının noter tarafından onaylanacağını veya sözleşmenin ticaret sicil müdürü veya yardımcısı huzurunda imza edileceğini düzenlemiştir.

Kanunlar esas sözleşmenin ihdas usûlünü, şekli geçerlilik şartlarını düzenlemekle kalmamıştır. Esas sözleşmenin içeriği de kanunlar tarafından belirlenmiştir. İlk olarak doktrinde emredici hükümler ilkesi olarak anılan TTK'nin 340. maddesini hatırlayacak olursak, esas sözleşmedeki düzenlemeler, ancak kanun öngörmüşse kanun hükümlerinden sapabilir. Ayrıca, TTK'nin 339. maddesi esas sözleşmede yer alması zorunlu hususları düzenlemekte, esas sözleşmenin içeriğini belirlemeye yönelik doğrudan bir hamle yapmaktadır.

Kaldı ki, TTK esas sözleşmenin içeriğini belirleyen tek kanun değildir. Esas sözleşmenin de bir sözleşme olduğunu ve bir sözleşme olarak sözleşme özgürlüğüne ilişkin TBK'nin 27. maddesindeki genel sınırlara tâbi olduğunu belirtmiştik. Buna göre, esas sözleşmenin konusu imkânsız olamaz. Ayrıca esas sözleşmeler ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı düzenlemeler barındıramazlar.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere kanunlar esas sözleşmelerin ihdas usûlünü ve içeriğini belirleyen, sınırlandıran başlıca normlardır. Bu nedenle anonim şirket esas sözleşmesi ile kanunlar arasındaki hiyerarşik ilişkiyi belirlemekte bir mesele yoktur. Anonim şirket esas sözleşmesi normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alacaktır.

2. İdarenin Düzenleyici İşlemleri ve Esas Sözleşme Arasındaki Hiyerarşik İlişki

Bu kısmı ikiye ayırarak inceleyeceğiz. 6771 sayılı Türk Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un ("6771 sayılı Kanun") yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk hukukunda idarenin düzenleyici işlemleri bir dönüşüme

uğramıştır. Genel itibariyle Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hukuk sistemine dâhil olurken, artık Türk hukukunda kanun hükmünde kararname veya tüzük çıkarılması mümkün değildir. Ancak, 6771 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici 21. maddenin F) bendine göre mevcut kanun hükmünde kararname ve tüzükler ayrıca yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini koruyacaktır. Dolayısıyla, bu normlar ile anonim şirket esas sözleşmelerinin hiyerarşik ilişkisini değerlendirmek hâlâ anlamlıdır.

İdarenin düzenleyici bir işlemi anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğini veya ihdas usûlünü belirleme gücüne sahip midir? Bu kısımda cevabını aradığımız esas soru budur. Hemen belirtelim ki cevabını aradığımız soru idarenin herhangi bir düzenleyici işlemiyle esas sözleşmenin içeriğinin veya ihdas usûlünün belirlenip belirlenmediği değil, belirlenip belirlenemeyeceğidir. Çünkü somut durumda hiçbir düzenleyici işlem söz konusu belirlemeyi yapmamışsa da bu husus doğrudan düzenleyici işlemlerle anonim şirket esas sözleşmesi arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığı anlamına gelmez. Mühim olan bir düzenleyici işlemle böyle bir belirlemenin hukuken yapılıp yapılamayacağıdır. Normların hiyerarşik ilişkisi, bu normların herhangi bir andaki içeriğine bakılarak değil, normların genel hukukî rejimine göre belirlenmelidir. Normlar hiyerarşisi belli bir andaki normların hiyerarşisi değil, hukuken mümkün olan normların hiyerarşisidir. Ancak, elbette, somut durumda bir normun diğerinin içeriğini veya ihdas usûlünü belirlemesi, belirleyen norm hukuka aykırı olmadıkça, iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğunun kanıtıdır.

Yukarıda Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara ilişkin Yönetmelik (buradan sonra "Yönetmelik" denilecektir) ve Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ'in (buradan sonra "Tebliğ" denilecektir) esas sözleşmenin elektronik ortamda gerçekleştirilecek yönetim kurulu ve genel kurul toplantılara ilişkin hükümler buldurması gerektiğini düzenlediğini aktarmıştık. Ayrıca, söz konusu hükümlerin kanunların basit bir tekrarı olmaktan öteye geçtiğini, kanunlarla getirilmemiş bazı şartlar ve düzenlemelere yer verdiğini de belirtmiştik. Buradan hareketle, idarenin düzenleyici işlemleriyle anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğinin belirlendiği görülecektir. Hemen belirtelim ki söz konusu düzenleyici işlemlerin elektronik ortamda genel kurul ve yönetim kurulu toplantıları yapacak olan anonim şirketlerin esas sözleşmesine ilişkin olması bir şey değiştirmez.

Nitekim, elektronik ortamda kurul toplantısı yapacak ve yapmayacak olan anonim şirketlerin esas sözleşmeleri farklı normlar değildir. Her ikisi de esas sözleşmedir. Anayasa hukukundan bir örnek olarak yetki kanunu ve diğer kanunlar arasındaki ilişkiyi inceleyebiliriz. Yetki kanunu, kanun hükmünde kararname çıkarılması konusunda yürütmeye yetki vermeyi amaçlayan bir kanundur ve 1982 Anayasası bu kanun için, diğer kanunlar açısından aramadığı birtakım şartlara 91. maddesinin 2. fıkrasında yer vermiştir. Ancak, söz konusu şartlar yetki kanunu ile diğer kanunları farklı normlar hâline getirmemektedir. Yetki kanunu da netice itibarıyla bir kanundur^[99]. Dolayısıyla, bir düzenleyici işlemin elektronik ortamda kurul toplantıları düzenlemek niyetinde olan anonim şirketlerin esas sözleşmesine ilişkin ek şartlar öngörmesi, bu şirketlerin esas sözleşmeleriyle diğer şirketlerin esas sözleşmelerini farklı normlar hâline getirmez.

Buradan hareketle, idarenin düzenleyici işlemleriyle anonim şirket esas sözleşmesi arasında hiyerarşik bir ilişki bulunacağını, nitekim idarenin düzenleyici işlemlerinin esas sözleşmenin içeriğini belirleyebildiğini söyleyebiliriz. Ancak, burada idarenin hangi düzenleyici işlemlerinden bahsediyoruz? Anayasa değişikliği öncesi Türk hukukunda idarenin olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi, olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi, tüzük ve yönetmelik olmak üzere 4 çeşit düzenleyici işlemi bulunmaktadır^[100]. Bunlardan olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, normlar hiyerarşisinde kanunla aynı seviyede yer alacağından buradaki tartışmayı bu normları dâhil etmenin anlamı yoktur. Geriye tüzük ve yönetmelik kalmaktadır. Bu normlara ise idarenin “genelge”, “yönerge”, “tebliğ” vs. adlar altında çıkardığı ve genel olarak “adsız düzenleyici işlemler” olarak anılan normlar eklenmektedir. Dolayısıyla, idarenin tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler olmak üzere üç tür düzenleyici işlemiyle anonim şirket esas sözleşmesinin hiyerarşik ilişkisini değerlendirmek gerekecektir.

Burada adsız düzenleyici işlemlerin hukukî niteliğini detaylı bir şekilde tartışmayacağız. Daha önceki bir çalışmamızda biz adsız düzenleyici işlemlerin

[99] GÜLGEÇ, op. cit., s. 188.

[100] Elbette bu normlara bir de değişiklik öncesi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri eklenebilir. Ancak, bu normlar tamamen içe etkili ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğini düzenlemeye yönelik olduğu için tartışmamızda bu norma yer vermeyeceğiz.

kanun tarafından verilen bir yetkiye dayanılarak çıkarılabileceğini, eğer bu adsız düzenleyici işlem aynı zamanda yönetmelik de çıkarabilen bir makam tarafından çıkarılmışsa yönetmelik hükmünde görülebileceğini, ancak aksi takdirde, anayasa tarafından yönetmelik çıkarma yetkisi verilmemiş bir makama yönetmelik çıkarma yetkisi verildiği anlamına geleceğinden, adsız düzenleyici işlemlerin normlar hiyerarşisinde yönetmelik altı bir seviyede bulunması gerektiğine karar vermiştik^[101]. Bu konudaki detaylı açıklamalar ve tartışmalar için oraya bakılmalıdır.

Yukarıda bahsettiğimiz iki normdan biri “yönetmelik”, diğeri ise “tebliğ” adı altında çıkarılmıştır. Ancak, tebliği Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın çıkardığı ve Anayasanın 124. maddesinde bakanlıklara yönetmelik çıkarma yetkisi verildiği düşünüldüğünde, söz konusu tebliğin yönetmeliğin hukukî rejimine tâbi tutulmaması ve yönetmelikle aynı hiyerarşik seviyede yer almaması için bir sebep bulunmamaktadır. Nitekim “tebliğ” adı taşıyan bu norm ile yönetmeliğin ihdas usûlü açısından hiçbir fark bulunmamaktadır. Yönetmelikler için Anayasada özel bir ihdas usûlü öngörülmediğine göre, yönetmelikler her makamın kendi karar alma prosedürüne göre çıkarılır^[102]. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tamamen aynı prosedürü izleyerek bir yönetmelik de yapabiliirdi. Kaldı ki somut durumda çıkartılabilecek yönetmelikle çıkartılan tebliğ arasında içerik anlamında da bir farklılaştırmaya gitmek mümkün değildir. Aynı konu tebliğ başlığı taşıyan bir norm yerine bir yönetmelikle de düzenlenebilirdi. Böyle bir durumda, önümüzdeki normun hukukî niteliğini belirlerken normun başlığıyla, ona yapıcısı tarafından verilen isimle bağlı hissetmemek^[103] ve bu normu da bir yönetmelik kabul etmek gerekir.

Bu durumda bir yönetmelik hükmü ile anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğinin belirlendiği, esas sözleşmede yer alması zorunlu bir düzenleme yapıldığı görülecektir. Dolayısıyla, anonim şirket esas sözleşmesi normlar hiyerarşisinde idarenin düzenleyici işlemleri olan yönetmeliklerin altında yer alacaktır. Bu durum aynı zamanda esas sözleşmenin tüzüklerin de hiyerarşik astı olmasına yol açacaktır. Nitekim tüzüklerle yönetmelikler arasında

[101] GÜLGEÇ, op. cit., ss. 256-259.

[102] GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Cilt I, Ekin, Bursa, 2009, s. 1256; GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj, Ankara, 2013, s. 115.

[103] TANÖR Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 413.

hiyerarşik bir ilişki vardır. Anayasanın 124. maddesi yönetmeliklerin tüzüklere aykırı olamayacağını düzenleyerek bu hiyerarşik ilişkiyi kurmaktadır. Esas önemli soru yönetmelik çıkarma yetkisi olmayan bir makamın çıkardığı gerçek anlamda adsız düzenleyici işlemle anonim şirket esas sözleşmesinin hiyerarşik ilişkisidir.

Öncelikle hemen belirtelim ki biz anonim şirket esas sözleşmesinin ihdas usûlü veya içeriğine ilişkin şartlar öngören ve yönetmeliğin hukukî rejimine tâbi olmayan gerçek anlamda bir adsız düzenleyici işleme rastlamadık. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, somut durumda böyle bir normun bulunmaması, böyle bir normun bulunamayacağı ve bu “olası” normla anonim şirket esas sözleşmesi arasında hiyerarşik bir ilişki olamayacağı anlamına gelmez. Mühim olan, Türk hukukunda böyle bir normun olup olmayacağıdır.

Bizim bu soruya basit bir yanıtımız var. Daha önce de belirttiğimiz gibi biz idarenin düzenleme yetkisinin mutlaka pozitif bir kaynağa dayanması gerektiğini düşünmekteyiz^[104]. Türk hukukunda idarenin kanuniliği ilkesinin bulunduğunu da düşünürsek bu yetkinin kanunlarla verilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Aksi takdirde idare kendi yetkisini yaratmış olur ki bu idare yetkisinin ikincil, türev bir yetki olmasıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla, eğer Türk hukukunda bir kanun, yönetmelik ya da tüzük çıkarma yetkisi olmayan bir makama, anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğini ya da ihdas usûlünü düzenleme yetkisi verirse, bir adsız düzenleyici işlemle anonim şirket esas sözleşmesi arasında hiyerarşik bir ilişki olacağını söyleyebiliriz. Bu ilişkide hiyerarşik üst konumundaki norm adsız düzenleyici işlem olacaktır.

Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk hukukunda kanun hükmünde kararname ve tüzük çıkarmak artık mümkün değildir. Bu normlar yerine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri sisteme dâhil edilmiştir. Değişiklik sonrası Anayasanın 119. maddesinin 6. fıkrasına göre, olağanüstü hâllerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun gücündedir. Yani bu normlar kanunlarla aynı hiyerarşik güce sahiptir. Yukarıda kanunların hiyerarşik olarak anonim şirket esas sözleşmesinden üstün olduğunu belirlediğimize göre, bu kısımda olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile anonim şirket esas sözleşmesinin hiyerarşik ilişkisini incelemeye

[104] Aksi görüşler eşyanın tabiatı (GÖZLER, *İdare Hukuku*, op. cit., s. 1158.) veya idare faaliyetinin niteliğinden (DURAN Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, ss. 388-389.) düzenleme yetkisini çıkarabilmektedir.

gerek yoktur. Ancak, değişiklik öncesi olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri ile değişiklik sonrası olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanunlarla hiyerarşik ilişkisi farklıdır. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri kanun gücündeyken, olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bu güçten yoksundur. Kısaca olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niçin bu güçten yoksun olduğunu açıklayalım^[105].

Değişiklik sonrası Anayasa'nın 104/17 maddesine göre aynı konuda sonraki tarihli bir kanun önceki tarihli bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesini geçersiz kılabilir. Aşağıda mahkeme kararlarına ilişkin olarak yapılacak tartışmada görülebileceği gibi, bir normun üst normu yalnızca ona geçerlilik tanıyan, onun geçerlilik kriterlerini belirleyen norm değildir. Diğer normun geçerliliğini sona erdirebilen, ancak kendi geçerliliği diğer normdan etkilenmeyen norm da üst norm konumundadır. Dolayısıyla, anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesiyle birlikte kanunlarla olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunacağını ve bu ilişkide üstün olan tarafın kanun olacağını söyleyebiliriz. Bu da olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile anonim şirket esas sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerini tartışmamızı gerektirmektedir. Bir norm diğerinin ihdas usulünü veya içeriğini belirlemek suretiyle üst norm olduğuna göre, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle anonim şirket esas sözleşmelerinin ihdas usulü veya içeriğinin belirlenip belirlenemeyeceğini tartışmalıyız. Ancak, bu noktada şunu da unutmamalıyız: Bir norm diğerinin ihdas usulü ve içeriğini doğrudan belirleyemese bile, ilk norm bir üçüncü norm aracılığıyla üst norm konumuna yerleşebilir. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri doğrudan esas sözleşmenin ihdas usulü veya içeriğini belirleyemese dahi, bu güce sahip olduğunu yukarıda gösterdiğimiz yönetmeliklerin üst normu olmak suretiyle normlar hiyerarşisinde anonim şirket esas sözleşmelerinin üzerinde yer alabilir.

İlk olasılığı, yani Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anonim şirket esas sözleşmesinin ihdas usulüne yahut içeriğine ilişkin belirlemelerde bulunup bulunamayacağını değerlendirerek başlayalım. Değişiklik sonrası

[105] Bu konuları detayıyla ele aldığımız bir makalemiz için bkz. GÜLGEÇ Yahya Berkol, "Presidential Decrees and Their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance", *European Review of Public Law*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2018, ss. 369-415.

Anayasa'nın 104/16 maddesi şu hükme yer vermektedir: "Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz". Bu hükmün karşıt kavramından kanunda yer alan, ancak "açıkça" düzenlenmeyen hususlara ilişkin olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği sonucuna varılmaktadır. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunlara ilişkin norm somutlaştırma (*Normkonkretisierung*) işlevi görmesi mümkündür. Dolayısıyla, eğer kanunlar esas sözleşmede yer verilecek hususlara ve esas sözleşmenin içeriğine ilişkin bazı hükümlere yer vermekle birlikte bu hükümlerin somutlaştırılmasını ikincil mevzuata bırakmışsa, yahut bu normların ikincil normlarla somutlaştırılması mümkünse bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkündür. Elbette, Cumhurbaşkanı'nın söz konusu kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla yönetmelik çıkarması da mümkündür (104/17). Ancak, kanımızca norm somutlaştırma amacıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmasında anayasal bir engel bulunmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, norm somutlaştırma işlevi görecektir olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin mutlaka kanundan sonra çıkarılmış olmasının gerekesidir. Nitekim Anayasa'nın 104/16 maddesindeki "Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir" hükmüne göre çatışma şartı aranmaksızın aynı konudaki sonraki tarihli kanunun önceki tarihli Cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz hâle getirecektir.

Buradaki açıklamalara göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle esas sözleşmenin şekli veya maddî geçerliliği belirlenebilecektir. Tekrar vurgulamak gerekirse, somut durumda bu geçerliliği belirleyen bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bulunmasıyla değil, normun esas sözleşmenin geçerliliğini belirleme gücü ve olasılığına sahip olup olmadığıyla ilgileniyoruz. Sonuç olarak, anayasa değişikliği öncesinde Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara ilişkin Yönetmelik ve Ticaret Şirketlerinde Anonim Şirket Genel Kurulları Dışında Elektronik Ortamda Yapılacak Kurullar Hakkında Tebliğ tarafından öngörülen hükümlere benzer hükümlerin değişiklik sonrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle öngörülmesi mümkündür. Dolayısıyla, anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra anonim şirket esas sözleşmesinin olağanüstü hâl ve olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de hiyerarşik astı konumunda olacağı düşünülmelidir.

104. maddenin 16. fıkrasındaki “Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmünün yorumuna dayanarak yaptığımız bu tespit kabul edilmese dahi olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin normlar hiyerarşisinde anonim şirket esas sözleşmesinin üstünde yer alacağı düşünülmelidir. Bunu göstermek için öncelikle kısaca anayasa değişikliği sonrasında yönetmeliklerden bahsetmek gerekir. Anayasa değişikliği yönetmeliklere ilişkin üç yenilik getirmektedir. Birincisi, yürütmenin başı konumundaki Cumhurbaşkanı’na da 104/17 maddesiyle yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir. Yönetmeliklere ilişkin Anayasa’nın 124. maddesi de Cumhurbaşkanı’nın bu yetkisini yinelemektedir. İkinci olarak, yönetmelikler yalnızca kanunların değil Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla da çıkarılabilmektedir. Üçüncü ve son olarak, yönetmelikler kanunlara olduğu gibi Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine de aykırı olamazlar. Bir başka deyişle, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yönetmeliklerin hiyerarşik üstüdür.

Hâl böyleyken, anayasa değişikliği öncesi Yönetmelik ve Tebliğ tarafından öngörülen hükümlerin değişiklik sonrası yönetmelikler tarafından da öngörülebileceğine dair şüphe de olmadığına göre, yönetmeliklerin hiyerarşik üstü konumundaki olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anonim şirket esas sözleşmesinin de hiyerarşik üstü olacağını söyleyebiliriz.

3. Asliye Ticaret Mahkemesi Kararları ile Esas Sözleşme Arasındaki Hiyerarşik İlişki

Makalenin bu bölümünde kesinleşmiş asliye ticaret mahkemesi kararları ile anonim şirket esas sözleşmesi arasında hiyerarşik bir ilişki bulunup bulunmadığını irdeleyeceğiz. Öncelikle vurgulamayız ki bir mahkemenin verdiği herhangi bir karar da norm niteliği taşır. Normun insan davranışı hakkında “olması gereken” ifade eden bir önerme olduğu düşünüldüğünde mahkeme kararının da bir norm olduğu kabul edilebilecektir. Hâkimin kararı somut olaya ilişkin hukukî bir gerekliliğin ifadesidir. “A, B’ye tazminat ödemelidir”, “A’nın fiili haksızdır”, “A ile B arasındaki sözleşme geçersizdir” gibi tespitler bir veya daha fazla kişinin davranışı hakkında hukukî bir gereklilik ifade ederler. Nitekim, hâkimin kararı olgusal âlemde değil, normatif âlemde bir değişiklik yaratmaktadır. Haksız fiil işleyen A’nın B’ye vereceği tazminat, hâkim buna karar verdiğinde değil, A söz konusu meblağı B’ye ödediğinde B’nin hesabına geçmektedir. Bir başka açıdan bakıldığında, mahkeme

kararına uymamanın yaptırımı bağlandığı dikkat çekecektir. Mahkeme kararının gereğitarafarla yerine getirilmezse, cebrî süreçler aracılığıyla yerine getirilir. Zaten, “mahkeme kararının gereği”nden bahsedebilmek, söz konusu kararın normlar âleminde cereyan ettiği kanıtıdır. Keza, mahkeme kararının bağlayıcılığından söz etmek de^[106] söz konusu kararın normatif niteliğine işaret eder. Nitekim, bağlayıcılık, olguların değil normların bir niteliği olabilir.

Kelsen’e göre birel nitelikte de olsalar mahkeme kararları norm niteliğindedir^[107]. Kelsen bu görüşünü “*Bir normu iptal etmek... bir işlemi objektif norm anlamından mahrum bırakmak demektir; bu da bir norm tarafından başka bir normun geçerliliğinin sona erdirilmesi anlamına gelmektedir*” şeklinde ifade etmiştir^[108]. Birer norm olan mahkeme kararlarının geçerliliği de normlar hiyerarşisinde onlardan üstte yer alan normlardan kaynaklanmaktadır^[109].

Şimdi cevap vermemiz gereken soru şudur: Bir mahkeme kararının belli bir normun hiyerarşik üstü veya astı olduğuna nasıl karar verilebilir? Şurası açıktır: Hukuk düzenindeki her norm geçerliliğini bir başka normdan alıyor ve geçerliliği belirleyen norm üst norm oluyorsa, mahkemelere karar verme yetkisi veren, mahkemelerin hangi kurallara göre karar vereceğini düzenleyen kanunlar ve diğer normlar bu mahkeme kararlarının üst normudur. Bir başka deyişle, mahkemelerin karar verirken uymak zorunda oldukları ve kararlarını dayandırdıkları normlar mahkeme kararlarının üst normudur. Mahkeme kararlarının hangi normların üzerinde olacağı sorusuna cevap vermek için bu akıl yürütme üzerine birkaç hamle daha yapmamız gerekecektir.

Hukuk normlarının geçerliliğini nasıl kazandığını gördük. Üst norm alt normun ihdas usûlünü ve/veya içeriğini belirler ve bu belirlemeye uygun olarak ihdas edilen alt norm geçerlidir. Peki ama bir hukuk normu niçin geçersizdir? Dikkat edilmesi gereken husus bir hukuk normunun, geçersizliği başka bir norm tarafından tespit edilmedikçe geçerli kaldığıdır^[110]. Bir başka deyişle, norm başka bir norm tarafından hukuk düzeninden kaldırılmalıdır.

[106] GÖZLER Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, 4. Baskı, Ekin, Bursa, 2012, s. 331.

[107] KELSEN, *General Theory of Law and State*, op. cit., s. 144.

[108] KELSEN, *Pure Theory of Law*, op. cit., s. 268.

[109] Bu konuda ayrıca bkz. GÜLGEÇ, op. cit., ss. 108-112.

[110] Ibid., ss. 276-277.

Hukuk sisteminde bir norm ya kendi hiyerarşik düzeyindeki bir norm ya da kendisinden daha üst düzeydeki bir norm tarafından geçersiz kılınıp hukuk düzeninden kaldırılabilir. Örneğin, bir anayasa hükmü belli sayıdaki kanunu geçersiz kılabilir, çünkü anayasa kanunların hiyerarşik üstüdür. Ancak, benzer şekilde bir kanun hükmü de kanunları yürürlükten kaldırabilir. Bu anlamda, mahkeme kararlarıyla anonim şirket esas sözleşmesinin hiyerarşik ilişkisini çözebilmek için esas sözleşmenin geçerliliğine ilişkin karar vermeye yetkili mahkemenin kararları esas alınmalıdır.

Yukarıda esas sözleşmenin geçerliliği konusunu gördük. Bu durumlarda bir esas sözleşmenin geçersiz olduğuna hangi mahkemenin karar verdiği hususu önem arz etmektedir. TTK'nin 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre, TTK'de öngörülen hususlardan doğan bütün hukuk davalar ve çekişmesiz yargı işleri ticarî dava niteliğindedir. Aynı kanununun 5. maddesinin 1. fıkrasına göre ise “*Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir*”. Anonim şirket esas sözleşmesi ve esas sözleşmenin geçerlilik koşulları TTK'de düzenlenmiştir. Dolayısıyla, anonim şirket esas sözleşmesinin geçersizliğine dair bir dava yukarıda anılan TTK hükümleri dolayısıyla asliye ticaret mahkemesinde görülecektir. Bu nedenle, anonim şirket esas sözleşmesi ile mahkeme kararları arasındaki hiyerarşik ilişki asliye ticaret mahkemesi kararları üzerinden belirlenmelidir.

Asliye ticaret mahkemesi kararının bir norm olduğunu ve bu normla anonim şirket esas sözleşmesinin hükümlerinin geçerliliğinin sona erdirilebildiğini görmüş bulunuyoruz. Keza, esas sözleşme değişikliklerinin kanunlara uygun biçimde gerçekleştirilmesinin gerekmesi ve aksinin değişikliğin *asliye ticaret mahkemesi kararıyla* iptaline yol açabilmesi de – tıpkı kanun değişikliklerinin anayasal hükümlere uygun gerçekleştirilmesi gibi – asliye ticaret mahkemesi kararı ve esas sözleşme arasında bir hiyerarşiye işaret etmektedir. Şu tespiti yapmıştık: Bir norm ancak kendisiyle eş veya daha üst hiyerarşik seviyedeki bir norm nedeniyle geçersiz kılınabilir. Bu durumda asliye ticaret mahkemesi kararı ya anonim şirket esas sözleşmesi ile eş ya da ondan üstün bir hiyerarşik güce sahiptir. Peki ama hangisi olduğuna nasıl karar vereceğiz? Bunun için bizim sunduğumuz formül basittir. Kanun hükmünde kararname ile kanun örneğini ele alalım. Bir kanun hükmünde kararname ile kanunların yürürlükten kaldırılması ve geçersiz kılınması

mümkündür. Benzer şekilde, bir kanunla da kanun hükmünde kararname yürürlükten kaldırılıp geçersiz kılınabilir. Dolayısıyla, kanun hükmünde kararname ve kanun, farklı normlar olsalar da aynı hiyerarşik güce sahiptirler. Oysa anayasa ve kanun ilişkisini göz önüne aldığımızda, bir anayasa hükmü ile kanunların yürürlükten kaldırılabileceğini, ancak anayasa hükmünün alelade bir kanun hükmüyle geçersiz kılınamayacağını görürüz. Dolayısıyla, anayasa kanundan üstündür.

Benzer bir akıl yürütmeyi kesinleşmiş asliye ticaret mahkemesi kararı ve anonim şirket esas sözleşmesi açısından da gerçekleştirebiliriz. Asliye ticaret mahkemesi bir esas sözleşmenin geçerliliğini değerlendirirken kanunlar ve idarenin düzenleyici işlemlerinde öngörülen şartları dikkate alır. Mahkeme bu normlarla bağlıdır. Asliye ticaret mahkemesinin kararı bir esas sözleşmenin bazı hükümlerinin geçersizliğine yol açabilir. Keza, esas sözleşme değişiklikleri kanuna aykırılık nedeniyle ve asliye ticaret mahkemesinin kararıyla iptal edilebilir. Ancak bir esas sözleşme hükmü asliye ticaret mahkemesi kararını, daha doğru bir ifadeyle, asliye ticaret mahkemesinin esas sözleşmenin geçersizliğine dair kararını, yürürlükten kaldıramaz, geçersiz kılamaz. Dolayısıyla, asliye ticaret mahkemesinin kararıyla esas sözleşme arasındaki ilişki kanun hükmünde kararname ve kanun arasındaki ilişkiden ziyade anayasa ve kanun arasındaki ilişkiye benzemektedir. Yani, asliye ticaret mahkemesi kararları normlar hiyerarşisinde anonim şirket esas sözleşmesinden üstte yer alacaktır.

4) Genel Kurul Kararları ile Esas Sözleşme Arasındaki Hiyerarşik İlişki

Anonim şirket genel kurulu kararları ile esas sözleşme arasındaki hiyerarşik ilişkiyi değerlendirirken bu iki normun birbirlerine aykırılık dolayısıyla geçerliliğini yitirip yitirmediğini değerlendireceğiz. Nitekim, bu tür bir nedenden ötürü geçerlilik kaybı bu iki norm arasında hiyerarşik ilişkinin varlığına işaret edecektir. Yukarıda esas sözleşmenin geçersizlik hallerini görmüştük. Bu haller arasında genel kurul kararlarına aykırılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki mevcutsa, beklentimiz bu ilişkide esas sözleşmenin üstün olmasıdır.

Anonim şirket genel kurulu kararlarının geçersizliği TTK m. 445 ve m. 447'de düzenlenmiştir. Genel kurul kararlarının geçersizliğine iki ayrı maddede yer verilmiş olmasının nedeni geçersizlik yaptırımının iptal ve butlan olmak üzere farklılaşmasıdır. Ancak, bizim konumuz açısından geçersizlik yaptırımının iptal yahut butlan olması mühim değildir. Her iki

yaptırım neticesinde de genel kurul kararı geçerliliğini yitirmektedir ve eğer geçersizlik sebepleri arasında esas sözleşmeye aykırılık mevcutsa, bu durum genel kurul kararları ile esas sözleşme arasında hiyerarşik ilişkinin varlığına işaret edecektir.

TTK'nin 445. maddesi iptal hallerini kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kuralına aykırılık olarak düzenlemiştir. 447. madde ise butlan hâllerini sıralamış ve izleyen nitelikteki kararların butlan yaptırımına tâbi tutulmasını öngörmüştür: 1) pay sahibinin genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya kaldıran, 2) pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarının kanuna aykırı şekilde sınırlandıran, 3) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan. Ancak, bu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığına altı çizilmelidir, nitekim kanun maddesi özellikle bu tür kararların batıl olduğunu düzenlemekte, başka kararlarına da butlan yaptırımına tâbi tutulmasının önüne geçmemektedir^[111]. Görülebileceği gibi kanuna aykırılık hem bir iptal hem de butlan sebebi olabilir^[112]. Örneğin, pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarının sınırlandırılmasının butlan sebebi olabilmesi için kanuna aykırı bir sınırlandırmadan bahsedebilmek gerekir. İsbetle belirtildiği gibi, iptal sebepleri kapsamındaki kanuna aykırılık butlana yol açmayan aykırılıklardır^[113]. İptal sebepleri arasındaki dürüstlük kuralı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesini^[114], “kanun” ifadesi ise bütün kanunları kapsamaktadır^[115].

Genel kurul kararları esas sözleşmenin herhangi bir hükmüne aykırılık nedeniyle geçerliliğini yitirebilmektedir. Bu tür bir geçersizlik yaptırımının kanunen öngörülmüş olması anonim şirket esas sözleşmesi ile genel kurul

[111] YAYLA Ümit, *Anonim Ortaklık Genel Kurulları: Elektronik Genel Kurullar*, On İki Levha, İstanbul, 2013, s.158; BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., s. 199. Erdoğan Moroğlu da söz konusu düzenlemenin örneklendirici olduğunu düşünmektedir. Bkz. MOROĞLU Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 148.

[112] Kanuna aykırılığın butlan ve iptal sebebi olarak ayrılması için bkz. MOROĞLU, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, op. cit., ss. 148-161, 215-218; BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., ss. 199 vd., 204-207.

[113] YAYLA, op. cit., s. 156.

[114] Ibid.

[115] POROY Reha, TEKİNALP Ünal ve ÇAMOĞLU Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2003, s. 421; YAYLA, op. cit., s. 156.

kararı arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunduğuna ve bu ilişkide esas sözleşmenin üstün olduğuna delalettir.

5) Yönetim Kurulu Kararları ile Esas Sözleşme Arasındaki Hiyerarşik İlişki

Son olarak, anonim şirket esas sözleşmesi ile yönetim kurulu kararlarının hiyerarşik ilişkisini incelemeliyiz. Bunu yaparken genel kurul kararları açısından benimsediğimiz yolu benimseyip bu iki normdan birinin diğerine aykırılık hâlinde geçersiz olup olmadığına bakacağız. Yukarıda anonim şirket esas sözleşmesinin geçersizlik hâllerini görmüştük. Bu hâller arasında bir yönetim kurulu kararına aykırılık yoktur. Dolayısıyla, eğer bu iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki varsa bu ilişkide anonim şirket esas sözleşmesinin üstün olacağını öngörebiliriz.

Yönetim kurulu kararlarının da farklı geçersizlik yaptırımlarına tâbi tutulması mümkündür. Ancak, daha önce de vurguladığımız gibi bizim açımızdan mühim olan geçersizlik yaptırımının türü değil, nedenidir. Dolayısıyla, geçersizlik yaptırımlarının nasıl sonuçlara yol açtığını incelemeyeceğiz. Bizim için bütün yaptırımlar açısından ortak olan geçersizlik sonucu yeterlidir.

Yönetim kurulu kararın yokluğu durumunda söz konusu husus yönetim kurulu kararını ortaya çıkaracak olan irade beyanının yokluğudur^[116]. Bu anlamda bir yönetim kurulu kararının yokluğu yönetim kurulu organının veya toplantısının bulunmaması veya var olan yönetim kurulunun emredici kanun hükümlerine uygun olarak karar almaması durumlarında söz konusu olur^[117]. Bu açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Yönetim kurulunun emredici kanun hükümlerine aykırı şekilde aldığı kararın yokluğu bir kanuna aykırılık şeklidir. Buradaki emredici hükümlere aykırılık, yönetim kurulu kararının içerik anlamında emredici kanun hükümlerine aykırılığı değildir. Anlatılmak istenen kanunun yönetim kurulu kararının alınmasına ilişkin şeklî ve usulî emredici hükümlerdir^[118]. Dolayısıyla, bize yönetim kurulu kararı ile esas sözleşmenin hiyerarşik ilişkisine dair bir veri sağlamamaktadır.

[116] YÜCE Aydın Alber, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, ss. 74-75; BAHAR SAYIN Hediye, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, On İki Levha, İstanbul, 2015, ss. 63-64.

[117] BAHTİYAR, *Ortaklıklar Hukuku*, op. cit., ss. 223-224.

[118] Ibid., s. 223.

Peki kararı alan organın yönetim kurulu olmaması ne demektir? Burada kastedilen kararı alan organın kanunun aradığı şartlara göre oluşturulmuş bir yönetim kurulu olmamasıdır^[119]. Yukarıda anonim şirketin ilk yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşmeyle belirleneceğini vurgulamıştık. İsbetle belirtildiği gibi, yönetim kurulu kararının şirket esas sözleşmesinde belirtilen üyeler dışında başka kişiler tarafından alınması yönetim kurulu kararının yokluğuna sebep olacaktır^[120]. Buradan anlaşılacağı üzere, anonim şirket esas sözleşmesi yönetim kurulu kararını alacak kişileri, daha doğrusu yönetim kurulu organını oluşturacak kişileri belirlemede ve yönetim kurulunun ihdas usûlünü düzenleyebilmektedir.

Yönetim kurulu kararlarının butlanı TTK'nin 391. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen hâller sınırlı sayıda değildir. Madde metninde geçen “özellikle” ifadesi, butlan sebeplerinin genişletici yoruma tâbi tutulması gerektiğini göstermektedir. Maddede batıl olacağı düzenlenen kararlar şunlardır: 1) eşit işlem ilkesine aykırı, 2) anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, 3) Pay sahiplerinin vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlâl eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, 4) Diğer organların devredilmez yetkileri kapsamında ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar. Esas sözleşme hükümlerine aykırılık bazı durumlarda yönetim kurulu kararlarının yokluğuna yol açabilmektedir. Ancak, butlan sebepleri arasında esas sözleşme hükümlerine aykırılık sayılmamıştır. Zaten, aşağıda göreceğimiz gibi anonim şirket esas sözleşmesine aykırılık yönetim kurulu kararları açısından esas olarak iptal sebebi olarak öngörülmüştür.

TTK'nin 460. maddesinin ilk fıkrasına göre halka açık olmayan bir anonim şirkette esas sözleşme ile yönetim kuruluna sermaye artırımını yetkisi tanınmışsa yönetim kurulunun sermaye artırımına ilişkin kararı, imtiyazlı veya itibarî değer üzerinde pay çıkarma kararı ve pay sahiplerinin yeni pay elde etmesini sınırlayan nitelikteki yönetim kurulu kararları kanun ve esas sözleşmeye uygun olarak alınabilir. Aynı maddenin 5. fıkrasına göre bu kararlar aleyhine pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri iptal davası açabilir.

Yönetim kurulu kararlarının iptal edilmesine ilişkin başkaca hükümler Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPK) yer almaktadır. Örnek olarak kanunun

[119] YÜCE, op. cit., s. 75.

[120] Ibid.

18. maddesini ele alacağız. 18. madde kayıtlı sermaye sistemini düzenlemektedir. Bu maddenin 2. fıkrasında kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan ve halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulunun kayıtlı sermaye tavanına kadar sermaye arttırma kararı alabileceği düzenlenmiştir. Bu yetki yönetim kuruluna en fazla beş yıl süreyle verilebilir ve tekrar en çok beş yıllık dönemler için genel kurul kararıyla uzatılabilir. Aynı maddenin 6. fıkrası bu madde kapsamında alınan yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açılabilceğini düzenlemektedir. Bizim için mühim olan bu iptal davasının esas sözleşmeye aykırılık sebebine dayandırılıp dayandırılmayacağıdır. Bu anlamda 2. fıkra dikkat çekmektedir. Burada önemli olan husus kayıtlı sermaye tavanının anonim şirket esas sözleşmesi tarafından belirlenecek olmasıdır. Dolayısıyla, esas sözleşmede belirtilen kayıtlı sermaye tavanını gözetmeden alınan sermaye artırımını kararları iptal yaptırımına tâbi tutulabilecektir. Bir başka dikkat çeken düzenleme ise 5. fıkradadır. Bu fıkra uyarınca esas sözleşmeyle kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş bir anonim şirketin yönetim kuruluna imtiyazlı hisse senedi çıkarma yetkisi veya pay sahiplerinin yeni pay alma veya imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını kısıtlama yetkisi verilebilir^[121]. 6. fıkra uyarınca yönetim kurulunun bu tür kararları da iptal davasına konu olabilir. Esas sözleşmeyle yetki verilmemiş olması hâlinde söz konusu yönetim kurulu kararları iptal edilecektir. Ayrıca, maddenin 9. fıkrası uyarınca alınacak yönetim kurulu kararlarına karşı da iptal davası açılabilceği düşünülmektedir^[122].

Bu açıklamalardan da görüleceği üzere kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş olan anonim şirketlerde esas sözleşmeyle bazı yönetim kurulu kararlarının geçerliliği belirlenebilmektedir. Yönetim kurulu, bazı kararları ancak esas sözleşmeyle kendisine bu yönde karar alma yetkisi verilmişse alabilmektedir.

Görebileceğimiz gibi, yönetim kurulu kararlarının esas sözleşmeye aykırılığı yönetim kurulu kararlarının geçersizliğine sebep olabilmektedir. Buradan hareketle esas sözleşme ile yönetim kurulu kararı arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğunu ve esas sözleşmenin yönetim kurulu kararının hiyerarşik üstü olduğunu söyleyebiliriz.

Burada bir hususun daha altını çizmemiz gerekir. TTK'nin 390. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm*

[121] Ayrıca bkz. ÜÇİŞİK ve ÇELİK, op. cit., s. 448.

[122] Ibid.

bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile alır”. Dolayısıyla, yönetim kurulunun karar alabilmesi için gereken çoğunluğun anonim şirket esas sözleşmesiyle ağırlaştırılması mümkündür. Yani, kanun esas sözleşmeye yönetim kurulu kararlarının ihdas usûlünü belirleme gücü vermiştir. Bu durum, esas sözleşmenin normlar hiyerarşisinde yönetim kurulu kararlarının üstünde yer aldığına dair, yukarıdaki açıklamalarımıza ek bir göstergedir.

SONUÇ

Doğurduğu sonuç olgusal değil, hukukî olan bütün işlemler normatif âlemedir. Bizim benimsediğimiz norm tanımı bütün bu işlemleri kapsamaktadır. Bu nedenle, normlar hiyerarşisi birkaç kural işleminden değil, aynı zamanda çok sayıda birel işleminden veya çok taraflı sözleşmelerden müteşekkil bir zincir şeklindedir. Doğal olarak, anonim şirket esas sözleşmesi de bu zincirde kendine ait bir yere sahiptir.

Yapılan incelemenin neticesinde Türk hukukunda anonim şirket esas sözleşmesinin geçerlilik kriterlerinin esas olarak kanunlar ve özellikle de TTK tarafından belirlendiğini gördük. Bu sonuç beklenen, normal bir sonuçtur. Ancak, görüldüğü gibi, idarenin düzenleyici işlemleri de, ister tüzük, ister yönetmelik isterse adsız düzenleyici işlem olsun, normlar hiyerarşisinde esas sözleşmelerin üstünde yer almaktadır. Bunun nedeni idarenin düzenleyici işlemleriyle anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğine ilişkin şartlar getirilmiş olmasıdır. Ancak, Türk hukuk düzeninde mevcut olan düzenleyici işlemlerden hiçbiri böyle bir şart getirmemiş olsaydı dahi kanımızca idarenin düzenleyici işlemlerinin normlar hiyerarşisinde esas sözleşmenin üstünde yer alması gerekir. Nitekim mühim olan hukuk düzenindeki bir düzenleyici işlemin halihazırda bu tür bir şart öngörmesi değil, böyle bir şartı hukuken öngörebilecek güce sahip olup olmamasıdır. Tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemler kanunların uygulanmasını sağlamak amaçlı, kanunun çizdiği çerçevede detayları düzenleyen normlardır. Esasen kanunlar tarafından belirlenen esas sözleşmenin geçerlilik kriterlerine ilişkin detayların bu düzenleyici işlemlerle belirlenmesi mümkündür. Üstelik bunun için böyle bir yetkinin açıkça idareye verilmesine dahi gerek yoktur^[123]. Nitekim bu yetki zaten Anayasa tarafından öngörülmüştür.

Öte yandan, ortaya konacak olan tabloda asliye ticaret mahkemesi kararlarına bir yer vermek gerekmektedir. Mahkeme kararlarının normlar hiyerarşisinde yer alması alışıldık bir şey değildir. Ancak, eğer bizim yukarıda savunduğumuz gibi, mahkeme kararları da, birel nitelikte olmalarına rağmen, birer normsa, onları normlar hiyerarşisinin dışında tutmak için bir sebep yoktur. Bu doğrultuda yapılan incelemede esas sözleşmenin normlar hiyerarşisinde asliye ticaret mahkemesi kararlarının altında yer alacağına karar verilmiştir. Bunun nedeni, asliye ticaret mahkemesi kararlarıyla bir anonim

[123] Örn. bkz. GÜNDAY, op. cit., ss. 112-113.

şirket esas sözleşmesinin bazı hükümlerinin geçersizliğine karar verilebilmesi, anonim şirket esas sözleşme değişikliklerinin asliye ticaret mahkemesi kararıyla iptal edilebilmesidir. Her norm geçerliliğini ya kendiyle eş ya da kendinden üstün hiyerarşik güce sahip bir norm dolayısıyla kaybeder. Bir mahkeme kararıyla esas sözleşmenin geçerliliğini kaybedebildiği, ancak bir esas sözleşme hükmü mahkeme kararının geçerliliğini etkileyemediği için, söz konusu mahkeme kararının normlar hiyerarşisinde esas sözleşmelerin üstünde yer aldığını kabul etmek gerekmektedir.

Anonim şirketlerin işleyişi açısından çok büyük öneme sahip olan yönetim kurulu ve genel kurul kararlarının esas sözleşmeye aykırılığının bu kararların geçersizliğine yol açabildiği görülmüştür. Aykırılığın geçersizlik yaptırımına bağlanmış olması iki norm arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğuna kesin kanıt olarak görülebilir. Esas sözleşmenin anonim şirketin anayasasına benzetildiği düşünüldüğünde, şirketin organlarının işlemlerinin esas sözleşmenin hiyerarşik astı olması normal karşılanacaktır.

Normlar hiyerarşisinin tespiti, pratik değerden çok teorik değere sahiptir. Bir hukuk düzeninde mümkün olan normların hiyerarşik sıralanışı, araştırmacıya hukuk sistemi hakkında genel bir bilgi verir. Normlar hiyerarşisi bir nevî hukuk sisteminin periyodik tablosudur. Ancak, kanımızca normlar hiyerarşisinin önemli bir pratik işlevi de olabilir. *Lex posterior derogat legi inferiori* ilkesi bir çatışma kuralıdır. Bu çatışma kuralının hukukî sorunların çözümünde uygulanabileceği kabul edilirse normlar hiyerarşisinin önemli bir pratik işlevi ortaya çıkar. Daha önce de vurguladığımız gibi, iki norm arasındaki hiyerarşik ilişki mutlaka üst norma aykırı alt normun geçersizliğine yol açmaz. Geçersizlik yaptırımının öngörülmediği durumlar da mevcut olabilir. Ancak, üst norm yine de alt normun geçerlilik kriterlerini belirlemede, alt norm açısından bir “olması gereken” teşkil etmektedir. Bu gibi durumlarda, üst normun içeriği ile alt normun içeriğinin çatışması, yani birbirinden farklı içerikte yükümlülük içermesi hâlinde, her ne kadar alt norm geçersiz kılınmasa da, alt normun uygulanmaması ve üst normun öngördüğü yükümlülüğe uygulama önceliği tanınması düşünülebilir. Kanımızca uygulama önceliği tanıma yükümlülüğü, söz konusu normları uygulamakla görevli bütün makamlara düşecektir.

KAYNAKÇA

Adıgüzel Burak, “Anonim Şirketlerde Rüçhan Hakkının Sınırlanması veya Kaldırılması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 1, Yıl: 2014, ss. 1-48.

Akdağ Güney Necla, *Anonim Şirketlerde Kuruluş*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Aker Halit, “Hâkim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukukî İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XXII, S. 2, Aralık 2003, ss. 153-204.

Altaş Soner, *Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketler: Karşılaştırmalı, Açıklamalı, Örnekli*, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.

Arend Anthony Clark, *Legal Rules and International Society*, Oxford University Press, New York, 1999.

Ateş Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, Yıl: 2007, ss. 75-93.

Austin John, *Lectures on Jurisprudence*, ed. Robert Campbell, Henry Holt and Company, New York, 1875.

Aybay Rona, *Introduction to Law*, Alfa, İstanbul, 2013.

Bahar Sayın Hediye, *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, On İki Levha, İstanbul, 2015.

Bahtiyar Mehmet, *Anonim Ortaklık Anasözleşmesi*, Beta, İstanbul, 2001.

Bahtiyar Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.

Barlas Nami, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LV, S. 3, Yıl: 1997, ss. 121-208.

Bilgili Fatih ve Demirkapı Ertan, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora, Bursa, 2013.

Clark E. C., *Practical Jurisprudence: A Comment on Austin*, Cambridge University Press, Cambridge, 1883.

Daci Jordan, “Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: are they the same or different?”, *Academicus–International Scientific Journal*, Yıl: 2014, S. 1, ss. 109-115.

Duran Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.

Fleiner Thomas, Misic Alexander ve Töpferwien Nicole, *Swiss Constitutional Law*, Kluwer Law, Lahey, 2005.

Gözler Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt: II, Ekin, Bursa, 2011.

Gözler Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, 4. Baskı, Ekin, Bursa, 2012.

Gözler Kemal, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin, Bursa, 2013.

Gözler Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, US-A, Ankara, 1998.

Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Cilt I, Ekin, Bursa, 2009.

Gözler Kemal, *Örnekleriyle Usûlsüz Alıntı Sorunu*, Yazarın Kendi Yayını, Bursa, 2013.

Gözler Kemal, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukun Yorum ve Norm Somutlaştırması*, KHP ve TBB Ortak Yayını, Ankara, 2013, ss. 15-119.

Gülgeç Yahya Berkol, *Normlar Hiyerarşisi: Türk, Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Gülgeç Yahya Berkol, “Presidential Decrees and Their Hierarchical Power in the Aftermath of the Constitutional Amendment: A First Glance”, *European Review of Public Law*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2018, ss. 369-415.

Günday Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj, Ankara, 2013.

HAASE Marco, *Grundnorm–Gemeinwille–Geist*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.

Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Hauser Raimund, *Norm, Recht und Staat*, Springer, Viyana, 1968.

Heckmann Dirk, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

Herzog Roman, *Allgemeine Staatslehre*, Athenäum, Frankfurt, 1971.

Kalyvas Andreas, “The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen’s Legal and Political Theory”, *Philosophy and Social Criticism*, C. 32, S. 5, ss. 573-599.

Karaman Coşgun Özlem, “Anonim Şirketin Temel Nitelikleri ve Kuruluşu”, in *Şirketler Hukuku*, ed: Sami Karahan, Mimoza, Konya, 2012, ss. 323-354.

Karasu Rauf, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.

Karasu Rauf, “Emredici Hükümler İlkesinin Kapalı Tip Anonim Şirketler ve Limited Şirketler Açısından Doğurduğu Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Sayı: 1, 2015, ss 115-132.

Kelsen Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, çev. Peter Heath, D. Reidel, Dordrecht, 1973.

Kelsen Hans, *General Theory of Law and State*, çev. Anders Wedberg, 3. Baskı, Harvard University Press, Cambridge, 1949.

Kelsen Hans, *General Theory of Norms*, çev. Michael Hartney, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Kelsen Hans, *Pure Theory of Law*, çev. Max Knight, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2008.

Kendigelen Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2012.

Krasner Stephen D., “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables”, *International Organization*, C. 36, S. 2, Yıl: 1982, ss. 185-205.

Lamond Grant, “The Rule of Recognition and the Foundations of a Legal System”, *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law*, editörler: Luís Duarte d’Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, Hart Publishing, Oxford, 2013, ss. 179-225.

Latta Richard D., “Hans Kelsen and the Bindingness of Supra-National Legal Norms”, Yüksek Lisans Tezi, Georgia State University, 2012, http://scholarworks.gsu.edu/philosophy_theses/116, Erişim Tarihi: 2 Mayıs 2017.

Moroğlu Erdoğan, “Anonim Ortaklık Anasözleşmesi ve Hukuki Niteliği”, *Makaleler*, On İki Levha, İstanbul, 2010, ss. 429-444.

Moroğlu Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2014.

Moroğlu Erdoğan, *Oy Sözleşmeleri*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Okutan Nilsson Gül, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2001.

Poroy Reha, Tekinalp Ünal ve Çamoğlu Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2003.

Pulaşlı Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt: I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Raz Joseph, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford University Press, Oxford, 1980.

Saraç Tahir, “Esas Sözleşme Değişiklikleri”, *Şirketler Hukuku*, ed. Sami Karahan, Mimoza, Konya, 2012, ss. 533-594.

Sartor Giovanni, “Legal Validity as Doxastic Obligation: From Definition to Normativity”, *Law and Philosophy*, C. 19, S. 5, Yıl: 2000, ss. 585-625.

Tanör Bülent ve Yüzbaşıoğlu Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.

Uçar Sercan, *Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları*, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Uzel Necdet, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam*, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Üçışık Güzin ve Çelik Aydın, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, I. Cilt, Adalet, Ankara, 2013.

*Türk Hukukunda Anonim Şirket Esas Sözleşmesinin
Normlar Hiyerarşisindeki Yeri*

Tekinalp Ünal, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Yayla Ümit, *Anonim Ortaklık Genel Kurulları: Elektronik Genel Kurullar*, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Yüce Aydın Alber, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.



FRANSA VE TÜRKİYE’DE ULUSLARARASI KORUMA STATÜSÜ DEĞERLENDİRME İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİ*

K. Burak ÖZTÜRK**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6337-0485>

DOI: 10.30915/abd.652516

Makalenin Geldiği Tarih: 19.03.2019 **Kabul Tarihi:** 07.05.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

Bu makale, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından 7-8 Aralık 2017 tarihlerinde düzenlenen “Mültecilerin Adalete Erişimi – Özgünlükler ve Kapasiteler” başlıklı uluslararası konferansta sunulan bildirinin geliştirilmesi ve güncelleştirilmesi suretiyle hazırlanmıştır.

** Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

İdare hukuku alanında olduğu kadar sığınma hukuku alanında da birbirine yaklaşan Fransız ve Türk hukukunda, uluslararası koruma statüsünün değerlendirilmesine ilişkin işlemlerin yargısal denetimi yönünden yapılan karşılaştırmada iki nokta ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, bu işlemlerin denetiminde görevli mahkemeye ilişkin olup; Fransız hukukunda ihtisas mahkemesi sistemi benimsenmişken, Türk hukukunda genel görevli idare mahkemelerinin anılan işlemleri denetlemekle görevli olduğu görülmektedir. Fransız ve Türk hukuku açısından yapılan karşılaştırmada öne çıkan diğer bir husus ise, Fransız hukukunda objektif tam yargı davası aracılığıyla denetlenen statü değerlendirme işlemlerinin, Türk hukukunda iptal davasına konu olmasıdır. Bu makalede, iki hukuk sisteminin farklılaştığı bu noktalarda, Türk hukuku açısından Fransız hukukunun verilerinden çıkarılabilecek sonuçlar ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mülteci, göç, uzmanlık mahkemesi, objektif tam yargı davası, idari yargı.

JUDICIAL REVIEW OF ACTS
CONCERNING INTERNATIONAL PROTECTION STATUS
DETERMINATION IN FRANCE AND IN TURKEY

ABSTRACT

A comparative analysis of the judicial review of acts concerning international protection status determination in French and Turkish legal systems reveals two essential differences. First one is related to the competent judicial authority: whilst in France, a specialized court reviews the administrative decisions concerning status determination, disputes arising from those decisions fall under the jurisdiction of general administrative courts in Turkey. Second difference is about the nature of the action brought against decisions of status determination: in France, the legal instrument of the review is the action of full jurisdiction whereas in Turkey, an annulment action is lodged against aforementioned decisions. The aim of this article is to examine those differences, attempting to reach some conclusions regarding Turkish law, based on the French experience.

Keywords: Refugee, immigration, specialized court, objective full jurisdiction, administrative court system.

1. GİRİŞ

4.4.2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 80. maddesi uyarınca, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün (GİGM) uluslararası koruma statüsünün değerlendirilmesine ilişkin kararlarının yargısal denetimi idare mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Fransız hukukunda ise, “Mültecilerin ve Vatansızların Korunması Fransız Ofisi”nin (*Office français de protection des réfugiés et apatrides* – OFPRA) bu konudaki kararları, idari yargı içinde örgütlenmiş bir ihtisas mahkemesi olan “Sığınma Hakkı Ulusal Mahkemesi” (*Cour nationale de droit d’asile* – CNDA) tarafından denetlenmektedir.

Gerek her iki ülkenin de 28.7.1951 tarihinde Cenevre’de imzalanan “Mültecilerin Hukuki Durumuna dair Sözleşme”nin (Cenevre Sözleşmesi) tarafı olması^[1], gerek Türk uluslararası koruma mevzuatının Fransa’nın üyesi olduğu Avrupa Birliği ikincil mevzuatının etkisiyle hazırlanmış bulunması^[2], Fransız ve Türk sığınma hukukunu birbirine yaklaştırmaktadır. Fransız hukukunun Türk idare hukukuna kaynaklık etmiş olması keyfiyeti de dikkate alındığında, sığınma hukukunda statü belirleme işlemlerinin yargısal denetimi yönünden yapılan bir karşılaştırma Türk hukukunun olası gelişimi yönünden önemli bir perspektif kazandırmaktadır.

Bu karşılaştırmada, iki hususun ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, Türk hukukunda yargısal denetimin genel görevli idare mahkemeleri tarafından yerine getirilmesine karşılık, Fransız hukukunda bu amaçla bir ihtisas mahkemesi kurulmuş olmasıdır. İki sistemin karşılaştırılması ile ortaya çıkan ikinci ve belki daha önemli husus ise, açılan davanın niteliğine ilişkindir. Fransız hukukunda statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalar tam yargı davası niteliğinde iken; Türkiye’de bu işlemler iptal davası yoluyla denetlenmektedir.

[1] Cenevre Sözleşmesi’ne taraf devletlerin imza ve onay bilgileri için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_fr (Erişim tarihi: 14.03.2019).

[2] 03.05.2012 tarihli “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanun Tasarısı”nın genel gerekçesinde, “Türkiye’nin göç mevzuatı ve sisteminin AB müktesebatıyla uyumlu hale getirilmesi” amacı vurgulanmaktadır. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0619.pdf> (Erişim tarihi: 14.03.2019)

2. STATÜ DEĞERLENDİRME İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENE- TİMİNDE GÖREVLİ MAHKEME

Sığınma hukukunda statü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetimi konusunda farklı ülkelerde uygulanan sistemleri, bir uzmanlık mahkemesinin varlığı ve görev alanı yönünden çeşitli kategorilerde mütalaa etmek mümkündür^[3]. Fransa, Avusturya, Kanada, Avustralya gibi kimi ülkelerde, bu işlemlerin denetimi ile sınırlı bir görev alanına sahip uzmanlık mahkemeleri kurulmuşken, Belçika, Birleşik Krallık, Yeni Zelanda gibi bazı ülkelerde, statü değerlendirme işlemleri yanında, yabancılar hukukundan doğan diğer uyumsuzlukları da çözmekle görevli uzmanlık mahkemeleri faaliyet göstermektedir. Dünyada en yaygın olarak uygulanan modelde ise, uzmanlık mahkemesi sistemi benimsenmemiş; gerek statü değerlendirme işlemlerine ilişkin davaların gerek yabancılar hukuku alanından doğan diğer uyumsuzlukların çözümü, kural olarak, genel görevli idari yargı mercilerine bırakılmıştır^[4]. Bu kategoride yer alan Türkiye’de statü değerlendirme işlemlerine ilişkin davalar genel görevli idari yargı yerlerinde görülürken, Fransa’da yalnızca statü değerlendirme işlemlerinin çözümüyle görevli bir uzmanlık mahkemesi mevcuttur.

Fransa’da, Fransız Devlet Şurasına (Conseil d’État–CE) bağlı olarak örgütlenmiş özel görevli bir idari yargı yeri olan CNDA’nın kökeni, 25.7.1952 tarih ve 52-893 sayılı Yasa ile kurulan Mülteci Başvuruları Komisyonuna (Commission des recours des réfugiés – CRR) dayanmaktadır. Görevi yine aynı Yasa ile kurulan OFPRA’nın tesis ettiği statü belirleme işlemlerine karşı yapılan başvuruları inceleyip karara bağlamak olan CRR, 30.7.1953 tarihinde göreve başlamıştır. Aslında 52-893 sayılı Yasa, Fransa’nın o tarihte henüz onaylamadığı Cenevre Sözleşmesi’nin ulusal düzeyde uygulanmasını

[3] Odile PIÉRART, “*La diversité du traitement juridictionnel de l’asile dans le monde*”, in **1952-2012: le juge français de l’asile**, La documentation Française, 2014, s. 28.

[4] “Alman modeli” olarak da adlandırılan bu model, başta Almanya olmak üzere, İskandinav ülkeleri ve Baltık ülkeleri ile Orta ve Güney Avrupa ülkelerinde uygulanmaktadır. Bkz. PIÉRART, s. 29. Bu kategoriler dışında, yalnızca İtalya’da uygulanan ve statü değerlendirme işlemlerinin denetiminin adli yargı yerlerinde (hukuk mahkemelerinde) yapılmasını öngören model için bkz. Paolo BONETTI, “*L’architecture institutionnelle en matiere d’asile en Italie*”, in **Droit d’asile** (dir. Julien FERNANDEZ / Caroline LALY-CHEVALIER), Editions A. PEDONE, 2015, s. 155 v.d.

sağlamak için çıkarılmış olup^[5], statü belirleme işlemlerinin yargısal denetiminin bir ihtisas mahkemesi tarafından yapılması, yasa tasarısının Millet Meclisi'nde görüşülmesi sırasında verilen bir değişiklik önergesi ile benimsenmiştir^[6].

CRR, adından da anlaşılacağı gibi, bir komisyon olarak kurulmakla birlikte, Devlet Şurası'nın temyiz denetimine tâbi özel görevli bir idari yargı organı niteliğindedir^[7]. 2000'li yıllara kadar faaliyetini sürdüren CRR^[8], 20.11.2007 tarih ve 2007-1631 sayılı Yasa ile Sığınma Hakkı Ulusal Mahkemesine (CNDA) dönüştürülmüştür.

CNDA'nın oluşumu, bir uzmanlık mahkemesi oluşu ve özel görevi dolayısıyla, genel görevli mahkemelere göre sıradışı sayılabilecek bir özellik göstermektedir. Başkanı Devlet Şurası (Conseil d'Etat) üyeleri arasından Devlet Şurası Başkanvekili tarafından atanan ve 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla altı bölüm altında toplanmış yirmi iki daireden oluşan^[9] Ulusal Mahkeme'nin her dairesinin bir başkan ve iki üyesi bulunmakta; daire başkanları, idari yargı, hesap yargısı ve adli yargı hakimleri arasından, sırasıyla Devlet Şurası Başkanvekili, Hesap Mahkemesi Birinci Başkanı ve Adalet Bakanı tarafından seçilmektedir. Üyeler ise, meslekten yargıç olmayıp, hukuk veya jeopolitik alanındaki yetkinlikleri esas alınarak belirlenmektedir; bunun dışındaki tek koşul, Fransız vatandaşı olmalarıdır. Her dairenin bir üyesi Devlet Şurası

[5] Jean-Marc SAUVÉ, "Discours introductif", in **1952-2012: le juge français de l'asile**, La documentation Française, 2014, s. 13.

[6] Martine DENIS-LINTON, "La CNDA: office singulier et juridiction spécifique?", in **Droit d'asile** (dir. Julien FERNANDEZ / Caroline LALY-CHEVALIER), Editions A. PEDONE, 2015, s. 119.

[7] CE, 29.03.1957, *Paya Monzo*, in Jacques ROBERT, "Revue de jurisprudence française relative au droit international public (Année 1957)", **Annuaire Français de Droit International**, 1958/4, s. 731. Bununla birlikte, CRR'nin idari ve mali yönden, işlemlerini denetlediği OFPRA'ya bağlı tutulması öğretilerde eleştirilmiş; bu durum CRR'nin CNDA'ya dönüşmesinden sonra düzeltilerek, 01.01.2009 itibarıyla Ulusal Mahkeme Devlet Şurası'na bağlanmıştır. Bkz. Anicet Le PORS, "L'asile en France en 2011: une situation contrastée", **Notes de l'Observatoire (France Terre d'Asile)**, Décembre 2011, s. 3, <http://www.france-terre-asile.org/images/stories/publications/pdf/8-asile-en-france-en-2011-situation-contrastee.pdf>, Erişim Tarihi: 04.01.2019.

[8] Eski bir üyesinin Komisyon'un faaliyetine ve çalışma yöntemine ilişkin değerlendirmeleri için bkz. Jérôme VALLUY, **Rejet des exilés**, Editions du Croquant, 2009, s. 41 v.d.

[9] *Arrêté du 30 novembre 2018 fixant le nombre de sections et chambres de la Cour nationale du droit d'asile*, m. 1, JORF, 07.12.2018, no 0283.

Başkanvekili tarafından atanırken; diğer üyeyi ise, Devlet Şurası Başkanvekilinin uygun görüşünü almak suretiyle BMMYKömiseri seçmektedir (CESEDA, L. 732-1).

Bir mahkemede yargısal görev yerine getiren bir üyenin, uluslararası bir kuruluşun temsilcisi tarafından belirlenmesi Fransız öğretisinde tartışma yaratmış^[10]; BMMYKömiseri tarafından belirlenen üyenin Fransız vatandaşı olması koşulunun aranmadığı dönemde^[11] ilgili hüküm, Anayasa Konseyi’ne (Conseil constitutionnel–CC) taşınmış ve yargı kararlarının “Fransız halkı adına” verilmesini öngören ilkeye aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Konseyi, ulusal egemenliğin kullanılmasının ayrılmaz bir parçasını oluşturan fonksiyonların yerine getirilmesine yabancıların veya uluslararası örgütlerin temsilcilerinin katılmasının kural olarak mümkün olmadığını belirtmekle birlikte, Fransa’nın uluslararası yükümlülüklerinin gereği olmak ve ulusal egemenliğin kullanılmasının temel koşullarını ihlal etmemek kaydıyla buna imkân tanınabileceğini ifade etmiştir. Söz konusu düzenlemenin Cenevre Sözleşmesi’nden doğan bir uluslararası yükümlülüğün yerine getirilmesi için yapıldığını belirten Konsey, BMMKY temsilcisi üyelerin azınlıkta olması nedeniyle ulusal egemenliğin kullanılmasının temel koşullarının da ihlal edilmediğine karar vermiştir^[12].

CNDA’nın görev alanı, statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalarla sınırlı tutulmuş olup, yabancılar hukukuna ilişkin diğer uyuşmazlıklar, geniş anlamda sığınmacılarla ilgili olsalar da bu kapsama girmemektedir. Buna göre CNDA, OFPRA tarafından alınan;

- Mülteci veya ikincil koruma statüsünün tanınması isteminin reddedilmesi ve bu statülerin sona erdirilmesi hakkındaki kararlara,
- Sığınma başvurusuna ilişkin kabul edilemezlik kararlarına,
- Daha önce reddedilmiş ya da geri çekilmiş bir başvurunun yeniden değerlendirilmesi talebi üzerine verilen kararlara

[10] Jean-Michel BELORGEY, **Le droit d’asile**, 2e éd., LGDJ, 2016, s. 120.

[11] Bu dönemde henüz CNDA kurulmamış olup, CRR benzer bir oluşumla faaliyetini sürdürmektedir. BMMYKömiserliği’nin Komisyon’a üye seçim süreçleri hakkında kişisel deneyim de içeren gözlemler için bkz. VALLUY, s. 44 v.d.

[12] CC, 05.05.1998, no 98-399 DC. Ayrıca bkz. François LUCHAIRE, “*La loi relative à l’entrée et au séjour des étrangers et au droit d’asile devant le Conseil constitutionnel*”, **RDP**, 1998, s. 1015-1035.

karşı açılan davaları çözümlenmekle görevlidir (CESEDA, L731-2)^[13].

Türk hukukunda ise, statü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetimi genel görevli idari yargı yerleri tarafından yapılmaktadır. YUKK'nun 80/I-ç maddesi uyarınca, “68 inci maddede düzenlenen yargı yolu hariç olmak üzere, 72 nci ve 79 uncu maddeler çerçevesinde alınan kararlara karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün, alınan diğer idari karar ve işlemlere karşı kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde, ilgili kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı tarafından **yetkili idare mahkemesine** başvurulabilir”. Buna göre, YUKK'un 68'inci maddesinde düzenlenen idari gözetime karşı sulh ceza hakimliğine başvurulabilmekte; başvurunun kabul edilemez nitelikte olduğuna ilişkin kararla hızlandırılmış değerlendirme sonucunda verilen kararlara karşı on beş gün, diğer statü değerlendirme işlemlerine karşı ise otuz gün içinde, yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir. Bu davalarda yetkili idare mahkemesi, herhangi bir özel yetki kuralı öngörülmediği için, İYUK m. 32 uyarınca dava konusu işlemi tesis eden merciin bulunduğu yere göre belirlenmektedir.

6458 sayılı Kanun'un 78'inci maddesinde başvuruların Genel Müdürlükçe sonuçlandırılacağına öngörülmüş olması karşısında, statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalarda Ankara İdare Mahkemesinin yetkili olacağı düşünülebilir. Hatta idare mahkemelerinin daireleri arasındaki işbölümünü düzenleyen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararı uyarınca, bu davalara Ankara 1. İdare Mahkemesinde bakılacağı da belirtilmiştir^[14]. Bu açıdan, ilk bakışta, Türk hukukunda da kısmi ve sınırlı bir uzmanlaşmaya olanak tanındığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Bununla birlikte, Uygulama Yönetmeliğinin 92'nci maddesinin birinci fıkrasında, “(u)luslararası koruma başvuruları hakkında, başvurunun kayıt

[13] Ulusal Mahkemenin ayrıca bir danışma görevi de bulunmaktadır (CESEDA, L731-3). Buna göre, Cenevre Sözleşmesi'nin 31, 32 ve 33'üncü maddelerinde öngörülen tedbirlere (seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, sınır dışı ve geri gönderme) muhatap olan mültecilerin bir hafta içinde yapacakları başvuru üzerine CNDA, bu tedbirlerin devamına ya da iptaline ilişkin bir görüş bildirmektedir. Başvurunun yapılması, tedbirin uygulanmasını askıya almakta ise de, başvuru üzerine verilen görüş idare açısından bağlayıcı değildir. Son olarak, yalnızca Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki mültecilere dönük tedbirler hakkında bu yola başvurulabildiği belirtilmelidir.

[14] Taner KILIÇ, “Mülteci Hukuku Alanında Güncel Bazı Gelişme ve Sorunlar”, <http://multeci.net/?p=479> (Erişim Tarihi: 04.01.2019).

altına alındığı tarihten itibaren en geç altı ay içinde Genel Müdürlük veya yetki verilmesi halinde valilik tarafından karar veril” eceği öngörülmektedir. Bu yetki devri imkanının hukuka uygunluğu tartışılabilirse de^[15], uygulamada bu doğrultuda bir yetki devrinin yapıldığı ve valiliklerin de uluslararası koruma başvuruları hakkında karar verdiği görülmektedir^[16]. Bu durumda İYUK m. 32 uyarınca yargısal denetim, valiliğin bulunduğu yerdeki (o il yargı çevresi içinde bulunan) idare mahkemesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunun sonucu olarak, Türk hukukunda uzmanlık mahkemesi öngörülmediği gibi, buna olanak tanıyan bir uygulamanın da gerçekleşmediği söylenebilir.

[15] İdarenin yetkilerinin kanundan kaynaklanması karşısında, kanunda yetkili kılınan makam dışında bir makamın bu yetkiyi kullanması sonucunu doğuran yetki devrinin de kanunda öngörülmesi gerekmektedir (Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. B., İmaj Yayınevi, 2015, s. 140). 2017 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte, cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) ile düzenlenen ve yetkilendirilen idari makamlar yönünden, yetki devrinin CBK’de öngörülmesinin de mümkün olduğu söylenebilir (Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 9. B., Savaş Yayınevi, 2018, s. 140-141). Bu nedenle herhangi bir yasal dayanak ya da CBK hükmü olmaksızın, salt yönetmelik ile yetki devrine ilişkin düzenleme yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar, 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 158’inci maddesinde İçişleri Bakanlığının bağlı kuruluşu olarak Göç İdaresi Genel Müdürlüğü düzenlenmiş ve aynı CBK’nin 794’üncü maddesinde, “Bağlı, ilgili, ilişkili ve diğer kurum ve kuruluşların her kademedeki yöneticileri(nin) sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebil” eceği hükme bağlanmışsa da, valinin Göç İdaresi Genel Müdürü yönünden alt kademe olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Uygulama Yönetmeliğinin 92’nci maddesinde öngörülen düzenlemeyi, anılan CBK’nin 794’üncü maddesi kapsamında görmek mümkün olmadığından, Yönetmelikte düzenlenen yetki devri dayanaktan yoksundur.

[16] Sözü edilen yetki devrinin yapıldığını gösteren bir belgeye ulaşmak mümkün olmamakla birlikte, uluslararası koruma başvurularına ilişkin kararlara karşı açılan davalar incelendiğinde, davaya konu işlemlerin il valilikleri tarafından yapıldığı görülmekte; hatta koruma başvurusunun reddine dair İl Göç İdaresi Müdürlüğü işleminin dava konusu edildiği durumlara da rastlanmaktadır. Örnekler için bkz. İstanbul BİM 9. İDD, 08.06.2017, E. 2017/2153, K. 2017/1964; İzmir BİM 6. İDD, 25.05.2017, E. 2017/725 K. 2017/807; Ankara BİM 10. İDD, 13.09.2017, E. 2017/540 K. 2017/674.

Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce çıkarılan 25.06.2018 tarihli “Uluslararası Koruma Bürolarının Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönerge”^[17] uyarınca kurulan uluslararası koruma büroları, ya da uygulamada kullanılan adıyla “karar merkezleri”nin, görev alanı bir ya da birden çok ili kapsayan (anılan Yönerge’nin 8’inci maddesi) ve uluslararası koruma başvurularını karara bağlama yetkisine sahip kılındığı/kılınabileceği anlaşılan idari birimler olduğu görülmektedir^[18]. Hiçbir yasal dayanağı bulunmayan böyle bir yetkilendirmenin hukuka aykırı olması bir yana, Yönerge’nin 1’inci maddesi uyarınca uluslararası koruma sisteminin etkinliğini artırmak amacıyla kurulan “karar merkezleri”nin, valiliklere bağlı olarak faaliyet göstereceğinin öngörülmesi nedeniyle, yargısal denetimde görevli mahkemeler yönünden mevcut durumun devam edeceği söylenebilir. Zira uluslararası statü değerlendirme işlemlerinin valiliğe bağlı olarak kurulan karar merkezince yapılması durumunda da, bu işlemlere karşı açılacak olan davalarda yetkili mahkeme karar merkezinin bulunduğu ilin yargı çevresi içinde bulunduğu idare mahkemesi olacaktır. Bu durum, Türk sığınma hukukundaki güncel eğilimlerin de yargısal denetimde uzmanlaşma kaygısı içermediğini göstermektedir.

Türk hukuku açısından tabloyu karmaşık hale getiren bir başka olasılık, statü değerlendirme işlemine karşı açılan davada aynı zamanda buna dayanak oluşturan düzenlemenin (Uygulama Yönetmeliğinin) de iptalinin istenmesidir. İYUK m. 5/1’de, “... aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yada sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir” eceği hükme bağlanmakta; İYUK m. 7/4’de de, düzenleyici işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin düzenleyici işlem ve uygulama işleminin her ikisine birden dava açabilecekleri öngörülmektedir. Uygulama Yönetmeliği ülke çapında uygulanacak bir düzenleyici işlem olduğundan, bu Yönetmeliğe karşı açılan davalar, 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24’üncü maddesi uyarınca, Danıştay’ın görev alanına girmektedir. Düzenleyici işlem ile uygulama işleminin birlikte dava edilmesi durumunda, uygulama işlemi açısından da düzenleyici işlemin tâbi olduğu görev kuralının uygulanacağı yönündeki Danıştay içtihadı uyarınca, davanın ilk derece mahkemesi olarak

[17] <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143205> (Erişim tarihi: 16.03.2019)

[18] Ayrıntılı bilgi için bkz. Talip MENEKŞE, “Türk Uluslararası Koruma Sisteminde Karar Merkezleri”, **Göç Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 2, Temmuz-Aralık 2018, s. 190-231.

Danıştay’da görülmesi söz konusu olmaktadır^[19]. Sonuç itibarıyla, kural olarak, statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalarda idare mahkemeleri görevli olmakla birlikte, dava dilekçesinde statü değerlendirme işlemi ile birlikte buna dayanak oluşturan Uygulama Yönetmeliği hükmünün de iptali istendiği takdirde, bu davaya bakmakla görevli mahkeme Danıştay olacaktır.

Türkiye’de uzmanlık mahkemesi sisteminin, 6458 sayılı Kanun’un hazırlanması sürecinde tartışıldığı, fakat benimsenmediği belirtilmektedir^[20]. Oysa uzmanlık mahkemesi sisteminin önemli yararları bulunduğu açıktır. Bunlardan ilki, temel kaynağı büyük ölçüde uluslararası metinler olan düzenlemelerin uygulanmasında – ulusal ve uluslararası düzeyde – yeknesaklık ve uyuma olanak sağlamasıdır. Fransız hukukunda, CNDA’nın oluşumu yönünden dahi Cenevre Sözleşmesi’nden doğan uluslararası yükümlülüğün gözetilmesi, bu tür bir uyum çabasının göstergesi olarak yorumlanabilir. Ayrıca, uzmanlık mahkemesi sistemi, yargılama usulünün statü değerlendirme işlemlerinin niteliğinden kaynaklanan gereksinimlere daha kolay adapte edilmesine imkân tanımaktadır^[21]. Fransız hukukunda statü değerlendirme işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların özel görevli bir mahkeme tarafından çözümlenmesi, bu mahkeme tarafından uygulanacak farklı yargılama usulü kurallarının öngörülmesini de beraberinde getirmiştir. Dava açma süresinin OFPRA’nın kararının tebliğinden itibaren bir ay olması (CESEDA, L731-2); CNDA önündeki davalarda adli yardımdan yararlanabilmek için tarafın talebinin yeterli olması (Adli Yardıma İlişkin 10.07.1991 tarih ve 91-647 sayılı Yasa, m. 9-4); tercümandan yararlanma ile başvurusunun daha kolay erişebileceği yerde bulunan bir mahkeme salonundan görsel-ışitsel yöntemlerle duruşmaya katılabilmesi (CESEDA, L733-1); tarafın talebinin gizli celse yapılabilmesi için yeterli olması (CESEDA, L733-1-1); yeni bir hukuki sorun içeren ya da çözümlenmesi güç olup birden çok davada karşılaşılan bir probleme yer

[19] Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. B., Adalet Yayınevi, 2012, s. 285, 402. Bununla birlikte Danıştay’ın, birden çok işleme karşı tek dilekçe ile dava açılabilmesi için her iki işlem yönünden de aynı mahkemenin görevli ve yetkili olması gerektiği; düzenleyici işlem ve uygulama işlemi yönünden farklı mahkemelerin görevli olması durumunda, İYUK m. 5/1 uyarınca tek dilekçe ile dava açılmasının mümkün olmadığı yönünde kararları da bulunmaktadır. Örnek olarak bkz. Danıştay 6.D., 04.04.2017, E. 2017/796 K. 2017/2250, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

[20] Taner KILIÇ, “Mülteci Hukuku Alanında Güncel Bazı Gelişme ve Sorunlar”.

[21] PIÉRART, s. 32.

veren davalarda Devlet Şurası'ndan görüş isteme olanağı (CESEDA, L733-3); bazı uyuşmazlıklarda tek hakimle karar verilmesi imkanı (CESEDA, L731-2); Ulusal Mahkeme tarafından bir davanın çözümlenmesi için bilgi ve belge toplanmasının, zulüm korkusuna ya da ağır ihlale neden olduğu ileri sürülen devlet ya da devlet dışı aktörlerin sığınma talebi hakkında bilgi sahibi olması sonucunu doğurmamasına yönelik güvenceler öngörülmesi (CESEDA, L733-4) bu tür özel yargılama usulü kurallarına örnek olarak gösterilebilir.

Türk hukukunda ise, statü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetiminde uygulanacak özel yargılama usulü kurallarının sayısı bir hayli azdır. Dava açma süresine ilişkin yukarıda da yer verilen düzenleme yanında, YUKK'nun 80/I-d maddesinde, başvurunun kabul edilemez nitelikte olduğuna ilişkin kararlarla hızlandırılmış değerlendirme sonucunda verilen kararlara karşı açılan davalarda mahkemenin on beş gün içinde kesin olarak karar vereceği öngörülmekte; aynı Kanun'un 80/I-e maddesinde ise, yargılama süreci sonuçlanıncaya kadar ilgili kişinin ülkede kalışına izin verileceği hükme bağlanmaktadır^[22]. Bu sayılanlar dışında, statü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetiminde de, 2577 sayılı İYUK'ta öngörülen, idari yargılama usulüne ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Bu açıdan bakıldığında, Türkiye'de statü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetiminin, sığınma hukukunun özelliklerinden kaynaklanan gereksinimlere yeterince adapte edildiğini söylemek kolay değildir.

Buna karşılık, uzmanlık mahkemesi sisteminin kimi sakıncaları da bünyesinde barındırdığını belirtmek gerekir. Özellikle Fransa'da olduğu gibi uzmanlık mahkemesinin görev alanının statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalarla sınırlı tutulması durumunda, göç ve yabancılar hukuku alanındaki farklı uyuşmazlıklarda, hatta sığınmacıların statü belirleme dışında muhatap oldukları (sınırdışı ya da idari gözetim gibi) diğer işlemlere karşı

[22] Her ne kadar YUKK'nun 81'inci maddesinde, “(a) vukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayan başvuru sahibi ve uluslararası koruma statüsü” sahibi kişiye, bu kısım kapsamındaki iş ve işlemlerle ilgili olarak yargı önündeki başvurularında 1136 sayılı Kanununun adli yardım hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlan”acağı hükme bağlanmışsa da, bu düzenlemeyi statü değerlendirme işlemlerinin denetiminde uygulanacak özel bir yargılama usulü kuralı saymak mümkün değildir zira anılan hüküm, konuya ilişkin herhangi bir ayrıksı düzenleme getirmemekte; zaten yabancılarla da uygulanması mümkün olan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'ndaki genel hükümlere atıfla yetinmektedir.

açılan davalarda farklı mahkemeler görevli olmakta; bu nedenle, birbiriyle yakından ilişkili uyuşmazlıklar bakımından farklı ve çelişen sonuçlara varılması olasılığı artmakta ve davaların uzamasına yol açan görev sorunları ortaya çıkabilmektedir^[23]. Uzmanlık mahkemesi sistemini öngörmeyen Türk hukukunda ise, idari gözetim kararlarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulmakla birlikte, statü değerlendirme işlemleri ile sınırdışı kararlarına karşı genel görevli idari yargı yerlerine dava açılması söz konusu olduğundan, bu türden sorunlarla karşılaşma olasılığı daha düşüktür.

Türk hukukunda yargısal denetimde görevli mahkemeye ilgili son bir sorun, kanun yollarına ilişkin düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalarda idare mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesinde istinaf yolu açık olmakla birlikte, bölge idare mahkemelerinin bu davalarda istinaf başvurusu üzerine verecekleri kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurma olanağı yoktur. Zira İYUK m. 46’da temyiz yolu açık olan kararlar arasında, statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalarda verilen kararlar yer almamaktadır. Bu nedenle, idari yargı kolunun içtihat mahkemesi niteliğindeki Danıştay’ın, sığınma hukukunun en önemli konularından birine ilişkin olarak içtihat geliştirmesi mümkün olmayacaktır. Bu durum karşısında, farklı bölge idare mahkemelerinde kesinleşen kararlar arasındaki olası çelişkilerin giderilmesi çok güç hâle gelmektedir^[24]. Danıştay’ın yalnızca kanun yararına temyiz

[23] Fransa’da uzmanlık mahkemesi sisteminin yarattığı bir sorun, CNDA’nın görev alanının ilgili yasa maddelerinin sayılması suretiyle belirlenmesinden kaynaklanmakta; sayılan maddelerde düzenlenenler dışındaki hususlarda genel görevli idare mahkemelerinde dava açılması gerektiği izlenimi doğabilmektedir. Örneğin, CESEDA L551-3’te, gözetim merkezlerine getirilen yabancılara sığınma başvurusuna ilişkin olarak sahip oldukları hakların bildirileceği ve bu bildirimden itibaren beş gün geçtikten sonra yapılan sığınma başvurularının kabul edilemez sayılacağı hükme bağlanmaktadır. Anılan madde CNDA’nın görev alanını belirlerken sayılan maddeler arasında yer almadığı için, OFPRA’nın bu maddenin uygulanması suretiyle verdiği kabul edilemezlik kararlarına karşı genel görevli idare mahkemelerinde dava açılmış; ancak Devlet Şurası, kanunun lafzını aşan bir yorumla, OFPRA’nın mülteci ya da ikincil koruma statüsünün elde edilmesi için yapılan başvurular hakkında verdiği *bütün* kararların CNDA’nın görev alanında olduğuna hükmetmiştir. Bkz. CE, 23.12.2016, n° 403974.

[24] Genel olarak istinaf incelemesi üzerine verilen ve temyiz yolu kapalı olan kararlar açısından aynı yönde eleştiri için bkz. Gül ÜSTÜN, “*İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 2, 2016, s. 36-37.

başvuruları ile 2576 sayılı Kanun'un 3-C/4-c maddesi uyarınca yapılan başvurularla sınırlı olarak, istisnai durumlarda sığınma hukuku alanında içtihat belirleme olanağına sahip olması, bu yönden eleştiriye açıktır. Yüksek Mahkemenin Yönetmelik hükümlerinin de birlikte dava edilmesi halinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakması olasılığı ise, davacının talebine bağlı arızı niteliği dolayısıyla bu eleştiriye karşılama gücüne sahip değildir.

3. STATÜ DEĞERLENDİRME İŞLEMLERİNE KARŞI AÇILAN DAVALARIN NİTELİĞİ

Fransız sığınma hukukunda statü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetimini farklı kılan temel özellik, bu işlemlere karşı açılan davaların niteliği ve buna bağlı olarak, bu davalarda yargıca tanınan yetkilerin kapsamına ilişkindir. Fransız hukukunda bu davaların “tam yargı davası” niteliğinde olduğu kabul edilmekte ve bunun sonucu olarak yargıca geniş yetkiler tanınmaktadır.

Türk hukukunda tam yargı davalarının, idarenin işlem ve eylemlerinden doğan zararların giderilmesi için açılan tazminat davalarından ibaret görülmesi nedeniyle, Fransız hukukunda benimsenen sistemin anlaşılabilmesi için, tam yargı davasının oluşum sürecindeki özgün anlamı üzerinde kısaca durulmalıdır^[25]. Tam yargı davası, idarenin işlem veya eylemi nedeniyle hak ihlaline uğrayan kişinin, bu hak ihlalinin giderilmesi için açtığı dava olup, bu davada yargıcın yetkilerinin kapsamını belirleyen de hak ihlalinin giderilmesidir. Bu açıdan bakıldığında tazminat, hak ihlalinin giderilmesinin araçlarından yalnızca birisidir. Fransız idare hukuku öğretisinde klasik anlayış, tam yargı davası yargıcının, hak ihlalinin giderilmesi için en elverişli yöntemi belirleyerek idareyi ihlale yol açan işlemi düzeltmeye ya da yine ihlali ortadan kaldıracak şekilde belirli edimlerde bulunmaya mahkûm edebileceğini kabul etmektedir. “Tam yargı” adlandırmasının anlamı da bu noktada kendisini göstermektedir; bu dava ile iptal davası arasındaki en önemli fark, iptal davası yargıcının yetkisi “iptal” ile sınırlı iken, diğerinde yargıcın yetkilerinin “tam” olması, ihlali gidermeye yönelik her türlü kararı alabilmesidir^[26].

[25] Fransız hukukunda tam yargı davasının doğuşu ve gelişimi için bkz. Pierre SANDEVOIR, *Études sur le recours de plein juridiction*, LGDJ, 1964.

[26] Fransız hukukunda tam yargı davasına ilişkin klasik anlayış için bkz. Edouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*,

Hak ihlalinin malvarlığında bir azalma ya da zarar ile kendisini gösterdiği durumlarda, tam yargı davası bir tazminat davası olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, “sübjektif tam yargı davası” olarak adlandırılan ve özü itibarıyla tazminat davası niteliği taşıyan bu davalar yanında, Fransız hukukunda geçmişte idari yargının doğuşuna dayanan ve özellikle seçim yargısı ile vergi yargısı alanında iki yüz yıldır uygulaması görülen bir “objektif tam yargı davası” kategorisi de oluşmuştur^[27]. Öğretide iptal davası ile sübjektif tam yargı davasından bağımsız ayrı bir dava türü olduğu savunulan^[28] objektif tam yargı davası, iptal davasında olduğu gibi, hukuka aykırı olduğu iddia edilen bir idari işleme karşı açılmaktadır; bununla birlikte, bu davaya konu edilen idari işlem, hak ihlaline yol açtığı iddia edilen bir işlem olup, yargıçtan, objektif hukuki durumun belirlenmesi suretiyle idari işlemle ihlal edildiği iddia edilen hakkın ilgisine tanınması talep edilmektedir. Bu davada da iptal davasında olduğu gibi bir hukuka uygunluk denetimi yapılmakta ise de^[29], dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu, dolayısıyla ilgilinin hakkını ihlal ettiğini tespit eden yargıç, işlemi iptal etmekle yetinmemekte; aynı zamanda hakkın tanınmasına ilişkin de bir karar vermektedir. Bir başka anlatımla, Fransız hukukunda, bir idari işlemle ilgilinin statüsünün tanınmaması ya da objektif hukuki durumunun doğru belirlenmemesi halinde de, bu ihlalin giderilmesi için bir tam yargı davası açılabilen ve yargıç bu davada, bir anlamda idarenin hukuka aykırı işlemi düzelterek, statüsünün tanınmasına ya da objektif hukuki durumun belirlenmesine kendisi karar verebilmektedir^[30].

Bu açıklamalar ışığında, Fransız sığınma hukukunda statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davaların objektif tam yargı davası olarak nitelenmesinin sonucu, OFPRA'nın mülteci ya da ikincil koruma statüsünün tanınması isteminin reddedilmesi ya da bu statülere son verilmesi hakkındaki işlemlerin yargısal denetiminde yargıcın, işlemin hukuka aykırı olduğunu tespit

T. 1, Berger-Levrault et C^{ie}, 1896, s. 15 v.d. Ayrıca bkz. Camille BROYELLE, **Contentieux administratif**, 5^e éd., LGDJ, 2017, s. 57 v.d.

[27] Objektif tam yargı davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hélène LEPETIT-COLLIN, **Recherches sur le plein contentieux objectif**, LGDJ, 2011.

[28] LEPETIT-COLLIN, s. 233.

[29] René CHAPUS, **Droit du contentieux administratif**, 13^e éd., Montchrestien, 2008, s. 238.

[30] LEPETIT-COLLIN, s. 391 v.d.

ettiği durumda işlemin iptaline değil, davacıya ilgili statünün tanınmasına karar verebilmesidir.

Fransız sığınma hukukunun gelişim sürecinde, başlangıçta statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davaların niteliğine ilişkin açık bir yasal düzenleme bulunmadığı halde, Devlet Şurası içtihadıyla bu davaların tam yargı davası niteliğinde olduğuna karar verilmiştir^[31]. Bugün ise CESEDA L733-5'te, CNDA'nın OFPRA'nın statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davaları tam yargı yargıcı sıfatıyla çözümlendiği açıkça öngörülmektedir.

Fransız hukukunda statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davaların tam yargı davası niteliğinde olmasının iki önemli sonucu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, yukarıda da belirtildiği gibi, CNDA'nın başvuranın korumadan yararlanma hakkı olup olmadığına ilişkin bir karar vermesi ve idarenin işlemini iptal etmekle yetinmeyerek ilgilinin statüsünü belirlemesidir. Bir başka anlatımla, yargıcın kararı ile davacıya mülteci ya da ikincil koruma statüsü tanınmakta; bu konuda ayrıca idarenin bir karar vermesine gerek kalmamaktadır^[32]. Mahkemenin iptal kararı vererek sığınma başvurusunu incelenmek üzere idareye geri göndermesi, ancak idarenin başvuruyu bireysel olarak incelememiş ya da başvurulanla kişisel mülakat yapılmamış olması ve mahkemenin davada ortaya konan vakialardan hareketle korunma talebine ilişkin pozitif bir kararı derhal verebilmesinin mümkün bulunmaması durumunda söz konusu olabilmektedir (CESEDA, L733-5).

Davanın niteliğine bağlı diğer önemli sonuç, iptal davalarından farklı olarak, işlemin yapıldığı değil, mahkemenin karar verdiği tarihteki fiili durumun dikkate alınmasıdır. Mahkeme, işlemin yapılmasından sonra koşul ve vakialarda meydana gelen değişiklikleri de dikkate alabilmekte; kararını buna göre vermektedir^[33].

Fransız hukukundaki düzenlemenin, bir yandan ilgilinin haklarının yerine getirilmesi bakımından daha elverişli bir çözüm sunduğu; diğer yandan, iptal kararı verilerek konunun tekrar idare tarafından değerlendirilmesini

[31] CE Sect., 08.01.1982, *Aldana Barreña*, in Jean-Claude BONICHOT / Paul CASSIA / Bernard POUJADE, **Les grands arrêts du contentieux administratif**, 5^e éd., Dalloz, 2016, n° 6, s. 141.

[32] BELORGEY, s. 127-128.

[33] CE, 10.01.2001, no 207159.

gerektirmediği için, usul ekonomisine ve sürecin kısalmasına hizmet ettiği söylenebilir.

Türk hukukunda ise, statü değerlendirme işlemlerine karşı açılan davalar iptal davası niteliğindedir. Bu konuda YUKK’da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Türk hukukunda tam yargı davalarının yalnızca subjektif boyutuyla ele alınarak idari işlem ve eylemler nedeniyle uğranılan zararların giderilmesi için açılan tazminat davalarından ibaret görülmesi bunun başlıca nedenidir^[34].

Oysa İYUK m. 2’de tam yargı davaları, “(i)dari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan” davalar olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi bu tanımdan zorunlu olarak tam yargı davalarının parasal tazmin istemi içermesi gerektiği sonucu çıkmamakta; aksine, “hak ihlali” vurgulanmaktadır. Dolayısıyla Türk hukukunda da genişletici bir yorumla, hak ihlalinin giderilmesi amacıyla açılan davaların, tazminat istemi içermeseler de tam yargı davası kapsamında görülmesi mümkündür^[35].

Türk hukukunda bu yönde bir gelişimin önündeki en büyük engelin, Anayasa’nın 125’inci maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilmesine dönük yasak olduğu söylenebilir^[36]. Buna göre, “(y)argı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve

[34] Ragıp SARICA, **İdari Kaza – Cilt I – İdari Davalar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1949, s. 136’da, tam yargı davasının “*idare aleyhine bir tazminat davası şeklinde açıldığını*” belirtmektedir. Ayrıca bkz. Gürsel KAPLAN, **İdari Yargılama Hukuku**, 4.B., Ekin, 2019, s. 166: “*Tam yargı davaları, adli yargıdaki tazminat davalarına benzemektedir. Çünkü bu davalar ile idarenin bir işlem veya eyleminden kaynaklanan zararın tazmini talep edilmektedir*”.

[35] Bununla birlikte İYUK’un çeşitli hükümlerinde tam yargı davalarının konusu bir miktar paranın idareye ödettirilmesi olan davalar olarak görüldüğünü gösteren hükümler de mevcuttur. Örneğin İYUK’un 3’üncü maddesinde, dava dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında, tam yargı dvaları yönünden “*uyuşmazlık konusu miktar*” yer almaktadır.

[36] Bu yasağın anlam ve kapsamı için bkz. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku – Cilt II – İdari Yargılama Hukuku**, 8.B., Turhan Kitabevi, 2016, s. 536 v.d.

esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez”.

Bu Anayasa hükmü karşısında, idarenin statü değerlendirme işlemine karşı açılan davayı gören mahkemenin işlemin hukuka aykırılığını tespit ettikten sonra davacıya ilgili statünün de tanınmasına karar vermesi, YUKK’da idareye tanınan statü belirleme yetkisini kullanmak anlamına geleceğinden, “idarî işlem niteliğinde yargı kararı” olduğu ve anılan yasak kapsamına girdiği söylenebilir^[37]. Bununla birlikte, Anayasa’nın ilgili hükmü esas olarak yargı organına yönelik olup, yasama organının bir idari işleme karşı açılan davayı tam yargı davası olarak nitelemesine ve bu davada yargıca ilgili statünün tanınması yetkisi vermesine engel değildir^[38]. Zira Anayasa’da “idarî işlem” ya da “yargı yetkisi” kavramları tanımlanmamış olup, bir yetkinin idari ya da yargısal niteliğinin kanunla belirlenmesi mümkündür^[39]. Statü değerlendirme işlemlerinin denetiminde yargıca tam yargı yetkisi tanınması durumunda, kanunla tanınan bu yetki, yargı yetkisi niteliği kazanacağından, bu yetkiyi kullanarak karar veren yargıcın idari işlem niteliğinde yargı

[37] Öğretide bu yasağı içeren hükmün yanlış olduğu, idari yargı yerlerince verilen iptal kararlarının “idarî işlem” olmamakla birlikte, her zaman “idarî işlem niteliğinde” olduğu savunulmaktadır. Bkz. Onur KARAHANOGULLARI, “*İdarî İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları*”, Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 199-215, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/idariislemniteligindeyargikararlari.htm> (Erişim tarihi: 15.03.2019). İptal kararları yönünden bu görüş isabetli olsa da, objektif tam yargı yetkisinin kullanılması suretiyle verilen mahkeme kararlarının, iptal kararının idari işlem niteliği taşımasının ötesinde idari işlem niteliğinde yargı kararı verilip verilemeyeceği tartışmasına yol açabileceği görülmektedir.

[38] Türk hukukunda idari para cezalarının yargısal denetimi bağlamında böyle bir düzenleme örneğine rastlanmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 28’inci maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca, “*idarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne karar verebilir*”. Bu düzenlemede “tam yargı davası”ndan söz edilmese de, mahkemeye tanınan tartışmasız bir tam yargı yetkisidir; Fransız hukukunda da, kimi idari para cezalarının yargısal denetiminde objektif tam yargı davasına başvurulduğu görülmektedir. Bkz. Mattias GUYOMAR, **Les sanctions administratives**, LGDJ, 2014, s. 141 v.d.

[39] Yukarıdaki dipnotta verilen örnekte de, Kabahatler Kanununun anılan hükmü ile sulh ceza hakimliğine “idarî işlem niteliğinde yargı kararı verme” yetkisi tanındığını savunmak mümkün değildir; yasa koyucunun müdahalesi, yargı yerinin “ceza miktarında değişiklik yapma”sına yargısal yetki niteliği kazandırmaktadır.

kararı verdiğinden söz etmek de mümkün olmayacaktır^[40]. Kaldı ki, yargı fonksiyonunun özü bir uyuşmazlığın nihai olarak çözüme kavuşturulması olduğuna göre, uluslararası koruma statüsüne ilişkin uyuşmazlıkta yargıcın statünün tanınması/tanınmamasına karar verebilmesi, yargı yetkisinin doğası ile de uyumludur.

4. SONUÇ

Uluslararası koruma statüsü değerlendirme işlemlerinin, idari işlem niteliği taşımaları nedeniyle idari yargı yerlerince denetlenmesi son derece doğaldır. Ne var ki, bu işlemlerin tesisinde uygulanan maddi hukuk kuralları, bağımsız bir “sığınma hukuku” ya da “mülteci hukuku” disiplini tarafından ele alınmalarını ve sistemleştirilmelerini gerektiren özgünlükler içermekte; bu kuralların yorumlanması ve uygulanması, çoğu kez ulusal hukukun da sınırlarını aşan bir uzmanlaşmayı zorunlu kılmaktadır. Son dönemde, küresel düzeyde ve özellikle Türkiye’ye yönelik zorunlu göç olgusunun benzeri görülmemiş bir ivme kazandığı da dikkate alındığında, bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların, idari yargı yerleri tarafından sığınma hukukunun gerekleriyle uyumlu bir yargılama usulü uygulanmasına ve maddi hukuk kurallarının yorumlanmasında uzmanlaşmadan yararlanmaya olanak tanıyan bir sistemin kurulması, kaçınılmaz bir zorunluluk haline gelmektedir.

Belki bundan da önemlisi, uluslararası koruma statüsü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetiminin, statüden yararlanmak isteyen yabancıların temel hak ve özgürlükleri ile yakın ilişkisidir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM), yabancının işkence ya da kötü muameleye maruz kalması riski bulunan bir ülkeye sınır dışı edilmesini sınır dışı eden devlet yönünden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3’üncü maddesinde öngörülen yükümlülüğün dolaylı ihlali niteliğinde gören içtihadının sonucu olarak,

[40] Türk öğretisinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği gibi görülmele birlikte (Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Savaş Yayınevi, 2018, s. 78), aslında Fransız Devrimi sonrasında genel mahkemelerin idarenin işleyişine müdahale etmesini önlemek amacıyla benimsenmiş olan “adli ve idari makamların ayrılığı” ilkesinin bir yansıması olan bu yasağın, Fransız hukukunun özgül tarihsel koşullarına bağlı olduğu ve hukuk devleti ilkesinin gelişimiyle aşılması gerektiğini savunmak da mümkündür. Fransız hukukunda “adli ve idari makamların ayrılığı” ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Benoît PLESSIX, “*La conception française de la séparation des pouvoirs*”, in **La Constitution administrative de la France** (dir. Jean-Jacques BIENVENU / Jacques PETIT / Benoît PLESSIX / Bertrand SEILLER), Dalloz, s. 15-25).

uluslararası korumanın usulü ve bunun yargısal denetimi, sığınmacıların 3'üncü maddede düzenlenen haklarının da güvencesini oluşturmaktadır^[41]. Bu güvencenin gerçek anlamda hayata geçirilmesi de, ancak etkili ve sığınma hukukunun gereklerine uygun bir yargısal denetimle mümkün olabilecektir.

Türk hukukunda, uluslararası koruma statüsü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetimine ilişkin kurallar incelendiğinde, Fransız hukukundan farklı olarak, yukarıda çizilmeye çalışılan çerçeve bakımından yetersiz bir tablo ile karşılaşmaktadır. Türkiye'de sığınma hukuku alanındaki davalara bakmakla görevli bir uzmanlık mahkemesi öngörülmediği gibi, uygulamada sınırlı bir uzmanlaşmaya olanak tanıyan çözümlerden de uzaklaşmaktadır. Belki bu durumun da bir sonucu olarak, bu alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkların özellikleriyle uyumlu, özel yargılama hukuku kurallarının sayısı yok denecek kadar azdır. Hepsinden önemlisi, uluslararası koruma statüsü değerlendirme işlemlerinin yargısal denetimini gerçekleştiren yargıcın tam yargı yetkilerine sahip olmaması nedeniyle, iptal davası aracılığıyla yeterince etkili bir denetim yapılamaması riski ortaya çıkmaktadır. Bu durum, Türk sığınma hukukunda yargısal denetime ilişkin olarak yapılan tercihler üzerinde tekrar düşünülmesi gerektiğini de göstermektedir.

[41] AİHM'nin bu konudaki içtihadı için bkz. Jacques VELU / Ruşen ERGEC, **Convention européenne des droits de l'homme**, 2^e éd., Bruylant, 2014, s. 265 v.d. AİHM, sığınma usulünü, yabancının sınır dışı edilmesi suretiyle Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlaline karşı 13'üncü maddede öngörüldüğü biçimde etkili bir başvuru olanağı sağlayıp sağlamadığı yönünden değerlendirmektedir. Bkz. AİHM, M.S.S. / Belçika ve Yunanistan, 21.01.2011, b.n. 30696/09, par. 286 v.d.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil. Türk İdare Hukuku, 9. B., Savaş Yayınevi, 2018.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil. Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2018.

BELORGEY, Jean-Michel. Le droit d’asile, 2e éd., LGDJ, 2016.

BONETTI, Paolo. “L’architecture institutionnelle en matiere d’asile en Italie”, in Droit d’asile (dir. Julien FERNANDEZ / Caroline LALY-CHEVALIER), Editions A. PEDONE, 2015, s. 155 v.d.

BONICHOT, Jean-Claude / CASSIA, Paul / POUJADE, Bernard. Les grands arrêts du contentieux administratif, 5e éd., Dalloz, 2016.

BROYELLE, Camille. Contentieux administratif, 5e éd., LGDJ, 2017.

CANDAN, Turgut. Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. B., Adalet Yayınevi, 2012.

CHAPUS, René. Droit du contentieux administratif, 13e éd., Montchrestien, 2008.

DENIS-LINTON, Martine. “La CNDA: office singulier et juridiction spécifique?”, in Droit d’asile (dir. Julien FERNANDEZ / Caroline LALY-CHEVALIER), Editions A. PEDONE, 2015, s. 119.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut. İdare Hukuku – Cilt II – İdari Yargılama Hukuku, 8.B., Turhan Kitabevi, 2016.

GUYOMAR, Mattias. Les sanctions administratives, LGDJ, 2014.

GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, 10. B., İmaj Yayınevi, 2015.

KAPLAN, Gürsel. İdari Yargılama Hukuku, 4.B., Ekin, 2019.

KARAHANOĞULLARI, Onur. “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, Prof. Dr. Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.199-215, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/idariislemniteligindeyargikararlari.htm>

KILIÇ, Taner. “Mülteci Hukuku Alanında Güncel Bazı Gelişme ve Sorunlar”, <http://multeci.net/?p=479>

LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. 1, Berger-Levrault et Cie, 1896.

Le PORS, Anicet. “L’asile en France en 2011: une situation contrastée”, *Notes de l’Observatoire (France Terre d’Asile)*, Décembre 2011, s. 3, <http://www.france-terre-asile.org/images/stories/publications/pdf/8-asile-en-france-en-2011-situation-contrastee.pdf>

LEPETIT-COLLIN, Hélène. *Recherches sur le plein contentieux objectif*, LGDJ, 2011.

LUCHAIRE, François. “La loi relative à l’entrée et au séjour des étrangers et au droit d’asile devant le Conseil constitutionnel”, *RDP*, 1998, s. 1015-1035.

MENEKŞE, Talip. “Türk Uluslararası Koruma Sisteminde Karar Merkezleri”, *Göç Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 2, Temmuz-Aralık 2018, s. 190-231.

PIÉRART, Odile. “La diversité du traitement juridictionnel de l’asile dans le monde”, in *1952-2012: le juge français de l’asile*, La documentation Française, 2014, s. 28.

PLESSIX, Benoît. “La conception française de la séparation des pouvoirs”, in *La Constitution administrative de la France* (dir. Jean-Jacques BIENVENU / Jacques PETIT / Benoît PLESSIX / Bertrand SEILLER), Dalloz, s. 15-25.

ROBERT, Jacques. “Revue de jurisprudence française relative au droit international public (Année 1957)”, *Annuaire Français de Droit International*, 1958/4, s. 731.

SANDEVOIR, Pierre. *Études sur le recours de plein juridiction*, LGDJ, 1964.

SARICA, Ragıp. *İdarî Kaza – Cilt I – İdari Davalar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1949.

SAUVÉ, Jean-Marc. “Discours introductif”, in *1952-2012: le juge français de l’asile*, La documentation Française, 2014, s. 13.

ÜSTÜN, Gül. “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 2, 2016, s. 13-38.

VALLUY, Jérôme. *Rejet des exilés*, Editions du Croquant, 2009.



ÜRÜN SORUMLULUK SİGORTASINA SORUMLULUK HUKUKU VE GENEL ŞARTLAR ÇERÇEVESİNDE GÜNCEL BİR BAKIŞ*

Serdar DEMİRCİ**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6450-9824>

DOI: 10.30915/abd.652535

Makalenin Geldiği Tarih: 10.05.2019 **Kabul Tarihi:** 04.07.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. Öğr. Üyesi. İnönü Üniv. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

ÖZ

İmalat sektöründeki teknik ilerlemeler, beraberinde üreticiler bakımından geri dönüşü olmayan büyük kayıplara ve çeşitli hukuki sorumluluklara da sebep olmaktadır. Kitlesel üretim ve dağıtım sürecindeki herhangi bir imalat hatası, milyonlarca kullanıcıyı etkileyebilmekte ve finansal açıdan üreticilerin tek başına altından kalkamayacakları büyük yükler doğurabilmektedir. Bunun sonucunda, sorumluluk hukukunda yaşanan gelişmelerin de etkisiyle, üretim hatalarına bağlı olarak, üreticiler de kusurları olmasa dahi sorumlu kılınmaya ve sorumlulukları tüketici hukuku mevzuatları kapsamında düzenleme altına alınmaya başlamıştır. Bu kapsamda çalışmamızda, günümüz üreticilerinin önemli bir ihtiyacına cevap veren ve ürün sorumluluğu çerçevesinde geliştirilen bir sorumluluk sigortası türü niteliği arz eden ürün sorumluluk sigortasının, sorumluluk ve sigorta hukuku kapsamında temel esasları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta, ürün, üretici, ürün sorumluluğu, ürün sorumluluk sigortası.

A CURRENT OVERVIEW
ON PRODUCT LIABILITY INSURANCE
WITHIN THE SCOPE OF LIABILITY LAW
AND GENERAL CONDITIONS

ABSTRACT

The progresses in manufacturing sector cause huge irreversible losses and various legal liabilities on the part of the manufacturers. Any manufacturing defect in the mass production and distribution process may affect millions of users and cause huge burdens that manufacturers cannot afford financially by themselves. As a result of this and due to the developments in liability law, producers have started to be held liable for production defects even if they do not have any fault and their responsibilities have been regulated within the scope of consumer law regulations. In this content, in this article, it is tried to be put forward the fundamentals of the product liability insurance, that meets one of the significant needs of current manufacturers and presents itself as a liability insurance product developed based on product liability, within liability and insurance law.

Keywords: Insurance, product, producer, product liability, product liability insurance.

GİRİŞ

Geleneksel toplumdan sanayi toplumuna geçiş süreci içinde, teknolojinin gelişmesi ve beraberindeki tehlikeler, sorumluluk sigortalarının gelişmesini de hızlandırmıştır. Gerek imalat sektöründe gerekse sigortacılık piyasasında yaşanan değişimlere paralel olarak da ürün sorumluluk sigortası (ÜSS) giderek önem kazanmıştır^[1].

Ürün sorumluluk sigortasının ana çatısını oluşturan ürün sorumluluğu, kavramsal olarak öncelikle Amerika'da ortaya çıkmış, sonrasında Kıta Avrupası'nda tartışılmaya başlanmıştır^[2]. Günümüzde “*Product Liability*” tabiri olarak literatürdeki yerini almış olan ürün sorumluluğu esasen, yapım-cının imal ettiği ürünün piyasa sürülmesinden sonra, üründe bulunan bir kusur nedeniyle, üçüncü kişilerin uğrayabilecekleri bedeni ve maddi zararlardan ötürü doğan sorumluluğu ifade etmektedir^[3].

Seri ve kitlesel üretim sonucunda ürünün yapımına ilişkin bir bozukluk, çoğu kez tüm ürün serisini etkileyerek yığınlara yönelik tehlikeler oluşturmaktadır. Modern endüstri, kullanıcılar bakımından sorumlu kişilerin belirlenmesini de güçleştirmektedir. Kullanıcılar, üretim bandındaki birden fazla üretici ile karşı karşıya kalabilmekte, ancak üründeki bozukluk dolayısıyla bunlardan hangisine başvurulması gerekeceğine ilişkin birçok sorunla karşılaşmaktadırlar^[4]. Tüm bu sorunlar ve kusurlu (bozuk) ürünlerin yol açtığı büyük çaptaki maddi ve bedeni zararlar, konunun yasal zemine kavuşturulmasını ve üreticiler karşısında kullanıcıların menfaatlerini korumaya yönelik hukuki düzenlemeleri zorunlu hale getirmiştir^[5].

-
- [1] **Faure, Michael:** “*Economic Analysis Of Product Liability*”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Cambridge 2016, s. 620 vd.
- [2] **Fairgrieve, Duncan:** “*Product Liability Directive*”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Cambridge 2016, s. 19 vd.
- [3] **Mildred, Mark:** Product Liability Law and Insurance, London 2000, s. 3.
- [4] **Öztaş, Bilge:** İmalatçının Sorumluluğu, İstanbul 1982, s.9; **Özsunay, Ergun:** “*Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapımcının Sorumluluğu*”, BATİDER, C.X, S.1, Haziran 1979, (Batider), s. 106.
- [5] **Trieschman, James/Gustavson, Sandra:** Risk Management and Insurance, 10 th Edition, Ohio 1998, s.60; **Kulaklı, Emrah:** Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2009, s. 1; **Kırca, Çiğdem:** Ürün Sorumluluğu, BTHAE, Yayın No:438, Ankara 2007, (Ürün Sorumluluğu), s. 1.

Ürün sorumluluğu, sorumluluk hukuku ile tüketici hukukunun kesiştiği noktada karşımıza çıkmaktadır^[6]. Zira, borçlar hukuku kapsamında ayıplı mal dolayısıyla alıcının, tüketici hukukuna göre de ayıplı mal ve hizmetlere karşı tüketicilerin korunması hedeflenirken^[7]; ürün sorumluluğu ile ürünün güvenli olmaması nedeniyle zarara uğrayan herkesin korunması amaçlanmaktadır^[8]. Başka bir ifadeyle ürün sorumluluğunda, ürünün alıcısı başta olmak üzere, ürünle temas halinde olan ve ürünlerdeki bozukluk nedeniyle zarara uğraması muhtemel bulunan üçüncü kişiler de kapsam altına alınarak, ürüne ilişkin risk tehdidi altında olan herkese karşı üreticinin sorumlu olacağı öngörülmektedir^[9].

Avrupa Birliği müktesebatında ürün sorumluluğu, 25.07.1985 tarih ve 85/374 sayılı *Ayıplı Ürünlerden Dolayı Sorumluluğa İlişkin Üye Devletlerin Hukuki ve İdari Düzenlemelerinin Uyumlaştırılmasına Dair Avrupa Konseyi Direktifi*’nde (Direktif) düzenlenmiştir^[10]. Tüketicinin, sağlık, güvenlik ve ekonomik menfaatlerinin korunmasını amaç edinen Direktif, ürettiği malların verdiği zararlardan dolayı üreticinin kusursuz sorumluluğa dayanan bir temelde sorumlu tutulacağı ilkesini benimsemiştir^[11].

-
- [6] **Aslan, Yılmaz:** En son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, Bursa 2004, (2004), s. 194-195.
- [7] **Zevkliler, Aydın/Özel Çağlar:** Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 31 vd.
- [8] **Machnikowski, Piotr:** European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Cambridge 2016, s. 11.
- [9] Bkz: **Kırca,** (Ürün Sorumluluğu), s. 3, 75; **Kulaklı,** s. 6-8; **Havutçu, Ayşe:** Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 19; **Kaplan, İbrahim:** “İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, BATİDER 1985, C.XIII, S.1, s.139, **Saraçoğlu, Mahmut:** “AB ile Gümrük Birliği Aşamasında Ürün Sorumluluğu Sigortalarının Türkiye’deki Konumu”, REASÜRÖR S.24, Nisan 1997, s. 5.
- [10] (85/374/AET, ATRG (1985), 210/29, En son değişiklik: 99/34/AT, ATRG (1999), L 141, 20, Bkz: **Rinderknecht, Susanne:** International Product Liability, Salzburg 1993-Chapter 20, The European Community, s. 603 vd.; **Wright, Christopher J.:** Product Liability The Law and Its Implications For Risk Management, London 1989, s. 35; **Posch, Willibald:** International Product Liability; Chapter 1, London 1993, s. 1 vd.
- [11] Direktifin yürürlük süreci, güncelleme ve reform çalışmalarına ilişkin bkz: **Fairgrieve,** s. 21 vd.

Türk hukukunda^[12] ise 1995 yılında yürürlüğe giren ve 2003 yılında önemli değişikliklere uğrayan mülga 4077 sayılı *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*'da (eTKHK) ve anılan Kanun kapsamında çıkarılan mülga *Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik*'te ürün sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir^[13]. Ancak halef 6502 sayılı *mer'i Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*'da (TKHK) ürün sorumluluğuna yer verilmemiştir. TKHK'da "*Ayıplı Mal ve Hizmetler*" ayrı bir başlık altında düzenlenmiş, ancak Kanunun kapsamını tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalar ile daraltan 2. madde nedeniyle, ilgili hükümlerin uygulama alanı sadece tüketici işlemleriyle sınırlanmıştır^[14].

Halihazırda üreticinin sorumluluğuna ilişkin mevzuatımızdaki düzenleme eksikliği, sorumluluk hukukunda aşağıda inceleneceği üzere farklı tartışmalara sebebiyet vermektedir. Ürün sorumluluğunun 4703 sayılı *Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun*'da satıcının sorumluluğuna dayanmadan, bağımsız olarak düzenlendiğini ileri süren bir görüş^[15] olmakla birlikte, kanaatimizce bu görüşe

[12] **Turan, Sezin/Canbolat Uraz:** Product Liability (Turkey), Jurisdictional Comparisons, European Lawyer References Series, 2014, s. 364.

[13] 4077 sayılı eTKHK, tüketici lehine genel borçlar hukuku hükümlerinden ayrılan pek çok konuyu birarada düzenleyen, özel bir kanun niteliği arz etmektedir. Nitekim Türkiye'nin tam üyelik hedefinin gerçekleştirilmesi ve Avrupa Birliği müktesebatının iç hukuk normlarıyla uyumlaştırılması için 8.3.2001 tarihinde imzalanan Katılım Ortaklığı Belgesinden sonra, 2003 yılında eTKHK'da 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanunla önemli değişiklikler yapılmıştır (Bkz: 14.03.2003 tarih ve 24048 sayılı RG). 13.06.2003 tarihli *Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik* de, 85/374 sayılı Direktifi Türk Hukukuna aktarmak amacıyla çıkarılan ürün sorumluluğu alanındaki önemli bir düzenleme niteliğindedir. (Bkz: 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazete).

[14] TKHK kapsamında, tüketici işlemi ve Kanunun uygulama alanına ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Zevkliler/Özel**, s. 77 vd.

[15] **Özsunay**, koruyucu düzenlemeler adını verdiği mezkur Kanundaki hükümlerin ürün sorumluluğunu ilgilendirdiğini belirtmektedir. Öz ise, Kanunun kapsamını düzenleyen 2. maddesinde yer alan "*üretici ve dağıtıcıların yükümlülükleri*" ibaresini zarar görenlere karşı tazminat yükümlülükleri olarak değerlendirip, Kanunun ürün sorumluluğunu da düzenlediğini kabul etmektedir. *Zevkliler/Aydoğdu* da aynı görüşü paylaşmaktadır. Bkz: **Özsunay, Ergun:** "*AB ve Türkiye'de Ürün Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler*", Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, İstanbul, 2011, s.174; **Öz, Turgut:** Üreticinin Sorumluluğu, İstanbul

katılmak isabetli değildir. Zira 4703 sayılı Kanun, üreticilerin güvenli ürün üretmeleri konusunda teknik kuralların hazırlanmasına ve uygulanmasına ilişkin çeşitli yükümlülükler getiren ve bunların ihlali halinde idari para cezaları öngören, kamu hukuku karakterli çerçeve bir kanundur. Kanunda özel hukuka, üreticinin tüketicilere/kullanıcılara karşı tazminat sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir^[16]. Öte yandan, mezkur Kanunun halefi niteliğindeki Türkiye Büyük Millet Meclisindeki 1/934 Esas numaralı *Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı (Tasarı)* kapsamında ürün sorumluluğuna ilişkin özel hükümler sevk edilerek, konunun yasal dayanağa kavuşturulması hedeflenmiştir^[17].

Kusursuz sorumluluk bilincinin hukuksal alt yapıya yansımaları ve bunun mahkeme kararlarını etkilemesi, küresel bir eğilim olarak sorumluluk sigortalarına yönelik talepleri artırarak, yeni sigorta türlerinin gelişimini hızlandırmıştır^[18]. Tam da bu noktada, bilhassa zarar gören ile üretici arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda karşılaşılan, çok yönlü ve çözümü güç problemlerde, gerek ürün nedeniyle zarara maruz kalanların zararını karşılayabilmek gerekse üreticinin yüklenmiş olduğu hukuki sorumluluğu hafifletebilmek için geliştirilmiş bir sigorta türü olarak “*ürün sorumluluk sigortası*” (*product liability insurance*) ortaya çıkmıştır. ÜSS uygulaması ilk olarak, çeşitli sigorta poliçelerinde ek teminat olarak veril-

Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, C.6, S.2, Temmuz 2007, s. 7 vd.; **Zevkililer, Aydın/Aydoğdu, Murat:** Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara 2004, s. 89, 101.

- [16] eTKHK ile 4703 sayılı Kanun arasında yaklaşımsal ve kapsam bakımından da bazı farklılıklar bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: **Canpolat, Önder:** “*Üretici ve Sorumluluğu*”, Ankara Barosu Dergisi 2013/2, s. 376, 387.
- [17] *Tasarı* kapsamında “*Teknik Düzenlemeler, Ürün Güvenliği, Ürün Sorumluluğu Tazminatı, İktisadi İşletmecilerin Yükümlülükleri ve İzlenebilirlik*” başlığı altında ikinci bölümde ürün güvenliği, ürün sorumluluğu tazminatı ve imalatçı, ithalatçı, yetkili temsilci ve dağıtıcının yükümlülüklerine ve beşinci bölümde de sorumluluktan kurtuluş olanaklarına yer verilmiştir. Bkz: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss551.pdf>, (Erişim Tarihi: 28/09/2018).
- [18] **Kender, Rayegan:** “*Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri*”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III Sigorta Semineri, İstanbul, 4-7 Nisan 1977, Bildiriler ve Tartışmalar), (*Seminer*), s. 1 vd; **Kutlu İhsan:** “*Mamul Sorumluluğu Sigortası*”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III Sigorta Semineri, 4-7 Nisan 1977, İstanbul, s. 274; **Nart, Levent:** “*Ürün Sorumluluğu Sigortası*”, Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı Semineri, İstanbul 1996, s. 3 vd.

meye başlamıştır. Sonraları giyim sektörü başta olmak üzere her tür ticari alanda bağımsız bir sigorta ürünü olarak talep edilir hale gelmiştir^[19]. ÜSS bir yandan tüketicinin korunmasında önemli bir rol oynarken, diğer yandan üreticilerin sorumluluklarını üstlenmek suretiyle yatırımların artmasına olanak sağlayacak bir özellik kazanmıştır.

ÜSS'ye ilişkin mevzuatımızdaki tek düzenleme, 2014 yılında yürürlüğe giren *Ürün Sorumluluk Sigortası Genel Şartları*'dır^[20]. Genel şartlar öncesindeki poliçeler, genellikle yabancı poliçe metinlerinin hukukumuzda uyarlanması şeklinde hazırlanmıştır. Ayrıca, halen yürürlükte olan 6 Nisan 1959 tarihli ve bilhassa kendine özgü genel şart düzenlemesi bulunmayan sorumluluk sigortaları türleri için temel genel şart niteliğindeki *Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları*'da, ÜSS'de sıklıkla uygulanmıştır.

Bu temelde çalışmamızda ürün sorumluluk sigortası, bilhassa sigortanın teminat kapsamı ve riziko tanımı, genel şartlar ve sorumluluk hukukundaki güncel değişiklik ve gelişmeler dahilinde incelenmeye çalışılmıştır. Ancak çalışmanın kapsamı dikkate alınarak, ürün sorumluluğu noktasında sadece sigorta sözleşmesini doğrudan etkileyebilecek hususlara değinmekle yetinilmiştir.

1. ÜRÜN SORUMLULUĞU

Ürün sorumluluk sigortasının temel konusunu ürün sorumluluğu teşkil ettiğinden, öncelikle sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bunun için de sigorta poliçelerine de konu olan *ürün, üretici ve üründeki bozukluk* kavramlarının mevzuatımız ve Direktif kapsamında irdelenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

1.1 Ürün Kavramı

Ürün sorumluluk sigortasında üreticinin sorumluluğu, piyasaya sürülen hatalı ürünün neden olduğu zarara bağlı tazminat yükümlülüğünden kaynaklandığından, "*ürün*" kavramı özel önemi haizdir. Ürün kavramına

[19] Ürün sorumluluk sigortasının tarihsel gelişim sürecine için bkz: **Schwartz, T. Gary:** "*Understanding Products Liability*", California Law Review, V. 67, I. 3, May 1979, s. 435 vd.

[20] Bkz: <https://www.tsb.org.tr/genel-sartlar.aspx?pageID=1060> (Erişim Tarihi: 27/09/2018).

ilişkin TKHK'da, eTKHK'daki mal tanımı aynen korunmuştur. Kanunda 3. md./f.1(h) bendinde mal; *Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır*^[21].

TKHK kapsamında ayıp nedeniyle sorumluluk için “mal” kavramı tercih edilmişken; Direktifte “ürün” kavramı esas alınmıştır^[22]. Direktifte, *amacına uygun olarak bir başka taşınır veya taşınmazla birleşse dahi tüm taşınırın ve elektriğin*^[23] ürün olarak nitelendirileceği hükme bağlamıştır^[24] (md.2).

Tasarı kapsamında da Direktife paralel olarak mal kavramı yerine ürün kavramı tercih edilmiş ve ürünün; *piyasaya arz edilmesi hedeflenen, arz*

[21] Her ne kadar 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunda, *ürün piyasaya arz edilmesi hedeflenen tüm ürünleri ifade eder, şeklinde bir tanıma yer verilerek ürün kavramı ele alınsa da, yukarıda izah edildiği üzere bahse konu Kanunun amaç ve kapsamı üreticinin sorumluluğunu belirlemekten ziyade, ürünlerin piyasaya arzı, uygunluk değerlendirmesi, piyasa gözetimi ve denetimine özgü kılınmıştır. Öte yandan, TKHK'nın 76. maddesinde, Avrupa Birliği uygulamalarına uygun şekilde piyasaya sürülen ürünlerin denetimi ile ilgili olmak üzere ve tüketici ürünü adı altında bir kavram tanımlanmıştır. Doktrinde bu hükmün 4703 sayılı Kanunun 5. maddesini tekrar eder mahiyette olduğu belirtilmiştir. Bkz: **Aslan**, (2004), s. 218.*

[22] **Hodges, Christopher**: “*Introduction-The Product Liability Directive-Product Liability in Practice*”, Product Liability European Laws and Practice, London 1993, s. 46.

[23] Elektrik, su ve gaz gibi özellik arz eden bazı ürünlere ilişkin bkz: **Straetmans, Gert/Verhoeven, Dimitri**: “*Product Liability Directive*”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Cambridge 2016, s. 44.

[24] Direktifin ilk halinde ürün, birincil tarım ürünleri ve av ürünleri haricindeki tüm taşınır malları ifade etmek üzere tanımlanmış; insan emeğinin sonucu ortaya çıkmış olmayan, doğada kendiliğinden bulunan meyve, sebze ve bitkiler ürün olarak değerlendirilmemiştir. Ancak 1999 değişikliği sonrası doğal tarım ürünleri, av ürünleri ile bunlardan elde edilen deri, post gibi şeyler ve elektrik ürün kapsamına dahil edilmiştir. Bkz: **Møgelvang-Hansen, Peter**: “*Product Liability Directive*”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Cambridge 2016, s. 32; **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 190.

Ürün tanımının belirlenmesinde Avrupa Birliği'nde esas olan Direktif hükümleriyle, Amerikan ürün sorumluluk hukukunda bazı farklılıklar yer almaktadır. Örneğin sanayi atıkları, bir enerji amacıyla kullanılan-taşınan su ve Direktif kapsamında ürün olarak ele alınan birçok husus, Amerikan Hukukunda ürün olarak nitelendirilmemektedir (Detaylı bilgi için bkz: **Posch**, s. 14).

edilen veya piyasada bulundurulmuş her türlü madde, müstahzar veya eşyayı ifade ettiği belirtilmiştir (md. 3/f.1.(p)).

TKHK’da tanımlanan ve ayıplı olduğu hallerde tüketici işlemleri bakımından sorumluluk doğuran *mal* kavramı, esasen Direktifteki *ürün* kavramından farklıdır^[25]. TKHK’da mal kavramı oldukça geniş tanımlanmışken^[26]; Direktifte sadece taşınır malların verdiği zararlardan sorumluluk düzenlenmiştir. Taşınmaz malların^[27] veya maddi olmayan malların^[28] kusurlu

- [25] **Tiryaki, Betül:** “*Avrupa Konseyi’nin 25.07.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Ürün Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesi*”, AÜHFD, Ankara 2006, C.2, S.2, s. 234.
- [26] Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD)’na göre Direktif, üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin minimum ölçüde değil, maksimum ölçüde uyum sağlamalarını gerektiren bir düzenleme niteliği taşımaktadır (Direktifin amaç, etki ve metodolojisi için bkz: **Howells, Geraint:** “*Product Liability Directive*”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Cambridge 2016, s. 25 vd.). ATAD’a göre tüketiciyi daha fazla korumaya yönelik üye devletlerdeki düzenlemeler, Birlik hukukuna aykırıdır. Bu nedenle, Avrupa Birliği Hukuku ile uyum sağlamaya çalışan Türk Hukukunun da bu hususları gözardı etmeden, kendi iç hukuk normlarını Direktife uygun olarak değiştirmesi gerekir (Bkz: **Hodges**, s.14; **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*),s. 62-64, 183).
- [27] Konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar, temel olarak devre mülklerle ilgili yaşanan tüketici sorunlarının çözülmesi amacıyla eTKHK’daki mal tanımına eklenmiş ve 6502 sayılı Kanun kapsamında da korunmuştur. **Kırca, Çiğdem:** “*Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama*”, (*Örtülü Boşluk*), AÜHFD 2001, C.50, S.1, s. 96.
- [28] Cismani varlığı olmayan, özlerinde herhangi bir değişiklik olmaksızın geçmişte ve gelecekte algılanabilen fikri, insan zekasının ürünü olan gayri maddi malların cisimlendiği maddi mallar, Direktif anlamında ürün olarak kabul edilmesine karşın, ürün vasfının maddi malda vücut bulduğu gayri maddi unsur da kapsayıcı kapsamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz: **Straetmans/Verhoeven**, s. 40-41, 46-50; **Wright**, s. 41; **Hodges**, s. 49. Türk Hukukunda ise, TKHK md. 3’te yer alan mal kavramı “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları*” kapsayacak şekilde geniş olarak tanımlanmış; ancak fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar ile patent, marka gibi diğer gayri maddi mallar mal kavramı kapsamına alınmamıştır. Bu nedenle maddi bir malda cisimlenmemiş gayri maddi malların, amacını aşan bir yorum yöntemiyle ürün kapsamında ele alınması kanaatimizce doğru değildir. Tartışmalar için bkz: **Aydos, Oğuz Sadık:** Ürün Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 136; **Erlüle, Fulya:** “*Avrupa Konseyi Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu*”, İstanbul Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 68 vd.; **Oğuzman, Kemal /Selici, Özer, /Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012, s. 7.

olması nedeniyle doğan zararlar Direktifin kapsamına dahil edilmemiştir^[29]. Bununla birlikte gerek Direktifte gerekse TKHK'da *taşınır eşya* kavramı tanımlanmamıştır. Direktifte açık bir tanım yapmaktan kaçınılmış olması, taşınır eşya kavramının belirlenmesinde üye devletlerin milli hukukunun esas alınacağını göstermektedir^[30].

Bir malın ürün sorumluluğuna konu olması, diğer bir ifadeyle malın kusurlu (bozuk) olması sebebiyle üreticinin sorumlu kılınması için, öncelikle o malın üretilmiş olması gerekir. Nitekim *Tasarı* kapsamında da bilhassa ürünün piyasa sunulması, en azından piyasaya arzının hedeflenmesine vurgu yapılması dikkat çekicidir. Dolayısıyla, ürün sorumluluğunun konusu olan mal, üretim faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıkan mal anlamında “ürün”dür^[31]. Ürün sıfatının kazanılabilmesi için, ürünün seri üretim mahsulü veya el yapımı olmasının önemi yoktur. Bu anlamda ürün, eseri de kapsayan bir kavramdır. Zira, TKHK md. 3/f.1(l) bendi kapsamında eser sözleşmesi de tüketici işlemi kapsamına dahil edilmiştir^[32].

[29] **UK Department of Trade and Industry, Consumer Affairs Directorate (UK CAD):** Guide to Consumer Protection Act 1987 Product Liability and Safety Provisions, London December 2001, s. 5; **Hodges**, s. 47.

[30] Türk Hukuku açısından TKHK'da taşınır eşya tanımının yapılmaması, bu kavramın eşya hukuku hükümlerine göre belirlenmesini gerektirir. Ancak, eşya hukuku anlamında da Medeni Kanunumuzda eşya tanımı yapılmış değildir. Hukukumuzda göre eşya; üzerinde hakimiyet kurulabilen, sınırlanabilen, ekonomik değeri bulunan, insan dışı, maddi (cismani) varlıklardır. Bu çerçevede, taşınır eşya bir yerden başka bir yere özünde bir zarar meydana gelmeksizin taşınabilen eşya olarak tanımlanabilir. Bkz: **Ünal Mehmet/Başpınar Veysel: Şekli Eşya Hukuku**, Ankara 2012, s. 64-74; **Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)**, 13 Baskı, Ankara 2016, s. 40-42; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 4-10.

MK'nın 762. maddesinde cismani bir varlığı olmayan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler de taşınır eşya mülkiyetine ilişkin hükümlere tâbi kılınmıştır. Bu nedenle Medeni Kanun kapsamında eşya sayılan enerji kaynakları da (bir tank, boru veya diğer bir kap içinde sınırlandırılmaları, cismani bir varlık olarak eşya şeklinde nitelendirilmeleri mümkün olan elektrikle aynı kategorideki benzin, su, buhar, gaz, ısı gibi enerji kaynakları) ürün kavramı içinde ele alınmıştır. **Güven, Kudret Ertaş: “Elektrik ve Gazın Eşya Olma Niteliği,”** Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 1984, s. 225-232; **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 92-93; **Havutçu**, s. 121.

[31] **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 184.

[32] Detaylı bilgi ve eser ile ürün arasında Yargıtay tarafından oluşturulan ayırım için bkz: **Aydos**, s.131, dpnt: 484; **Özdamar, Naci: Açıklamalı 4822 Sayılı Yasa İle Değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**, Ankara 2004, s. 6.

Kanundaki alışverişe konu taşınır eşya kavramından, malın mutlaka kişisel kullanım veya tüketim için ya da sırf tüketicilere yönelik üretilmiş olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Alışverişe konu taşınır eşya kavramına, tüketim malları girebileceği gibi doğrudan doğruya kişisel kullanım veya tüketim için üretilmeyen, ancak alışverişe konu olan *ara mallar*^[33], *endüstri ürünleri*^[34], *makinelere*, *araçlar*, *kimyasal maddeler* gibi çeşitli varlıklar da girebilir^[35]. Zira aksi halde, hem alışverişe konu mal tanımını hem de ara mal üreticilerini de üretici olarak kabul eden TKHK'nın 3. maddesinin (n) bendi anlamsız hale gelecektir.^[36]

Eşya olarak kabul edilen *hayvanlar* da ürün olarak değerlendirilir^[37]. *Hava araçları* ile gemi siciline kayıtlı olup olmamaları önem taşımaksızın *gemiler*^[38] de taşınır eşya ve dolayısıyla ürün niteliğindedir. İnsan bedeninden ayrıldıktan sonra taşınır mal özelliği kazanan ve bu nedenle de ürün kavramına dahil olan insan kanı ve organları^[39], 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'un ilgili hükümleri çerçevesinde alışverişe konu edilmesi yasaklandığından^[40], ürün sorumluluğu kapsamına

[33] Diğer bir taşınır veya taşınmazla birleşen ve onun bütünleyici parçası konumuna gelen tüm taşınırler Direktif anlamında ürün niteliğindedir. Böylece, *ham madde veya ara mal* üreticisinin malının ayıplı olması halinde, bunun bir başka malın bütünleyici parçası olması dolayısıyla sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda TKHK'nın tüketiciyi korumaya yönelik genel amacına ve Direktife uyum sağlama hedefine aykırı bir durum yaratmamak için *Kırca ve Havutçu*'nun da belirttiği gibi, kanaatimizce de, eşya hukukundaki belirlilik ilkesine ürün sorumluluğu açısından bir istisna getirmek gerekir. **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 191; **Havutçu**, s.120; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 26; **UK CAD**, s. 5; **Hodges**, s. 46.

[34] **Straetmans/Verhoeven**, s. 42.

[35] Krş: **Havutçu**, s. 122.

[36] **Zevkililer/Aydoğdu**, s. 56; **Erlüle**, s. 69-70.

[37] **Erlüle**, s. 64; **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 186.

[38] Gemilerin, gemi siciline kayıtlı olup olmamaları ürün niteliği bakımından önemli değildir (Bkz: **Kaner, Deniz İnci**: Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 2018, C.1, s.19). Benzer şekilde hava araçlarının da kendilerine ilişkin tutulan sicillere kayıtlı olmaması, onların eşya ve dolayısıyla ürün olarak değerlendirilmelerini engellemez.

[39] Direktif kapsamındaki tartışmalar için bkz: **Straetmans/Verhoeven**, s. 45.

[40] **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 5; **Ünal/Başpınar**, s. 68 vd.

girmemektedir (md. 3)^[41]. *Çöpler ve atıklar* da, taşınır eşya olmalarına rağmen alışverişe konu eşya olmadıkları için ürün kavramına dahil değildir^[42].

Ekilmiş, dikilmiş, toprakta ya da yapay bir ortamda yetiştirilmiş ya da kendiliğinden yetişmiş olup olmamasına bağlı olmaksızın tüm *tarım ürünleri*, *hayvancılık ürünleri* (süt, yumurta, gübre, post vb.), doğada serbest olarak yaşayan tüm av hayvanları ile bunlardan elde edilen av ürünleri de hukukumuz açısından taşınır mal özelliğine sahip olmaları nedeniyle ürün niteliğindedir^[43]. Direktif açısından da tüm tarımsal ürünler ile av hayvanları ürün kapsamındadır^[44].

Üreticinin sorumluluğu, ürünün sadece tek kullanımıyla sınırlı değildir. Zira, taşınırın kullanılmış olması, onun ürün sayılmasını engellemektedir^[45]. Bu nedenle ürünün birinci, ikinci ya da sonraki kullanımları için zarar görene ulaşması üreticinin sorumluluğunu bertaraf etmemektedir.

Direktifin 2. maddesinde, her türlü taşınır eşya olarak tanımlanan ürün kavramı, maddi bir varlığa sahip olmayan ve bu nedenle eşya kavramına dahil edilmeyen hizmet edimlerini kapsamamaktadır^[46]. Direktiften farklı

[41] İnsandan insana aktarılan kandan farklı olarak, yeni bir ürün meydana getirmek suretiyle kanın, kan bankaları gibi çeşitli ünitelerde işlendiği ve dağıtıldığı durumlarda, kan ve türevi ürünler, ürün olarak değerlendirilip, kan bankaları gibi üretim faaliyeti gerçekleştiren tesisler de üretici olarak sorumlu kabul edilir. Bkz: **Havutçu**, s. 69,121; **Hodges**, s. 51; **Erlüle**, s. 62; **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 188.

[42] Bizim de katıldığımız hakim görüşe göre, çöplerin ürün olarak nitelendirilebilmesi için, yeniden değerlendirilmek amacıyla ticari olarak satışa sunulması ve başka bir ürün haline dönüştürülmesi gerekir. Bkz: **UK CAD**, s. 5.

[43] Detaylı bilgi için bkz: **Ünal/Başpınar**, s. 64vd.; **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 92; **Aydos**, s. 144 vd.

[44] Direktif ilk dönemlerde, üye devletleri tarımsal ürünler ile av hayvanlarını ürün kapsamından çıkarmak konusunda serbest bırakmış; ancak sonrasında deli dana gibi çeşitli hastalıkların yaygınlaşması ve gen teknolojisinde yaşanan gelişmeler sonucu tarımsal ve hayvansal birçok üründe yaşanan bozulma nedeniyle, 1999/34 sayılı Direktif ile bu serbestiyi kaldırmış ve tüm tarımsal ürünler ile av hayvanlarını ürün kapsamına dahil etmiştir. Detaylı bilgi için bkz: **Wright**, s. 48; **Hodges**, s. 49.

[45] Ürünün genel olarak elden geçirilmesi, onarılıp yenilenmesi veya modernize edilmesi, o ürünün yeni veya yenilenmiş ürün olarak işlem görmesine neden olur. Bu durumda ürünü yenileyen kişi, onu sadece tamir eden kişiden farklı olarak, ürünün üreticisi olarak nitelendirilir ve eski üretici yeni ürün nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmaz. Bkz: **Wright**, s. 40; **Erlüle**, s. 65; **Havutçu**, s. 69; **Aydos**, s. 133.

[46] **Wright**, s. 48; **Hodges**, s. 51.

olarak TKHK'da ise “*Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu*” oluşturan hizmetler, Kanunun uygulama alanı içine alınmış ve hizmet sözleşmesine uygun olarak ifade bulunmayan sağlayıcı, ayıplı hizmet dolayısıyla 13 vd. maddelerde sorumlu kılınmıştır^[47].

TKHK'daki mal tanımı, üreticinin sorumluluğu dikkate alınmaksızın, tüketici hukukunun genel ihtiyacına cevap verecek şekilde tanzim edildiğinden, ürün sorumluluğu bağlamında “mal” tanımı, birçok konuda tartışmayı beraberinde getirmektedir. Basit bir örnekle, Kanun kapsamında taşınmaz malın kendisi ürün olarak kabul edildiğinden, taşınmaz malın taşınır mal niteliğindeki bütünleyici parçalarının ürün niteliği ihtilaf konusu olmaktadır. Bu nedenle “mal” tanımı dahil olmak üzere Kanundaki ürün sorumluluğuna ilişkin tüm hususları, amaca uygun bir sınırlamayla dikkate alıp yorumlanmak zorunluluk arz etmektedir^[48].

1.2. Üretici Kavramı

Üreticinin sorumluluğu bakımından son yıllarda kusursuz sorumluluk prensibinin kabul edilmesiyle birlikte, üretici kavramının kapsamı giderek genişlemiş^[49] ve bu yaklaşıma bağlı olarak doktrinde, ayıplı ürünlerin sebep olduğu zararları tazmin ile yükümlü kişi veya teşebbüslerin, *ürünle herhangi bir şekilde temas haline gelenler* olduğu görüşü ileri sürülmüştür^[50]. Zira, Direktifin 3. maddesinde üretici; “*bitmiş bir ürünün üreticisi, herhangi bir ham maddenin üreticisi veya bir bütünleyici parçanın üreticisi ve kendisini üretici gibi gösterecek şekilde adını yahut ticari markasını veya diğer bir ayırt edici işaretini ürünün üzerine koyan kişi*” olarak tanımlanmıştır^[51].

[47] Ürün olarak nitelendirilmemekle birlikte, TKHK'nın hizmetleri de uygulama alanı içine almış olması nedeniyle hizmet edimlerinin ürün sorumluluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği esasen tartışmalıdır. Bkz: **Havutçu**, s.123; **Tiryaki, Betül**: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007, s. 60 vd.; **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 197 vd.

[48] Amaca uygun sınırlandırıcı yorum ve tanım için bkz: **Kırca**, (*Örtülü Boşluk*), s. 96.

[49] **Huebner, S.S./ Black Kenneth/Webb, Jr. Bernard L.**: Property and Liability Insurance, Fourth Edition, USA 1996, s. 381.

[50] **Öztan**, s. 26; **Özsunay**, (*Batider*), s. 153; **Hanımeli, Çağan**: “*Ürün Sorumluluğu Sigortası*” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), s. 15.

[51] **Straetmans/Verhoeven**, s. 61.

TKHK'da ise eTKHK'nın imalatçı-üretici tanımına paralel olarak; “*Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde bir üretici tanımına yer verilmiştir. Kanun kapsamında üreticinin tacir veya gerçek ya da tüzel kişi (kamu tüzel kişileri de dahil) olup olması fark arz etmemektedir. Bununla birlikte Direktiften farklı olarak konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar da mal kavramı tanımına dahil edildiğinden, bunları üretenler de üretici olarak kabul edilmektedir. Öte yandan eTKHK'dan farklı olarak TKHK'da hizmet sağlayıcılar, üretici tanımından çıkarılarak, sağlayıcı başlığı altında müstakil olarak ele alınmıştır (md. 3/f.1 (1))^[52].

Tasarı kapsamında ise üretici kavramı yerine imalatçı kavramı tercih edilerek; *imalatçı ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder*, hükmüne yer verilmiştir. Ürün sorumluluğu sadece sınai malların üretimi ile sınırlı bir sorumluluk değildir. Üretim kavramı, imalat kavramı yanında tarımsal üretim veya ham madde üretimini de kapsayan geniş bir kavramdır. Bu nedenle *Tasarıda*, TKHK'daki üretici kavramından vazgeçilerek, imalatçı kavramının tercih edilmesi kanaatimizce isabetli olmamıştır.

Ürün sorumluluğunda asıl sorumlu olanlar, gerçekten nihai ürünün, ham maddenin ve tali ürünün üreticisi olan, üretimi yapan (*gerçek üretici*) kişilerdir^[53]. Üreticinin, ürünün güvenliğine etki edecek şekilde üretim sürecine katılması gerekir. Ürün sorumluluğu kapsamında gerçek üretici olarak ilk akla gelen nihai ürünün üreticisidir. Ancak sorumluluğun ara malların üreticilerine de yayılması Topluluk Hukukunda hakim olan bir eğilimdir^[54]. TKHK'daki tanımdaki ara malların üreticileri ifadesine açıkça yer verilerek, bütün ara mal endüstrisinin ayıp sorumluluğu kapsamına dahil edilmesi sağlanmıştır^[55]. Ancak *Tasarıdaki* imalatçı tanımında, kamu tüzel

[52] **Zevkliler/Özel**, s. 98.

[53] **Straetmans/Verhoeven**, s. 62.

[54] **Hodges**, s. 58-59; **Straetmans/Verhoeven**, s. 61 vd.

[55] Üreticinin ürettiği ürünün bir nihai mal mı, yoksa bir ara mal ürünü mü olduğunu belirlemeye yönelik temel ölçüt, üretilen ürünün gördüğü işlemin esas alınmasıdır.

kişileri ile ara mal-hammade üreticilerine yer verilmemiştir. Buna rağmen yukarıda yapılan değerlendirmeler ve Direktifteki düzenlemeler esas alınarak, sınırlayıcı bir ifadeye yer verilmemesi nedeniyle, kamu tüzel kişileri ve ara mal üreticilerinin de tanım dahilinde yer aldığı değerlendirilmelidir.

Hem TKHK kapsamında^[56] hem de Direktif çerçevesinde asıl üreticilerin yanı sıra, üretici benzerleri de sorumlu kılınmıştır^[57]. Böylelikle tüketicilerin malın üzerinde bulunan tanıtmaya işaretlerine bakarak, bu işaretlerde yer alan belirli bir üne veya üreticinin iyi nitelikte mal üreteceğine duyduğu güven korunmaktadır. Üretici sayılan kişinin gerçek üretici gibi sorumlu olması için ismini, markasını veya diğer ayırt edici işaretini kendi isteği ile ürüne koymuş olması gerekir^[58]. Rıza veya izin alınmadan üçüncü kişiler tarafından ayırt edici işaretlerin kullanılması ve ürünün bu şekilde piyasaya sürülmesi halinde, üretici benzerlerinin herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir.

Direktif açısından sorumluluğun üretime bağlanması ve üreticilerin ya da üretici gibi görünenlerin sorumlu tutulması esasına iki istisna getirilmiştir. Bunlardan biri ithalatçıların, diğeri ise üreticinin gösterilememesi haliyle sınırlı olmak üzere diğer dağıtıcıların sorumluluğudur. Direktifin 3. maddesi uyarınca, yapımıcının yanı sıra, ticari faaliyetleri gereği bir ürünü Birlik'e satış, kiralama, leasing ya da diğer bir dağıtım (sürüm) amacı ile ithal eden^[59] herkes üretici olarak kabul edilip, üretici gibi sorumlu kılınmıştır^[60]. İthalatçının sorumluluğu Direktifte "yapımıcının yanı sıra" müteselsil bir sorumluluk olarak öngörülmüş, bu nedenle ithalatçının sorumluluğu yanında üreticinin sorumluluğu sona erdirilmemiştir. Direktifin 3. maddesinin 3. fıkrası hükmü gereği, dağıtıcılar da üretici olmamakla birlikte, üreticiyi

Nihai ürünün üreticisi ile ara ürünün üreticisinin birbirinden ayrılmasının zorlaştığı, güçlük arz ettiği durumlarda, nihai ürünün üreticisinin kim olduğunun belirlenmesi için, ürünün yapımında kimin hakim olduğu ölçütünden hareket edilmelidir. Bkz: **Erlüle**, s. 77; **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 208.

[56] **Zevkliler/Özel**, s. 99.

[57] **Straetmans/Verhoeven**, s.63; **Møgelvang**, s. 34.

[58] **Hodges**, s. 59.

[59] Direktif, ithalatı, ticari faaliyet çerçevesinde satım veya sürüm yapmak amacıyla mal ithal etmek olarak tanımlamıştır. Diğer taraftan Direktif ve onu esas alan devletler açısından ithalat, Birlik dışındaki ülkelerden Birliğe dahil devletlere mal getirilmesi olarak kabul edilmiştir. Bkz: **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 218-219.

[60] **Wright**, s. 43; **Hodges**, s. 60.

veya kendisine ürünü teslim edeni bildirmedikleri takdirde üretici ile bir tutulmuş ve deta bozuk ürünün üreticisi imiş gibi sorumlu kılınmıştır^[61].

Türk Hukukuna baktığımızda ise TKHK md. 3/f.1 (e)'de ithalatçı tanımına yer verildiği; ancak üretici tanımı kapsamında ithalatçıya değinilmediği ve ithalatçının ayıp sorumluluğuna tabî olduğuna ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Zira TKHK'da ithalatçılar “*üretici gibi*” sorumlu kılınmadıkları gibi, dağıtıcıların da üreticinin ve önceki dağıtıcının kimliklerini bildirmedikleri takdirde sorumlu olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır^[62]. Buna karşın 4703 sayılı Kanun'da üretici tanımı içinde, üreticinin Türkiye dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilci ve/veya ithalatçı; ayrıca, ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek veya tüzel kişi de üretici olarak kabul edilmiştir (md. 3/ f.1-g). 5. maddede ise 2017 yılında 7033 sayılı Kanununun 66. maddesi ile yapılan değişiklik ile üreticinin tespit edilemediği durumlarda, yetkili kuruluşça belirlenecek süre içinde üreticinin veya malı tedarik ettiği kişinin kimliğini bildirmeyen dağıtıcı, üretici olarak kabul edilmiştir. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere anılan Kanunun amacı, ürün sorumluluğuna ilişkin özel hukuka dayanan bir sorumluluk tesisinden ziyade, ürünlerin piyasaya arzı ve uygunluk denetiminin sağlanmasına yönelik idari düzenlemeler ve yaptırımlar içermektir. Bu nedenle ilgili Kanun hükümlerinin ürün sorumluluğunda doğrudan uygulanma kabiliyeti kanaatimizce mümkün değildir. Öte yandan *Tasarı* kapsamında, imalatçı tanımı dışında, dağıtıcı, ithalatçı ve yetkili temsilci tanımlarına yer verilmiş (md. 3/f.1 (ç), (ğ), (s) bentleri), özel hukuktaki tazminat sorumluluğu anlamında ürün sorumluluğuna ilişkin genel bir maddenin yanı sıra imalatçı, dağıtıcı, ithalatçı ve yetkili temsilcinin yükümlülüklerine ilişkin hükümler de getirilmiştir. Bahse konu yükümlülükler haricinde imalatçının yükümlülüklerinin ve ürün sorumluluğu tazminatının diğer iktisadi işletmecilere (dağıtıcı, ithalatçı ve yetkili temsilci) uygulandığı durumlar ve sorumluluktan kurtuluş halleri yine bağımsız düzenlemelere konu edilmiştir (md. 11).

[61] **Straetmans/Verhoeven**, s.66-72; **UK CAD**, s. 3.

[62] **Kırca**, (*Ürün Sorumluluğu*), s. 224-226.

1.3. Üründeki Bozukluk

Hukukumuzda Mecelleden bu yana^[63], Borçlar Kanunu'nda ve TKHK'da ayıplı maldan doğan sorumluluk kapsamında ayıp kavramı ele alınmıştır. Ancak ürün sorumluluğunda bahse konu ürünün kusurlu (bozuk) olması ile sözleşme ve tüketici hukukunda geçerli olan “*ayıp*” kavramı eş anlamlı kavramlar değildir.

Borçlar Kanunu'ndaki çeşitli sözleşme tiplerinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlere bakıldığında, ayıp kavramının sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin, borçlunun zikir ve vaat ettiği nitelikleri taşıması veya bu şeyin değerini ya da sözleşme gereğince ondan beklenen faydaları azaltan ya da ortadan kaldıran eksikliklerin bulunmasını ifade ettiğini görmekteyiz. Zira, satım sözleşmesini düzenleyen hükümler arasındaki 219. maddede; satıcının, *alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından* sorumlu olacağı, kusurdan bağımsız yasal bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir^[64]. Satım sözleşmesinde olduğu gibi, diğer sözleşme tiplerinde de genel olarak ayıbın, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin sahip olması gereken niteliklerden yoksunluğu, olması gereken durumdan sapması, kısacası bir vasıf eksikliğini ifade ettiği söylenebilir^[65]. Bu vasıf eksikliği alacaklının, şeyi, sözleşmeden beklediği amaca uygun biçimde kullanılmasını, ondan yararlanmasını etkilemekte ve o şeyin kullanım ve tahsis amacını azaltmakta ya da ortadan kaldırmaktadır^[66].

TKHK'da da eTKHK'daki ayıplı mal tanımının özü korunarak, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerine paralel, daha

[63] Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye md. 338'te ayıp; *ayb diye ehil ve erbabi beyninde malın bahasına iras-ı noksan eden kusura derler*, şeklinde tanımlanmıştır.

[64] **Gümüş, Alper Mustafa:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2018, s. 77.

[65] Nitekim kira sözleşmesinde TBK md. 304-308 arasında kiraya verenin kiralananı kararlaştırılan kullanıma elverişli durumda teslim ve bulundurma borcunun yaptırımını olarak ayıp sorumluluğu düzenlenmiştir. Aynı şekilde eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna TBK md. 474-478'de değinilmiştir. Bkz: **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017, s. 100, 329, 635.

[66] **Havutçu,** s. 25.

somut ve ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanununun 8. maddesinde ayıplı mal; *tüketicieye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır*, şeklinde tanımlanmıştır. Ayıp kavramının belirlenmesinde “*satıcının zikir ve vaat ettiği vasıflar*” ile “*lüzumlu vasıflar*” temel alınmış ve maddi, hukuki ve ekonomik eksikliklerin ayıp sayılacağı kabul edilmiştir^[67].

Üreticinin sorumluluğu ile ayıba karşı tekeffül sorumluluğu farklı amaçlara yönelen, farklı hukuki menfaatleri koruma altına alan, koşulları farklı olan iki ayrı kurumdur. Zira ayıba karşı tekeffül borcunda, tarafların edimleri arasındaki mübadele amacı zedelenip, edim ve karşı edim arasındaki denklik ilişkisi bozulmaktadır. Ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerin temel amacı, tarafların edimleri arasında bozulan bu dengenin yeniden kurulmasını sağlamaktır^[68]. Üreticinin sorumluluğu ile amaçlanan ise kişilerin edimle ilgili menfaatleri dışında, genelin can ve mal güvenliği için tehlike yaratan, güvenli olmayan ürünlerin piyasaya sürülmesinin yol açacağı zararlara karşı kişilerin bütünlük menfaatlerini korumaktır^[69].

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinde tazminat borcunun doğması için öncelikle ayıp nedeniyle sorumlu olan kişi ile tazminat isteminde bulunan kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması ve bu ilişki kapsamındaki şeyin zilyetliğinin veya mülkiyetinin karşı tarafa geçirme borcunun gereği gibi ifa edilmemesi, yani ayıplı olması gerekir^[70]. Üreticinin sorumluluğunun doğması için ise sorumlu ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığına ve bu ilişkinin ihlaline gerek yoktur. Nitekim kişinin beden bütünlüğünün ihlali ya da diğer mallarının zarar görmesi sözleşme ilişkisinden bağımsızdır.

[67] TKHK kapsamında ayıplı mal ve ayıp kavramının borçlar hukuku ile tüketici hukuku bakımından karşılaştırılması hususunda detaylı bilgi için bkz: **Zevkliler/Özel**, s. 148 vd; **Kalkan, Arif**: Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara 2018, s. 118-134.

[68] **Öztaş**, s. 31; **Yavuz, Cevdet** : “*Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı*”, (AKT), Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 504.

[69] **Havutçu**, s. 34.

[70] **Yavuz**, (AKT), s. 513-527; **Yavuz, Cevdet**: “*Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması*”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1312.

Ayıba karşı tekeffül borcu ile üreticinin sorumluluğu kurumlarının yönel-dikleri amaç ve işlevlerinin farklılığı, sorumluluk kapsamına giren *zarar-lar* bakımından da farklılık doğurmaktadır. Ürün sorumluluğunda amaç başkalarının bütünlük menfaatlerinin korunması olduğundan, üreticinin sorumluluğu; sadece ölüm, yaralanma sonucu doğan maddi zararlar ile hatalı ürün dışında zarar görenin başka bir malının uğradığı zarar ile sınırlıdır^[71]. Hatalı ürünün kendisinde meydana gelen zarar ile ürünün onarımda olduğu sürede kullanılamamasından doğan kâr kaybı ya da üründen beklenen yararın gerçekleşmemesi^[72] nedeniyle oluşan zararlar, kapsam dışıdır^[73].

Söz konusu farklılıklar dolayısıyla ürün sorumluluğu anlamında, ayıba karşı tekeffül borcunun konusunu oluşturan ayıp kavramından ziyade, ürün-deki temel bozukluk ve eksiklikleri yansıtacak farklı bir terimin, *üründeki bozukluk (kusur)* ifadesinin kullanılması kanatimizce bu nedenlerle daha isabetlidir^[74].

Üründeki bozukluk, ürünün kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer mal-larına zarar verecek nitelikte beklenen güvenliği sağlamaması durumunda söz konusudur^[75]. Güvenlik beklentisinin belirlenmesinde zarar görenin kişisel beklentilerinden ziyade, objektif bir ölçüt niteliğinde “*haklı olarak beklenen*” güvenlik kriteri esas alınmıştır. Haklı olarak beklenen güvenlik, herkesin tüm tehlikelere karşı mutlak güvende olmasının ötesinde, Direktifin 6. maddesinin ilk fırasına göre *ürünün sunumu, makul olarak beklenen kullanım tarzı ve piyasaya sürüldüğü zaman* gibi olayın tüm özellikleri göz önünde tutulduğunda, ondan haklı olarak beklenen güvenliği sağlamasıdır. Bu nitelikleri haiz olmayan ürün bozuk sayılır. Direktifte sayılan üç kriter, üründeki kusurun tespitinde kullanılacak objektif ölçütler olmakla birlikte,

[71] Öztan, s. 23.

[72] Dempster, Anthony/Watson, Howard: “An Overview of Product Liability and Product Recall Insurance in UK”, The International Comparative Legal Guide to Product Liability 2016 (14th Edition), s. 20.

[73] Öztan, s. 23.

[74] Tartışmalar için bkz: Demirci, Serdar: Ürün Sorumluluk Sigortası, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sos. Bil. Enst.), Ankara 2011, s.105 vd.; Özsunay, (Batider), s. 108 vd.

[75] Brown, Alison/Smith, Ian Dods: “Recent Developments in European Product Liability”, The International Comparative Legal Guide to Product Liability 2016 (14th Edition), s.1; UK CAD, s. 3.

sınırlı sayıda değildir^[76]. Nitekim 6. maddede ürüne ilişkin haklı güvenlik beklentilerinin belirlenmesinde tüm hal ve şartların göz önünde tutulması gerektiği açıkça ifade edildiğinden, ürüne ilişkin ekonomik ve teknik standartlar, ürünün fiyatı, masraf/yarar dengesi, ürünün piyasaya arzı sonrası takibi, kullanım ömrü vb. objektif ve kolay anlaşılabilir, sınanabilir başka kriterlerden de yararlanmak olasıdır^[77].

Ürün sorumluluğu konusunda, gerek Direktifte gerekse Birlik üyesi devletlerde, ürünlerdeki bozukluk türleri düzenlenmemiştir^[78]. Bununla birlikte öğretide, ürünlerdeki bozukluk türlerini Amerikan Hukukundan da esinlenerek, *üretim (fabrikasyon), tasarım ve bilgilendirme* başlıkları altında üçe ayırmaktadır^[79].

Tasarıya bakıldığında ise ürün sorumluluğuna konu kusurlu (bozuk) ürünü ifade etmek amacıyla “*uygun olmayan ürün*” kavramına yer verilmiştir. Üçüncü maddenin (n) bendinde uygun olmayan ürünün: *ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği gereklerine uygun olmayan ürün*, olarak tanımladığı görülmektedir. Buna paralel olarak 6. maddede, sorumluluk şartları düzenlenirken ürünlerdeki uygunsuzluğun ispat edilmesi şart koşulmuştur. Madde 5/f.2’de ise teknik düzenlemelerin insan sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlerine uygun ürünlerin aksi ispatlanana kadar güvenli olduğu varsayılmıştır. Halbuki Direktif bakımından bir ürünün teknik düzenlemelere uygun olması, ürünün ayıplı olmasına engel sayılmakta ve üreticiyi sorumluluktan kurtarmamaktadır^[80]. Bu şekliyle Tasarıda,

[76] Huebner/Black/Webb, s. 380; Hodges, s. 52.

[77] Kırca, (Ürün Sorumluluğu), s. 145-149; Kulaklı, s. 50-59; Erlüle, s.121-125; Havutçu, s. 79.

[78] Pozitif hukukumuzda da ürünlerdeki bozukluk türlerine değinilmemiş; ancak ayıp türlerine yer verilmiştir. Zira, hem BK md. 219’da hem de TKHK’da maddi, hukuki ve ekonomik eksiklikler ayıp olarak kabul edilmiştir.

[79] Havutçu, s. 79; Özsunay, (Batider), s. 127; Özel, Çağlar: “Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 809; Kaplan, İbrahim: “Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, (AD), Adalet Dergisi, 1977, C.68, S.1-2, s. 78.

[80] Oğuzer, Pelin: “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri”, Sorumluluk Hukuku Seminerler İstanbul 2016, Editör: Başak Baysal, s. 351-412.

Direktifteki güvenli ürün ya da ürünün güvenli olmaması kriterinden tamamıyla vazgeçilmiştir.

1.4. Ürün Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

eTKHK'nın kabulünden önce ürün sorumluluğu borçlar hukuku hükümleri esas alınarak çözümlenmeye çalışılmıştır. Üretici ile aralarında sözleşmesel bir ilişkinin varlığında, üreticinin satıcı, tüketicinin de alıcı olduğu hallerde, satıldaki bozukluklara karşı satıcının garanti borcuna ilişkin bu hükümlerden yararlanılmıştır. Ancak dar bir koruma alanıyla satım sözleşmelerinde uygulanan bu hükümlerle tüketicileri yeterince korumak ve ürün sorumluluğuna tâbi zararları karşılamak pek mümkün olmamıştır. Kaldı ki o dönemde yürürlükte bulunan mülga Borçlar Kanunu'ndaki, alıcıya tanınmış olan hakların ürünün tesliminden itibaren bir yıl içinde kullanılmasını hükme bağlayan 207. maddedeki zamanaşımı süresinin kısalığı, satıcı ile alıcının yapacakları sözleşmeye BK md. 99, 100 ve 196'daki hükümler gereği koyacakları sorumsuzluk kayıtları ve sözleşme hukukunda hakim nispi ilkesi gereği zararın tazmininin ancak sözleşmenin taraflarınca talep edebilmesi, borçlar hukukunda yer alan hükümlerin ürün sorumluluğu kapsamında yetersizliğini ortaya çıkarmıştır^[81].

Üreticinin sorumluluğu konusunun sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesinin yetersizliği karşısında, ürün nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk, kusur sorumluluğuna da dayandırılmıştır. Zira sorumluluk hukukunda genel kural, sorumluluğun kusurun varlığı halinde doğması, kusursuz sorumluluğun kanunda hüküm bulunduğu zaman istisnai olarak uygulanmasıdır^[82]. Bu açıdan doktrinde Borçlar Kanunu'nun haksız fiilere ilişkin 49. maddesinin (mülga 818 sayılı Kanun döneminde 41. maddenin) tüketici yararına kullanılabilmesi ifade edilmiştir^[83]. Ancak ürün sorumluluğu alanında kusura

[81] **Aral, Fahrettin:** *Kötü İfa*, Ankara 1985, s.172 vd.; **Aslan, Yılmaz:** *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat*, (1996), Bursa 1996, s. 170; **Öztaş,** s. 48; **Özsunay,** (*Batider*), s.123; **Karahasan, Mustafa Reşit:** *Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 1996, s. 223; **Kaplan,** (*AD*), s. 88.

[82] **Aydos,** s. 95.

[83] **Kuran, Abdulselam:** "Yapımcının Sorumluluğu", İBD, C.65, S.10-12, 1991, s. 847; **Aslan,** (1996), s. 172; **Öztaş,** s. 79 vd.; **Yavuz, Cevdet:** *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul 1989, s. 236; **Karahasan,** s. 226; **Kaplan,** (*AD*), s. 91; **Özsunay,** (*Batider*), s. 133. Yargıtay da birçok kararında üreticinin sorumluluğunun yürürlükte olduğu dönemde mülga 818 sayılı BK 41 ve devamı

dayandırılan bir sorumluluk; günümüzdeki yığın üretim ile giderek artan teknikleşme ve otomasyon, zarar ile ürün arasındaki nedensellik bağının kurulması, sorumluların tespiti ve zararların tazmini noktasında mağduriyetleri gidermekten uzak kalmıştır^[84].

Kusur ilkesinin yetersizliği karşısında, üreticinin bozuk ürünlerin sebep olduğu zararlardan kusuru olmasa da sorumlu tutulabilmesi gündeme gelmiştir. Kusura dayanmayan sözleşme dışı sorumluluk bağlamında üreticinin sorumluluğu ilk olarak istihdam edenin, daha sonra yapı eseri malikinin sorumluluğuyla ilişkilendirilmiştir^[85]. Mülga BK md. 55 kapsamında imalatçının, üretim faaliyetini yürüten işçilerin seçiminde, onlara talimat vermede ve nezarete objektif özen yükümlülüğüne uygun hareket etmediği hallerde, hatalı üretim sonucu piyasa sürülmüş ürünlerin neden olduğu zararlardan sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Ancak ispat sorunları, üreticinin kurtuluş beyyinesi getirme imkanının olması ve üretimin yardımcı kişi kullanılmadan ya da otomasyon esaslı yapılabilmesinin mümkün olması nedenleriyle istihdam edenin sorumluluğu, üreticinin sorumluluğunu açıklamada yetersiz kalmıştır. Sorumluluğun yapı eseri malikinin sorumluluğuna bağlandığı hallerde ise kusur sorumluluğuna yaklaşılmaması söz konusu olmuştur^[86]. Bu nedenlerle doktrinde her iki görüş de haklı eleştirilere maruz kalmıştır^[87]. Öte yandan diğer bir grup ise ürün sorumluluğunun tehlike sorumluluğu alanında düzenlenmesinin daha uygun olacağını ileri sürmüştür^[88]. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme başlıklı TBK md. 71 hükmü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile pozitif hukukumuzun bir parçası olmuştur. Fakat tehlike sorumluluklarının ancak kanunla tesis edilebileceği, her ürünün imalinde özel bir tehlikenin olmadığı ve bozuk ürünlerin oluşturduğu tehlikenin bir istisna niteliği teşkil ettiği gerekçeleri ile bu fikir de

maddelerince çözüme kavuşturulabileceğini, zira üreticinin bu sıfatı ile kanundan doğan kusur sorumluluğunun olduğunu ve üreticinin kamuya sunduğu malın yapımında ihmal ve kayıtsızlığı sonucu oluşan üretim hatası nedeniyle haksız biçimde zarara uğrayan kişilerin objektif nitelikteki bu zararlarını gidermesi gerektiğini belirtmiştir. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz: **Karahasan**, s. 227 vd.

[84] **Öztaş**, s. 221; **Karahasan**, s. 231.

[85] **Öztaş**, s. 189; **Kaplan**, (AD), s. 93.

[86] **Aslan**, (2004), s. 210-211.

[87] **Öztaş**, s. 206, 210; **Kaplan**, (AD), s. 93.

[88] **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 488 vd.

haklı olarak eleştirilmiştir^[89]. Bu açıdan tehlike sorumluluğu için aranan tehlikeli faaliyet, tipik tehlike vb. kavramların üreticinin sorumluluğu ile bağdaştırılması aslında her durum ve üretim tipi için pek olası değildir. İlâveten her üretim faaliyeti tüm özenin gösterilmesi halinde dahi ağır ve sık zararlara sebebiyet vermemektedir. Ayrıca tehlike sorumluluğunda bütün zararın tazmininin amaçlanması karşısında, üreticinin sadece mala refakat eden zararlardan sorumlu olması esastır^[90].

Mevzuatımızda ürün sorumluluğuna ilişkin doğrudan tek düzenleme eTKHK md. 4/f.2, c.4'te “*Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm velveya yaralanmaya yol açan velveya kullanımındaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.*” şeklinde ele alınmıştır. Mülga hükümle bilhassa istihdam edenin ve yapı malikinin sorumluluğundan hareketle üreticinin sözleşme dışı kusursuz sorumluluğunu açıklamaya yönelik, haksız fiil hükümlerini geliştirerek objektif bir kusur kavramı oluşturulmaya çalışılmıştır^[91]. Zira, anılan hüküm kapsamında hukuka aykırılık, ürünün bozuk olması (haklı güvenlik beklentilerini karşılayamaması) ve illiyet bağını sağlamak koşuluyla zararın meydana gelmesi hallerinde kusur şartı aranmaksızın üreticinin sorumlu olacağı kabul edilmiş ve Kanun genelinde Direktiften^[92] farklı olarak sorumluluk açısından herhangi bir kurtuluş beyyinesi^[93] kabul

[89] Öztan, s. 250 vd. ; Kaplan, (AD), s. 105.

[90] Paksoy, Meliha Sermin/Demir, Gizem Arslan: “Üreticinin TBKM. 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016, E: Doç. Dr. Başak Baysal, İstanbul 2016, s. 462 vd.

[91] Kırca, (Ürün Sorumluluğu), s. 94; Aydos, s. 95 vd.; Havutçu, s. 93; Ertlüle, s. 93 vd.

[92] Direktif kapsamında üreticiyi ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutmamayı ve üretici ile zarar gören arasında adil bir denge oluşturabilmeyi teminen kusursuz sorumluluğun benimsenmesine rağmen 7. madde kapsamında çeşitli kurtuluş sebepleri öngörülmüştür. *Ayıbın emredici normlara uyulması sebebiyle meydana gelmesi, ürünün üretici tarafından piyasaya sürülmemiş olması, üretimin satım, ekonomik ya da ticari amaca dayanmaması, zarara sebebiyet veren ayıbın ürünün piyasa sürüldüğünde mevcut olmaması, bilimsel ve teknik veriler ışığında ürünün piyasaya sürüldüğü zamanki durumunun ayıbın varlığının tespitine imkan vermemesi*, Direktif kapsamındaki kurtuluş sebepleridir. Bkz: **Straetmans/Verhoeven**, s. 50-61.

[93] Kanunda yer almayan Direktifteki kurtuluş sebeplerine, bazı hususlarda farklılık içermekle ve Yönetmelik hükmüyle kurtuluş sebeplerinin getirilip getirilemeyeceği tartışmalarıyla birlikte, mülga Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk

edilmemiştir^[94]. eTKHK'da bu tek hükümle hem satıcının ayıba karşı tekeffül borcu hem de ürün sorumluluğu düzenlenmiştir. Ancak sorumluluğun kapsamı, sorumluluktan kurtuluş olanakları, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği, tüketicinin dışındaki kişilere ilişkin sorumluluk ve bunun kapsamı, müteselsil sorumlu olanların rücu, sorumluluğun paylaşılması vb. hususlar netliğe kavuşturulamamış, sadece 30. maddede Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla eTKHK'daki hüküm teknik açıdan ürün sorumluluğunu düzenlemekte son derece yetersiz kalmıştır.

Tasarıda ise 6. maddede, ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısının zararı gidermekle yükümlü olacağı öngörülmüş; ikinci fıkrada ise imalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın ürünündeki uygunsuzluğu, uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağına ispat etmesi zorunlu kılınmıştır. Öte yandan imalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddelerinin hükümsüz sayılacağı öngörülmüş (md. 6/f.4), 21. maddede ise imalatçı veya ithalatçının Direktifteki kurtuluş sebeplerine paralel sebeplerle sorumluluktan kurtulabilmesine imkan tanımıştır^[95]. Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının tespitinde ise 6098 sayılı TBK hükümlerinin uygulanacağı belirtilerek, genel hükümlere atıf yapılması ile yetinilmiştir (md. 6/f.5).

Halihazırda, TKHK kapsamında tüketici işlemleri ile sınırlı kalan ayıplı mal dolayısıyla sorumluluk ve Borçlar Kanunu'ndaki satım sözleşmesi başta olmak üzere sözleşme hukukundan doğan ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu içeren hükümler haricinde pozitif hukukumuzda ürün sorumluluğunu ele alan bir düzenleme bulunmamaktadır. *Tasarının* yasallaşmamış olması ve

Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinde yer verilmiştir. Bkz: 13.06.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmî Gazete.

[94] **Aslan**, (2004), s. 215 vd.

[95] *Taslakta* öngörülen kurtuluş kanıtları; *Taslaktaki* "uygun olmayan ürün" tanımının Direktifteki ayıplı (kusurlu) ürün tanımıyla örtüşmemesi, ürünün piyasa ne zaman arzının gerçekleştirildiğinin *Taslakta* tam olarak ortaya konmaması, gelişim riski savunması gibi Direktifte yer alan bazı kurtuluş kanıtlarına *Taslakta* yer verilmemiş olması, ara mal üreticisinin sorumluluktan kurtulma imkanına yer verilmemesi gibi muhtelif birçok konu bakımından eleştirilmektedir. Bkz: **Oğuzer**, s. 357 vd.

TBK'da da üreticinin sorumluluğu konusunun düzenlenmemesi nedeniyle Türk hukukunda özel bir ürün sorumluluğu düzenlenmesine olan ihtiyaç devam etmektedir. 4703 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler de belirtilen çekinceler nedeniyle, kanaatimizce doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz değildir. Bu nedenle halihazırdaki herhangi bir uyuşmazlıkta, genel hükümler ve mevcut düzenlemeler ışığında her somut olaya özgü çözüm aranması kaçınılmazdır.

Ürün sorumluluğu, üreticinin; tasarım, üretim ve bilgilendirme aşamalarında sebebiyet verdiği güvenlik eksikliği dolayısıyla bozuk bir ürünü piyasaya sürmüş olması şeklinde tezahür eden bir hukuka aykırılıktır. Ürün sorumluluğunda, hakkaniyet sorumluluklarındaki gibi, çatışan iki değerden birine üstünlük tanınmamakta, üretici her durumda kullanıcıdan ekonomik olarak daha güçlü olmayabilmektedir. Tüm üretim faaliyetlerinin sürekli, büyük ve tipik tehlike doğurduğu değerlendirilmesi de her zaman doğru değildir^[96]. Ayrıca ürün sorumluluğu kurtuluş kanıtı ileri sürülen, olağan sebep sorumluluklarından da farklılık arz etmektedir. Zira kusurlu malın piyasaya sürülmesi ya da o mala sahip olma sorumluluk için yeterlidir. Ürün sorumluluğuna özgü kurtuluş sebepleri istisna kalmak koşuluyla, kişinin her türlü özeni göstermesine rağmen bozukluğun meydana geldiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması kabul görmemektedir. *Tasarı* da Direktif bağlamında ele alınan çoğu hususla uyumlu değildir.

Kanaatimizce, Direktifte olduğu gibi ürün sorumluluğunun, kendisine has kurtuluş kanıtları haricinde, sözleşme dışı ağırlaştırılmış bir sorumluluk olarak kabul edilmesi gerekir. Bu amaçla AB üyesi ülkelerde olduğu gibi Direktifin iç hukukumuzda aktarılmasının ve Borçlar Kanununda ayrı bir bölüm olarak çerçevesinin yasal alt yapıya kavuşturulup, kapsam ve içeriğinin ikincil düzenlemelere bırakılmasının isabetli bir tercih olacağı değerlendirilmektedir.

2. ÜRÜN SORUMLULUK SİGORTASI

2.1. Genel Olarak

ÜSS (product liability insurance) özellikle zarar gören ile üretici arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda karşılaşılan çok

[96] **Dinç, İnan Deniz:** Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, İstanbul 2017, s. 71-72.

yönlü ve çözümünü güç problemlerde, gerek ürün nedeniyle zarara maruz kalanların zararını karşılayabilmek gerekse üreticinin yüklenmiş olduğu hukuki sorumluluğu hafifletebilmek için geliştirilmiş bir sigorta ürünüdür. ÜSS, üreticinin ürettiği malı pazarlamak amacıyla elinden ve kontrolünden tamamen çıkardıktan sonra, o ürünü kullanan kişilerin üründe mevcut bir bozukluk nedeniyle herhangi bir zarara maruz kalmaları durumunda, üreticinin bu kişilere karşı olan yasal sorumluluklarını güvence altına alan bir sorumluluk sigortasıdır^[97].

TTK'da, sigorta türleri hakkında özel düzenlemeler yapılmayıp, her sigorta türüne uygun genel nitelikte hükümlere yer verilmiştir. Sorumluluk sigortaları da ayrı bir bölüm halinde altıncı kitapta ele alınmıştır. Ürün sorumluluk sigortasına ilişkin TTK'da özel bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, sorumluluk sigortalarına ve sigorta sözleşmesine ilişkin hükümler ÜSS için de uygulanmaktadır.

2.2. Teminat Kapsamı

ÜSS genel şartlarının “Sigortanın Konusu” kenar başlıklı A.1. maddesinde; “Bu sigorta sözleşmesi ile sigortacı, sigortalıya karşı, sözleşmede tanımlanan ürünlerin kusurundan kaynaklanan tazminat talepleri ve isteme ilişkin makul giderler için sözleşme ile kararlaştırılan şartlar ve limitler dahilinde teminat sağlar.” hükmüne yer verilerek ürün sorumluluk sigortasının birincil riziko sınırlaması ile ana teminat konusu belirlenmiştir^[98].

İlgili hüküm kapsamında, sorumluluğu doğuracak ürün/ürünlerin sözleşmede tanımlanmış olması şart koşulmuştur. Zira sorumluluk sigortalarında hakim olan “tehlikenin özelliği ilkesi” gereği,^[99] riskin özelleştirilmesi^[100] ve sorumluluğa neden olan ürün/ürünlerin ferdileştirilmesi gerekmektedir.

Genel şartlar kapsamında ana teminat konusunu, üreticinin sorumluluğundan ziyade sözleşmede öngörülen ürünlerin kusurundan kaynaklanan tazminat talepleri oluşturmaktadır. Sorumluluğun sujesi üretici olmakla

[97] **Bennet, Carol:** Insurance Learners Insurance of Liability, London 1989, s. 91; **Ackerman, Saul Benton:** Insurance A Practical Guide, 3rd Edition New York 1984, s. 502.

[98] **Yongalık, Aynur:** Çevre Sorumluluk Sigortası, Ankara 1998, s. 158, **Ünan, Samim:** İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s.65.

[99] **Yongalık,** s. 159, dpnt:159.

[100] **Yongalık,** s. 158, **Ünan,** s. 66.

birlikte, üreticinin sorumluluğuna neden olan asıl olgu üründür. Açıklandığı üzere ürün sorumluluğu, tüketicinin ya da karşı kit tarafın ürünün sözleşmenin amacına göre beklediği özellik ve niteliklere sahip olmamasından kaynaklı bir sorumluluk değildir. Tasarım, üretim ve bilgilendirme aşamalarında oluşan güvenlik eksikliği dolayısıyla piyasaya sürülmüş bozuk bir ürünün kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer mallarına zarar verecek nitelikte beklenen güvenliği sağlamaması durumunda ürün sorumluluğu söz konusudur. Ancak “ürünlerin kusurundan kaynaklan tazminat talepleri” ibaresi, üreticinin sözleşmeye dayalı (ayıp) sorumluluğunun, sigorta kapsamında olup olmadığını ortaya koymaktan uzaktır. Kaldı ki, “kusur” kavramı yine ayıp sorumluluğundaki kusuru çağrıştırmakta, ürün sorumluluğunun temelini teşkil eden üründen beklenen güvenlik kriterini karşılamamaktadır. İlaveten genel şartların teminat dışı kalan hallere ilişkin ilgili hükümlerinde de üreticinin Borçlar Kanununda yer alan sözleşmesel sorumluluğu kapsamındaki borcun müspet ihlalinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu açıkça teminat dışı bırakılmamıştır. Mevcut hüküm bu nedenle yeniden gözden geçirilmeye ihtiyaç duymaktadır.

Sigortanın teminat konusunu oluşturan tazminat talepleri, ürün sorumluluğuna bağlı zararlardan kaynaklanmaktadır^[101]. Nitekim hukuki sorumluluktan bahsedebilmenin ön koşullarından biri de “zarardır”^[102]. Ancak herhangi bir sorumluk sigortasının, belirli bir hukuki sorumluluk sebebine bağlı tüm zararları kapsamına alması her zaman pek olası değildir^[103]. Nitekim genel şartların A.3 ve A.4 maddelerinde sigorta teminatının sigortaya konu rizikonun zararlar açısından sınırlandırılması olarak adlandırılan “ikincil riziko sınırlaması”na yer verilmiştir^[104]. Bununla birlikte, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun (SK) 11. maddesinin; “*Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır.*” hükmünü havi 4. fıkrası gereği, teminat harici kalan haller ile aksine

[101] Direktif kapsamındaki zarar türleri için bkz: **Machnikowski**, s. 40-41, 46-50; **Wright**, s. 41; **Hodges**, s. 79 vd.

[102] Zarar kavramı için bkz: **Eren**, s. 520 vd.

[103] **Ünan**, s. 77; **Madden, Stuart M**: Product Liability, Second Edition, 1988, s. 418.

[104] **Mildred**, s.225; **Merkin, Robert/Rodger, Angus**: EC Insurance Law London 1997, s. 28. Ayrıca riziko sınırlaması ile ilgili detaylı bilgi için bkz: **Ünan**, s. 65 vd.

sözleşme ile kapsam dahiline alınmayanlar hariç tüm zararların teminat kapsamı dahilinde olduğu kabul edilmektedir^[105].

Zarar kavramı borçlar hukukunda maddi ve manevi zarar başlığı altında ikiye ayrılmaktadır. Hatta bazı yazarlarca manevi zararın, zarar kapsamına dahil edilerek geniş yorumlanması dahi eleştirilmektedir^[106]. Sorumluluk sigortalarında ise koruma kapsamındaki zararlar, *şahıs zararları*, *mal zararları ve mal varlığı* zararları olmak üzere üç ayrı başlık altında incelenmektedir^[107]. Ürün sorumluluğu hukukunda da sorumluluğun niteliği gereği zarar, ürüne refakat eden/eşlik eden zarardır. Bu zarar türü, ürünlerdeki güvenlik eksikliği nedeniyle, ürünün kullanıcı veya etki alanındakilerin şahsi (cismani) varlığında veya mallarında ve dolayısıyla malvarlığında meydana gelen zararlardır. Genel şartlar dahilinde bu nevi bir ayırma gidilmemesine karşın, aşağıda zarar türleri bu ayırım çerçevesinde kısaca incelenecektir.

a- Cismani Zararlar

Kişilerin ölmesi, beden bütünlüğünün ihlal edilmesi veya sağlığının bozulması halinde söz konusu olan cismani zararlar da aslında malvarlığında azalmaya neden olan zararlardır^[108]. Medeni hukuk açısından konuyu ele aldığımızda, tüm zararlar malvarlığında bir kötüleşmeye neden olmaktadır^[109]. Ancak rizikoyu zarar türleri açısından sınırlandırabilmek amacıyla medeni hukukun genel nitelikli zararı kavramı^[110], sorumluluk sigortası genelinde, ürün sorumluluk sigortası açısından da bazı alt ayrımlara tâbi tutulmuştur. Bu nedenle, cismani zararlar ÜSS'de özel bir başlık altında teminat kapsamına alınmaktadır. Genel sorumluluk sigortalarına paralel olarak ÜSS'de de cismani zararlar; bedensel yaralanma, bir hastalık veya

[105] **Özer, Kabukçuoğlu, Fatma Dilek:** Sigortacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 147 vd.

[106] **Oğuzman/Öz**, s.40.

[107] **Smith, Barry/Trieschmann James/ Wiening, Eric/Johnson, Anita:**Property and Liability Insurance Principles, Second Edition, Insurance Institute of America, Pennsylvania 1994, s. 279.

[108] **Eren**, s. 528.

[109] **Eren**, s. 521; **Oğuzman/Öz**, s. 39.

[110] Medeni hukuktaki eşya kavramı, sigorta hukukunda da geçerli olmakla birlikte; özel sebeplerin söz konusu olabildiği bazı hallerde sigorta uygulamasında esas alınacak eşya kavramı (Medeni hukuktaki eşya kavramı için bkz: **Eren**, s. 520 vd.) sigorta hukukçuları tarafından ayrıca saptanabilmektedir.

bunların neticesine bağlı olarak meydana gelen zararlar olarak kabul edilmektedir. Ölüm olayı da cismani zararın bir türü olduğundan açık bir şekilde teminat kapsamında sayılmış olması şartıyla sigorta korumasına dahil edilebilmektedir^[111]. Bununla birlikte bedensel zarara bağlı olan netice zararları da (destekten yoksun kalma, iş göremezlik, tedavi giderleri vb.) cismani zararlar olarak koruma kapsamına alınmaktadır^[112].

b- Mal Zararı

Sigortacılık uygulamasında cismani zararlar dışındaki mal zararları, genellikle maddi varlığı olan nesnelere (*tangible property*)^[113] ilgili zararları ifade etmektedir. Bu nedenle maddi varlığı olmayan unsurlar (örneğin haklar) eşya olarak kabul görmemektedir^[114].

Sorumluluk sigortalarında koruma kapsamı ilke olarak üçüncü şahıslarla sınırlandırıldığından, sigortalının kendi şahsına ait mallarda oluşan zararlar sıklıkla teminat kapsamına dahil edilmemektedir^[115]. Bununla birlikte mal zararı, mülkiyet unsuru ile bağlı değildir. Nitekim sigorta koruması, bir mal zararı sebebiyle tazminat talep edilen kişinin o eşyanın maliki olmadığı, ancak eşya üzerinde doğrudan zilyet olduğu hallerde dahi geçerlidir^[116].

Ürün sorumluluğu çerçevesinde de, üreticinin ve dolayısıyla sigortacının sorumluluğu, sadece ürüne refakat eden zararlarla sınırlıdır. Bozuk ürünün bizzat kendisinde meydana gelen zararlar, sözleşme hukuku temelinde ayıba karşı tekeffül kapsamında ele alınmaktadır. Bu çerçevede genel şartların

[111] **Smith/Trieschman/Wiening/Johnson**, s. 279.

[112] **Mildred**, s.239; **Parsons, Christopher**: “*Liability Insurance-Introduction and General Principles*”, Product Liability Insurance Workshop Notes, 2010, s.3; **Yongalık**, s. 42; **Ulaş**, (*Sorumluluk*), s. 659; **Peck, Alan J.**: Legal Liabilities, The Chartered Insurance Institute, London 1994, 2 nd Edition, s. 7/11.

[113] **Smith/Trieschman/Wiening/Johnson**, s. 280.

[114] Ürün kavramına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalarda belirtildiği üzere, TKHK md. 3'te yer alan mal kavramı “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları*” kapsayacak şekilde geniş olarak tanımlanmış; ancak fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar ile patent, marka gibi diğer gayri maddi mallar mal kavramı kapsamına alınmamıştır. Bkz:yuk. dpnt:28.

[115] **William, C. Hoffman/ Hill Arning, Susane**: Guide to Product Liability, The Netherlands 1994, s. 3.

[116] **Ünan**, s. 81,82, Detaylı bilgi için bkz: **Şenocak, Kemal**: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 457,458.

A.4.1.(g) bendinde sigortalı ürünlerin kendisine gelebilecek zararlar, aksine sözleşme ile kapsam dahiline alınabilmek kaydıyla istisna tutulmuştur.

c- Mal varlığı Zararı

Zarar kavramı, kişinin mal varlığında rızası dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda mal varlığındaki eksilme, zararın temel unsurudur. Ancak sigortacılık uygulamasında ekonomik zarar olarak ifade edilen mal varlığı zararı, şahsi ve mal zararı yanında üçüncü bir zarar türü olarak kabul edilmektedir. Mal varlığı zararı, gerçek mal varlığı zararları ile gerçek olmayan malvarlığı zararları şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır^[117]. Gerçek ya da saf mal varlığı zararı (*pure financial loss*)^[118], bir kişi veya mal zararı biçiminde oluşmayan, herhangi bir şahıs veya eşya zararından tamamen bağımsız bir şekilde meydana gelen mal varlığı eksilmesi olarak tanımlanmakta ve genellikle yoksun kalınan kâr ya da kazanç kaybı biçiminde ortaya çıkmaktadır. Gerçek olmayan mal varlığı zararları ise, bir kişi veya mal zararı dolayısıyla onun sonucu olarak ortaya çıkan ve bir mal veya şahıs zararı niteliğinde de olmayan diğer bütün dolaylı zararları ifade etmektedir^[119]. Hukukumuzda zarar kavramı, fiili zarar yanında yoksun kalınan kârı da kapsayan bir içerikte ele alınmaktadır^[120]. Bu nedenle zarar kavramının kullanıldığı hallerde, sınırlayıcı-aksine bir düzenleme olmadığı sürece, zarar gören tarafından gerçek ve gerçek olmayan mal varlığı zararlarının da tazmininin istenebilmesi gerekir. Ancak ÜSS’de genel olarak poliçe özel şartlarında kazanç kaybı biçiminde ortaya çıkan ve imalat zararlarında büyük önemi haiz olan gerçek mal varlığı zararlarının sigorta koruması dışında bırakıldığı görülmektedir^[121]. Saf mal varlığı niteliğinde olmayan

[117] **Yongalık**, s. 49; **Özsunay, Ergun/Dural, Murat**: “*Sorumluluk Kavramındaki Değişiklikler Karşısında Sigorta*”, Sigorta Hukuku Dergisi, C.3, S.1, Ankara 1986, s. 2; **Şenocak**, s. 428-429.

[118] **Peck**, s. 7/12

[119] Krş: **Şenocak** takibeden zararların (dolaylı zarar) kendisini doğuran ve sigorta himayesinden yararlanmayan zararın doğrudan mı yoksa dolaylı sonucu mu olduğuna göre değil, ondan tamamen bağımsız olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca bu görüşün sigorta hukukunda “*zararın münferit kalemleri şeklinde ele alınması*” gerektiği fikrine de uygun olacağını belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz: **Şenocak**, s. 430.

[120] **Eren**, s. 529-530.

[121] **Dempster/Watson**, s. 20.

zararlardan, dolaylı zararlar^[122] ile yansıma zararları^[123] açısındansa böyle bir sınırlandırmaya gidilmemektedir^[124].

d- Manevi Zarar

Direktif kapsamında manevi zararların ürün sorumluluğu dahilinde tazmininin ulusal düzenlemelere bırakılacağı belirtilmiştir^[125]. İç hukukumuzda ise bu hususta özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde de manevi tazminatın istenebileceği hususunda genel bir eğilim söz konusudur. Dolayısıyla vücut bütünlüğünün ihlaline dayanan ürün sorumluluğundaki manevi zararların da genel hükümler kapsamında talep edilebilmesine engel bir durumun olmadığı değerlendirilmektedir^[126]. Bununla birlikte *Tasarıda*, ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 6098 sayılı TBK hükümlerinin uygulanacağı açıkça ele alınmıştır (md. 6/5). Genel şartlarda ise manevi tazminat talepleri, A.4.1 maddesinde kapsam harici tutulmakla birlikte, tarafların aksine düzenleme yapmalarına izin verilmiştir.

e- Diğer

Genel şartlar kapsamında *isteme ilişkin makul giderler* de sigortanın konusuna dahil edilmiştir. Makul giderlerle kastedilen en başta sigorta ettirenin sigorta konusu ile ilgili olarak aleyhine ikame edilen talep ve davada savunma için (temsil ve yargılama gibi) sarf ettiği giderlerdir. Savunma masraflarının sigorta bedeline dahil edilmesi hususunda, farklı uygulamalarla karşılaşmak mümkündür. Zira bazı ülkelerde (özellikle Kuzey Amerika'da) hukuksal savunma masrafları, tazminata ek olarak mahkeme kararı ile sigortacıya yüklenmekte iken^[127]; bazı ülkelerde dava ve savunma giderleri de

[122] Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır. Başka bir ifadeyle, ilk zarar verici eylem veya kaçınmanın uygun sonucu niteliğindeki yeni bir sebebe bağlı olarak ortaya çıkan zararlar dolaylı zarardır. Bkz: **Oğuzman/Öz**, s. 498; **Eren**, s. 496.

[123] Yansıma zararı bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka bir şahsın da bu fiil yüzünden uğradığı zarardır. Bkz: **Oğuzman/Öz**, s. 499.

[124] **Ünan**, s. 98.

[125] **Mildred**, s. 41.

[126] **Kırca**, (*Ürün sorumluluğu*), s. 154-155,161; **Aydos**, s. 188.

[127] **Smyth, Colin**: Sorumluluk Sigortaları Uygumaları, The Chartered Insurance Institute 1991, Study Course 631 (TSEV Yayınları No:20), s. 20.

dikkate alınarak ödenecek tazminat ve teminat limitleri saptanmaktadır^[128]. Nitekim ülkemizde, genel şartlarda tazminat talepleri ile makul giderlerin sözleşmede öngörülen teminat limitlerine dahil edildiği görülmektedir. Ancak, düzenlemede salt yargılamaya ilişkin giderlerden bahsedilmediği için yapılan muhtelif diğer makul giderleri de bu kapsama dahil etmek gerekir. Zira TTK md. 1474 gereği sigorta bedeli dahilinde sigortacının makul giderlerden sorumlu olacağı, md. 1486/f.2 hükmü dahilinde zaten aksi kararlaştırılmayan genel bir ilkedir. Sigorta bedelini aşan giderler ise md. 1474/f.1 kapsamında genel şartlarda açıkça aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan ödemeler kapsamında ele alınmıştır (A.4.2.c).

Öte yandan genel şartlarda idari ve adli para cezaları dahil her türlü ceza ve cezai şartlar (A.4.2.a) ile sigortalının aleyhine cezai takibata geçilmesi halinde bu takibattan doğan diğer bilimum masraflar da (A.4.2.b) aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan ödemeler kapsamına dahil edilmiştir. Kişinin şahsi meselesi olarak kabul edilmesi nedeniyle, sigorta ettiren aleyhine girilen cezai takibatta sigortacının, savunmayı üstlenmesi genellikle tercih edilmemektedir. Para cezaları da kanunen yasaklanmış bir fiilin cezai müeyyidesi olması, sigortalanmasının kamu düzenine aykırı olması dolayısıyla teminat kapsamına dahil edilmemektedir^[129]. Bu nedenle birçok poliçede, ceza takibatına konu tazminat ve yargılama masrafları istisna tutulmaktadır. Ancak ceza davaları ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek savunma giderlerinin ek kloz olarak ürün sorumluluk sigortası poliçelerine eklendiği sigorta sözleşmelerini de görmek mümkündür. Bilhassa İngiliz uygulamasında, ceza davalarına bağlı savunma giderleri poliçe genişletmesi (*extension*) olarak teminata dahil edilmektedir^[130].

[128] Belirlenen sigorta tazminatının üzerinde dava ve savunma masraflarının karşılanabileceği çoğu zaman sigorta şirketinin bu konuya ilişkin vereceği yazılı muvafakat ile gerçekleşmektedir. Bu masrafları tazminat limitinden ayrı tutan poliçe sayısı nispeten diğer ürün sorumluluk sigortası poliçelerine nazaran daha azdır. İngiltere’de görülen “*TGA Chapman LTD & Others v. Christopher and Sun Alliance*” davası, mahkemece yargılama masraflarına birlikte sigorta bedeli olan 1.000.000 \$’ın daha üzerinde bir tazminata (1.300.000\$) hükmedildiği örnek bir dava niteliğindedir. Bkz: **Mildred**, s. 250.

[129] **Kender**, (*Seminer*), s. 6; **Şenocak**, s. 171; **Omağ, Merih Kemal**: “*Türk Ticaret Kanunu ile 1992 Tarihli Belçika Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortaları*”, SHD, S.1, Yıl:1997, (HSS), s. 78.

[130] **Bennet**, s. 93

2.3. Teminat Kapsamının İstisnaları

Sigorta korumasının kapsamı belirlenirken, birincil riziko sınırlamasına ek olarak “*muafiyet*”, *risk istisnaları* ya da *ikincil riziko sınırlaması* olarak da adlandırılan istisna klozları (*exclusions*) önemli rol oynamaktadır^[131]. Bazen de himaye kapsamından istisna edilen risklerin de bazı istisnalarına yer verildiği (istisnanın istisnasının öngörüldüğü) rizikonun üçüncül sınırlamalarına rastlanılmaktadır^[132]. Bu hükümler de, sigorta edilen riskin tanımlanmasında olduğu gibi, ileride taraflar arasında yanlış anlaşılmaların ve ihtilafların gerçekleşmemesi için ayrıntılı, anlaşılır ve açık olarak sigorta poliçelerinde belirtilmelidir^[133].

Riziko istisnaları, istinai hüküm mahiyetinde olup, kural olarak dar yorumlanmalıdır. Zira, klozlarda kullanılan ifade tarzı ve iktisadi amaç dikkate alınarak bu istisnaları, sahip olduğu anlamdan daha geniş yorumlamak doğru değildir^[134]. Birincil riziko sınırlandırılmasından farklı olarak, ikincil riziko sınırlandırılmalarında, gerçekleşen rizikonun teminat kapsamı dışında yer aldığıın ispatı sigortacıya aittir (TTK md. 1409/f.2). Birincil riziko sınırlamasında olduğu gibi, üçüncül riziko sınırlaması bakımındansa, gerçekleşen rizikonun, riziko istisnasının istisnası kapsamında yer aldığını sigorta ettiren ispatla mükelleftir^[135].

Genel şartlar dahilinde sigortacı tarafından koruma kapsamında tutulmak istenmeyen ya da ancak ek prim karşılığında sigortalanabilen birçok istisna hükme yer verilmiştir. Bu istisnalar, *teminat dışında kalan haller* (A.3) ile *aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan haller, tazminat talepleri ve ödemeler* (A.4) şeklinde düzenlenmiştir.

[131] **Kender, Rayegan:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Ankara 2015, s.296; **Omağ, Merih Kemal:** Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, Oğaç Matbaası, İstanbul 1985, (*Rizikonun Ağırlaşması*), s. 32; **Mildred**, s. 257.

[132] **Şenocak**, s. 439.

[133] **Ünan**, s.106; **Yongalık**, s. 169.

[134] **Madden**, s. 416; **Şenocak**, s. 440.

[135] **Şenocak**, s. 439.

a- Teminat Dışında Kalan Haller

Genel şartların A.3 maddesinde teminat dışında kalan haller:

a) *Hukuka, ahlâka, adaba aykırı üretim faaliyetine konu ürünlerden doğan zararlar,*

b) *Sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür zarar,*

c) *Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen üretim faaliyetini ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar, olmak üzere üç ayrı bentte ele alınmıştır.*

TTK md. 1404 gereği sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapması yasaklanmıştır. Zira 1452. madde kapsamındaki emredici nitelikli bu yasak, TBK'nın 27. maddesinin bir uygulaması niteliğindedir. Anılan hüküm gereği, üreticinin kanunen yasaklanmış, hukuka, ahlâka, adaba aykırı üretim faaliyetine konu ürünlerden doğan zararları genel şartlarda teminat dışı bırakılmıştır.

TTK md. 1477'de sigortacının, sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden^[136] doğan zararlardan sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanunun 1486/f.1 hükmü gereği emredici nitelikte olan söz konusu genel hükme de, genel şartlarda teminat dışı kalan hallerin (b) bendinde açıklayıcı nitelikte yer verilmiştir. Bununla birlikte TTK md. 1429 kapsamında sigortacı, sigorta ettirenin yanı sıra sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukuken fiillerinden sorumlu oldukları kişilerin kasten sebep oldukları zararlardan da sorumlu değildir. Sorumluluk sigortaları bakımından da uygulanma kabiliyetini haiz genel ve emredici bu hükmün aksinin kararlaştırılmasına kanun koyucu izin vermemiştir (1452/f.1). Bu nedenle genel şartın ilgili hükmünü TTK md. 1429 kapsamında geniş yorumlamak hukuken daha isabetlidir.

Söz konusu istisna klozunun uygulanması için kastın, zarar olayından ziyade, doğrudan zarara yönelik olması öngörülmüştür^[137]. Kastın icrai hareketlerin yanı sıra, ihmali hareketlere bağlı olarak gerçekleştiği haller de

[136] **Madden**, s. 419.

[137] **Şenocak**, s. 449-450.

istisna kapsamı dahilindedir. Diğer taraftan sigorta ettirenin (ağır ve hafif kusuru dahil) kusuru nispetinde sebebiyet verdiği zararlardan sigortacının TTK md. 1429 kapsamında aksine bir sözleşme olmadığı müddetçe sorumlu olacağı kabul edilmelidir^[138]. İztırar hali gibi hukuka aykırılığı bertaraf eden bir hukuka uygunluk sebebinin varolduğu özel durumlarda ise kasttan bahsetmek mümkün olmayacağından sigortacının sorumlu olacağına hükmedilmesi gerekmektedir^[139].

Sigortalı veya çalıştırdığı kişilerin, poliçede belirtilen üretim faaliyetini ifa ederken alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelen olaylar da teminat dışında kalan hallerin sonuncusu olarak düzenlenmiştir. Kanaatimizce ilgili düzenleme hem lafzi olarak hem de hukuki olarak yanlıştır. Nitekim, ürün sorumluluğunun temel konusu, kusurlu ürünlerin neden olduğu zararlardır. Ancak ilgili düzenlemenin lafzından poliçede belirtilen üretim faaliyeti sırasında, üretimi gerçekleştiren sigortalı ya da çalıştırdığı kişilerin alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunmaları nedeniyle sebebiyet verdikleri olaylara bağlı zararların teminat harici kaldığı anlaşılmaktadır. Düzenlemede, üretim faaliyeti sırasında üretime katılan kişilerin bilinç düzeylerini etkileyecek boyutta herhangi bir madde kullanımı dolayısıyla hasıl olan bozuk ürünlerin/üretimden neden olacağı hukuki sorumluluğa bağlı zararların kapsam dışı tutulması amaçlanmıştır. Ancak ilgili bendin lafzı, üretim *faaliyetini ifa ederken meydana gelen olayların* teminat haricinde kaldığını ifade etmektedir. Bununla birlikte ilgili istisna hükmü TTK'nın 1429. maddesinin yukarıda bahse konu düzenlemesi çerçevesinde de isabetli değildir. Zira zorlayıcı bir sebep olmaksızın, sigortalı ya da hukuken fiillerinden sorumlu olduğu bir çalışanın kendi özgür iradesiyle bilinç kaybına neden olacak bir maddenin tesirinde gerçekleştirdiği üretim faaliyetinden çıkmış kusurlu bir ürünün verdiği zararda olası kast durumunu gözardı etmemek gerekir^[140]. Aksi halde, bahse konu istisna hükmü kanunun emredici

[138] Şenocak, s. 447.

[139] Ünan, s. 112; Şenocak, s. 449.

[140] Yusuf Yaşar/Nil M. G. Diken: “Karar İncelemesi–Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi”, Social Sciences Research Journal, V.7, I.1, 97-113 (March 2018), s. 97 vd.; Karakehya, Hakan: “Ceza Hukukunda Doğrudan Kast”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, Yıl 2007, s. 132.

hükmüne aykırılık teşkil edecek ve 1452. madde gereği sözleşmenin geçersizliği tartışmaları gündeme gelebilecektir.

b- Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller-Tazminat Talepleri Ve Ödemeler (Ek Teminatlar)

Genel şartlarda kapsam dahiline alınabilecek ek teminatlar da; *aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan haller-tazminat talepleri ve ödemeler* olarak iki başlık altında incelenmiştir.

İdari ve adli para cezaları dahil her türlü ceza ve cezai şartlar; sigortalının aleyhine cezai takibata geçilmesi halinde, bu takibattan doğan diğer bilimum masraflar; isteme ilişkin sigorta bedelini aşan giderler, A.4.2 maddesinde ek teminatla kapsama dahil edilebilecek *ödemeler* olarak öngörülmüştür^[141].

Aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalan *hal ve tazminat talepleri* ise A.4.1. maddesinde ele alınmıştır.

İlk istisna, Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan tazminat davaları ve tahkimdir. Aslında bu istisna ürün sorumluluk sigortasının yer bakımından sınırlandırılmasına ilişkindir. Genel olarak, sigorta teminatı “ülke içinde” geçerlidir. Ancak sınır ötesine taşan ilişkileri ihtiva eden sigortalarda bu ilişkileri teminat harici bırakmamak amacıyla, teminatın yer bakımından genişletilmesi “*coverage territory extension*” adı verilen özel şartlar aracılığıyla rizikonun yer itibarıyla sınırı genişletilebilmektedir^[142]. Ürün sorumluluk sigortasında da, genel şartların A.2. maddesinde sigortanın coğrafi sınırı, taraf iradelerine bırakılmıştır. Bu hükme paralel olarak A.4.1 (a) bendinde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan tazminat davaları ve tahkim, ek teminatla kapsam dahiline alınmıştır. İmalat sanayinin niteliği gereği bugün ürün sorumluluk rizikosunun dünya genelini kapsayacak şekilde giderek genişlemesi, sigorta teminatının coğrafi sınırlarının da ortadan kalkmaya başlamasına neden olmuştur. Sigortacılar, yeterli prim tahsil edebildikleri takdirde dünyanın her yerinde geçerli teminat vermeye hazır olmakla birlikte; bilhassa hukuk sisteminin farklılığı dolayısıyla sigortacılar Kuzey Amerika’da teminat verme

[141] Söz konusu istisnalar, teminat kapsamına ilişkin yapılan açıklamalarda ele alındığından bu başlık altında tekrar incelenmemiştir.

[142] **Burton, Tim:** “*Insuring The Product Liability Risk*”, Product Liability, European Laws and Practice, London 1993, s. 724; **Bennett,** s. 91; **Ünan,** s. 105.

konusunda zorlanmaktadır^[143]. İlaveten sorumluluğun hukuki sebebini ve kusur oranlarını tespit etmek, hasarın nerede ve ne zaman gerçekleştiğini bilebilmek, hangi hukukun uygulanacağını saptamak^[144] gibi konulardaki sıkıntılar, sigortacıları, ürün sorumluluğu taleplerine karşı, mahkemeleri önünde kendini savunmak istemedikleri çeşitli ülkeleri poliçede istisna kapsamına alma eğilimine yönlendirmektedir. “*Jurisdiction exclusion*” (yargılama yetkisi istisnası)^[145] denen istisnalar içeren bu poliçelerde, ayrıca çoğu zaman sigortalı ile sigortacı arasında uygulanacak hukuk kurallarını belirlemek ve yargı yetkisine sahip ülkeleri tespit etmek için yetkili mahkeme (*jurisdiction clause*) ve yetkili hukuk^[146] klozları (*choice of law*) kullanılmaktadır. Poliçelere bu nevi coğrafi sınırlamalar ve uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi forum shoppinge karşı da bir tedbir oluşturmaktadır^[147].

Bununla birlikte ülkemizdeki uygulamaya baktığımızda, genel şartlarda coğrafi limit genellikle Türkiye ile sınırlı kalırken, İngiliz poliçelerinin esas alındığı sözleşmelerde ise teminatın ABD ve Kanada hariç olmak üzere tüm dünyada geçerli olacak şekilde verildiği görülmektedir^[148]. Kit taraflar 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un^[149] sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuka^[150] ilişkin 24 ile imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunu^[151] düzenleyen 36. maddesi çerçevesinde, sözleşmeye tatbik edilecek hukuku bizzat seçebilmektedir (*choice of law clause*). Seçilen hukuk Türk Hukuku olabileceği gibi yabancı hukuk

[143] **Smyth**, s. 17-18.

[144] **Burton**, s. 725; **Smyth**, s. 18.

[145] **Burton**, s. 726; **Mildred**, s. 243; **Parsons**, s. 3; **Digby, C. Jess**: The Insurance of Commercial Risks Law and Practice, London 1986, s. 117.

[146] Yetkili mahkeme klozu ile uyumsuzluğun ele alınacağı yargılama yetkisine sahip mahkeme belirlenmekte iken, yetkili hukuk klozu ile uyumsuzluğun çözümü için kullanılacak hukuk belirlenmektedir (Bkz: **Burton**, s. 726-727).

[147] **Wozniak, Jana D./Spira, Daniel A.**: “*Update on U.S. Product Liability Law*”, Recent Developments in European Product Liability, The International Comparative Legal Guide to Product Liability 2016 (14th Edition), s.10; **Mildred**, s. 243.

[148] **Saraçoğlu, Mahmut**: “*Ürün Mali Mesuliyet Sigortası*”, REASÜRÖR S.29, Temmuz 1998, s. 31.

[149] Bkz: 4.12.2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazete

[150] **Doğan, Vahit**: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2016, s. 363; **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Figanmeşe, İnci Ataman**: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2015, s. 251.

[151] **Doğan**, s. 412; **Şanlı/Esen/Figanmeşe**, s. 303.

da olabilmektedir. Yabancı bir hukukun seçimi için akdin bir yabancılık unsuru taşıması şart değildir. Zira, yabancı bir hukuk seçimi ile o hukuki ilişki zaten yabancı unsurlu hale gelmektedir^[152]. Bu kapsamda Genel Şartlar'ın A.4.1.a maddesinde, T.C. Mahkemeleri haricinde bir mahkemede açılan tazminat davaları sonucu hükmedilecek tazminatlar, kural olarak teminat dışı tutulmuştur. Her ne kadar düzenlemede yer alan tahkim yargılaması, açıkça milletlerarası tahkim ibaresini içermese de; amaçsal olarak, ulusal hukuk kurallarının uygulandığı milli tahkim ve sigortacılık alanındaki uyumsuzluklara özgü tesis edilen Sigorta Tahkim Komisyonu nezdindeki tahkim yargılaması kaanatimizce istisna kapsamında değildir.

Çevre zararlarının neden olduğu tahribatta hükmedilen tazminat miktarlarının yüksekliği nedeniyle, sigortacılar genellikle bu teminatı da istisna tutma eğilimindedir. Özellikle ABD ve Kanada'da bu teminat hiç verilmemekte ya da tek bir olayla sınırlı olmak üzere belirli limitler dahilinde sunulmaktadır^[153]. Bizde de, genel şartların A.4.1.b maddesinde, her türlü çevre kirliliğinden, ani veya tedrici olarak doğan sorumluluklar nedeniyle ileri sürülen tazminat talepleri kural olarak teminat dışı bırakılmış, ancak ek sözleşme yapılarak bunların teminata dahil edilebileceği düzenlemiştir.

Niteliği itibarıyla, yüksek risk ihtiva eden nükleer enerji endüstrisine ilişkin tazminat talepleri de aksi kararlaştırılmak suretiyle teminat kapsamı dışında bırakılmıştır. Genel şartların A.4.1 maddesinde niteliği ne olursa olsun; *herhangi bir nükleer yakıttan veya nükleer yakıtın yanması sonucu meydana gelen nükleer atıklardan kaynaklanan iyonize ışınımalar veya kirlilik (A.4.1.c.aa), radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri (A.4.1.c.bb), diethylstilbesterol (DES), dioxin, urea formaldehyde, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin varlığından, üretiminden, elleçlenmesinden, işlenmesinden, satış, dağıtım, depolama, bırakılma veya kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten*

[152] **Nomer, Ergin:** Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1999, s. 261.

[153] İngiltere'de ürün sorumluluk sigortası anlamında çevre zararlarına yönelik teminat istisnası bakımından önem arz eden bir dava yer almamakla birlikte, Amerika'daki "*Home Insurance Co v. Park Ohio Industry Inc*" ve "*Harleysville Mutual Insurance Company v. Brake & Clutch Company Philadelphia*" davaları literatür bakımından önem taşıyan dava örnekleridir. Bkz: **Mildred**, s. 261; **Madden**, s. 441.

(A.4.1.c.cc), doğrudan veya dolaylı olarak kaynaklanacak bütün tazminat taleplerinin ancak ek teminatla kapsam dahiline alınması öngörülmüştür.

Sorumluluk sigortaları prensip olarak, sadece özel içerikli kanun hükümlerinden kaynaklanan, yani hukuki sorumluluğa ilişkin tazminat taleplerine karşı koruma sağlamaktadır. Bu nedenle, genel şartlar dahilinde bir sözleşmenin ifasına veya özel bir anlaşmaya dayanıp, sigortalının yasal sorumluluk ölçüsünü aşan her türlü talep de aksine sözleşme ile teminat kapsamına alınabilmektedir. Ancak burada bahse konu sözleşme sorumluluğu, yukarıda da belirtildiği üzere üreticinin sözleşme sorumluluğu kapsamındaki^[154] ürünün sözleşmeye aykırı üretimi nedeniyle, üretim işlevini yerine getirememesi veya beklenen performansı gösterememesi nedeniyle doğan zararlara ilişkin değildir^[155]. Sigorta ettiren, taraf olduğu akit tipi için öngörülen hükümlerde kanuni sorumluluk kapsamında düzenlenmeyen, onları aşan yükümlülükler de üstlenebilir. Fakat anılan yükümlülüklerin ihlali veya ifa edilmemesine bağlanan hukuki sonuçlar, kanunda öngörülenden öte gidemez. Zira sigorta ettirenin kanuni sorumluluk kapsamını aşan bir yükümlülüğü üstlenmesi, sigorta himayesini etkilemez ve kanun kapsamının aşıldığı ölçüde sigorta teminatı sağlanmaz^[156]. Normal şartlarda, üreticilerin bu tarz sözleşmeler yapması beklenir bir durum değildir. Ancak çoğu zaman pazar kaybetmek istemeyen üreticiler, benzer sorumlulukları üstlenmek zorunda kalabilir^[157]. İşte bu tür sözleşmelerin varlığı sigortacı açısından sorumluluğu artıran, riskin boyutunu belirsizleştiren bir durum yaratacağından, söz konusu riskler

[154] Üreticinin bu anlamdaki sorumluluğu ürün sorumluluğu haricinde şartların varlığı halinde ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna da neden olmaktadır. Ancak üreticinin sözleşmesel sorumluluğuna gidilebilmesi için talepte bulunan kişi ile üretici arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunması gerektiği de unutulmamalıdır. Şayet üretici ile zarar gören arasında böyle bir ilişki yoksa zaten bu ihtimalin uygulanması da söz konusu değildir.

[155] Uygulamada üründen beklenen yararın sağlanamamasına bağlı olarak oluşan zararlar bir ek klozla (fayda klozu-*efficacy clause*) ÜSS kapsamında ek teminat olarak sunulabilse de, sigortalının ticari girişim rizikosunun üstlenilmesi sıklıkla ürün garanti sigortasına konu teşkil etmektedir. Bkz: **Dinç**, s. 196.

[156] **Şenocak**, s. 441.

[157] İngiliz ürün sorumluluğu sigortası uygulamasında, bu şekilde istisna klozu olarak tutulan sözleşmelere örnek olarak; *tazminat hükümleri içeren kalite taahhütleri, kaza olmaksızın salt malın tüketici nezdinde bulunması nedeniyle çıkabilecek hasarlara karşı teminat yüklenimleri ve özel garanti sözleşmeleri* gibi yasal sorumluluğun sınırlarını genişleten anlaşmalar gösterilmektedir. Bkz: **Smyth**, s. 21.

açıkça sözleşme kapsamından istisna tutulmaktadır. Ancak sözleşme serbesti çerçevesinde ve bir ek prim karşılığında istisna klozlarının kaldırılması söz konusu olabilmektedir. Nitekim, genel şartların A.4.1 (ç) bendinde *sigortalının yasal sorumluluk ölçüsünü aşan her türlü taleplerin* kural olarak teminat kapsamında olmadığı, ancak ek sözleşme ile kapsama alınabileceği düzenlenmiştir.

Teminat kapsamına ilişkin yukarıda yapılan açıklamalarda belirtildiği üzere, manevi tazminat talepleri de A.4.1. (d) bendinde, aksinin kararlaştırılması halinde teminat kapsamına dahil edilecek tazminat kalemleri arasında yer almıştır.

Sorumluluk sigortalarında, sigortalının iş ve ailevi açıdan yakın ilişki halinde bulunduğu kişilere karşı sorumluluğundan doğan tazminat talepleri genel olarak istisna kapsamında tutulma eğilimindedir. Nitekim Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları'nda sigortalıya bir hizmet veya vekalet münasebeti ile bağlı kimseler ve sigortalının aile efradı tarafından vaki olan talepler^[158] 3. maddede teminat kapsamı dışında sayılmıştır. Burada özellikle sigortacıyı, sigortalı ile aile fertleri arasındaki olumsuz durumların etkilerine maruz bırakmamak ve sigortalının bir anlamda kendi zararı için sigortadan faydalanmasını engellemek amaçlanmıştır^[159]. ÜSS'de ise bu kapsam biraz daha genişletilmiştir. Buna göre sigortalının ortağı, danışmanı, yöneticisi, çalışanı, anne, baba, kardeş, eş ve çocuklarına karşı sorumluluğundan doğacak tazminat talepleri de teminat kapsamı dışında bırakılmıştır.

ÜSS poliçelerindeki önemli istisnalardan birisi de, bedeni ya da maddi zarara sebep olan ürünlerin tamir, değiştirilme ve geri çağırılmasına yönelik yapılan masraflardır^[160]. Ürünlerdeki kusur ve hatadan ileri gelen, bedeni

[158] Bu kişiler ilgili maddede şu şekilde belirtilmiştir: “*Sigortalının eşi, usul ve füruu (Sigortalının edindiği evlatlar ile sigortalıyı evlat edinenler dahil); Sigortalının kendisiyle birlikte oturmaları halinde kardeşleri, damatları, gelinleri ve kendisi tarafından bakılan sair akrabaları, sigortalının eşinin usul ve füruu ile kardeşleri. Sigortalı bir şirket ise, bu şirketin gayri mahdut meş’uliyetli şerikleri ile bunların yukarıdaki fıkra mucibince aile efradı tarafından vuku bulan talepler de sigorta teminatı dışındadır*”.

[159] **Can, Mertol:** Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı, İkinci Bası, Ankara 2007, s. 31; **Ünan,** s. 113.

[160] **Burton,** s. 729; **Parsons,** p. 6.

ve maddi sorumlulukları temin eden ÜSS'de, bizatihi ürünün kendisinde meydana gelen zarar ve kayıplar ile bunların tamir, değiştirilmesi ve geri çekilmesine ait masraflar A.4.1 (f) ve (g) bentlerinde teminat dışı bırakılmıştır. Ürünün ıslahına yönelik bu tür riskler ticari risk olarak değerlendirildiklerinden, sigortalıların üzerlerinde kalması gerektiği yaygın bir düşüncedir^[161]. Son yıllarda gelişmiş hukuk sistemlerinde tüketicilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin de etkisiyle^[162] kusurlu ürünlerin geri toplanmasında büyük bir artış görülmektedir^[163]. Bu da, tüketim halindeki malların piyasadan çekilmesi hususunda büyük harcamaların yapılmasını beraberinde getirmektedir^[164]. Zira ürünün geri toplanmasını teminen yapılan masraflar, bildirimleri, reklamları, toplanan malların muhafazasını, tamirini ya da gerektiği hallerde yenisi ile değiştirilmesi giderlerini içermektedir^[165]. ÜSS kapsamında temin edilmeyen ticari ya da girişim riski olarak kabul edilen bu nevi risklerin teminat altına alınması amacıyla ürün garanti sigortası adı verilen bir başka sigorta ürünü geliştirilmiştir.

Her ne kadar genel şartlarda yer almasa da etki alanı ve sebebiyet verdiği sonuçlar bakımından yaygın şekilde poliçe teminat kapsamı dışında yer alan muhtelif riskler de söz konusudur. Su zararları, zelzele, çığ, heyelan, yanardağ püskürtmesi, infilak, yangın, duman, sis, buhar, çürüme, tedrici surette rutubet almadan kaynaklanan zararlar^[166], aids vb. bulaşıcı hastalıkları ihtiva eden kan ürünleri istisnası^[167], kirlilik istisnası, elektromanyetik alan

[161] **Burton**, s. 729; **Mildred**, s. 260.

[162] Bu hususta özellikle İngiltere'de "1987 tarihli Tüketicici Koruma Yasası" ile "1994 tarihli Genel Ürün Güvenliği Tüzüğü" etkili olmuştur. Bkz: **Mildred**, s. 260.

[163] **Mathews, Richard/Volz Fabian**: "The Practicalities of Managing a Global Recall", The International Comparative Legal Guide to Product Liability 2016 (14th Edition), s. 23.

[164] **Bennett**, s. 93.

[165] **Dempster/Watson**, s. 20.; **Mildred**, s. 262.

[166] Bu istisnalara ilişkin detaylı bilgi için bkz: **Şenocak**, s. 467; **Ünan**, s.164-167 ve ÜŞKMMSGŞ md.3.A.7

[167] Asbest istisnasında olduğu gibi faktör VII. olarak anılan kan ürünlerine bağlı olarak Amerika'da bir tıbbi trajedi yaşanmıştır. HIV virüsü içeren kanları piyasaya süren ve onlarca insanın ölümüne neden olan *Rhône-Poulenc Rorer Inc.* şirketi, "*Wadleigh v. Rhône*" davasında kusursuz sorumluluk hükümleri gereği sorumlu kılınmış ve milyonlarca dolar tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Bu olay neticesinde sigorta şirketleri bu nevi zararlara neden olan kan ürünlerini teminat kapsamına almamaya başlamıştır. Bkz: **Mildred**, s. 248.

istisnası^[168], tütün ürünleri istisnası^[169], zilyetlik istisnası, mesleki tazminat istisnası, araç işletenlerin sorumluluğu istisnası özel olarak değerlendirilmesi gereken rizikolar kapsamında ele alınmaktadır.

Öte yandan sigortacılar, çok yönlü bir imalat sürecinden geçmeleri ve katastrofik nitelikte risk unsuru içermeleri dolayısıyla, havacılık endüstrisinde üretilen uçak, hoverkraft, uzay gemisi, deniz uçakları ya da bunlarda kullanılmak üzere üretilen diğer ürünlerin sigortasına tereddütle yaklaşmaktadır^[170].

Savaş ve benzeri politik rizikoların varlığında (iç savaş, istila, düşman hareketleri, ihtilal, ayaklanma) riskin büyüklüğü ve belirlenebilirliği tespit edilemediğinden genel sigortacılık uygulamasına paralel şekilde ÜSS'de bu gibi hallerde vuku bulan zararlar teminat dışı bırakılmaktadır. Ancak meydana gelen zararın teminat dışında kabul edilebilmesi için, savaş hali ile zarar ve zarar doğurucu olay arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir^[171].

ÜSS poliçelerinde; doğrudan doğruya veya dolaylı olarak çizim, plan, formül, kullanım, depolama, muhafaza, tarife ve talimat ile malın özelliklerinden hasır olan hata ve ayıplardan doğacak maddi ve bedeni hasarların da sıklıkla istisna klozları arasında yer aldığı görülmektedir. Bu istisna klozu ile üreticinin mesleki kusur risklerini ve esasen ürün garanti sigortası ile teminat altına alınması gereken ürünün kendisinden beklenen fonksiyonunu yerine getirmesindeki başarısızlığı nedeniyle beklenen yararın sağlanamaması rizikosunun, teminat dışında bırakılması amaçlanmaktadır^[172].

[168] Elektromanyetik alanların insan sağlığı üzerindeki etkisi henüz tam olarak kanıtlanmamakla beraber, EMF'nin (*electromagnetic fields*) bir kirlilik olarak tanımlanıp tanınlanmayacağı ve bu kapsamda ürün sorumluluğu riski altında ele alınıp alınmayacağı çok net değildir. Ancak sigortacılar, son yıllarda bilhassa kanser başta olmak üzere çeşitli sağlık sorunlarına neden olan elektromanyetik alana sebebiyet veren ürünlerin, bu nedenden kaynaklanan hasarlarını istisna kapsamında tutma eğilimindedir. Bkz: **Mildred**, s. 262.

[169] Tütün ürünlerine bağlı olarak meydana gelen şahıs zararlarının, beklenmeyen ve kasıtsız nitelik arz etmeyen bir kaza sonucu oluşmadığı, sigara ve tütün ürünlerini kullananların buna bağlı olarak meydana gelebilecek hasarları tahmin edebilme, öngörebilme gücüne sahip oldukları gerekçesiyle bu nevi hasarlar da sigorta koruması dışında bırakılmaktadır. Bkz: **Mildred**, s. 262.

[170] **Bennett**, s. 93

[171] **Dinç**, s. 221.

[172] Ürünün kendisinde meydana gelen hasarları istisna etmekten maksat, kusurlu işçiliğin sigorta edilemeyeceği düşüncesine dayanır. Aksi halde üretim sürecinde iş kalitesinin

Ancak günümüzde sigorta piyasasında yaşanan rekabet, bu istisna klozlarının poliçelerde eskisi kadar yer almamasına ve hatta usul hatalarının ürün sorumluluğunun ayrılmaz bir parçası olduğuna ilişkin fikrin giderek kabullenilmesine neden olmuştur^[173].

Zarar ile ürünün güvenli olmaması arasındaki illiyet bağıını ortadan kaldıran bir diğer istisna da “uyarı ve direktiflere aykırı kullanım istisnası”dır. Ürünlerin; kullanma talimatı, mevzuatı, belirlenmiş veya mutad kullanım şekli veya miadı dışında kullanılmış olması nedeniyle meydana gelen zararlar, ürünün güvenli olmamasından değil, hatalı kullanımından kaynaklandığından, ürün sorumluluk sigortalarında sıklıkla teminat harici bırakılmaktadır^[174]. Benzer şekilde, ürünün kullanıcısı tarafından, üreticisinin bilgisi dışında geliştirilmesi, yenilenmesi ve iyileştirilmesi amacıyla yapılmış değişikliklerden kaynaklanan zararlar da teminat harici kabul edilmektedir^[175].

3- ÜRÜN SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKO VE RİZİKONUN GERÇEKLEŞTİĞİ AN

3-1. Riziko

Günlük hayatta risk, gerçekleşme olasılığı bulunan ancak gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, ne zaman ya da hangi şiddetle gerçekleşeceği bilinmeyen, münhasıran insan iradesine bağlı olmayan olayları ifade etmektedir^[176]. Sigorta terminolojisinde ise risk, teminat altına alınmış sigorta konusunun karşı karşıya kaldığı tehlike, muhtemel bir kayba ilişkin belirsizlik olarak tanımlanmaktadır^[177].

bozulmasına sebebiyet verilir. Buna karşılık uçak yapım sanayi başta olmak üzere, bazı endüstri dallarında bu istisna klozunun son yıllarda uygulanmadığı görülmektedir. Bkz: **Kutlu**, s. 277; **Smyth**, s. 21; **Mildred**, s. 259.

[173] **Burton**, s. 731.

[174] Bu istisna, ABD evcil bir hayvanın mikrodalga fırında kurutulma girişimi ve bir deodorant tüpüyle ateş yakılmaya çalışılması hadiselerinden sonra istisna kapsamında yer almaya başlamıştır. Bkz: **Samuel, Andrew**: Cases Of Product Liability, The Winnig Line -A Forensic Engineer's Casebook, Springer 2007, s. 107-108.

[175] **Shaw, J. S. Philip**: Claims and Public Liability Policies, London, 1994, s. 66.

[176] **Omağ**, (*Rizikonun Ağırlaşması*) s. 9 vd.

[177] **Milli Reasürans T.A.Ş.**: Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2004, s. 244; **Dorfman, Mark S.**: Introduction to Risk Management and Insurance, Sixth Edition, 1998 USA, s. 7.

Sorumluluk sigortalarında, diğer sigorta türlerinde olduğu gibi hem teknik sebepler hem de ekonomik koşullar dolayısıyla her türlü riskin teminat kapsamı altında yer alması mümkün değildir^[178]. Bu nedenle her sözleşmede, belirlenmiş bir ya da birden fazla sorumluluk sebebi ile koruma sağlayacak şekilde^[179] risk; zaman, yer ve miktar bakımından sınırlandırılmaktadır^[180]. Zira, sigortacının sözleşmeye konu koruma borcu, poliçede yazılı zaman periyodunda, belirlenmiş coğrafi alanda ve öngörülmüş teminat limitleri dahilinde, tespit edilen riziko çerçevesinde geçerlidir^[181]. Bu kapsamda üretim faaliyeti gerçekleştiren bir işletmenin karşılaşılabileceği sorumluluk rizikolarından biri de ürün sorumluluk rizikosudur^[182].

Ürün sorumluluk rizikosunun tanımını yapmak çok kolay değildir. Zira, seri ve geniş kapsamlı üretim sonucu ürünlerde oluşabilecek üretim hatalarının neler olabileceğini ve tüketiciler ile üçüncü kişilerde ne tür zararlara sebebiyet vereceğini önceden kestirmek zordur. Buna karşılık ürün sorumluluk rizikolarının bazı ortak özellikleri söz konusudur. Ürün sorumluluğunda hasarlar geniş alanda coğrafik dağılıma tâbidir ve silsile takip etmektedir. Uluslararası ticaretin gelişimi ve globalleşen dünya ekonomisi, kusurlu bir ürünün hasar potansiyelinin coğrafik dağılımını daha

[178] **Maniloff, Randy/Stempel, Jeffrey:** General Liability Insurance Coverage, Oxford 2011, s. 1 vd.

[179] Sorumluluğun nedeni olan faaliyet ya da durumun açıkça belirtildiği spesifik sorumluluk sigortalarında olduğu gibi genel sorumluluk sigortasında da durum böyledir. Her ne kadar genel sorumluluk sigortalarında istisna tutulan riskler haricindeki hususlara yönelik teminat sağlansa da, bu sigortalarda da belirli bir veya birkaç sorumluluk sebebi öngörülmektedir. Bkz: **Smith/Trieschman/Wiening/Johnson**, s. 279.

[180] **Koch, Robert:** “*Transparency in Liability Insurance, Particularly in the Claims Settlement*”, Transparency in Insurance Law, Joint Seminar Organized by Turkish&German Chapters of AIDA, İstanbul, 2012, s. 92; **Mildred**, s. 241 vd.

[181] **Ünan**, s. 27.

[182] Ürün sorumluluğu rizikosunu, bir işletmenin faaliyeti sırasında karşılaşılabileceği risklerden sadece birisidir. Bu nedenle uygulamada genellikle üretim faaliyeti gerçekleştiren işletmeler, firmalarının geleceklelerini ve mal varlıklarını güvence altına almak amacıyla, işletmelerinin sorumluluk rizikolarından kaynaklanabilecek hukuki sorumluluklara karşı geniş kapsamlı bir teminat olanağı aramaktadır. Bu da daha ziyade; gerek işletme alanında gerekse işletme alanı dışında sürdürülen faaliyetlerden kaynaklanan rizikolar nedeniyle doğabilecek hukuki sorumluluğun üçünü şahıslara karşı mali mesuliyet sigortası çerçevesinde teminat altına alınması suretiyle gerçekleşmektedir. Bkz: **Kutlu**, s. 288; **Nart**, s.10; **Smith/Trieschman/Wiening/Johnson**, s. 278; **Mildred**, 235.

da komplike bir hale dönüştürmekte; hasar silsilesi, bir piyasanın coğrafi hudutları ile sınırlı kalmayıp, ülkeler ve hatta kıtalar arasındaki ihracat nedeniyle süratle yayılabilmektedir.

Ürün sorumluluğuna konu hasarların bir diğer özelliği de, hasara sebep olan olayın doğumu ile hasarın gerçekleşmesi arasında geçen zaman farkıdır. Her ne kadar bu durum bazı hallerde diğer sorumluluk sigortası türlerinde de söz konusu olmakla birlikte; ÜSS'de kural olarak hasarın vukuu, hasarın sebebinden uzunca bir süre sonra gerçekleşebilmektedir. Başka bir ifadeyle, ÜSS'de hasarı doğuran olay kuluçkaya yatmakta ve neticesini belli bir süre sonra ortaya çıkarmaktadır^[183]. Dolayısıyla rizikonun gerçekleştiği anın tespiti ÜSS'de son derece önemlidir.

3.2- Rizikonun Gerçekleştiği An

Sorumluluk sigortalarında riziko, sorumluluk sürecinin aşamalarından birini teşkil eden ve poliçede tanımlanan bir olgunun gerçekleşmesidir^[184]. Nitekim ÜSS'de sigorta edilen tehlikenin (yani sigorta ettirenin sorumlu olması riskinin) gerçekleştiği değişik anlar; *kusurlu üretimin banttan çıkması, ürünün kullanıma arz edilmesi, tüketici vasıtası ile ürünün kullanımı, zararın ortaya çıkışı, zararın farkedilmesi, zararın tespiti, hasara ilişkin tazminat talebinin ileri sürülmesi* vb. biçimde uzun bir liste halinde sıralanabilir^[185]. Diğer sigortalara nazaran, hukuki sorumluluk sigortalarında, rizikonunun gerçekleştiği anın tespiti, sigorta hukuku ve tatbikatı bakımından bilhassa; zamanaşımı süresinin başlangıcının tayin ve tespiti, sigorta ettirenin koruma tedbirleri alma mükellefiyetinin başlangıcının belirlenmesi, sigortalanan rizikonunun gerçekleşmesinden sonraki ihbar yükümlülüğünün başlangıç anının tespiti, sigorta akdinin uygulama alanının tayini, teminat limitlerinin uygulanması, birden fazla sigorta teminatının söz konusu olduğu hallerde hangi sigortacının sorumlu olacağı vb. hususlarda daha da önem taşımaktadır^[186]. İşte bu nedenle sigorta edilen riskin somut olarak gerçekleşmesi, yani tazminat ödeme yükümlülüğünü doğuran olay olarak tanımlayabileceğimiz “*sigorta olayının*” net bir şekilde ortaya konması gerekir.

[183] **Kutlu**, s. 276-277; **Sergici**, s. 46.

[184] **Madden**, s. 419.

[185] **Nart**, s. 16

[186] **Omağ**, (HSS), s. 82.

Sorumluluk sigortalarında, sigorta olayının gerçekleştiği anı açıklamak amacı ile *sebeplere ilişkin teori*, *zararlı olayın teorisi*, *tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisi* başta olmak üzere, *zararın tespiti teorisi*, *zararın mahkeme önünde veya dışında yapılan işlemlerle kesin olarak tespiti teorisi*, *mürekkep sigortalanan olay teorisi* ve *süreklilik gösteren olay teorisi* gibi birçok görüş öne sürülmüştür^[187].

Rizikonun gerçekleşme anı, mülga TTK'da genel bir hükümden ziyade sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya ihbar borcuna ilişkin 1292. maddesinden hareketle tespit edilmeye çalışılmıştır^[188]. Meri TTK'da ise, 1473. maddede, emredici olmamakla birlikte sorumluluğa yol açan davranış/sebeplere ilişkin esaslı (*acts committed/event*) benimsenmiştir^[189]. Bu hükümde, aksi kararlaştırılabilmekle birlikte sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan doğan sorumluluğun temin edildiği düzenlenmiştir.

TTK'da sorumluluk sigortaları için tercih edilen sebeplere ilişkin teoriye göre; sigortacının edim yükümlülüğünü doğuran sigorta olayı, sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuran bir harekette bulunduğu anda gerçekleşir^[190]. Bu nedenle sigorta güvencesi, sadece sigorta sözleşmesinin yürürlüğü sırasında, yani sorumluluk süresinde *neden olunan* zararlardan dolayı tazminat istemlerini kapsar. Dolayısıyla sigorta ettirenin zarara yol açan ve sorumluluk hukuku açısından önem taşıyan olumlu ya da olumsuz davranışının bu süre içinde gerçekleşmiş olması gerekir. Bahse konu teori kapsamında zararın fiilen ortaya çıktığı an önem arz etmemektedir. Sigorta ettiren, sözleşme süresinin sona ermesinden sonra meydana gelebilecek zararlardan kaynaklanan tazminat

[187] Bu teorilere ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz: **Şenocak**, s. 79; **Ünan**, s.28 vd.; **Yongalık**, s. 86 vd.; **Omağ**, (HSS), s. 82-85; **Taşdelen, Nihat**: “Mali Mesuliyet Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde İhbar Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan SBArD, Eylül 2005 Sayı 6, s. 478 vd.

[188] **Şenocak**, bu hükmün lafzı karşısında, rizikonun gerçekleşme anı ile rizikonun gerçekleşmesini ihbar külfeti arasında sıkı bir bağ bulunduğunun rahatlıkla anlaşılacağını belirtmektedir. Bkz: **Şenocak**, s. 127.

[189] Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri'nin 1:201-2 hükmünde de, sigorta sözleşmesinde belirlenmiş olan rizikonun gerçekleşmesi “sigortalanan olay (*insured event*)” olarak tanımlanmıştır. **Ünan, Samim/Atamer, Kerim**: Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri, Sigorta Hukuku Türk Derneği İstanbul 2011, s. 15.

[190] **Maniloff /Stempel**, s. 9.

talepleri bakımından da sigorta güvencesinin koruması altında olacaktır^[191]. Zira, üretim bandında fren sisteminin montajı sırasında meydana gelen bir aksaklık nedeniyle, hatalı üretime maruz kalmış bir aracın kusuru ancak frenlerin tutmaması nedeniyle bir kazanın gerçekleşmesi halinde anlaşılabilir ve anılan teori kapsamında eğer ürün, poliçe döneminde üretilmiş ve piyasaya sürülmüş ise ortaya çıkabilecek bedeni ya da maddi zararlarla ilgili tazminat talepleri, sözleşmenin yürürlük tarihi sona erse bile, söz konusu poliçeden karşılanabilecektir. Bilhassa ilaç sanayi gibi birçok imalat sektöründe söz konusu olan ve illeti sigorta süresine tesadüf etmekle birlikte, zarar hadiselerinin daha sonraki bir dönemde gerçekleştiği “geç zararlar” da^[192], bu zararları teminat altına alacak mahiyette sonraki başka bir sorumluluk sigortasının olmadığı durumlarda^[193] sigortalının birdenbire sigorta teminatından yoksun bırakılmaması açısından sebep olayı teorisi önem arz etmektedir^[194]. Bununla birlikte; gecikmiş zararlar için sigortacıların ihtiyat ayırmak zorunda kalması, uzun kuyruklu risk kategorisine giren alanlarda prim hesabının zorlaşması^[195], illeti ilk sigorta ilişkisine tekabül eden zarar olayının sonraki sigorta ilişkisi mer’i olduğu süre zarfında gerçekleşmesi

[191] **Clarke, Malcome:** The Law of Insurance Contracts, London 1989, s. 317; **Schnaurder, Erwin:** Sigortacılık Yazınında (IBNR) Olmuş Fakat Bildirilmemiş Hasar Karşılıkları “OFBHK” Kavramı (Çeviren: Ergin Gediz) TSEV Yayınları, Yıl 1996, s. 317; **Burton,** s. 721; **Smith/Trieschman/Wiening/Johnson,** s. 295.

[192] Sigorta hukuku açısından bu zararlar, sigorta yılında neden olunmuş, ancak etki ve neticeleri sigorta yılından sonra ortaya çıkan ve sigorta yılından sonra sigortacıya bildirilen zararlardır (Bkz: **Yongalık,** s. 191). Bu zararlar sigorta tatbikatında *long-tail risks/claims* ya da daha genel şekli ile *long tail problems* olarak isimlendirilmektedir. Bu zararlar sigorta tatbikatı açısından önem taşıdığı gibi reasürans piyasalarını da son derece ilgilendirmektedir. Nitekim imalat sanayinde 1940 yılında üretilen bir ürünün, aradan geçen elli yıl sonunda, 1990 yılında, üründeki bir kusur nedeniyle üçüncü kişilere zarar vermesi rastlanılmayan bir durum değildir. Bkz: **Dorfman,** s. 319; **Madden,** s. 431; **Mildred,** s. 244; **Parsons,** s. 3.

[193] **Şenocak,** s. 81.

[194] Örneğin bu kapsamda, gıda imalatında faaliyet gösteren bir işletmenin, üretim faaliyetini değiştirip, tekstil sektörüne dönmesi ya da işletmesini kapatması veya devretmesi halinde; işletme sahibi sigortalı, işletmenin faaliyet döneminde üretilip satılan ve işletmenin faaliyetini durdurduktan sonra tüketilen bozuk bir gıda nedeniyle zehirlenen üçüncü kişinin tazminat taleplerine karşı, işletmesinin kapatılmasından sonra ortaya çıkacak zarar olaylarını teminat altına alan ilave bir sorumluluk sigortası akdetmesine gerek kalmaksızın sigorta himayesinden yararlanabilecektir.

[195] **Clarke,** s. 26.

halinde sigortalının daha yüksek prim karşılığında elde ettiği ikinci sigorta teminatından yararlanamaması, zarar ile sebep olayı arasındaki illiyet bağının kurulmasındaki zorluklar^[196] bu teoriye yönelik ileri sürülen eleştirilen başlıcaları arasında yer almaktadır.

TTK'nın emredici nitelik arz etmeyen mezkur düzenlemesi dahilinde, genel şartların A.1 maddesinin (a) bendinde de sebep olayı esası benimsenmiştir. Zira sigortacının, sözleşme süresi içinde ya da sonrasında tazmini talep edilen ve *sözleşme süresi içinde meydana gelen olay* sonucu doğan zararlara yönelik teminat sağlayacağı belirtilmiştir. Ancak ilgili maddenin (b) bendinde ise *tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisi* kabul edilmiştir. Hükümde sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olay nedeniyle sadece sözleşme süresi içinde ileri sürülebilecek taleplere teminat sağlanacağı öngörülmüştür. Düzenlemede ayrıca tarafların her iki koşulu içerecek şekilde de sözleşme yapabilmesine olanak tanınmıştır.

Tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisinin esas alındığı sözleşmelerde zarar gören tarafından, zarar verene (sigorta ettirene) karşı tazminat talebinin ileri sürülmesiyle sigorta olayı gerçekleşmiş olur^[197]. Bu nedenle sigorta olayının tespiti bakımından, sigorta ettirenin haksız fiili işlediği veya özen yükümlülüğünü ihlal ettiği tarihin (sebepl olayının) ya da zarar olayı teorisinin aksine mağdurun zarara maruz kaldığı anın (zarar olayı) bir önemi yoktur. Ancak bu teori gereği, talebin idari tahkikat, bilgi ricası ya da bir talebin ileri sürüleceğinin haber verilmesi gibi işlemlere dayalı potansiyel bir talepten ziyade "*gerçek bir talep*" şeklinde gerçekleşmesi şart koşulmaktadır. Günümüzde, ürün sorumluluk sigortaları da dahil olmak üzere bu görüşün benimsendiği poliçelerin tam manasıyla talep görüşünü yansıttıklarını söylemek olası değildir. Zira, tam talep esasına dayalı sözleşmelerde, sigorta süresi içinde gerçekleşmiş sorumluluğu doğuran davranışlardan (sebepl olayı veya zarar olaylarından) kaynaklanan ve aynı sigorta süresi içinde sigorta ettirene yönelik ileri sürülen taleplere karşı, sigorta korumasının sağlandığı görülmektedir. Dolayısıyla, talep esasına dayalı poliçelerde, sebepl olayı veya zarar olayının sigorta ilişkisi mer'i iken gerçekleşmesi; fakat aynı zamanda mağdurun tazminat talebinin de sözleşme sona ermeden önce sigorta etti-

[196] **Williams, Arthur/Heins, Richard:** Risk Management and Insurance, Sixth Edition, Minnesota 1989, s. 405; **Smith/Trieschman/Wiening/Johnson,** s. 285; **Şenocak,** s. 86.

[197] **Smith/Trieschman/Wiening/Johnson,** s. 285; **Parsons,** p. 3; **Mildred,** s. 244.

rene dermeyan edilmiş olması şartı aranmaktadır^[198]. Genel şartlardaki düzenlemede ise sözleşme süresi içinde sigortalıya ileri sürülebilecek taleplere karşı teminat sağlanması, sebep olayının sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelmiş olması şartına bağlanmıştır.

Talep esasının karma nitelikte uygulandığı poliçelerde genellikle geçmişe etki tarihi (*retrospective date*) ve uzatılmış bildirim süresi klozlarına (*extended reporting period clause*) yer verilmektedir. Geçmişe etki tarihi klozu, poliçenin kapsamını daraltan ve sigortacının lehine sigorta koruma süresini bu tarihten önce meydana gelen sebep veya zarar olaylarına yönelik tazminat taleplerinden arındıran bir etkiye sahiptir^[199]. Öte yandan uzatılmış bildirim süresi klozuna yer veren poliçelerde, sigortacı, sigorta ettirene sigorta akdinin feshi ya da yenilenmemesi durumunda ek prim karşılığında bildirim süresinin uzatılmasını talep etme hakkı tanımaktadır^[200]. Böylece sigorta ettiren, sigorta süresi içinde gerçekleşen sorumluluğu doğuran davranış sonucunda, kendisine, sigorta ilişkisinin nihayetinden belli bir süre sonra bir talep ileri sürülmesi halinde, durumun uzatılmış bildirim süresi zarfında sigortacıya iletilmesi şartıyla, sigorta himayesine kavuşmaktadır. Öte yandan talep esasına dayanan poliçelerdeki uzatılmış bildirim süreleri genellikle birkaç yıl olacak şekilde kısa tutulmaktadır^[201].

[198] **Yongalık**, s. 195; **Ünan**, s. 31-32; **Şenocak**, s. 105.

[199] **Parsons**, s. 3; **Mildred**, s. 244; **Dorfman**, s. 320; **Williams-Heins**, s. 406; **Şenocak**, s. 106.

[200] Amerikan ürün sorumluluk sigortası poliçelerinde; sözleşme bitiminden itibaren 60 gün içinde ileri sürülen tazminat taleplerinin, sigortacı tarafından karşılanacağını ve ayrıca bu 60 günlük süre içinde ek bir prim ile satın alınacak “uzatılmış bildirim süresi-extended reporting period” klozu ile sözleşme bitiminden itibaren 5 yıl içinde ileri sürülecek taleplere karşı da sigorta himayesinin sağlanabileceğini belirtmektedir. Bkz: **Williams-Heins**, s. 406.

[201] Örneğin, Munich Re ürün sorumluluk sigortası poliçesinde uzatılmış bildirim süresi üç yıl olarak öngörülmüştür. Anılan poliçede“*bu poliçe ile sigortalanan tazminat dönemi içerisinde meydana gelen ve bu tazminat döneminin sona ermesinden itibaren üç yıl içerisinde sigortacıya bildirilen hasarlar, teminat kapsamına alınmıştır.*” denmektedir (Bkz: Munich Re, Ürün Sorumluluk Sigortası Poliçesi, md. II Teminat Kapsamındaki Olaylar). Amerikan **CIGNA** sigorta şirketinin “*Directors & Officers Liability and Company Reimbursement Liability*” poliçesine göre de bu süre % 35’lik bir prim artışı mukabilinde 90 gündür (Bkz: **Şenocak**, s.105, dpnt:145). Benzer şekilde **Williams-Heins** da, Amerikan ürün sorumluluk sigortası poliçelerinde; sözleşme bitiminden itibaren 60 gün içinde ileri sürülen tazminat taleplerinin, sigortacı tarafından karşılanacağını ve ayrıca bu 60 günlük süre içinde

Günümüzde, sigortacılar tarafından ürün sorumluluk sigortası poliçelerinin düzenlenmesinde en çok tercih edilen yol talep esaslı poliçelerdir. Zira, sigortacılar bu poliçelerde geç zararlarla karşılaşma riskinden kurtulmakta, eski zararlar da ya tamamen güvence dışı kalmakta ya da sadece kararlaştırılan geçmişe etki klozu ile sınırlı olarak güvence kapsamına girmektedir. Ayrıca bu teorinin uygulanmasıyla, sigorta süresinin bitiminden sonra doğan zararlar için ihtiyat ayrılması problemi de ortadan kalmaktadır. Tazminat talebinin ileri sürülmesi teorisi sigorta ettiren bakımından da bazı avantajlar sunmaktadır. Nitekim sebep olayı ile zarar olayı arasında uzun bir aralığın olduğu tedricen gerçekleşen zararlarda, sigorta olayının gerçekleştiği anın ispatı bu teori kapsamında daha kolaydır. Yine sigorta bedelinin riskin aktüel durumuna göre ayarlanma olanağının varlığı sigorta ettiren bakımından avantajlı diğer bir durumdur^[202].

Sorumluluk sigortalarında rizikonun gerçekleşme anına ilişkin ileri sürülen her teori taraflar bakımından muhtelif avantaj ve dezavantajlar içermektedir. Bu nedenle her bir sorumluluk sigortasının kendi mahiyeti dikkate alınarak, riziko olayı kavramı açıklanmaya çalışılmalıdır. Nitekim ürün sorumluluk sigortalarında, *uzun kuyruklu riskler* dolayısıyla, “*sorumluluğa yol açan davranış*” ya da “*zarar olgusu*” esasları ihtiyaca cevap vermemektedir. Nitekim sebep olayında işin başında, zarar olayı esasında ise sigorta sözleşmesinin sona ermesinden sonra işin sonunda bir güvence boşluğu doğmaktadır^[203]. Diğer taraftan tam talep esasına dayanan sigortalarda, hasar talebinin sigorta süresi içinde yapılmış olmasının yanı sıra, sebep olayı veya zarar olayının da sigorta süresi içinde gerçekleşmiş olmasının aranması, sigorta korumasını oldukça daraltmaktadır. Gerçi genel şartlarda A.1 maddesinde (a) ve (b) bentlerinin her ikisini içerecek şekilde sözleşme yapabilmesine olanak tanınarak bu durum bir nebze aşılmaya çalışılmıştır. Ancak yine de bu halde sadece; sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olay nedeniyle sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı teminat sağlanabilecektir.

ek bir prim ile satın alınacak “*uzatılmış bildirim süresi—extended reporting period*” klozu ile sözleşme bitiminden itibaren 5 yıl içinde ileri sürülecek taleplere karşı da sigorta himayesinin sağlanabileceğini belirtmektedir (Bkz: **Williams-Heins**, s. 406).

[202] Bu görüşlere karşı ileri sürülen eleştirilerin detayları için bkz: **Şenocak**, s. 108,110.

[203] **Yongalık**, s. 203; **Ünan**, s. 59 vd.

Kanaatimizce ABD Hukukundaki tam talep esaslı poliçelerde olduğu gibi, zarar ve sebep olayının sigorta sözleşmesi içinde gerçekleşmesi gerektiğini şart koşmayarak, sadece talebe dayanan ve bunun yanında belirli limitler dahilinde uzatılmış bildirim süresi ve geçmişe etki klozunu ihtiva eden poliçelerin, üreticiler bakımından daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Zira, sigorta korumasını ilenihaye genişletmek ve sigortacıları belli olmayan bir risk potansiyeline maruz bırakmak da doğru değildir. Nitekim taraflar arasında adil bir dengenin kurulması hukuk vicdanının gereğidir.

SONUÇ

Kitlesel üretimin yapıldığı günümüz modern endüstri sürecinde, ürün sorumluluğu sorumluluk hukuku ile tüketici hukukunun kesişim noktasında yer almaktadır. Ürün sorumluluğu ile, üründeki bir bozukluk dolayısıyla risk altında bulunan ve zarara uğraması muhtemel kişilerin, üreticiler karşısında korunması amaçlanmaktadır. Avrupa Birliği dahilinde tüketicilerin, sağlık, güvenlik ve ekonomik menfaatlerinin korunmasını teminen ürün sorumluluğuna ilişkin müstakil bir Direktif yer almaktayken; gelişmiş çoğu ülkede ürün sorumluluğu genellikle tüketici mevzuatları dahilinde yasal düzenleme altına alınmaktadır.

Ülkemizde üreticinin sorumluluğuna ilişkin halihazırda pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Kanaatimizce 4703 sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin ürün sorumluluğunda doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. 6502 sayılı meri TKHK'nın ise kapsamı sadece tüketici işlemleriyle sınırlandırılmıştır. Kaldı ki TKHK'da öngörülen ayıp sorumluluğu ile ürün sorumluluğu farklı amaç ve kapsamda iki ayrı hukuki sorumluluk konusudur. Konuya ilişkin TBMM'deki 1/934 Esas sayılı Tasarının yasalaşma süreci net olmamakla birlikte, Tasarıdaki çoğu düzenleme de Direktif ile örtüşmemektedir. Bu kapsamda, Direktifte olduğu gibi ürün sorumluluğunun, kendisine has kurtuluş kanıtları haricinde, sözleşme dışı ağırlaştırılmış bir sorumluluk olarak iç hukukumuza aktarılmasının ve hatta Borçlar Kanununda ayrı bir bölüm olarak düzenlenmesinin daha isabetli bir tercih olacağı değerlendirilmektedir.

Ürün sorumluluk sigortası da bu noktada, kusursuz sorumluluk bilincinin hukuksal alt yapıya ve sorumluluk sigortalarına yansımaları sonucu gelişen bir sigorta ürünü niteliği arz etmektedir. Her ne kadar kapsam altına alınan sorumluluğun hukuki niteliği tam olarak belirli olmasa da, ürün sorumluluk sigortası ile, özellikle zarar gören ile üretici arasında sözleşmesel bir ilişkinin bulunmadığı durumlarda, hem zarara maruz kalanların zararı karşılanabilmekte hem de üreticinin yüklenmiş olduğu hukuki sorumluluk hafifletilmektedir. Ancak konuya ilişkin yürürlükteki genel şartların da çoğu hükmünün tekrar gözden geçirilmesi hukuki bir zaruret arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Aral, Fahrettin:** *Kötü İfa*, Ankara 1985.
- Aslan, Yılmaz:** *Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat*, Bursa 1996, (1996).
- Aslan, Yılmaz:** *En Son Değişiklikle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku*, 2. Baskı, Bursa 2004, (2004).
- Ayan, Mehmet:** *Eşya Hukuku I (Zilyetlik ve Tapu Sicili)*, 13 Baskı, Ankara 2016.
- Aydos Oğuz, Sadık:** *Ürün Sorumluluğu*, Ankara 2009.
- Bennett, Carol:** *Insurance Learners Insurance of Liability*, London 1989.
- Ackerman, Saul Benton:** *Insurance A Practical Guide*, 3rd Edition, New York 1984.
- Brown, Alison/Smith, Ian Dods:** “*Recent Developments in European Product Liability*”, *The International Comparative Legal Guide to Product Liability 2016* (14th Edition), (s. 1 vd.).
- Burton, Tim:** “*Insuring The Product Liability Risk*”, *Product Liability European Laws and Practice*, London 1993, (s. 713 vd.)
- Can, Mertol:** *Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı, İkinci Bası*, Ankara 2007.
- Canpolat, Önder:** “*Üretici ve Sorumluluğu*”, *Ankara Barosu Dergisi* 2013/2, (s.371 vd).
- Clarke, Malcolm:** *The Law of Insurance Contracts*, London 1989.
- Demirci, Serdar:** *Ürün Sorumluluk Sigortası, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, (Ankara Üniversitesi Sos. Bil. Enst.), Ankara 2011.
- Dempster, Anthony/Watson, Howard:** “*An Overview of Product Liability and Product Recall Insurance in UK*”, *The International Comparative Legal Guide to Product Liability 2016* (14th Edition), (s. 17 vd.).
- Digby, C. Jess:** *The Insurance of Commercial Risks Law and Practice*, London 1986.
- Dinç, İnan Deniz:** *Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı*, İstanbul 2017.

Doğan, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2016.

Dorfman, Mark S.: Introduction to Risk Management and Insurance, Sixth Edition, 1998 USA.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017.

Erlüle, Fulya: “Avrupa Konseyi Yönergesi Çerçevesinde Yapımcının Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002.

Fairgrieve, Duncan: “Product Liability Directive”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Edited by Piotr Machnikowski, Cambridge 2016 (s. 19 vd.).

Faure, Michael: “Economic Analysis Of Product Liability”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Edited by Piotr Machnikowski, Cambridge 2016 (s. 620 vd.).

Gümüş, Alper Mustafa: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2018.

Güven, Kudret Ertaş: “Elektrik ve Gazın Eşya Olma Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, 1984 (s. 225 vd.).

Hanımeli, Çağan: “Ürün Sorumluluğu Sigortası” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997.

Hardy, Tim: “Conventions on Jurisdiction and Governing Law-The Law and Practice of European States”, Product Liability European Laws and Practice, London 1993, (s. 121 vd.)

Hatemi, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1988.

Havutçu, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.

Hodges, Christopher: “Introduction-The Product Liability Directive-Product Liability in Practice”, Product Liability European Laws and Practice, London 1993, (s. 3 vd.)

Howells, Geraint: “Product Liability Directive”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Edited by Piotr Machnikowski, Cambridge 2016 (s. 25 vd.).

Huebner, S.S./ Black Kenneth Webb, Jr. Bernard L.: Property and Liability Insurance, Fourth Edition, USA 1996.

Kalkan, Arif: Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara 2018.

Kaner, Deniz İnci: Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 2018.

Kaplan, İbrahim: “İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, BATİDER, 1985, C.XIII, S.1, (s. 137 vd.).

Kaplan, İbrahim: “Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, Adalet Dergisi, 1977, C. 68, S. 1-2, (s. 78 vd.), (AD).

Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1996.

Karakehya, Hakan: “Ceza Hukukunda Doğrudan Kast” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, Yıl 2007, (s. 117 vd.).

Kender, Rayegan: Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Ankara 2015.

Kender, Rayegan: “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III Sigorta Semineri, İstanbul, 4-7 Nisan 1977, Bildiriler ve Tartışmalar (s. 1 vd.), (Seminer).

Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, BTHAE, Yayın No:438, Ankara 2007, (Ürün Sorumluluğu).

Kırca, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, AÜHFD 2001, C.50, S.1, (s. 91 vd.) (Örtülü Boşluk).

Koch, Robert: “Transparency in Liability Insurance, Particularly in the Claims Settlement”, Transparency in Insurance Law, Joint Seminar Organized by Turkish&German Chapters of AIDA, İstanbul 2012, (s. 89 vd.).

Kulaklı, Emrah: Ürün Sorumluluğu ve Ayıp Kavramı, İstanbul 2009.

Kuran, Abdulselam: “Yapımcının Sorumluluğu”, İBD, C.65, S.10- 12, 1991, (s. 841 vd.)

Kutlu İhsan: “Mamul Sorumluluğu Sigortası”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III Sigorta Semineri, 4-7 Nisan 1977, İstanbul, (s. 272 vd.).

Machnikowski, Piotr: *European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies*, Cambridge 2016.

Madden, Stuart M: *Product Liability*, Second Edition 1988.

Maniloff, Randy/Stempel, Jeffrey: *General Liability Insurance Coverage*, Oxford 2011.

Mathews, Richard/Volz Fabian: “*The Practicalities of Managing a Global Recall*”, *The International Comparative Legal Guide to Product Liability* 2016 (14th Edition), (s. 23 vd.).

Merkin, Robert/Rodger, Angus: *EC Insurance Law* London 1997.

Mildred, Mark: *Product Liability Law and Insurance*, London 2000.

Milli Reasürans T.A.Ş.: *Açıklamalı Sigorta ve Reasürans Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 2004.

Møgelvang-Hansen, Peter: “*Product Liability Directive*”, *European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies*, Edited by Piotr Machnikowski, Cambridge 2016 (s. 31 vd.).

Nart, Levent: “*Ürün Sorumluluğu Sigortası*”, *Türk Sigorta Enstitüsü Vakfı Semineri*, İstanbul 1996 (s. 3 vd.).

Nomer, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1999.

Oğuzer, Pelin: “*Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Üreticinin Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri*”, *Sorumluluk Hukuku Seminerler* İstanbul 2016, Editör: Başak Baysal, (s. 351 vd.).

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, İstanbul 2016.

Oğuzman, Kemal /Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: *Eşya Hukuku*, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 15. Bası, İstanbul 2012.

Omağ, Merih Kemal: “*Türk Ticaret Kanunu ile 1992 Tarihli Belçika Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortaları*”, *SHD*, S.1, Yıl:1997, (s. 71 vd.), (HSS).

Omağ, Merih Kemal: *Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu*, Olgaç Matbaası, İstanbul 1985, (*Rizikonun Ağırlaşması*).

Öz, Turgut: Üreticinin Sorumluluğu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 6, Cilt 6, Sayı 2, Temmuz 2007 (s. 7 vd.).

Özdamar, Naci: Açıklamalı 4822 Sayılı Yasa İle Değişik 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ankara 2004.

Özel, Çağlar: “Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu Sorunu”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (s. 771 vd.)

Özer, Kabukçuoğlu, F. Dilek: Sigortacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

Özsunay, Ergun: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk Yapımcının Sorumluluğu”, BATİDER, C.X, S.1, Haziran 1979 (s. 105 vd.), (Batider).

Özsunay, Ergun: “AB ve Türkiye’de Ürün Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler”, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu, 24-25 Kasım 2011, Metinler Kitabı, İstanbul 2011 (s. 174 vd.).

Özsunay, Ergun/Dural, Murat: “Sorumluluk Kavramındaki Değişiklikler Karşısında Sigorta”, Sigorta Hukuku Dergisi, C.3, S.1, Ankara 1986 (s. 33 vd.).

Öztan, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, İstanbul 1982.

Paksoy, Meliha Sermin/Demir, Gizem Arslan: “Üreticinin TBK M. 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016, E:Doç. Dr. Başak Baysal, İstanbul 2016, (s. 445 vd.).

Parsons, Christopher: “Liability Insurance-Introduction and General Principles”, Product Liability Insurance Workshop Notes, 2010.

Peck, Alan J: Legal Liabilities, The Chartered Insurance Institute, London 1994, 2 nd Edition.

Posch, Willibald: International Product Liability; Chapter 1, London 1993.

Rinderknecht, Susanne: International Product Liability, The European Community, Salzburg 1993.

Samuel, Andrew: Cases Of Product Liability, The Winnig Line-A Forensic Engineer’s Casebook, Springer 2007.

Saraçoğlu, Mahmut: “AB ile Gümrük Birliği Aşamasında Ürün Sorumluluğu Sigortalarının Türkiye’deki Konumu”, REASÜRÖR S.24, Nisan 1997, (s. 4 vd.).

Saraçoğlu, Mahmut: “Ürün Mali Mesuliyet Sigortası”, REASÜRÖR S.29, Temmuz 1998, (s. 25 vd.).

Schnaurder, Erwin: Sigortacılık Yazınında (IBNR) Olmuş Fakat Bildirilmemiş Hasar Karşılıkları “OFBHK” Kavramı (Çeviren: Ergin Gediz) TSEV Yayınları 1996.

Schwartz, T. Gary: “Understanding Products Liability”, California Law Review, V. 67, I.3, May 1979 (s. 435 vd.).

Shaw, J. P. Philip: Claims and Public Liability Policies, London, 1994.

Smith, Barry/Trieschmann James/Wiening, Eric/Johnson, Anita: Property and Liability Insurance Principles, Second Edition, Insurance Institute of America, Pennsylvania 1994.

Smyth, Colin: Sorumluluk Sigortaları Uygumaları, The Chartered Insurance Institute 1991, Study Course 631 (TSEV Yayınları No: 20).

Straetmans, Gert/Verhoeven, Dimitri: “Product Liability Directive”, European Product Liability An Analysis of State of the Art in the Era of New Technologies, Edited by Piotr Machnikowski, Cambridge 2016 (s. 40 vd).

Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Figanmeşe, İnci Ataman: Milleterarası Özel Hukuk, İstanbul 2015.

Şenocak, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.

Taşdelen, Nihat: “Mali Mesuliyet Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi Halinde İhbar Yükümlülüğü” Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan SBArD, Eylül 2005 Sayı 6, (s. 459 vd.).

Tiryaki, Betül: “Avrupa Konseyi’nin 25.07.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Ürün Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesi”, AÜHFED, Ankara 2006, C.2, S.2, (s. 230 vd.).

Tiryaki, Betül: Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.

Trieschman, James/Gustavson, Sandra: Risk Management and Insurance, 10 th Edition, Ohio 1998.

Turan, Sezin/Canbolat Uraz: Product Liability, Jurisdictional Comparisons, European Lawyer References Series, First Edition 2014, (s. 351 vd).

UK Department of Trade and Industry, Consumer Affairs Directorate (UK CAD): Guide to Consumer Protection Act 1987 Product Liability and Safety Provisions, London December 2001.

Ünal Mehmet/Başpınar Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2012.

Ünan, Samim: İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998.

Ünan, Samim/Atamer, Kerim: Avrupa Sigorta Sözleşmesi Hukuku İlkeleri, Sigorta Hukuku Türk Derneği İstanbul 2011.

William, C. Hoffman/Hill Arning, Susane: Guide to Product Liability, The Netherlands 1994.

Williams, Arthur/Heins, Richard: Risk Management and Insurance, Sixth Edition, Minnesota 1989.

Wozniak, Jana D./Spira, Daniel A.: “Update on U.S. Product Liability Law”, Recent Developments in European Product Liability, The International Comparative Legal Guide to Product Liability 2016 (14th Edition), (s. 9 vd.).

Wright, Christopher J.: Product Liability The Law and Its Implications For Risk Management, London 1989.

Yavuz, Cevdet: “*Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı*”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 Yaş Armağını, Ankara 1988, (s. 503 vd.), (AKT).

Yavuz, Cevdet: “*Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması*”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, (s. 1293 vd.).

Yavuz, Cevdet: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.

Yongalık, Aynur: Çevre Sorumluluk Sigortası, BTHAE, Ankara 1998.

Yusuf Yaşar/Nil M. G. Diken: “*Karar İncelemesi–Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi*”, Social Sciences Research Journal, V.7, I.1, 97-113 (March 2018), (s. 97 vd.).

*Ürün Sorumluluk Sigortasına Sorumluluk Hukuku
ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış*

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 3. Bası, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/Özel Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.



ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR PAYININ HESAPLANMASI VE DAĞITIM İLKELERİ*

Hasan KARSLIOĞLU**

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3872-9986>

DOI: 10.30915/abd.652544

Makalenin Geldiği Tarih: 28.08.2019 • **Kabul Tarihi:** 03.10.2019

* **Bu makale hakem incelemesinden geĐmiŐtir ve TUBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

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 Kâr Dağıtımı” isimli doktora tezinden türetilmiŐtir.

** Av. Dr.

ÖZ

Şirketlerin temel amacı ve esasında görevi kâr elde etmek olup pay sahibi olmanın, yani şirket kurmak veya kurulmuş bir şirkete ortak olmanın temel amacı da elde edilen kârdan pay almaktır. Sermayenin korunması için elde edilen kârın belli bir kısmı, istikrarı sağlamak ve finansal açıdan zor zamanlarda faydalanmak için, şirketin içinde yedek akçe olarak bırakılır. Kârın ne kadarının pay sahiplerine dağıtılacağı ve ne kadarının şirkette kalacağı da kârın hesaplanması ile ilgilidir. Bizce dağıtılacak kâr payı hesaplanırken net dönem kârı ifadesi, vergi sonrası kârı ifade eder. Kârın dağıtımında oranlama yapılırken hâlihazırdaki genel uygulamada olduğu gibi; “net dönem kârının” esas alınması yerine, “sermayenin” esas alınarak oranlama yapılmasının, ticari hayatın normal akışına ve kanunun ruhuna aykırı olduğunu değerlendiriyoruz.

Anahtar Kelimeler: Kâr dağıtımı, yedek akçe, kâr hesaplanması, sermayenin korunması, kâr payı.

CALCULATION OF PROFIT SHARE IN JOINT STOCK COMPANIES AND DISTRIBUTION PRINCIPLES

ABSTRACT

The main purpose and duty of a company is to make profit. Establishing a company or to be a partner to an established company is also mainly for profit making. Some of the profit is left as a contingency reserve for stabilization and to overcome financial difficulties. Since the main purpose of both the company and its shareholders is to make a profit, the intersection of these two objectives is directly related to who will retain the profit for how long. In our opinion, how much of the profit is going to be distributed or be stocked in company is about calculation of the profit. While calculating pay dividend, net profit of the year indicates after-tax. We evaluated that proportioning based on “capital” instead of “net profit of the year” contradicts with both business life and the spirit of law, even if it is the common practice nowadays.

Keywords : Distribution of dividend, contingency reserve, calculation of profit, capital maintenance, dividend.

GİRİŞ

Şirketlerin ekonomik hayatlarına devam edebilmeleri için, mali yapılarının sağlam olması ve bu sağlamlığın da istikrarlı bir biçimde devam etmesi gerekir. Mali yapının sağlamlığı da elbette yeterli bir sermayeye sahip olmakla birlikte, bu sermayenin korunmasına ve devamında geliştirilmesine bağlıdır. Şirketlerin sermayelerini korumak gibi önemli bir görevi olmakla birlikte, şirketlerin kuruluş amaçlarının kar elde etmek olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan pay sahibi olmanın, yani şirket kurmak veya kurulmuş bir şirkete ortak olmanın temel amacı da kâr elde etmektir. Sermayenin korunması için elde edilen kârın belli bir kısmı, istikrarı sağlamak ve finansal açıdan zor zamanlarda faydalanmak için, şirketin içinde yedek akçe olarak bırakılır. Hem şirketin, hem de pay sahiplerinin temel amacı kâr elde etmek olduğuna göre, bu iki amacın birbiri ile kesiştiği nokta, kârın şirketin ve pay sahibinin bünyesinde hangi nispette kalacağı ile doğrudan ilişkilidir.

Bu doğrultuda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda^[1] (“TTK”) kâr payı dağıtılması ile ilgili birçok düzenlemeye yer verilmiştir. Zira şirketlerin kâr elde etme amacının yanında, pay sahiplerinin şirkete sermaye koymalarının da birincil amacı ödedikleri bu miktar üzerinden getiri elde etmektir. Pay sahiplerinin sermaye borcunu yerine getirmesi karşılığında şirket tarafından hiç kâr dağıtılmaması pay sahipleri ve şirket arasında uyuşmazlıklara sebep olabilir. Elde edilen tüm kâr dağıtılsa bu sefer de sermaye zaman içinde tükenir ve şirket aciz haline düşebilir. Bunun için kârın ne kadarının pay sahiplerine dağıtılacağı ve ne kadarının şirkette kalacağı doğrudan kârın hesaplanması ile ilişkilidir.

Ayrıca, çalışmamızda detaylarına değinileceği üzere, şirketin dağıtacağı kârdan fayda elde edecek tek grup pay sahipleri değildir. Diğer menfaat grupları, kurucular, intifa hakkı sahipleri, yöneticiler, şirket alacaklıları, çalışanlar ve hatta devlet de şirketin kârından menfaat elde edecektir. Bu nedenle TTK'da kâr payının dağıtılmasına yönelik düzenlemelerin tamamı tüm menfaat grupları arasındaki dengenin sağlanması amacına yönelmektedir.

Çalışmamızda öncelikle kâr payı dağıtımının, TTK'daki unsurları ve şekilleri ile kâr payı hakkındaki diğer esaslar incelenmiştir. İlk bölümde, kâr payı kavramı ve bu kavram içinde yer alan temel diğer kavramların tanımlarına yer verilmiş olup; ikinci bölümde ise kâr payı hesaplaması ve nasıl bir usulle

[1] RG. 14.02.2011, S. 27846.

kâr dağıtılabileceği konuları ele alınmıştır. Bu kapsamda kâr dağıtımının hesaplamasının nasıl yapılacağı ve özel durumlarda kâr dağıtımı yapılması halinde hesaplamasının sınırları ifade edilmeye ve aşamaları belirlenmeye çalışılmıştır. Ayrıca çalışmamızda, kâr payının hesaplanması ve uygulamada karşılaşılan şekliyle kârın, yedek akçe ve kâr payı ilişkisine de değinilmiştir.

I. KÂR PAYI KAVRAMI VE UNSURLARI

A. Pay Kavramı

Şirketler hukukuna hâkim ilkeler bakımından pay birden fazla anlam ihtiva etmekte ve doktrinde birçok tanımı yapılmaktadır. Pay, anonim şirketler hukukunun çatısını oluşturan, belirleyici ve teknik özellikler taşıyan en temel kavramlardan biridir^[2]. Pay kavramının sahip olduğu önemin altında yatan nedenlerin başında, pay sahipliği sıfatını kazanmanın, kâr ve zarara katılma gibi pay sahipliği haklarından yararlanmanın ve borç yüklenmenin pay kavramına bağlanmış olması yatmaktadır. Nitekim kârın dağıtılmasındaki temel ölçü de sahip olunan pay miktarıdır. İtibari değeri eşit olan paylar eşit pay sahipliği hakkı verir. Anonim şirketler tarafından ihraç edilen imtiyazlı paylar ise (TTK m.478/1) bu kuralın istisnasını teşkil eder. TTK'da imtiyazın; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda tanınabileceği düzenleme altına alınmıştır (m. 478/2). Buna göre; imtiyazın kâr payına tanınması halinde kendilerine imtiyaz tanınan pay sahipleri diğerlerine göre kâr payına katılma anlamında bir önceliğe sahip olmaktadır^[3].

Ticaret hukuku anlamında pay; kuruluş veya sermaye artırımı kararının tescili ile doğan, sermayenin ve pay sahipliği hakları ile borçlarının bir kaynağı olan kural olarak herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın devredilebilen itibari değer olarak tanımlanabilir^[4].

Bir başka görüşe göre ise pay kavramının üç anlamı bulunmaktadır. Bunlar; esas sermayenin bir parçası olması, senede bağlı olması^[5] ve ortaklık

[2] **TEKİNALP**, Ünal (**POROY**, Reha/**ÇAMOĞLU**, Ersin): Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul-2019, s. 615; **İMREGÜN**, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul-1989 (Anonim Ortaklıklar), s. 273.

[3] **PULAŞLI**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, Ankara-2017, s. 583.

[4] **AYHAN**, Rıza/**ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara-2019, s. 410.

[5] *Anonim şirketlerde pay, hamiline ya da nama yazılı pay senedine bağlanabileceği gibi (TTK m. 484), kural olarak senede bağlanmaksızın (çıplak pay) da hukuki*

statüsünü temsil etmesi olarak gösterilmektedir^[6]. Kanaatimizce de pay; anonim şirketlerde pay sahipliği sıfatını kazanmak, hak ve borçların sahibi olmak bakımından en önemli ölçüt olduğundan^[7], birçok anlamı içinde barındırmaktadır.

B. Kâr Kavramı

Sözlük anlamı olarak kâr, “...[A]lışveriş işlerinin sağladığı para kazancı, maliyet fiyatı ile satış fiyatı arasındaki fark”^[8] olarak tanımlanmaktadır. Vergi hukukundaki anlamıyla kârı ise, “...[I]şletmenin ilgili hesap dönemi sonunda öz sermayesinin aynı hesap dönemi başındaki öz sermayesi ile karşılaştırılması sonucu elde edilen farka, dağıtılan kârlar ve işletmeden çekilen kıymetlerin eklenmesi ve işletme sermayesine eklenen kıymetlerin bu farktan düşülmesi yoluyla bulunan olumlu tutar” şeklinde tanımlamak mümkündür^[9].

Diğer yandan ticaret hukuku bakımından kâr; “...[Y]ıllık hesap dönemi içinde ticari işletmenin gerçekleştirdiği iktisadi faaliyetler sonucunda, o yılın kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi vermesi ile pay sahiplerine dağıtılmaya ayrılan tutar”^[10] olarak tanımlanabilir.

Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkelerine göre bir hesap döneminin kârını şu şekilde ifade etmek mümkündür: Kâr = (Net Satışlar + Diğer Faaliyetlerden Olağan Gelirler ve Kârlar + Olağandışı Gelir ve Kârlar) – (Satışların Maliyeti + Faaliyet Giderleri + Diğer Faaliyetlerden Olağan Gider

işlemlere konu olabilir. (AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 410) “Çıplak pay” kavramı kanuni bir terim olmayıp senede bağlanmamış payları nitilemek amacıyla Yargıtay kararlarında ve öğretide yer edinmiştir. Bu yönde bkz: **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 764; **BAHTİYAR**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bastı, İstanbul-2019, s. 274.

[6] **BAHTİYAR**, s. 112.

[7] **KARSLIOĞLU**, s. 24.

[8] <http://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.07.2019).

[9] **GÜNDOĞDU**, Burhan: Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Muhasebeleştirilmesi, *Vergi Dünyası Dergisi*, Y. 2004, S. 279, s. 55.

[10] **İMREGÜN**, Anonim Ortaklıklar, s. 290-291; **KARSLIOĞLU**, s. 40; **CANÖZÜ**, Salih: Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Bastı, Ankara-2016, s. 54-55.

ve Zararlar + Finansman Giderleri + Olağandışı Gider ve Zararlar)^[11]. Ticari kâr da denilen bu kârdan ödenmesi gereken vergi düşüldükten sonra bulunan kâra, “*Dağıtımdan Önceki Kâr*” denilmektedir^[12]. Ticaret hukuku ile vergi hukuku ilkeleri arasındaki farklılıklar nedeniyle kâr tutarının belirlenmesinde farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

Zira kanun koyucu TTK’da kârı tanımlarken üçüncü kişilerin hak ve çıkarlarını, vergi kanunlarında 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 kârdır^[13]. Kanaatimizce de ticaret hukuku bakımından kâr kavramı kısaca, “*Şirketin bir hesap dönemi içerisinde gerçekleştirdiği ticari faaliyetler dolayısıyla elde ettiği gelirlerin (aktif), giderlerinden (pasif) fazla olması ile bilançoda gözükken olumlu mali artış*” olarak tanımlanabilecektir.

C. Kâr Payının Tanımı

Öğretide kâr payı ile ilgili çeşitli tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre kâr payı, “...[D]ağıtılmasına genel kurul tarafından karar verilen kârın her bir pay sahibine şirket tarafından ödenmesi gerekli ve tutarı belli olan kısım^[14] olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir başka tanıma göre ise kâr payı, “... [P]ayın hukuki semeresi ve belli dönemlerde ona bağlı olarak ortaya çıkan mali nitelikteki geliri”^[15] olarak karşımıza çıkmaktadır. Muhasebe disiplini bakımından genel bir tanım vermek gerekirse kâr payı; “... [B]ir şirketin bir yıllık faaliyet dönemi sonucunda elde ettiği, genel kurul tarafından karar verilen dağıtılabilir net dönem kârı üzerinden yasal karşılıklar ve serbest yedek akçeler çıkarıldıktan sonra şirketteki sermayeleri oranında her pay sahibine ödenmesi gerekli para”^[16] olarak tanımlanabilir.

[11] ERDAMAR, Cengiz: Anonim Ortaklıklarda Kârın Dağıtımı ve Vergilendirilmesi, İstanbul-1984, s. 17.

[12] TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 697.

[13] KARSLIOĞLU, s. 41.

[14] ÜNAL, O. Kürşat: Sermaye Piyasası Mevzuatında Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler, Yaklaşım Dergisi, S. 64, Eylül-1998, s. 43; KARSLIOĞLU, s. 49; CANÖZÜ, s. 23-24.

[15] ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, C. IV-V, İstanbul-1960, s. 212.

[16] KARAYALÇIN, Yaşar: Muhasebe Hukuku, Kavramlar, İlkeler, Başlıca Sorunlar, Yeni Gelişmeler, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara-1988,

Her ne kadar TTK'nın ilgili maddelerinde kâr payı tanımı yapılmamış olsa da Kâr Payı Tebliği'nin^[17] 3'üncü maddesinin I-f 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 payının tanımı yapılmıştır^[18]. Ayrıca, doktrinde birçok yazar tarafından da tanımı yapılan kâr payı, en önemli mali hak ve ortaklar tarafından şirkete ödenen sermayenin bir semeresi^[19] olarak nitelendirilmektedir.

Yukarıdaki tanımlardan ve TTK'nın muhtelif maddelerindeki düzenlemelerden de açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, anonim şirketlerde “*pay*” ve “*pay sahibi*” olma olgusu kâr dağıtımında esas alınacak asli ve en önemli unsurdur^[20]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; kârdan pay alacak kişiler yalnızca pay sahiplerinden ibaret değildir. İleride de değinileceği üzere, intifa hakkı veya intifa senedi sahiplerine, kuruculara ve yönetim kurulu üyelerine kârdan pay ödenebilir veya pay ayrılabilir. Dolayısıyla kâr payı kural olarak pay sahiplerine ödenen tutar olmakla birlikte, esas sözleşmede hüküm bulunması ve kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde pay sahibi olmayan diğer ilgililere de kârdan pay ödenebilecektir. Bu yaklaşımla finansal açıdan da kâr payının; “... [P]ay sahipleri ile kâra katılan diğer kimselere dağıtılmasına karar verilen kârdan, bu kişilerin her birine düşen payı” ifade ettiği söylenebilir^[21].

D. Kâr Payı Hakkı

Kâr payı, para ile ölçülebilen bir değeri, “*malvarlıksal/mali bir hakkı*” ifade etmektedir. TTK'nın 508'inci maddesine göre pay sahibi bu hakkını, sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak, bir başka anlamıyla ödediği sermaye miktarına göre kullanmaktadır. Kural bu olmakla beraber esas sözleşmede bazı paylara kâr payına katılma hakkında imtiyaz

s. 138-140.

[17] RG. 23.01.2014, S. 28891.

[18] CANÖZÜ, s. 23.

[19] BAHTİYAR, s. 295.

[20] PULAŞLI, s. 615 vd.

[21] ATEŞAĞAOĞLU, Erdem: Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, İstanbul-2012, s. 17.

tanınmışsa, bu paylar için kâr payına katılma hakkı, imtiyaz dikkate alınarak, farklı olacaktır (TTK md. 507/2)^[22].

Yapılan açıklamalar ışığında; “*kâr payı hakkı*” genel olarak faaliyet yılı sonunda dağıtılmaya tahsis edilmiş net dönem kârının varlığı halinde, genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre kârın dağıtılması kararı alması üzerine pay sahiplerinin esas sermayedeki payları oranında talep etmesi mümkün olan alacak haklarıdır^[23]. Bir başka ifadeyle kâr payı, hesap dönemi sonunda dağıtılabılır bir kârın olması halinde, şirkete koymuş oldukları sermaye payı karşılığında pay sahiplerine ödenecek paradır^[24].

Kâr payının pay sahibinin vazgeçilmez haklarından^[25] biri olması nedeniyle, ancak esas sözleşmeye konulacak hükümler ve TTK’nın 523’üncü maddesinde gösterilen istisnai nedenlerin varlığının ispatı halinde şirket kâr dağıtmaktan kaçınabilecektir. Ancak bu durum, kârın tamamının pay sahiplerine dağıtılması biçiminde de düşünülemez. Zira şirketler; yöneticileri aracılığıyla, ticari hayatın olağan risklerine, ileride karşılaşılabilecek muhtemel tehlikelere karşı önlem olarak içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki çevreye ve ileriye dönük planlarına göre kâr dağıtım politikası oluştururlar.

Diğer taraftan, pay sahibinin sahip olduğu kâr payı alma hakkı, dağıtılan kâr üzerinden belli oranlarda vergi alan Devlet açısından da önemlidir. Vergi kanunlarında dağıtılacak kârın ayrıca vergilendirilmesi gerektiğine ilişkin

[22] **BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa-2013, s. 204.

[23] **KARSLIOĞLU**, s. 51.

[24] **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 428; **KARSLIOĞLU**, s. 51-52.

[25] Kâr payının vazgeçilmez niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: **PULAŞLI**, s. 616; **CANÖZÜ**, s. 40-41; Ayrıca, Yargıtay 11. H.D. 13.02.2015 tarihli ve E: 2014/14684, K: 2015/1919 sayılı kararında; “*Her ticaret ortaklığı gibi anonim ortaklığın da nihai amacı kar elde edip ortaklarına dağıtmaktır. Bu amaç, anonim ortaklığı, çeşitli kanunlardaki kişi birliklerinden ayıran, “müşterek gaye” kıstasından ve “ortaklık” kavramından doğar. Başka bir deyişle, anonim şirket kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulur ve kâr elde etmek ve paylaştırmak nihai amacını elde etmek hedefine yönelir. Ortaklığın bütün organları bu nihai amaca uygun kararlar almak zorundadır. İşte, şirketin kâr elde etmek ve dağıtmak nihai amacından doğan kâr payı, vazgeçilmez bir haktır, (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu-Ortaklıklar ve Koop. Hukuku 8. bası s. 487).*” hükmüyle buna vurgu yapmıştır. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 06.08.2019).

hükümler mevcuttur^[26]. Örneğin vergi daireleri gerçek kişilere dağıtılan kâr payları üzerinden %15'ten %35'e kadar değişen oranda gelir vergisi kesintisi yapmaktadır^[27]. Vergi uygulamalarına ilişkin hususlar çalışmamızın dışında olduğundan burada yapılan açıklamaların detaylarına yer verilmemiştir. Bu açıdan bakıldığında; kârın tespiti ve kimlere nasıl dağıtılacağı sorunu; şirketi, pay sahiplerini, devleti, çalışanları hatta şirket alacaklılarını da doğrudan ilgilendirmektedir. Başka bir deyişle kârın hesaplanması birçok grup için önem arz eden bir konudur.

II. KÂR PAYININ HESAPLANMASI

TTK'nın 508'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmüne göre; esas sözleşmede aksine bir hüküm yok ise kâr ve tasfiye payı, pay sahibinin, sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir. Diğer bir ifadeyle pay sahibi sermaye payını ödemediği oranda kâra iştirak eder. Diğer taraftan TTK'nın 508'inci maddesinin 1'inci fıkrası "...[E]sas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa..." ifadesiyle şirket esas sözleşmesi ile kâr payının hesaplanması ve dağıtımına ilişkin usullerin kanundan farklı şekilde düzenlenebilmesine olanak tanımıştır. Buna göre şirket esas sözleşmesinde, pay sahiplerinin kâr payına hangi usullerle katılacağı belirlenebilecektir. Ancak esas sözleşme ile getirilebilecek bu yöndeki bir düzenleme, elbette ki tüm pay sahiplerine aynı şartlar altında, herhangi bir ayırma tabi tutulmaksızın ve eşit işlem ilkesine uygun olarak getirilebilir^[28]. Esas sözleşmede pay sahiplerinin sermaye payını ödemiş olup olmadığına bakılmaksızın payları oranında kâr payına katılacakları düzenlenebileceği gibi, yine esas sözleşmeye konabilecek bir hükümle, kâr payı dağıtımının sermaye ödemelerine orantılı değil, payların itibari değerine göre yapılması da karara bağlanabilir^[29]. Konu doktrinde tartışmalıdır. Örneğin TEKİNALP^[30] "*Gerçekten, bazı*

[26] 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (RG. 13.06.2006 S. 26205) ("KVK") md. 15; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (RG. 31.12.1969 S. 10700) ("GVK") md. 37-38.

[27] CANÖZÜ, s. 64; GVK md. 103.

[28] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 514 vd; NOMER, Füsün: Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul-1998, s. 471; KARSLIOĞLU, s. 71.

[29] ÇOLAK, Mustafa: Anonim Şirketlerde Kâr Payı Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale-2009, s. 41; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 514; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 698-699.

[30] TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 699.

pay sahipleri pay bedelinin tamamını bazıları da dörtte birini ödedikleri halde hepsi için kâr payının hesabında itibari değeri esas kabul etmek, pay bedelinin tamamını ödeyenlere haksızlık teşkil ederdi. Ancak TK m. 508 aksinin esas sözleşmede öngörülmesine cevaz vermiştir. Şöyle ki; kârın dağıtımında pay bedeline mahsuben yapılan ödemeler değil de itibari değerinin esas alınacağı, esas sözleşmeye konulabilir. Bu halde de eşit işlem ilkesinin ihlal edilmemesi gerekir” demek suretiyle, kâr payının hesaplanmasında itibari değerinin esas alınabileceğini ancak eşit işlem ilkesine aykırı davranılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Aksi yönde YILDIZ^[31] ise “... [A]ksine sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde kâr payının pay sahiplerinin esas sermayeye oranla yapmış oldukları ödemelere göre tespit edileceğini, böylece taahhüt ettiği sermayenin tamamını ödeyen pay sahibinin kâr payı hakkı ile yarısını ödeyen pay sahibinin kâr payı hakkı arasında fark olacağını, aksi takdirde eşit işlem ilkesine aykırılık oluşacağını, aksine bir düzenlemenin esas sözleşmeye konulabileceğini, anılan şekilde bir düzenlemenin esas sözleşmede yer almasının eşitlik ilkesini ihlal etmiş olma anlamına gelmeyeceğini, zira her şeyden önce kuralın emredici olarak düzenlenmediğini ve pay esas alınmak suretiyle farklı hesap tarzının kabul edilmesine müsaade edilmiş olduğunu, böylece payların tamamının bedellerinin ödeninceye kadar böyle bir farklılığın geçerli olduğunu” ileri sürmektedir^[32]. Kanunun açık lafzı ile şirketin ihtiyaçlarına göre esas sözleşmeye aksi şekilde hüküm konabileceği düzenleme altına alınmıştır. Pay sahiplerinin iradelerinin bu yönde olması halinde, kanaatimizce de kâr payının hesaplamasında, sermayenin ödemesinin değil, taahhüt edilmesinin yeterli olacağı ve kâr payı ödemelerinde taahhüt edilen oranların esas alınacağı hususu esas sözleşmeye hüküm olarak konabilir^[33].

TTK'nın 508'inci maddesi uyarınca esas sözleşmeye, yukarıda değinildiği üzere, kanundaki düzenleme dışında hüküm konulabilir. Ancak bu düzenlemenin iyi niyet ve dürüstlük kurallarına da aykırı olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce esas sözleşmede, **eşit işlem ilkesine**^[34], **iyi niyet**

[31] YILDIZ, Şükrü: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara-2004, s. 141.

[32] ÇOLAK, s. 40.

[33] KARSLIOĞLU, s. 71-72.

[34] 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

ve dürüstlük kurallarına ve hukukun temel ilkelerine aykırı olmayacak şekilde, kâr payı dağıtımı konusu düzenlenebilir. Benzer yaklaşımla eğer esas sözleşmede, kâr payında imtiyaz tanınan paylar varsa, bu imtiyazlar^[35] da elbette geçerli olacaktır.

TTK'nın 508'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre ise yıllık kâr bilanço'ya göre belirlenecektir. Bir başka deyişle, pay sahibine ödenecek kâr payı hesabında, anonim şirketin bir yıllık dönemdeki faaliyetleri sonucunda kazanç ve zarar miktarına ulaşmak için hazırlanan ve usulüne uygun düzenlenen yıllık bilanço^[36] esas alınacaktır. Genel olarak bilanço; "...[A] nonim şirketin, belli iki tarih arasındaki malvarlığı değişikliğini başka bir deyişle mali durumunu gösteren tablodur" ifadesiyle tanımlanabilir^[37].

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. (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) ("**Gerekçe**"). Ayrıntılı bilgi için bkz: **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 354-357; **PULAŞLI**, s. 282-284; 439-441; **BİLGİLİ, /DEMİRKAPI**, s. 514 vd; **KIRCA**, İsmail/**ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara-2013, s. 131-152; Yargıtay 11. H.D.'si 08.04.2019 tarihli ve E: 2018/353, K: 2019/2685 sayılı karar (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 06.08.2019).

- [35] **İmtiyazlı paylarla** ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 635 vd.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 414 vd.; TTK'nın 478'inci maddesine göre; "**İmtiyaz**; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır".
- [36] **YILDIZ**, s. 143; TTK'nın "**Bilançonun İçeriği**" başlıklı 73'üncü maddesinde; "*Türkiye Muhasebe Standartlarında aksi öngörülmemişse bilançoda, duran ve dönen varlıklar, özkaynaklar, borçlar ve dönem ayırıcı hesaplar ayrı kalemler olarak gösterilir ve yeterli ayrıntıya inilerek şemalandırılır. Duran varlıklar içinde işletmeye devamlı surette tahsis edilmiş bulunan varlıklar yer alır*" hükmü bulunmaktadır. Türkiye Muhasebe Standardı-1 (Finansal Tabloların Sunuluşu) 77'nci maddede "**Bilanço**, bir işletmenin belli bir tarihte sahip olduğu varlıklar ile bu varlıkların sağlandığı kaynakları gösteren finansal tablo" olarak tanımlanmıştır.
- [37] **İMREGÜN**, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 12. Bası, İstanbul-2001 (Kara Ticaret Hukuku), s. 391; **AYBOĞA**, Hanifi: Mali Durum Tablosu ve Kurumsal Yapısı (Teori ve Türk Ticaret Kanunu Açısından İrdelenmesi), *Mali Çözüm Dergisi*, S. 57, Y. 2001, s. 53; TTK'nın 68'inci maddesinde, bilançonun genel işlevi ve kapsamına gönderme yapılmaktadır. Maddeye göre bilanço; "*tacirin varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren*" finansal

Ancak uygulamada, bilançonun, ticari ve mali bilanço şeklinde iki ayrı tipi olduğu^[38] ifade edilmekle birlikte, çalışma konumuzla sınırlı olarak, burada bu sınıflandırmadan bağımsız olarak bilanço^[39] ifadesi kullanılacaktır^[40].

tablodur. Aynı maddenin 2'inci fıkrasında, yılsonu finansal tabloların; bilanço ve gelir tablosundan oluştuğuna da vurgu yapılmıştır.

[38] **SARIKAYA**, İrfan: Ticari Kâr-Mali Kâr Ayrımında Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğ ve Ticari Kârdan Mali Kâra Geçiş, *Vergi Dünyası*, S.158, Ekim-1994, s. 45; “**Ticari Bilanço**: İşletmelerin, ticaret hukuku ve sermaye piyasasında faaliyet gösteren anonim ortaklıklar ve yardımcı kuruluşların sermaye piyasası mevzuatı hükümlerini de göz önüne alarak düzenledikleri bilançodur. **Mali Bilanço**: İşletmelerin, vergi hukuku kurallarını göz önüne alarak düzenledikleri bilançodur”.

[39] Kanaatimizce ifade edilen, **Ticari-Mali bilançodan ziyade, Ticari-Mali kârdır**. Çünkü esasında bilanço şirketlerde normal şartlarda, yıllık işlemler için bir kez tanzim edilir. Mali açıdan tamamen vergi kanunlarına göre bilanço kalemleri değerlendirilir ve bu bilançoda bazı kalemler matrah hesabında dikkate alınmaz. Bazı giderler matrahtan indirilirken, bazıları ise “Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler” hesabında takip edilerek, matrahtan gider olarak indirilmez. Dolayısıyla mali kârda verginin, vergi kanunlarına ve vergi idaresinin yaklaşımına uygun şekilde hesaplanması amaçlanır. Ticari kâr ise çok genel olarak, finansal açıdan muhasebe ve işletme bilimlerinin kabul ettiği ilkelere göre, gerçek bir kârın var olup olmadığı konusunda ilgilendirir. **Ticari kârda şirketin yapmış olduğu tüm giderler (belgeye dayanmak ve gerçek durumu yansıtması şartıyla) gelirden indirilebilmektedir. Bu nedenle bizce bilanço tek olmasına rağmen, bilanço içindeki hesapların tanzim ve kaydı ile yorumlanması, ticari veya mali kârın tespitinde birbirinden farklı sonuçlar doğuracak, farklı yaklaşımların uygulanmasını gerektirecektir.**

[40] **ACAR**, Fatih: Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa-2005. s. 23; Yazar çalışmasında bu ayrımın varlığına işaret etmiş ancak bu ayrımın isabetli olmadığına vurgu yapmıştır: “*İktisadi hayatın gereklerine göre tanzim olunan mali tabloların devletin vergi alacağını teminat altına almak bakımından konan kurallara her zaman paralellik göstermeyebileceği dikkate alınarak vergi matrah ve hesaplarının ayrıca yapılması doğru ve tutarlı bir davranıştır. Bu suretle mali tabloların ve dolayısıyla işletme bilançosunun mali otoritenin koyduğu kurallardan bağımsız olarak hazırlanan “ticari bilanço”da yer alacağını, vergiye ilişkin düzenlemelerin ise bu bilanço rakamlarının mali mevzuat ve vergi kanunlarının emredici kurallarına göre düzeltilmesi suretiyle ortaya çıkacağını kabul etmek gerekir. Uygulamada ticari esaslara göre hazırlanan “ticari bilanço” yanında, mali mevzuata göre hazırlanan “mali bilanço” tabirleri kullanılmakla beraber söz konusu tabirlerde bir miktar hata payı olduğu kanısındayız. Zira işletme bilançosu genel kurulca kabul edilen tek metin olup aynı işletme için farklı bilançolardan bahsedilmesinin hukuken geçerli olmadığı düşüncesindeyiz. Bilanço tek olmakla beraber, bilançodaki kârın (ticari kâr) mali mevzuata uygun hale getirilmesi suretiyle hesaplanan farkın mali kâr olarak ifadesi mümkündür.*

TTK'nın 78'inci maddesinde bilanço hazırlama esaslarının nasıl olması gerektiği hüküm altına alınmış olup; bilançonun gerçeği yansıtacak şekilde hazırlanması görevi yönetim kuruluna verilmiştir^[41]. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre de bilançonun gerçeği yansıtma ifadesi desteklenmektedir. Bu kararlara göre; bilanço ve diğer finansal raporlar gerçeği yansıtmıyorsa, bu hallerde yönetim kurulunun ibrası da geçerli bir ibra olmayacaktır^[42]. Dolayısıyla, yönetim kurulu Türkiye Muhasebe Standartları'na^[43] ve TTK

Bu suretle ticari ve mali bilanço tabirleri yerine ticari ve mali kâr kavramlarının kullanılması daha uygundur”.

- [41] TTK'nın 375, 514 ve 515'inci maddeleri.
- [42] **ÇAMOĞLU (TEKİNALP/POROY)**, s. 461; Yargıtay 11. H.D.'si 06.05.2019 tarihli ve E: 2018/1766, K: 2019/3423 sayılı kararı; Yargıtay 11. H.D.'si 29.04.2019 tarihli ve E: 2018/891, K: 2019/3271 sayılı kararı; (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 06.08.2019); **İbra** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 602 vd.
- [43] **TMS'ye göre bilanço** 1. Finansal Durum Tablosu'na göre işletmenin bütün varlıklarının ve kaynaklarının uzun vade, kısa vade ayrımı ile Duran Varlıklar, Dönen Varlıklar ve Özkaynaklar başlıkları altında detaylı olarak bilançoda gösterilmelidir. TTK'nın 64'üncü maddesinin 5'inci fıkrası 6335 sayılı yasa ile değişiklik sonrası; *“Bu Kanuna tabi gerçek ve tüzel kişiler, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun defter tutma ve kayıt zamanıyla ilgili hükümleri ile aynı Kanunun 175'inci ve mükerrer 257'nci maddelerinde yer alan yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. Bu Kanunun defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri 213 sayılı Kanun ile diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez”* şeklini almıştır. Bu değişiklikten sonra Kamu Gözetim Kurulu'nun belirlediği ilkelere göre dönem net kârı tespit edileceği ve kâr dağıtımının da TTK'nın belirttiği karşılıklar (vergi dâhil) ayrılarak yapılacağı sonucuna ulaşıyoruz. **Kamu Gözetim Kurulu**'nun temel görevi, TTK kapsamında Bağımsız Denetim'e tabi şirketlerin denetim ilkelerini ve muhasebe esasları ile bilanço dâhil diğer mali tabloların hazırlama esaslarının belirlenmesidir. Bu kapsamda, Bağımsız Denetim'e tabi olan şirketlerin hazırlamak zorunda olduğu (diğerleri ise hala uygulamada olan bilanço ve gelir tablosunu hazırlamaktadırlar) gelir tablosu örnekleri yayımlanmıştır. Bahse konu örnek bilançonun **“Sürdürülen Faaliyetler Vergi Öncesi Kârı/Zararı”** ana hesabının alt kalemlerin; **“Sürdürülen Faaliyetler Vergi Gideri/Geliri”**, **“Dönem Vergi Gideri/Geliri”** ve **“Ertelenmiş Vergi Gideri/Geliri”** olarak gösterilmiştir, (Türkiye Muhasebe Standartlarının Uygulanmasına Yönelik İlke Kararı, S. 2019/1, s. 4-9.).

hükümlerine göre, gerçeği yansıtan, dürüst resim ilkesine^[44] uygun bilanço hazırlayacaktır. Kâr dağıtımını da nihayet, gerçeği yansıtan, doğru bir bilançoya göre yapılacaktır^[45].

TTK'nın 509'uncu maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre, anonim şirketlerde kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. Bu nedenle kâr payının hesaplanmasında önem arz eden “*net dönem kârı*” ve “*serbest yedek akçeler*” kavramlarının öncelikle dikkate alınarak, usulüne uygun şekilde belirlenmesi gerekir^[46].

A. Kâr Payının Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Kâr (Net Dönem Kârı)

TTK'nın 509'uncu maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre anonim şirketlerde kâr payı ancak *net dönem kârından* ve *serbest yedek akçelerden* dağıtılabilir. Mülga 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, TTK'da kâr payının ancak “*net dönem kârından*” dağıtılacağı yönündeki açık düzenleme; kâr payının dağıtımına esas teşkil edecek kârın belirlenmesine yönelik uygulamada karşılaşılan tereddütleri açıklığa kavuşturmuştur. Kanun koyucu bununla birlikte, kâr payının belirlenmesinde dikkate alınacak net dönem kârı ile kastedilenin ne olduğunu da gerekçede açıkça ifade etmiştir^[47].

[44] 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.

[45] **YASAMAN**, Hamdi: Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, Cilt: II, İstanbul-2013, s. 215.

[46] **PULAŞLI**, s. 616; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 428-429.

[47] TTK'nın 509'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gerekçesi şu şekildedir: “*Tasarının ikinci fıkrası da, 6762 sayılı Kanununun 470 inci maddesinin ikinci fıkrasından esinlenerek kaleme alınmıştır. İlk değişiklik Tasarıdaki “net dönem kârından” ibaresi ile yapılmıştır. Mevcut metindeki “safî kâr” terimi uygulamada ve öğretide açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir. “Safî” sözcüğü açık olmakla birlikte “kâr” kavramının bir sıfatla tanımlanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Hangi kâr? Dönem kârı mı yoksa bilançoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilançodaki kâr mı? “Dönem kârı” bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklıktadır. “Net” kelimesi ise Tasarının başka maddelerinde kullanılan ve uluslararası literatürde geçerli olan terim ile de uyumu sağlamaktadır. İkinci fıkrada, olağanüstü, yani genel kurulun kendi takdiri ile ayırdığı yedek akçeler dahil, şirketin isteğiyle ayrılan tüm yedek akçeler uygulamamızda “dağıtılmak amacıyla” ayrıldıkları belirtilmeden “amaçsız olarak” yedek akçe hesabına alınmaktadır. Başka bir deyişle, şirketin iradesi gereği yedek akçe hesabına alınan kârlarda “dağıtılma*”

Kanunun madde ve gerekçesinin açık ifadesine göre net dönem kârı, özete bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kârdır. Bu sebeple kâr payına esas olacak net dönem kârına ulaşabilmek için geçmiş yıl zararlarının öncelikle karşılanmış olması gerekir^[48]. Ancak burada zararın kârdan mahsup edilmesi, zararların vergi kanunları uyarınca ilerideki kârlardan (matrahtan^[49]) indirilmesine engel teşkil etmeyecektir. Nitekim Gerekçede de belirtildiği şekilde sermayenin korunması ilkesi gereğince^[50], anonim şirkette bilançoda geçmiş yıl zararları varken yıllık kâr dağıtılamayacaktır. TTK'nın 509'uncu maddesinin lafzından ve gerekçesinden anlaşıldığına göre de kâr dağıtımını

amacı” hiçbir zaman belirtilmemektedir. Böyle bir uygulama yoktur. Bu sebeple yorum güçlüklerine ve bazı yanlış anlamalara yol açmamak için Tasarıda “serbest yedek akçelerden” ibaresi tercih edilmiştir. Kâr payı, vergisi verilmek şartıyla, yeniden değerlendirme, enflasyon düzeltmesi gibi fonlardan da dağıtılabılır. Ancak, bunlar Tasarıda düzenlenmemiş, dağıtım kuralları ilgili mevzuatta öngörülmüştür. Bu sebeple anılan fonları ayrıca zikretmek gereği duyulmamıştır. Tasarıdaki “net dönem kârı” ibaresiyle her şeyden önce bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kâr kastedilmiştir. Anonim şirkette, bilançoda geçmiş yıl zararı/zararları varken, yıllık kâr dağıtılamaz. Bu yasak sermayenin korunması ilkesi gereğidir ve anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır. “Net kâr”ın vergi öncesi veya vergi sonrası kârı ifade etmesi ise bir şirketler hukuku sorunu değildir”. (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 (“Gerekçe”), s. 188-189),

[48] İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku, s. 191; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 518; CANÖZÜ, s. 61.

[49] **Matrah**; Bir verginin miktarını belirlemek için temel olarak alınan değer olarak tanımlanmaktadır. www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 29.07.2019).

[50] TTK'nın Genel Gerekçesi'nin 57 No'lu başlığı altında, **sermayenin korunması ilkesi** ile bilanço arasında sıkı bir bağ olduğunu ve **kâr dağıtımının sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde yapılması gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir**: “IFRS'in temelinde yatan düşünce, bilançonun, sadece, bir işletmenin finansal durumu ile bu hususta meydana gelen değişiklikler hakkında bilgi verme işlevini haiz olduğudur. Buna karşılık, Kara Avrupası anlayışında, bilançonun bu tür bilgilendirme yanında, en az bunun kadar önemli bir diğer görevi de, sermayenin iade edilip edilmediğini, sermayeye faiz verilip verilmediğini, yıllık kârın kanun ve esas sözleşmeye göre kullanılıp kullanılmadığını, dağıtılanın kâr olup olmadığını, sermayenin zararlarla yitirilip yitirilmediğini, kâr dağıtımının sermayeden ve sermayenin güvencesi olan yedeklerden yapılıp yapılmadığını da ortaya koymasındır. Yani Avrupa anlayışında, sermayenin korunması ilkesi ile bilanço arasında sıkı bir bağlantı vardır. Şimdi AB üyesi devletler IFRS'i konsolide olmayan bilançolara da uygularlarsa, sermayenin korunması ilkesinden özeride bulunup bulunmayacaklarının değerlendirmesini yapmaktadırlar”, (Gerekçe, s. 22).

net dönem kârından yapılacaktır. Ancak net dönem kârının kapsamıyla ilgili olarak; net dönem kârının vergi öncesi kâr mı, yoksa vergi sonrası kâr mı olduğu konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Kanaatimizce bu konunun madde gerekçesinde açıklanmış olması gerekirdi. Ancak gerekçede bu hususun bir “*şirketler hukuku sorunu olmadığı*” ifade edilerek, konu cevapsız bırakılmıştır.

Kâr payı net dönem kârından ödeneceğine göre net dönem kârının doğru bir şekilde ortaya konulması zorunludur. Net dönem kârının, vergi sonrası kâr olduğu, başka bir ifadeyle dağıtımına konu olacak kârın ancak vergiler düşüldükten sonra ulaşılabilecek kâr olduğu doktrinde çoğunlukla ifade edilmiştir^[51]. Ancak bazı yazarlara göre, net dönem kârı vergi öncesi kârı ifade etmektedir^[52]. Çalışma konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için burada bu tartışmaların ayrıntısı ele alınmayacaktır. Şirketler, Türk vergi mevzuatına göre, geçici vergi düzenlemesi ile vergiyi önceden (peşin olarak) mali yıl içerisinde öderler^[53]. Dolayısıyla kâr dağıtımını yapılmadan önce, başka bir deyişle net dönem kârı hesaplaması tamamlanmadan önce, geçici vergi sistemiyle vergiler ödenmiş olmaktadır. Fiili olarak yapılan bir ödemenin, vergi ödemesi bile olsa, net dönem kâr hesabında dikkate alınmaması gerçeklikle çelişmektedir. Yalnızca bu nedenle bile, net dönem kârından kastın vergi sonrası net kâr olduğu bizce söylenebilir.

Kârın tespiti için öncelikle bilançonun çıkartılması ve bilançonun da dürüst resim ilkesine göre gerçeği yansıtması gerektiği yukarıda gerekçeleri ile ifade edilmişti^[54]. Bilançoların tanzimi ülkemizde Tek Düzen Hesap Planı’na^[55] ve Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkelerine göre yapılmaktadır. Bilanço da da vergi indirildikten sonra yapılacak hesaplama ile net dönem

[51] **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 697; **CANÖZÜ**, s. 63; **ERDAMAR**, s. 39; **ERİMEZ**, Rüşti: Şirketlerde Kâr Dağıtımını Yedek Akçeler ve Vergilendirme, 3. Bası, İstanbul-1985, s.133; **ÖZER**, Işık: Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları, Ankara-2013, s. 232; **PULAŞLI**, s. 616.

[52] **AŞCI**, Oğuzhan: Anonim Ortaklıklarda Kâr ve Kârın Dağıtımını, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2009, s. 15; **ÇEVİK**, O. Nuri: Anonim Şirketler, 4.Bası, Ankara-2002, s.1024.

[53] KVK md. 32; GVK mükerrer madde 120.

[54] **Dürüst resim ilkesi** ile ilgili bkz: **ULUSOY**, Erol: Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Ankara-2014, s. 52; **TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 524.

[55] **Tek Düzen Hesap Planı** çerçevesi için bkz: www.gib.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.08.2019)

kârına ulaşılır^[56]. Türkiye'deki bilanço tekniğinde, net dönem kârının vergi sonrası hesaplama ile oluştuğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kaldı ki; bilanço ve muhasebe tekniğinin dayanağı olan Tek Düzen Hesap Planı'nda; "590. Dönem Net Kârı; İşletmenin faaliyet dönemine ilişkin vergi sonrası net kâr tutarının izlendiği hesaptır" açıklaması bulunmaktadır. Muhasebe kayıtlarında yer alan 590 numaralı hesap "Dönem Net Kârı" adındaki hesap olup, bu hesap da vergi sonrası net kârın kaydının yapıldığı hesaptır^[57].

TTK hükümlerine göre, mali yıl bitimini müteakip üç ay içerisinde, bilanço ve diğer finansal raporlar tanzim edilerek, şirketin kâr ve zarar çalışması yapılır. Bu çalışma sonrasında kâr payı dağıtım gündemi ile şirket olağan genel kurulu toplanır. TTK'nın 408'inci maddesi uyarınca şirketlerin kâr dağıtımını ancak genel kurul kararlarıyla yapılabilmektedir. Dolayısıyla şirketler ancak usulüne uygun alınmış genel kurul kararı ile kâr dağıtımını yapabilirler. Bu kararlar olağan genel kurul kararı olabileceği gibi, olağanüstü genel kurul kararları da olabilir. Ancak uygulamada kâr dağıtım kararları çoğunlukla olağan genel kurullarda alınmaktadır. Dolayısıyla, kural olarak mali yılın kapanmasını müteakip kâr dağıtımını yapılmaktadır^[58]. Her durumda bilanço Tek Düzen Hesap Planı'na, vergi mevzuatına ve TTK'ya göre hazırlanacaktır. Bu nedenle de kanaatimizce net dönem kârı ifadesi uygulamada vergi sonrası kârı ifade etmelidir.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki; vergi, şirketler açısından önemli bir maliyettir. İdare, esasında şirketlerin kârından belli orandaki alacağını (vergi) peşinen (geçici vergi yoluyla) tahsil eden sabit bir alacaktır. Dolayısıyla, bu alacaklının borcunu ödedikten sonra, geri kalan kârdan, pay sahiplerine bir dağıtım yapılırken, sanki bu borç (vergi) ödenmemiş veya ödenmeyecek gibi bir hesapla dağıtım yapmanın uygun olmayacağını değerlendirmekteyiz. Verginin peşinen (geçici vergi) alınmadığını farz etsek de durum değişmez. Çünkü TTK'nın 519'uncu maddesine göre, ancak yedek akçe/akçeler ayrıldıktan sonra kâr dağıtımını yapılabilmektedir. Eğer şirket,

[56] KARSLIOĞLU, s. 78.

[57] **Tek Düzen Hesap Planı**'ndaki, hesap planı açıklamaları için bkz: www.gib.gov.tr (Erişim Tarihi: 03.08.2019).

[58] Olağanüstü genel kurullarda da ara bilanço çıkartılarak kâr dağıtımının yapılmasında ne TTK açısından ne de vergi kanunları veya muhasebe tekniği açısından bir engel bulunmaktadır.

kârının hepsini dağıtmaya karar verirse ve bu dağıtıma esas alınacak kâr vergi öncesi kâr olursa, şirketin kâr dağıtımından sonra vergisini ödemesi imkânsız hale gelecektir.

Yedek akçe ayrılmasının amacı, ayrılan bu yedek akçelerle şirketin üzerinde doğmuş veya doğacak olan verginin ödenmesi değildir. Yedek akçeler vergilerin ödenmesi amacıyla kullanılabilirse bile, yedek akçe tutarları vergi ödemeye yetmez ise, şirket tüm kârını dağıttığında vergiyi ödemesinin bir yolu da kalmayacaktır. Yukarıdaki örnek ve açıklamalardan da görüldüğü üzere ne muhasebe ilkeleri açısından ne de ticari hayatın gereklilikleri açısından, net dönem kârının vergiler düşülmeden hesap edilmesinin doğru olacağı değerlendirilmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında görülebileceği üzere, vergi ve muhasebe uygulamalarına göre vergi, kârın bir unsuru değildir. Bu açıdan vergi, kaydi olarak kârdan indirilen bir kalemdir. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun ("GVK")^[59] 38'inci maddesinde de kâr; "*Bilanço esasına göre ticari kazanç, teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet fark*" olarak tanımlanmıştır. Kâr dağıtımı bilançodaki öz kaynaklarda kaydedilmiş kârdan yapılır. Başka bir deyişle kâr, gelir tablosunda hesaplandıktan sonra, yine gelir tablosunda vergi karşılığı ayrılır. Daha sonra vergi sonrası net kâr olarak, bilançodaki öz kaynaklar arasına intikal ettirilir. Dolayısıyla, bilançoya aktarılan kârdan vergi ayrılmış olup; vergi sonrası net kâr olarak bilançoda kaydedilmiştir. Bu nedenle de TTK'daki "*net dönem kârı*" ifadesi vergi sonrası kârı ifade etmektedir^[60].

B. Kâr Payının Hesabında Yedek Akçeler

Kâr payı sadece net dönem kârından ve bunun için ayrılmış serbest yedek akçelerden dağıtılabılır (TTK m. 509/2). TTK ile getirilen bir yenilik, ilgili madde hükmünde, Mülga TTK'dan farklı olarak "*bu gaye için ayrılan yedek akçeler*" ifadesi yerine "*serbest yedek akçeler*" ifadesinin kullanılmasıdır. Kâr payı dağıtımı konusunda TTK ile getirilen bir diğer yenilik ise; gizli yedek akçe ayrılması ve bu kapsamdaki uygulamaların fiili olarak önüne geçecek düzenlemelerin kanunda yer almasıdır^[61]. Bu noktada yedek akçelerin hukuki

[59] RG. 06.01.1961, S. 10700.

[60] TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s.697.

[61] **Gizli yedek akçe** genel olarak Mülga 6762 sayılı TTK zamanında uygulamada karşılaşılan fiili bir durumdur. "*Eski kanun döneminde şirketin aktifinde yer alan mal*

mahiyeti ve yedek akçe kavramlarının irdelenmesi, kâr payının hesaplanması ve dağıtılması bakımından önem arz etmektedir.

Şirket ekonomik istikrarı sağlayamaz ise pay sahipleri de ileride elde edebilecekleri kârlardan mahrum kalabilir, hatta şirket kurmak için koydukları sermayeyi bile telafi edemeyecek bir durumla dahi karşılaşabilirler. Buna ek olarak, şirket ile ticaret yapan üçüncü kişiler açısından da şirket sermayesinin korunması ve bu ticari ilişki neticesinde şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin alacak haklarının korunması hususu önem arz etmektedir. İşte tüm bu gerekçelerle kanun koyucu da şirketlerin kârlarının hepsini dışarı çıkarmalarını önlemek ve şirketlerle pay sahiplerini hatta şirket alacaklılarını korumak amacıyla, kârın belli bir miktarının düzenli olarak şirket bünyesinde tutulmasını öngörmüştür. Bu şekilde kârın belli orandaki miktarının şirket içinde tutulması gerekliliği uygulamada yedek akçe müessesesini doğurmuştur^[62].

Yedek akçe kavramının tanımı ne TTK’da ne de vergi kanunlarında yapılmıştır. TTK’nın 509’uncu maddesinde kârın serbest yedek akçelerden dağıtılabileceği ifade edilerek, 519’uncu maddede, yedek akçelerin hesaplanma usullerine yer verilmiştir. Kanunda tanımı yapılmamış olsa da doktrinde yedek akçenin birçok tanımı bulunmaktadır. Bir tanıma göre; “*Elde edilen şirket kârının dağıtılmayarak işletme bünyesinde bırakılan kısmıdır*”^[63]. Başka bir tanımda da yedek akçeler; “*İlerde ziyanları kapatmak, beklenen veya beklenilmeyen kayıp ve masrafları karşılamak, işletmenin idamesi ve gelişimini, istikrarlı kâr payı dağıtımını temin maksadı ile kazançlardan alıkonulmak suretiyle açık veya gizli olarak*”^[64] ayrılan kıymetlerdir” şeklinde

varlığının değerinin düşük belirlenmesi suretiyle kâr miktarının düşük gösterilmesi ve böylece kârın şirkette bırakılmasına izin veren bir sistem kabul ediliyor ve buna gizli yedek akçe ismi veriliyordu. Yeni düzenlemede kabul edilen Uluslararası Finansal Raporlama Standartları, bu yönde bir uygulamaya izin vermemektedir. Böylece pay sahibi ve şirket dengesinde, pay sahibi lehine bir düzenleme getirilmiş olmaktadır” (Bkz: BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 518).

[62] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 519.

[63] KARYAĞDI, Nazmi: Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı, 4. Bası, İstanbul-2014, s. 165.

[64] **Gizli yedek akçenin** ayrılması TTK ile terk edilmiştir. Bu nedenle gizli yedek akçe ayrımı, geçmiş bir uygulama olması ve yeni dönemde bunun mümkün olmaması nedeniyle çalışmamızda bu ayrıma yer verilmemiştir.

ifade edilmiştir^[65]. Tüm bu tanımların ortak noktası, yedek akçelerin, ihtiyat amacıyla, başka bir deyişle şirketlerin ekonomik olarak ticari hayatlarına devam edebilmeleri için, zor zamanlarda kullanacakları yedek birikimleri olmasıdır.

Yedek akçelerin ayrılmasının amacı genel olarak; şirketlerin devamlılığını ve gelişmesini sağlamak, borçların zamanında ödenmesini sağlayarak, alacaklıların haklarını korumak, iş hayatındaki belirsizliklerden doğan riski azaltmak, gelecekteki olası zararları karşılamak ve kâr dağıtımındaki istikrarı sağlamak şeklinde ifade edilebilir^[66]. Yedek akçelerin fonksiyonu da genel olarak üç şekilde özetlenmektedir. Bunların ilki sermayenin korunması, diğeri sermayenin kuvvetlendirilmesi bir diğeri ise düzenli kâr dağıtımının yapılmasıdır^[67]. Bu fonksiyonlar da esasında yukarıda değinilen amaçlara doğrudan hizmet eden ilkelerdir.

Yedek akçeler, kanundaki tanımı ile iki şekilde olabilmektedir. Çalışmamızda yedek akçeler, kanundaki ayrıma uygun şekilde, kanuni yedek akçe ve isteğe bağlı yedek akçe olarak iki başlık altında ele alınmaktadır.

1. Kanuni Yedek Akçe

a. Birinci Tertip Kanuni Yedek Akçe

Anonim şirketler, borçlarından dolayı yalnızca mal varlıklarıyla sorumlu olan tüzel kişiliklerdir^[68]. Bu nedenle anonim şirketlerin mal varlıklarının korunması yasal bir zorunluluktur. Yukarıda ifade edildiği gibi; kanun koyucunun yedek akçe konusunda getirdiği zorunluluk, şirketin ve pay sahiplerinin haklarını korumak yanında, üçüncü kişilerin haklarının korunmasını da sağlamaktadır. Bu korunmaları sağlamak adına, şirketin vergi sonrası kârının belli bir oranının yedek olarak ayrılmasına, kanuni yedek akçe denmektedir.

[65] **DOĞANAY**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2, 3. Bası, Ankara-1990, s. 1036; **MOROĞLU**, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı, 2. Bası, İstanbul-2003, s. 209; **ARSLANLI**, Halil: Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, Cilt: IV-V, Ankara-1961, (Anonim Şirketin Hesapları), s. 69; **CANÖZÜ**, s. 65.

[66] **KARYAĞDI**, s.166.

[67] **AŞCI**, s. 55.

[68] TTK'nın 329'uncu maddesine göre; "Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir".

Kanuni yedek akçenin düzenlendiği TTK'nın 519'uncu maddesi 1'inci fıkrasında; “Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır” hükmü bulunmaktadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, yıllık kâr tespit edildiğinde, bu kârın %5'i öncelikli ve ilk olarak yedek akçe adıyla ayrılır. Kârdan, bu şekilde ilk olarak ayrılan %5'lik yedek akçe birinci tertip yedek akçe olarak adlandırılmaktadır^[69].

Birinci tertip yedek akçenin ayrılacağı kârın kapsamından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Maddede ifade edilen “kâr” ifadesinin, vergi ve diğer yasal yükümlülükler indirildikten ve varsa geçmiş yıl zararları düşüldükten sonra bulunacak kâr mı olduğu yoksa vergi veya zararlar düşülmeden ya da bunların her ikisi de düşülmeden elde edilen kâr mı olduğu hususu muğlaktır. Yukarıda ifade edildiği gibi bizim de katıldığımız görüşe göre, birinci tertip yedek akçenin ayrılacağı kâr, vergi ve geçmiş yıl zararları düşüldükten sonra ulaşılacak kârdır^[70].

Yıllık kârdan %5 nispetinde birinci tertip kanuni yedek akçe ayrılmasının bir üst sınırının olduğu da kanunda hüküm altına alınmıştır. Birinci tertip kanuni yedek akçe, ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar ayrılacaktır. Başka bir deyişle, ayrılmış birinci tertip kanuni yedek akçelerin toplamı ödenmiş sermayenin %20'sine ulaştığında, artık bu sınırın üstünde

[69] AŞCI, s. 58; ATEŞAĞAOĞLU, s. 62; ACAR, s. 32.

[70] TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 696 vd.; PULAŞLI, s.619; ATEŞAĞAOĞLU, s. 62; TTK'nın 509'uncu madde gerekçesi de bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Gerekçede; “Tasarıdaki “net dönem kârı” ibaresiyle her şeyden önce bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kâr kastedilmiştir. Anonim şirkette, bilançoda geçmiş yıl zararları/zararları varken, yıllık kâr dağıtılamaz. Bu yasak sermayenin korunması ilkesi gereğidir ve anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır.” Ayrıca aynı madde gerekçesinde; “Tasarının ikinci fıkrası da, 6762 sayılı Kanununun 470 inci maddesinin ikinci fıkrasından esinlenerek kaleme alınmıştır. İlk değişiklik Tasarıdaki “net dönem kârından” ibaresi ile yapılmıştır. Mevcut metindeki “safî kâr” terimi uygulamada ve öğretide açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir. “Safî” sözcüğü açık olmakla birlikte “kâr” kavramının bir sıfatla tanımlanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Hangi kâr? Dönem kârı mı yoksa bilançoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilançodaki kâr mı? “Dönem kârı” bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklıktadır. “Net” kelimesi ise Tasarının başka maddelerinde kullanılan ve uluslararası literatürde geçerli olan terim ile de uyumu sağlamaktadır” açıklaması bulunmaktadır (Gerekçe, s. 189).

birinci tertip yedek akçe ayrılmayacaktır^[71]. Dolayısıyla kanun koyucu şirketlerin, zorunlu olarak yedeklerinde bulunduracakları miktarın, ödenmiş sermayenin %20'si kadar olması halinde, bununla yedek akçe bulundurma amacını karşılayabileceklerini kabul etmiştir. Şirkette yer alan toplam birinci tertip kanuni yedek akçe miktarı, ödenmiş sermayenin %20'sinin altına düştüğünde, bu sınıra ulaşıncaya kadar birinci tertip yedek akçe ayırmaya devam edilecektir^[72].

Birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılması konusunda, kanundaki %5'lik oran emredici bir hükümdür. Dolayısıyla esas sözleşmede, bu oranın %5'ten daha düşük olacağı düzenlenemez. Bu nedenle şirketler yukarıda izah edildiği şekilde yıllık kârın %5'ini her durumda yedek akçe olarak ayırmak zorundadır. Aksi halde, kâr dağıtım kararı alınamayacaktır.

b. İkinci Tertip Kanuni Yedek Akçe

Kanun koyucu, yıllık kârdan birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra, belli bir sınıra kadar pay sahiplerine kâr payı ödenmesine ve bu sınıra ulaşıncaya, pay sahiplerine bunun üstünde bir kâr dağıtmak için ayrıca ikinci bir yedek akçenin ayrılmasına hükmetmiştir. Başka bir deyişle, pay sahiplerine kârın belli bir oranı üstünde bir oranda kâr dağıtabilmek için, ikinci defa yedek akçe ayırmak gerekmektedir. TTK'nın 519'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında, İkinci tertip yedek akçenin, ne zaman ve hangi işlemler sonrasında ayrılacağı hüküm altına alınmıştır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere; ikinci tertip kanuni yedek akçe ayırımının yapılmasının temel olarak iki şartı vardır. İlki, birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılmış olmasıdır. İkinci şart ise, birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra, kârdan pay alacak kişilere, kârın %5'inin birinci kısım kâr payı olarak dağıtılmasıdır^[73]. İkinci tertip kanuni yedek akçenin

[71] TTK'nın 521'inci maddesine göre, bu sınırın üstünde isteğe bağlı yedek akçe ayrılabilir.

[72] ATEŞAĞAOĞLU, s. 62; AŞCI, s. 58.

[73] Birinci kısım (I. temettü) kâr payının hesaplanmasında, **ödenmiş sermayenin mi, yoksa yıllık kârın mı esas alınacağı** hususunda da tartışma vardır. Uygulamada çoğunlukla birinci kısım (I. temettü) kâr payının hesaplanmasında, ödenmiş sermayenin esas alınması gerektiğine işaret edilmiştir (Bkz: PULAŞLI, s.617; KARYAĞDI, s.188). Bu yaklaşıma göre %5'lik birinci kısım kâr payı, ödenmiş sermayenin %5'i olarak kabul edilecektir. Ayırımın yıllık kârdan yapılacağı, ancak bu birinci kısım kâr payının ödenmiş sermayenin %5'i olarak hesaplanacağına vurgu yapılmıştır. **Ancak bizim**

ayrılabilmesi için söz konusu %5'lik kârın dağıtılmış olması gerekmektedir. İlk olarak dağıtılan bu kâr payı, yıllık kârın %5'nin altında kalıyor ise bu halde artık ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrılamayacak demektir. Konuyu çok genel bir örnekle incelersek;

Vergi Sonrası Net Kâr (VSNK)^[74] : 100.000 TL

1. Birinci Tertip Kanuni Yedek Akçe: 5.000 TL

***Kalan Kâr Tutarı* : 95.000 TL**

2. (I. Tertip) Kısım Kâr Payı : 4.750 TL (Kârın %5'i)

***Kalan Kâr Tutarı* : 90.250 TL**

3. İkinci Tertip Kanuni Yedek Akçe : 9.025 TL (Geri kalan kârın %10'u)

Şirketin bilançosuna göre; birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra yıllık kârın %5'inin kâr payı olarak dağıtılmasına yetecek bir net dönem kârı var ise, bu durumda yıllık kârın %5'ine ulaşıncaya kadar, pay sahiplerine birinci kısım kâr payı dağıtımı yapılacaktır. Bu aşamada, birinci kısım kâr payının hesaplanmasında, yıllık kârın %5'i kadar bir ödemedi mi bahsedildiği, yoksa ödenmiş sermayenin %5'i kadar mı yıllık kârdan ödeme yapılacağı hususunun da tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak bizim görüşümüz, yıllık kârın %5'i kadar bir ödemenin yine yıllık kârdan yapılacağı yönündedir. Maddedeki "*Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra*" ifadesinden, şirketlerin en az %5 kâr payı dağıtmak zorunda oldukları yorumu yapılabilmektedir^[75]. Çünkü şirketin kâr dağıtmasının hem finansal hem de hukuki şartları vardır. Bu

de katıldığımız diğer yaklaşıma göre, birinci kısım kâr payının hesaplanmasında da yıllık kârın esas alınacağı ifade edilmiştir. Bkz: **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 519; **ATEŞAĞAOĞLU**, s. 85; **CANÖZÜ**, s. 89-90; **KARSLIOĞLU**, s. 85-86.

[74] Doğru hesaplama yönteminin ortaya konulabilmesi adına hesaplamada geçmiş yıl zararlarının "0" olduğu varsayımı ile hareket edilmiştir.

[75] Zorunluluğun varlığı ile ilgili bkz: **CANÖZÜ**, s. 111; **BAHTİYAR**, s. 299; **KARYAĞDI**, s. 214; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 517, yazar genel kurul tarafından kârın hiç dağıtılmamasına ya da yetersiz dağıtılmasına karar verilmesi halinde iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğunu savunmaktadır.

şartlar yerine gelmeden şirket kâr dağıtamaz. Kaldı ki, şirketlerin her yıl kâr dağıtımını yapmak zorunda olduklarını ifade etmek de mümkün değildir^[76].

Pay sahiplerine, birinci kısım kâr payı dağıtıldıktan sonra, net dönem kârının kalan kısmının %10'u da ikinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrılacaktır. Net dönem kârının kalan kısmından kasıt; bilançodaki net dönem kârından, ayrılan birinci tertip kanuni yedek akçe ile dağıtılan birinci kısım kâr payı (%5) düşüldükten sonra geri kalan kârdır. Bu kârın da %10'u ikinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrılır. Bu hesaplama bir örnek ile Şekil-1'de^[77] ortaya konmaya çalışılmıştır^[78].

[76] **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 523; **Yargıtay**, 11. H.D.'si 08.04.1986 tarihli ve E:1986/1195, K:1986/2033 sayılı kararında; *“Kârın dağıtılmaması veya az dağıtılması gerektiği takdirde ancak bu yönde bir genel kurul kararına ihtiyac vardır”* hükmü bulunmaktadır. **Yargıtay**, 11. H.D.'si 04.06.2018 tarihli ve E: 2016/12065, K: 2018/4267 sayılı kararında da benzer şekilde; *“Dosya içerisindeki bilirkişi raporundan ve belgelerden davalı şirketin istikrarlı bir karlılık trendinin bulunduğu, şirketin 17.5.2004, 19.7.2007 ve 22.08.2008 tarihlerinde yapılan genel kurul toplantılarında da kâr payı dağıtılmaması yönünde kararların alındığı, bu genel kurullarda alınan bir kısım kararlarla birlikte kâr payı dağıtılmamasına dair kararın da davalara konu edildiği anlaşılmaktadır. İptali istenilen 4 numaralı kararda kâr payının neden dağıtılmadığına dair herhangi bir açıklama bulunmadığı gibi, dava sırasında da kâr payı dağıtılmamasının nedenleri izah olunmamıştır. Limited şirket ortaklığında aslolan şirket karından pay almak olması sebebiyle somut gerekçelere dayanmayan kâr payı dağıtılmamasına yönelik 4 numaralı genel kurul kararının hukuka ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğu gözetilmeden bu talep yönünden de davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.”* hükmünü kurmuştur. Elbette şirketin kâr payı dağıtmamasının kanuna veya esas sözleşmeye uygun haklı gerekçelerinin de olması gerekmektedir. Şirket keyfi olarak kâr payı dağıtılmaması yönünde karar alamaz. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yödedir. Örneğin **Yargıtay** 11. H.D. 25.10.2017 tarihli ve E: 2016/3522, K: 2017/5755 sayılı kararında; *“...[D]avalı şirketin kar tutarının yaklaşık %36'sının dağıtılması yönünde karar alındığı, davalı şirketin incelenen dönemde herhangi bir ticari faaliyet yürütmediği, gelirlerinin faiz, kambiyo ve kira gelirlerinden kaynaklandığı, davalı şirketin ayrıca 1.364.000,00 TL net çalışma sermayesine sahip olduğunun tespit edildiği, bu duruma göre şirketin sahip olduğu sermayesinin çok büyük kısmına da gerçekte ihtiyacı olmadığı, düşük kar payı dağıtılmasına ilişkin kararın iyi niyet kuralına uygun olmadığı”* hükmüyle buna vurgu yapmıştır. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

[77] Şekil-1 için bkz: “Kâr Payı Dağıtımının Temel İlkeleri” Başlık 4.

[78] Bkz: “Kar Payının Hesaplama ve Dağıtım Usulü” Başlık C.

TTK'dan önce, doktrinde, ikinci tertip kanuni yedek akçenin ne zaman ayrılacağı ile ilgili görüş ayrılıkları bulunmaktaydı. Bu görüş ayrılıklarının nedeni; ikinci tertip kanuni yedek akçenin, birinci kısım olan %5'lik kâr payının ayrılmasından sonra mı, yoksa %5'lik kâr payının ödenmesinden sonra mı ayrılacağı hususudur^[79]. Bu tartışmaları da ortadan kaldırmak amacıyla; mülga 6762 sayılı TTK'nın 466'ncı maddesindeki "...kâr payı ayrıldıktan sonra..." ifadesi, TTK'nın 519'uncu maddesindeki "...kâr payı ödendikten sonra..." ifadesi ile değiştirilmiştir. Bu konuda kanun koyucu, ödenmesi şartını getirdiğine göre, artık birinci tertip kanuni yedek akçe ayırmayı müteakip, diğer şartların da varlığı halinde şirketler, pay sahiplerine kârın %5'lik kısmını kâr payı olarak dağıtacaklar, başka bir deyişle ödeyeceklerdir. Eğer kâr uygunsa, şirketler ikinci tertip kanuni yedek akçe ayırdıktan sonra ikinci kısım kâr payını da ayrıca ödeyebileceklerdir. Dolayısıyla burada üzerinde durulması gereken konu, birinci kısım kâr payı ödenmesi için bir genel kurul kararı alınıp bu kâr payı fiilen ödendikten sonra, ikinci kısım kâr payı için de ayrı bir genel kurul kararı mı alınacağı, yoksa tek genel kurulda ayrı kararlarla bu işlemlerin yapılıp yapılmayacağı hususudur. Bu tartışma daha çok mülga 6762 sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde yapılmaktaydı. Ancak TTK'daki "...kâr payı ödendikten sonra..." hükmü sonrası, önce %5'lik birinci kısım kâr payının ödenmesi ve daha sonra ikinci tertip kanuni yedek akçe ayırımı yapılarak, varsa ikinci kısım kâr payının ödeneceği sonucuna ulaşılabilmektedir^[80].

Uygulamada, şirketler çoğunlukla, yıllık bilançonun hazırlanmasını müteakip, hazırlayacakları raporlarla kâr payı dağıtımı ile ilgili tekliflerini pay sahiplerine ulaştırmakta ve devamında da tüm yedek akçe ayrımları ve kâr payı dağıtımlarını tek bir genel kurul kararı ile yapmaktadırlar^[81]. Kanaatimizce de tek bir genel kurul kararı ile gündem maddeleri birbirinden ayrı olacak şekilde, birinci tertip kanuni yedek akçe ayrılması ve geri kalan tutar üzerinden birinci kısım kâr payı dağıtılması yönünde karar alınması,

[79] Bu konudaki tartışma mülga 6762 sayılı kanunun yürürlükte olduğu zaman var olan bir tartışmaydı. Bu tartışmalarla ilgili bkz: **AYTAÇ**, Zühtü: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı, Sermaye Piyasası Kurulunun 15. yıl Sempozyumu, Ankara-1998, s. 45; **ARSLANLI**, Halil: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Cilt: III, İstanbul-1960, (Anonim Şirketin Organizasyonu), s. 95; Tartışma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: **AŞCI**, s. 62.

[80] **ÖZER**, s. 239; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 429; **PULAŞLI**, s. 617.

[81] Örnek tablo için bkz: bu bölümün sunundaki **Şekil-1**.

diğer bir gündem maddesinde de ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrılmasına karar verilmesi mümkündür. Aslında kanunun yalnızca lafzına baktığımızda, birinci tertip kanuni yedek akçe ayırma işlemi ile %5'lik birinci kısım kâr payının dağıtılması için bir genel kurul kararı alınması ve devamında bu kararın tescili ile pay sahiplerine kârın ödenmesi gerekmektedir. Eğer şartlar oluşmuşsa ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı ve ikinci kısım kâr payı dağıtımını için ayrı bir genel kurul kararına ihtiyaç var denilebilir. Ancak bu yaklaşımın uygulamayı zorlaştıracağını ve gereksiz bir emek ve zaman kaybıyla ek maliyete sebep olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle tek genel kurul kararı ile tüm bu işlemlerin yapılmasının uygulamayı rahatlatacağını ve böylelikle daha tasarruflu bir işlem olacağını düşünmekle birlikte, bunun kanunun lafzı ile çeliştiği de ifade edilebilir.

Kanuni yedek akçelerle ilgili son olarak bu yedek akçenin kullanım amaçlarına da kısaca değinmek gerekmektedir. TTK'nın 519'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; “*Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir*”. Maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere; kanuni yedek akçe toplamı, sermayenin yarısını geçinceye kadar, bu yedek akçeler ancak maddede işler ve amaçlar için kullanılabilir^[82]. Burada ifade edilen “yedek akçe” ifadesi, birinci ve ikinci tertip kanuni yedek akçelerin toplamını ifade etmektedir. Bu ifadenin yalnızca birinci tertip kanuni yedek akçeyi ifade ettiği ileri sürülemez. Çünkü birinci tertip kanuni yedek akçe toplamının sermayenin %50'sinin üstüne çıkma ihtimali genel olarak mümkün değildir. Yalnızca esas sözleşme ile kanundaki %20'lik sınırın %50'nin üstüne çıkartıldığı şirketlerde teorik olarak bu mümkün olabilir. Ancak ticari ve finansal açıdan şirketlerin böyle bir üst sınır belirlemeleri bize ihtimal dışı gibi gelmektedir. Dolayısıyla TTK'nın 519'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında ifade edilen “*genel kanuni yedek akçe*” ifadesi, birinci ve ikinci tertip kanuni yedek akçelerin toplamına işaret eder. Yıllık kârın toplamının %5'i birinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrıldığına göre bununla, ikinci kısım kâr payı dağıtımını yapılırken, bu kâr payının %10'u kadar ayrılan ikinci tertip kanuni yedek akçenin toplamı genel kanuni yedek akçedir. Genel kanuni yedek akçe sermayenin %50'sini geçtiği takdirde, şirketler bu sermayenin

[82] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 519; PULAŞLI, s.617.

%50'sinin üstündeki yedek akçe tutarlarını, kanundaki amaçlar dışında da kullanabileceklerdir. Ebetteki bu kullanımdan, kanuna ve esas sözleşmeye uygun bir kullanım kast edilmektedir^[83].

2. İsteğe Bağlı Yedek Akçeler

Mülga 6762 sayılı TTK'nın 467'nci maddesinin başlığı "*ihtiyari yedek akçe*" idi. TTK ile bu ifade "*şirketin isteği ile ayırdığı yedek akçe*" olarak değiştirilmiştir. TTK'nın 521'inci maddesinde; "*Yedek akçeye yıllık kârın yüzde beşinden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin yüzde yirmisini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konabilir. Esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülleme amacıyla harcanma yolları ve şartları belirlenebilir*" hükmü bulunmaktadır. Madde metninde de görüleceği üzere, şirketler, kanuni yedek akçenin, yıllık kârın %5'inden daha fazla bir oranda ayrılacağı yönünde esas sözleşmeye hüküm koyabilirler. Buna ek olarak şirketler birinci tertip kanuni yedek akçenin üst sınırı olan %20 oranını da esas sözleşme ile artırabilirler. Bu yönde bir karar almak şirketlerin takdirine bırakılmıştır. Şirketler gelecekteki ihtiyaçlarını, yatırım planlarını veya ekonomik kriz gibi beklentilerini hesaba katarak, şirketin ihtiyatında bırakılan kârların miktarlarını artırmak isteyebilirler. Bu yönde şirketlerin istekleri ile kanuni yedek akçelerin oranlarının artırılması neticesinde, kârdan kanuni sınırın üstünde ayrılan yedek akçeler, isteğe bağlı yedek akçeleri oluşturmaktadır^[84].

[83] YASAMAN, s. 213.

[84] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 428; Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da istisnai olarak, eğer şartlar gerektiriyor ise kanundaki oranların üstünde **isteğe bağlı yedek akçe ayrılabilceğine** işaret edilmektedir. Yargıtay, 11. H.D.'si 10.02.2005 tarihli ve E:2004/2649, K:2005/990 sayılı kararında; "*Davalı şirket ana sözleşmesinin 25 nci maddesiyle de net karın %5'inin birinci temettü olarak ortaklara dağıtılacağı öngörülmüş olup, bu orandaki kar payının TTK.nun 385 nci maddesi anlamında müktesep hak olduğu kuşkusuzdur. Ancak, kar payından doğan müktesep hakka ilişkin bu kural mutlak olmayıp, yasal koşulların gerçekleşmesi halinde ve uzun vadede daha yüksek ve istikrarlı kar payı dağıtılmasını sağlamaya yönelik olarak net karın saklı tutulan oranının dahi olağanüstü yedek akçelere ayrılması mümkündür. Nitekim, TTK.nun 469/2 nci maddesinde şirketin devamlı gelişmesinin zorunlu kılması halinde yasa ve ana sözleşmede belirtilenlerden başka yedek akçeler ayrılabilceği öngörülmüştür*" hükmüyle görüşümüzü desteklemektedir. (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.07.2019). Ancak Yargıtay, 11. H.D. 05.06.2018 tarihli ve E: 2016/10594, K: 2018/4304 sayılı kararında; "...[Ş]irkete ait 2013 yılı finansal tablolardan şirketin net dönem karının 34.209.070,00 TL olduğu, 1. tertip

TTK'nın 523'üncü maddesi ile isteğe bağlı yedek akçeler dışında şirket genel kurullarının madde metninde sayılan şartlarında gerçekleşmesi ile ayrıca yedek akçe ayrılmasına karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Bu iki maddeyi beraber değerlendirdiğimizde isteğe bağlı yedek akçe tanımı içinde değerlendirilebilecek yedek akçeler konusunda, kanun koyucunun şirketlere önemli bir inisiyatif tanıdığı ifade edilebilir^[85]. Yukarıda ifade edildiği gibi şirketler bu inisiyatifi kullanarak, birinci tertip yedek akçe ayırma oranının %5'in üstünde olacağı veya birinci tertip kanuni yedek akçe üst sınırının da ödenmiş sermayenin %20'sini aşabileceğini kararlaştırılabilir. Bunun dışında şirket genel kurullarının da ihtiyaç halinde, bu ihtiyaçları karşılayacak

kanuni yedek akçenin ayrılmasından sonra dağıtılabilir net karın 33.933.175,00 TL olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Mevzuata göre dağıtılması zorunlu kısım dışında kalan net dönem kârı üzerindeki tasarruf yetkisi genel kurula ait olmakla birlikte, kâr dağıtmama kararının dürüstlük kuralına aykırı olmaması gerekmektedir. Bu itibarla mahkemece, net dönem kârının dağıtılmayan kısmı bakımından uzman bir ekonomist ve muhasep bilirkişinin bulunduğu heyet tarafından dağıtmama gerekçelerinin gerçekliğinin tespit edilmesi ve kararın dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi için denetime elverişli rapor alınması” gerektiği yönünde hüküm kurarak, genel kurulun kanuni yedek akçeler ayrıldıktan sonra dağıtılacak kâr üzerindeki takdir yetkisinin dürüstlük kuralı ile sınırlı olduğuna dikkat çekmiştir (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 06.08.2019).

- [85] **Yargıtay** 11. H.D.'si 26.12.2017 tarihli ve E: 2016/8800, K: 2017/7610 sayılı kararında; “Öncelikle ve özellikle ifade etmek gerekirse, her ticaret ortaklığı gibi anonim ortaklığın nihai amacı kâr elde edip ortaklarına dağıtmaktır. Bu amaç, ana sözleşmelerde yer almaz çeşitli kanunlardaki kişi birliklerini ayıran, “müşterek gaye” kistasından ve “ortaklık” kavramından doğar. Başka bir deyişle “anonim şirket kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulur” (TTK madde 331) ve kâr elde etmek ve paylaşmak nihai amacını elde etmek hedefine yönelir ve bu yolda çaba harcar. Ortaklığın bütün organları bu nihai amaca uygun kararlar almak zorundadır. Şirketin nihai amacının kâr elde edip ortaklara dağıtması esas olmakla birlikte ana sözleşmeye konulacak hükümler yanında kanunda gösterilen nedenler bu genel ilkenin istisnalarını oluşturmaktadır. Bu istisnaların en önemlisi ve uygulamada da sıkça görülüp davaya konu uyumsuzluğa da konu olan TTK'nın 523/2. maddesindeki düzenlemedir. **Anılan düzenleme gereğince genel kurul, aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gereklirse, bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülyorsa, kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir.** TTK'nın 452. maddesinde belirtilen müstesna haklardan olan kâr payı hakkı ile bu hakkın istisnasını oluşturan TTK'nın 523/2. fıkrası arasındaki hassas dengenin kurulması zorunludur.” hükmüyle şirketlerin isteğe bağlı yedek akçe ayırabilmesi için sahip olduğu takdir yetkisine bir sınır getirmiştir.

şekilde, ek yedek akçe ayrılmasına karar verebilecekleri 523'üncü maddede ifade edilmiştir^[86].

Ek olarak, TTK'nın 522'nci ve 523/3'üncü maddelerinde de şirketlerin işçiler lehine veya yardım amaçlı yedek akçe ayrılabilirleri hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla şirketler, makul ve reel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kanundaki sınırların üstünde yedek akçe ayırabileceklerdir. Ancak şirketler bu isteğe bağlı yedek akçeleri, iyi niyetli ve dürüst bir şekilde usulüne göre alınmış kararlar ve bunları destekleyen gerçekçi raporlarla ayırmalıdır^[87]. Eşit işlem ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecek veya bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alınmadan yapılan isteğe bağlı yedek akçe ayırmaya kanun koyucu cevaz vermemiştir^[88]. Bunların hepsinin ötesinde TMK'nın 2'nci ve 3'üncü maddelerinde tanımını bulan “*iyiniyet ve dürüstlük kuralları*” gereğince de gerçek ihtiyaçlar ve planlamalar dışında, pay sahibinin/sahiplerinin veya üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayacak şekilde isteğe bağlı yedek akçe ayırlamayacağı kanaatindeyiz^[89].

[86] **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 520 vd.

[87] **KARSLIOĞLU**, s. 92.

[88] **CANÖZÜ**, s. 83-84; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 522.

[89] **YASAMAN**, s. 216; **Yargıtay bu yöndeki kararlarında, isteğe bağlı yedek akçe ayırma işleminin şirketin gerekçelendirmesini ve bu gerekliliği de ispatlamak zorunda olduğunu ifade etmektedir.** Bu konuda bir Yargıtay kararında isabetli şekilde bu gerekliliğe vurgu yapılmıştır: “*TTK'nın 385'inci maddesinde düzenlenen mütesep hak olan kâr payı hakkı ile bu hakkın istisnasını oluşturan TTK'nın 469/2'nci fıkrası arasındaki hassas dengenin kurulması zorunludur. Ana sözleşmede ihtiyari ve kanuni yedek akçelerin ayrılmasından sonra kalan safi kârın bir kısmının dağıtılmamasına ve olağanüstü yedek akçeye ayrılması mümkün ve bu konudaki genel kurul kararının ana sözleşme ve iyiniyet kurallarına aykırılığı söz konusu olmamakla birlikte, tamamının yedek akçeye ayrılması TTK'nın 469/2'nci maddesinin istisna hükmü olduğu gözetildiğinde; TTK'nın 385'inci maddesinde düzenlenen mütesep hakkın ihlal edilmediğini kanıt yükünün davalı şirkette olması sonucunu doğurur. Olağanüstü yedek akçeye ayırma kararının genel kurul kararında gerekçesi gösterilmemiş olsa bile, yargılama sırasında mahkemece davalıya açıklattırılıp somut delillerinin gösterilmesinin istenmesi gerekmektedir. Bu durum, ister bir defa, isterse süreklilik kazanmış olan kâr payı dağıtılmaması kararları için de söz konusudur*”. (**Yargıtay**, 11. H.D. 21.12.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı kararı).

C. Kâr Payının Hesaplama ve Dağıtım Usulü

Kâr payı temel olarak, TTK'nın 508'inci ve 519'uncu maddelerindeki esaslar göz önüne alınarak hesaplanmaktadır. Maddede öngörülen hesaplama şekli yukarıda, çalışma konumuzla sınırlı olacak şekilde ele alınmaya çalışılmıştır. Bu hesaplama ile ilgili kanundaki diğer hükümlere de kısaca yer verdikten sonra, konu örnek bir tablo üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır.

1. Kâr Payı Hesaplamasında Ödenmiş Sermayenin mi, Yoksa Kârın mı Dikkate Alınacağı Sorunu

Kârın hesaplanması konusunda değinilmesi gereken önemli bir konu da yukarıda ifade edildiği gibi, birinci kısım kâr payının hesaplanmasında, ödenmiş sermayenin mi yoksa yıllık kârın mı esas alınacağı hususudur. Uygulamada çoğunlukla birinci kısım kâr payının hesaplanmasında, ödenmiş sermayenin esas alınması gerektiğine işaret edilmiştir^[90]. Bu yaklaşıma göre birinci kısım (I. Temettü) kâr payı hesaplamasında, ödenmiş sermayenin %5'i esas alınacaktır. Kâr payı hesaplamasında ödenmiş sermayenin esas alınması gerektiğini savunan yazarlar^[91], kâr payının sermaye için pay sahiplerine ödenen bir faiz niteliğinde olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak biz bu yaklaşımın yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü kanun maddeleri ya da kanun gerekçesi incelendiğinde bu yönde bir hüküm veya bu görüşü destekleyecek bir açıklama bulunmadığı görülmektedir. Bu yaklaşımın amacının pay sahiplerinin haklarını korumak olduğu düşünülse bile kâr payı hesaplamasının, ödenmiş sermayenin esas alınarak yapılması, pay sahiplerinin haklarının korunması ilkesine ters düşecektir. Kâr payı hesabında, bu yaklaşım kabul edildiğinde; yıllık kârdan ödenmiş sermayenin %5'i tutarında birinci kısım kâr payının pay sahiplerine dağıtılması gerekecektir. Ancak, şirketler hukukunun temel ilkelerinden olan “*sermayenin korunması*”^[92] ilkesi, sermayenin belli bir sınırın altına düşmemesinin

[90] PULAŞLI, s.617; KARYAĞDI, s. 188; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 429; BAHTİYAR, s. 297; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s.698.

[91] KARYAĞDI, s. 161; “Ortaklara kardan ayrılan ilk pay olan 1’inci temettü (kâr payı) özü itibarıyla sermayeye verilen pay (faiz) olarak nitelendirildiğinden ortakların ödemiş oldukları sermaye üzerinden 1’inci temettü ayrılması ve yeni TTK’da açıkça belirtildiği üzere ödenmesi zorunludur”.

[92] TTK'nın 480'inci maddesinin 3'üncü fıkrası; “*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır*” hükmü ile sermaye ve sermayenin karşılığının korunması prensiplerinin çerçevesini çizmiştir.

sağlanmasının yanında sermayenin kuvvetlendirilmesini de içerir. Anonim şirketler de sermaye şirketi olmaları nedeniyle, sermayeleri korumalı ve kuvvetlendirmelidirler. Bu nedenle, normal şartlarda şirketlerin kâr payı dağıtacakları dönemdeki yıllık kârlarının çok üstünde bir sermayeye sahip olmaları gerekir. Ticari hayatın normal akışına göre, herhangi bir şirketin bir yıllık kârı ebeste sermayesinin oldukça altında olmalıdır.

Örneğin, yıllık kârı 100.000 TL olan bir şirketin, ödenmiş sermayesinin bu rakamın altında kalmış olması, şirketler hukukundaki ilkeler esas alındığında, kabul edilebilir bir durum değildir. Ödenmiş sermayenin çok üstünde bir kârın dağıtımına konu olmasının da ticari teamüllere uygun düşmediği kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu şirketin sermayesinin 1.000.000 TL olduğu farz edildiğinde, kâr dağıtım hesaplamasında eğer ödenmiş sermaye esas alınacaksa, birinci kısım kâr payı olarak 50.000 TL'nin dağıtılması gerekecektir. Yıllık kârın %50'sinin birinci kısım kâr payı olarak dağıtılması sonucunu doğuracak bir hesaplamanın birçok açıdan uygun olmayacağını değerlendirmekteyiz.

Kâr dağıtım yapılacak dönemde elde edilen kârdan, yasal zorunluluklar ayrıldıktan sonra artakalan miktar üzerinden bir oranlamayla, kâr payı dağıtımının hesaplanması kanaatimizce daha isabetli olacaktır. Çünkü bir kişinin pay sahibi olmasının temel amacı daha önce de belirttiğimiz üzere, kârdan pay almaktır. Yoksa sermaye olarak şirkete verdiği paranın faizini almak değildir. Şirketler belli bir dönem içinde faaliyetlerini yapar ve bu dönem sonunda kâr dağıtmaya karar verirse, artık dağıtılacak kârın hesabında ödenmiş sermayenin esas alınması gerektiği yönündeki düşüncenin gerekçesi, bizce dayanaktan yoksundur.

Şirketler hukuku açısından da konu ele alındığında ilk olarak, birinci kısım kâr payı dağıtıldıktan sonra, dağıtılacak kâr payından istifade edecek birden

İlkenin istisnası da aynı maddede düzenlemiştir. **POROY** tarafından “*sermayenin korunması ilkesi*” terimi isabetli görülerek, 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**, Eva: Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach, *Cambridge Law Journal* 69(1), Mart-2010, s. 151 vd.

çok hak sahibinin varlığı dikkat çekmektedir^[93]. Örneğin kuruculara (TTK m. 348) ve intifa hakkı/senedi sahiplerine ödenecek kâr payları (TTK m. 502) ile yönetim kurulu üyelerine ödenecek kazanç payları (TTK m. 511), ancak birinci kısım kâr dağıtımı için hesaplanan %5'lik kısım (I. Temettü) pay sahiplerine ödendikten sonra dağıtılacaktır. Bunlar da ödendikten sonra ikinci tertip yedek akçe ayrımı yapılacak ve daha sonra kalan var ise bu kalan miktar da pay sahiplerine ikinci kısım kâr dağıtımı (II. Temettü) olarak ödenebilecektir. Dolayısıyla, bunların hepsini beraber değerlendirdiğimizde, kanunun bu yaklaşımından; birinci kısım kâr payı ödemesinin, temel ve belli bir sınıra kadar (%5) yapılması gereken bir ödeme olduğu sonucuna ulaşıyoruz. Birinci kısım kâr payı ödemesinden sonra, yukarıda ifade edildiği sırayla, diğer ilgililere bir ödeme yapılmasını müteakip, eğer bu temel ödeme (I. Temettü) dışında pay sahiplerine kâr payı ödenecekse, kalan kârdan da %10 ikinci tertip yedek akçe ayrılması gerekmektedir. Bu ödeme ve ayırlardan sonra yıllık kârdan kalan var ise bundan ikinci kısım kâr payı dağıtımı yapılabilecektir^[94].

Tüm bu açıklamalar beraber ele alındığında; yüksek miktarda kâr elde edildiği durumda, bu kârın temel kısmının (%5), birinci kısım kâr dağıtımında (I. Temettü) dağıtılmasını müteakip, asıl ve yüksek oranının ise, ikinci kısım kâr payında (II. Temettü) dağıtılmasının amaçlandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, birinci kısım kâr payı hesabında ödenmiş sermaye esas alınır (yukarıda ifade edildiği üzere, sermaye de genel olarak dönem kârından daha yüksek bir meblağ olacağı için) kârın asıl büyük kısmı normal şartlarda, birinci kısım kâr payı dağıtımında ödenecektir. Bu durum da yukarıda ifade edilen gerekçelerle ne şirketler hukuku ilkelerine, ne de ticari uygulamalara uygun düşmektedir.

Kâr payı hesaplamasının hüküm altına alındığı TTK'nın 519'uncu maddesi bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Maddenin 2'nci fıkrasında; "... *düşülmesinden sonra kalan kısmı, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir*" hükmü bulunmaktadır. Madde metninin tamamı incelendiğinde, "...sonra kalan kısmı.." ifadesinden, bu hesaplamanın yıllık kârın esas alınması ile yapılacağı sonucuna ulaşmaktayız. Yalnızca birinci kısım kâr payı değil, maddedeki diğer tüm

[93] KARSLIOĞLU, s. 95.; CANÖZÜ, s. 131 vd.

[94] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 518 vd.

ayırım ve ödemeler beraber değerlendirildiğinde de bu hesaplamanın yıllık kâr üzerinden yapılacak şekilde kurgulandığı sonucuna ulaşılabılır^[95]. Bu nedenle yıllık net dönem kârından %5 birinci tertip yedek akçe ayrıldıktan sonra, yıllık kârın kalanının %5'i oranında birinci kısım kâr payı dağıtılacağı sonucuna ulaşılmaktadır^[96].

Birinci kısım kâr payının hesaplamasında, ödenmiş sermayenin %5'inin esas alınmasının, TTK'da bir dayanağı bulunmamaktadır. Yalnızca TTK'nın "kazanç payları" başlıklı 511'inci maddesindeki "*Yönetim kurulu üyelerine kazanç payları, sadece net kârdan ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir*" hükmünde, ödenmiş sermayenin %5'i ifadesi yer almaktadır. Bu maddenin gerekçesinde^[97] de (kâr payı hesaplamasında "ödenmiş sermayenin" dikkate alınacağı sonucunu doğuracak şekilde), mülga 6762 sayılı Kanundaki düzenlemede esaslı bir değişiklik yapılmadığı ifade edilmiştir. Bunun yanında, düzenlemelerin içeriği ve esası dikkate alındığında, TTK'daki 511'inci maddenin, mülga 6762 sayılı TTK'daki karşılığının 472'nci madde olduğu görülecektir. Mülga 6762 sayılı TTK'nın 472'nci maddesinde de "*ödenmiş sermaye*" veya bu kavramı çağrıştıracak hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.

Bunun yanında kâr payı dağıtımının hesaplanmasında esas alınması gereken asıl düzenleme olan TTK'nın 519'uncu maddesinin gerekçesinde; "*...[M]addenin 6762 sayılı Kanunun 466'ıncı maddesinden alındığı*" ve "*madde içeriğinin temeli olan düşünce ve hükümlerin değiştirilmediği*" ifade edilmiştir. Yukarıda değinilen TTK'nın 519'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının, mülga 6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan düzenlemede "*...[S]afi kârdan, birinci fıkrada yazılı yedek akçeden başka pay sahipleri için*

[95] Benzer görüş için bkz: ATEŞAĞAOĞLU, s. 85.

[96] Çalışmamızdaki tüm hesaplamalar ve örneklerdeki kâr payı hesabında "yıllık kâr" esas alınmıştır. KARSLIOĞLU, s. 96.

[97] TTK'nın 511'inci madde gerekçesinde; "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 474'üncü maddesinden esinlenerek, ancak bir değişiklik yapılarak alınmıştır. 6762 sayılı kanunun 472. maddesinde pay sahiplerine ayrılması gereken kâr payı oranı yüzde dördttür. Bunun Tasarı'nın 519 uncu maddesinin ikinci fıkrasının c) bendi ile uyumlu olabilmesi için oran yüzde beşe çıkarılmıştır. Bu uyumsuzluk mevcut kanunda 466 ve 472'nci maddelerde açıkça yer almakta ve öğretide eleştirilmektedir*", açıklaması bulunmaktadır (Gerekçe, s. 189).

%5 kâr payı ayrıldıktan sonra..” hükmü bulunmaktadır (mülga 6762 sayılı TTK md. 466/3). Dolayısıyla TTK ile mülga 6762 sayılı TTK'daki hükümler ve gerekçedeki açıklamalar incelendiğinde de kanaatimizce, kâr payı hesabında “ödenmiş sermaye”nin dikkate alınacağı görüşüne itibar edilmesinin yerinde olmayacağı söylenebilir.

2. Kazanç Payı Ödemesi, Kuruculara veya İntifa Hakkı Sahiplerine Ödenecek Kâr Payı

Hesaplama ve dağıtım ilkeleri ile ilgili olarak kâr dağıtımını ve yedek akçe ayrılması konularında kanun koyucu, yapılacak hesaplamaları etkileyecek yönde bazı hükümlere de ayrıca yer vermiştir. 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 sağlanabilecektir^[98]. Maddeye göre, yönetim kurulu üyelerine, eğer bir kazanç payı ödenecekse, bu ödeme ancak birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan ve birinci kısım kâr payı dağıtıldıktan sonra yapılabilecektir^[99]. Esas sözleşmeye veya alınacak genel kurul kararına dayanarak, yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtımını yapılabilecektir^[100]. Esas sözleşmede veya genel kurul kararlarında bu yönde bir hüküm olsa da eğer yukarıda ifade edildiği şekilde 511'inci maddedeki şartlar oluşmamışsa, yönetim kurulu üyelerine kazanç payı ödemesi yapılamayacağı kanaatindeyiz^[101]. Çünkü TTK'nın 511'inci maddesindeki hüküm emredici niteliktedir. ÖZDAMAR; “... [G]enel kurulun ortaklara kâr payı dağıtmadan yönetim kurulu üyelerine kazanç payı vermesi halinde, alınan karar TTK m. 511 hükmüne açıkça aykırı olacağı ve pay sahiplerinin haklarını ihlal edeceği için butlanla sakatlandığı kabul edilmelidir (TTK m. 447/1).” demek suretiyle yönetim kurulu üyelerine sağlanacak menfaatin pay sahiplerinin kâr payı hakkını ihlal etmemesi gerektiğini vurgulamıştır^[102].

Şirketin yönetim kurulu üyelerine kazanç payı ödemesi yapabilmesi için, belli bir mali yeterliliğe sahip olması gerekir. Bu yeterlilik de kanunda ifade

[98] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 391; ÖZER, s. 228-229.

[99] Birinci tertip kanuni yedek akçe ve birinci kısım kâr payı dağıtımını konusu ile ilgili bkz: “Birinci Tertip Kanuni Yedek Akçe” başlıklı md. II. B. 1. a.

[100] TTK'nın 394'üncü maddesi.

[101] ÖZER, s. 231 vd.

[102] ÖZDAMAR, Mehmet: Banka Yöneticilerinin Mali Hakları, Ankara-2016, s. 218-219.

edildiği üzere; ancak birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılmasına ve buna ilave olarak pay sahiplerine birinci kısım kâr dağıtımını yapılmasına yetecek bir miktarda mali yeterliliğin var olması ile mümkün olacaktır. Esasında bu düzenleme, ticari hayatın gerçekliğine ve mantığa da uygun düşmektedir. Yönetim kurulu üyeleri, çok genel bir anlatımla, şirket sermayesinin emanet edildiği şirketi yöneten ve idare eden kişiden/kişilerden oluşur^[103].

Eğer şirket belli bir dönem içinde, mali açıdan uygun ve kabul edilebilir şekilde bir yeterliliğe ulaşırsa, bunun şirket karşısındaki birinci muhatabı yönetim kuruludur. Bunun tersi olmuşsa, başka bir deyişle şirket zarar etmiş, belli mali yeterliliğe ulaşamamışsa, bu konuda şirketin birincil muhatabı yine elbette yönetim kurulu olacaktır. Görülebileceği üzere, kazanç payı da huzur hakından veya ücretten farklı bir ödemedir. Yönetim kuruluna kazanç payı ödenmesi de kârdan bir ödeme olduğu için belli şartlara bağlanmıştır^[104]. Bu şartlar da şirketin belli bir oranın üstünde kâr etmiş olması ve 1. tertip kanuni yedek akçenin ayrılması ile 1. (temettü) kâr payının dağıtılmış olmasıdır. İşte bu nedenle şirket belli bir oranın üstünde kâr edemediğinde, yönetim kurulu üyelerine, başka bir yaklaşımla başarı primi gibi nitelendirilebilecek, kazanç payı adı altında bir ödeme yapılması hem ticari teamüllere hem de mantığa aykırı olacaktır. Bu nedenle de kanunda, kazanç payı dağıtımının belli şartlara bağlanmış olmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Kâr payı ve yedek akçe ayrılması konusunda, TTK'nın 519'uncu maddesindeki genel hüküm dışında diğer bir ek düzenleme de kuruculara ve intifa senedi sahiplerine ödenecek kâr payı dağıtımlarıdır. TTK'nın 348'inci ve 502'nci maddelerindeki hükümler ile kuruculara veya intifa senedi sahiplerine kârdan pay dağıtılması yönünde esas sözleşmede hüküm bulunuyorsa, kâr payı hesaplaması yapılırken bu hükümlerin de dikkate alınması gerekecektir^[105].

Şirket kurucularına ödenecek kâr payıyla ilgili olarak TTK'nın “kurucu menfaatleri” başlıklı 348'inci maddesinin 1'inci fıkrası; “...[Ş]irketi 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

[103] KARSLIOĞLU, s. 98.

[104] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 391.

[105] CANÖZÜ, s. 133-136.

geçersizdir. Ancak, dağıtılabilir kârdan 519 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda biri intifa senetleri bağlamında kuruculara ödenir” hükmünü ve 3’üncü fıkrası da; “Dağıtılacak kâr mevcut ise şirket kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile kurucu intifa sahipleri esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alırlar” hükmünü amirdir. İntifa senedi sahiplerine ödenecek kâr payıyla ilgili olarak da TTK’nın 502’nci maddesinde; “...[G]enel kurul, esas sözleşme uyarınca veya esas sözleşmeyi değiştirerek, bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri, alacaklılar veya bunlara benzer bir sebeple şirketle ilgili olanlar lehine intifa senetleri çıkarılmasına karar verebilir. Bu senetlere 348’inci madde uygulanır” hükmü bulunmaktadır.

Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere, esas sözleşmede kuruculara kârdan, normal kâr payı dışında ek bir kâr payı ödemesi yapılması hüküm altına alınabilir. Bunun dışında şirket intifa senedi çıkartarak, pay sahibi dışındaki kanunda belirtilen kişilere intifa senedi verebilir. Kuruculara kâr payı ödenmesine karar verildiğinde, dağıtım intifa senetleri bağlamında yapılacaktır. İntifa senedi sahiplerine yapılacak kâr payı dağıtımları da kuruculara ödenecek kâr dağıtımını esaslarına göre yapılacaktır^[106]. Dolayısıyla, şirket yıllık kârdan %5 birinci tertip kanuni yedek akçe ayırımını yapıp, devamında pay sahiplerine %5’lik birinci kısım kâr dağıtımını yaptıktan sonra, kalan kârın en çok %10’unu kuruculara kâr payı olarak dağıtacaktır^[107]. Esas sözleşmede bu oranın ne kadar olduğu belirlenmiş olmalıdır. Bunun dışında, eğer şirket intifa senedi çıkarmışsa, bu intifa senedi sahiplerine de esas sözleşmede belirtilen oranda kâr dağıtımları bu aşamada yapılmalıdır^[108].

3. İmtiyazlı Pay Sahiplerine Ödenecek Kâr Payı

Kâr payı dağıtımının hesaplanması konusunda değinilmesi gereken bir diğer hüküm de imtiyazlı paylarla ilgili düzenlemedir. İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklar da paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır^[109]. İmtiyaz konusu genel olarak TTK’nın 478’inci maddesinde düzenlenmiştir. Kanuna

[106] CANÖZÜ, s. 133.

[107] PULAŞLI, s. 617.

[108] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 516.

[109] BAHTİYAR, s. 276.

göre, paya imtiyaz tanınabilmesi ancak şirket esas sözleşmesi ile mümkün kılınabilir. Bu kapsamda imtiyaz, kuruluşta veya esas sözleşme değişikliği ile öngörülebilecektir^[110] Bu doğrultuda sermayenin tümünü teşkil eden pay sahiplerinin onayı olsa dahi, yalnızca bu yönde alınmış bir genel kurul kararı ile imtiyaz oluşturulamaz^[111]. Belli grup paya/paylara birçok konuda, diğer paylardan farklı imtiyaz tanınabileceği gibi kâr payında imtiyaz da tanınabilir^[112]. Kârda imtiyazın kapsamı ve uygulama şeklinin esas sözleşmede açıkça gösterilmiş olması gerekmektedir^[113]. Kârda imtiyazlı pay sahipleri, kâr payından imtiyazlı paylarını; TTK'nın 519'uncu maddesine göre, birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan ve birinci kısım kâr dağıtımı yapıldıktan sonra alabilirler^[114].

4. Kâr Payı Dağıtımının Temel İlkeleri

Yukarıda kâr dağıtımının hesaplamasının nasıl yapılacağı ve özel durumlarda da kâr dağıtımı yapılması halinde hesaplamaların sınırları ifade edilmeye ve aşamaları belirlenmeye çalışılmıştır. Bu noktada TTK'nın 523'üncü maddesinin 1'inci fıkrasını tekrar etmekte fayda görüyoruz. Maddede; *“Kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez”* hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla, kâr payı dağıtımını yapmadan önce ilk olarak yedek akçe hesaplamalarının yapılması gerekecektir^[115]. Tüm bu açıklamalar ve ilgili TTK hükümleri esas alınarak, kâr payı dağıtım aşamaları aşağıda ortaya konmaya çalışılmıştır:

- i. Şirketin net dönem kârı tespit edilir (TTK m. 509/2, 519/1, 508/2),
- ii. Net dönem kârından %5 birinci tertip kanuni yedek akçe olarak, sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar ayrılır (TTK m. 519/1),
- iii. Esas sözleşmede hüküm varsa, isteğe bağlı yedek akçe ayrılır (TTK m. 521, 523),

[110] TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 637.

[111] YASAMAN, s. 556; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 637.

[112] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 415.

[113] TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 637.

[114] CANÖZÜ, s. 127-128; KARYAĞDI, s. 145.

[115] BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 516; YASAMAN, s. 213.

- iv.** Birinci tertip yedek akçe ve şartları varsa isteğe bağlı yedek akçe ayrıldıktan sonra, net dönem kârının kalanından %5 oranında birinci kısım kâr payı, pay sahiplerine ödenir (TTK m. 519/2), (I. Temettü),
- v.** Birinci kısım kâr payı dağıtımı yapıldıktan sonra, kalan net dönem kârının %10'nuna kadar kâr, esas sözleşmede hüküm varsa, kuruculara dağıtılır (TTK m. 348),
- vi.** Esas sözleşme hükümlerine göre, varsa intifa senedi sahiplerine kâr payı dağıtımı yapılır (TTK m. 502),
- vii.** Esas sözleşmede hüküm varsa yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtılır (TTK m. 511),
- viii.** Esas sözleşmede hüküm varsa, kârda imtiyaz tanınan pay sahiplerine, imtiyazlı olan kâr payı dağıtımı yapılır (TTK m. 478),
- ix.** İkinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı yapılır (TTK m. 519/2),
- x.** Genel kurul kararı varsa ilave isteğe bağlı yedek akçe ayrımı yapılır (TTK m. 523),
- xi.** Tüm dağıtım ve ayırimlardan sonra, net dönem kârından geri kalan kâr varsa bundan da genel kurul kararı ile pay sahiplerine ikinci kısım kâr dağıtımı yapılabilir.

Anonim şirketler, yukarıda genel olarak ifade edilen aşamalarda TTK'nın ilgili hükümlerine uygun bir şekilde kâr dağıtımı yapabilirler. Kâr dağıtımı yapılırken hesaplamanın yapılması oldukça önem arz etmektedir. Aşağıdaki örnekte, çok genel olarak ve yalnızca kanuni yedek akçeler ile birinci ve ikinci kısım kâr dağıtımlarını ortaya koymak için, diğer özellikli konuların var olmadığı kabul edilerek, genel bir hesaplama yapılmıştır:

ŞEKİL-1

KÂR DAĞITIM TABLOSU	
VERGİ SONRASI TOPLAM KÂR ^[116]	1.387.309,94
Vergi Sonrası Yıllık Net Kâr	1.387.309,94
Geçmiş Yıl Ticari Zararları	0,00
Vergi Sonrası Dağıtımına Karar Verilen Kâr (-) G. Yıl Ticari Zararları	1.387.309,94
Ödenmiş Sermaye	1.020.000,00
Birinci Tertip Yedek Akçe Ayırma Sınırı	204.000,00
Daha Önce Ayrılmış Birinci Tertip Yedek Akçeler	
Cari Yıl İçin Ayrılacak Azami Birinci Tertip Yedek Akçe	204.000,00 ^[117]
Birinci Tertip Yedek Akçe	69.365,50
Toplam Birinci Tertip Yedek Akçe	69.365,50 ^[118]
Birinci Tertip Yedek Akçeden sonra kalan	1.317.944,44
Birinci Temettü	65.897,22^[119]
Yönetim Kurulu Payı	0,00
Ortaklar Dışında Kalan Kârdan Pay Alma Hakkı Olanlara Verilecek Paralar	0,00
İkinci Temettü	0,00
İkinci Tertip Yedek Akçe	125.204,72^[120]
Kalan Dağıtılabilecek Kâr	1.126.842,50

[116] Hesaplamamızda geçmiş yıl kârı olmadığı varsayımı ile hareket edilmiştir.

[117] Geçmiş yıllarda ayrılmış birinci tertip yedek ekçe varsa, **bu rakam geçmiş yıl birinci tertip yedek akçelerin toplamını da kapsayacaktır.**

[118] Önceki yıllardan gelen birinci tertip yedek akçe “0” kabul edilmiştir. Kârın (1.387.309,04) %5’i.

[119] Birinci kısım kâr payı hesaplamasında “**ödenmiş sermayenin**” değil “**yıllık kârın**” **dikkate alınmasının gerekçesi** için bkz: “*Kâr Payının Hesaplama ve Dağıtım Usulü*” başlıklı md. 2. Kalan net kârın (1.317.944,44) %5’i.

[120] Yıllık kârdan kalan kısmın hepsinin pay sahiplerine dağıtılacağı kabul edilerek hesaplanmıştır.

Stopaja Tabi Olmayan Kısım (stopaj düşüldükten sonraki, İstisna Kazanç)	
Kâr Dağıtımı Nedeniyle Stopaj Matrahı (1. Temettü de vergilendirilir)	1.192.739,72 ^[121]
Hesaplanan Gelir Vergisi	178.910,96
Dağıtılabilir Net Kâr	1.013.828,76 ^[122]

[121] I. Kısım (Tertip) kâr payı ile, II. Kısım (Tertip) kâr payı toplamı.

[122] **Dağıtılabilir net kâr**, pay sahiplerine ikinci kısım kâr payı (II. Temettü) olarak dağıtılacaksa, bu dağıtımdan önce 178.687,50 TL stopaj (vergi) kesintisi yapıldığı için, tüm dağıtılabilir net kâr ayrıca bir vergiye tabi tutulmadan pay sahiplerine dağıtılacaktır.

SONUÇ

Sermaye şirketlerinin temel amacı, belli bir dönemde gerçekleştirmiş oldukları faaliyetler neticesinde kâr elde etmek ve elde ettikleri bu kârı pay sahiplerine dağıtmaktır. Bu kapsamda anonim şirketler normal şartlarda elde ettikleri kârı, TTK hükümlerine göre, kanundaki usullere uyararak ve genel kurullarında alacakları bir karar nihayetinde pay sahiplerine “*kâr payı*” olarak dağıtırlar.

Kâr payı, pay sahibinin şirkete karşı sahip olduğu en önemli malvarlığı haklarından biridir. Bu kapsamda “*kâr payı hakkı*” genel olarak faaliyet yılı sonunda dağıtılmaya tahsis edilmiş “**net dönem kârının varlığı**” halinde söz konusu olacaktır. Kâr payı hakkı, genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine karar vermesi halinde, pay sahiplerinin esas sermayedeki payları oranında talep edebilecekleri vazgeçilmez bir alacak hakkıdır. Bir başka ifadeyle kâr payı, hesap dönemi sonunda dağıtılabılır bir kârın olması halinde, şirkete koymuş oldukları sermaye payı karşılığında pay sahiplerine ödenecek paradır.

TTK'nın ilgili maddelerinde, anonim şirketlerin ticari faaliyetlerini sürdürebilmesi ve bu amaç doğrultusunda gelişebilmesini sağlamak ve üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla şirketlerin sermaye yapılarının güçlenmesine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda, TTK'nın 519 ve devamı maddelerinde, şirket kârlarının bir bölümünün kanuni yedek akçe olarak ayrılması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca, şirketlerin sermayelerinin azalmasına neden olacak uygulamaların önüne geçmek amacıyla da şirketlerin dağıtacakları kâr payının mutlaka şirketin kâr elde etmiş olmasına ve kanuni yedek akçelerin ayrılmasına bağlanmıştır. **Anonim şirketlerde usulüne uygun bir şekilde kâr dağıtımı yapılabilmesi, TTK'daki belirli bir usulün eksiksiz olarak yerine getirilmesi şartına bağlıdır. Bu şartlar oluşmadan anonim şirket kâr dağıtımı yapılamaz.**

Tüm bu yapılan açıklamalar ışığında, kâr dağıtımının ve kar dağıtımına ilişkin hesaplamanın hiçbir şartta, kanuna ve esas sözleşme hükümlerine aykırı şekilde yapılamayacağı açıktır. Bu kapsamda, çalışmamızda detayları verildiği üzere, kâr dağıtımı yapılmadan önce kanuni yedek akçeler kanunda belirtilen sınırlar oranında ayrılmalı ve kâr dağıtımı için alınacak genel kurul kararı usulüne uygun olmalıdır. Bu nedenle şirketlerin kâr dağıtımı yapma kararı almadan kâr dağıtımının temel ilkelerine uygun işlemlerde bulunması

ve kâr dağıtılabilmesi için kanunda düzenlenen tüm şartları yerine getirmesi oldukça büyük bir önem arz etmektedir. Elbette tüm bu işlemlerin temeli doğru bir kâr payı hesabı yapmaya dayanır. Bizce de gerekçelerini çalışmamızda açıkladığımız üzere, dağıtılacak kâr payı hesaplanırken net dönem kârı ifadesi, vergi sonrası kârı ifade eder. Buna ek olarak, kâr dağıtımında oranların referans noktası, “*sermaye*” değil “*kâr*” olmalıdır. Kârın dağıtımında oranlama yapılırken “*net dönem kârının*” esas alınması yerine, “*sermayenin*” esas alınarak oranlama yapılmasının, ticari hayatın normal akışına ve kanunun ruhuna aykırı olduğunu değerlendiriyoruz.

KAYNAKÇA

ACAR, Fatih: Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa-2005.

ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, C. IV-V, İstanbul-1960, (Anonim Şirketler).

ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, Cilt: III, İstanbul-1960, (Anonim Şirketin Organizasyonu).

ARSLANLI, Halil: Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi, Cilt: IV-V, Ankara-1961, (Anonim Şirketin Hesapları).

AŞCI, Oğuzhan: Anonim Ortaklıklarda Kâr ve Kârın Dağıtımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-2009.

ATEŞAĞAOĞLU, Erdem: Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı, İstanbul-2012.

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara-2019.

AYTAÇ, Zühtü: Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı, Sermaye Piyasası Kurulunun 15. yıl Sempozyumu, Ankara-1998

BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul-2019.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, 9. Bası, Bursa-2013.

CANÖZÜ, Salih: Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, 2. Bası, Ankara-2016.

ÇEVİK, O. Nuri: Anonim Şirketler, 4. Bası, Ankara-2002

ÇOLAK, Mustafa: Anonim Şirketlerde Kâr Payı Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale-2009.

DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi 2, 3. Bası, Ankara-1990.

ERDAMAR, Cengiz: Anonim Ortaklıklarda Kârın Dağıtımı ve Vergilendirilmesi, İstanbul-1984.

ERİMEZ, Rüştü: Şirketlerde Kâr Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergilendirme, 3. Bası, İstanbul-1985.

GÜNDOĞDU, Burhan: Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Muha-
sebeleştirilmesi, Vergi Dünyası Dergisi, Y. 2004, S. 279.

İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul-1989.

İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-
Ortaklıklar-Kıymetli Evrak, 12. Bası, İstanbul-2001.

KARAYALÇIN, Yaşar: Muhasebe Hukuku, Kavramlar, İlkeler, Başlıca
Sorunlar, Yeni Gelişmeler, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Ensti-
tüsü, Ankara-1988.

KARSLIOĞLU, Hasan: Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı,
Adalet Yayınevi, Ankara-2015.

KARYAĞDI, Nazmi: Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı, 4. Bası, İstanbul-2014.

MICHELER, Eva: Disguised Returns of Capital-An Arm's Length App-
roach, Cambridge Law Journal 69(1), Mart-2010

MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı,
2. Bası, İstanbul-2003.

NOMER, Füsün: Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi,
Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul-1998.

ÖZDAMAR, Mehmet: Banka Yöneticilerinin Mali Hakları, Ankara-2016.

ÖZER, Işık: Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket
Yöneticilerinin Mali Hakları, Ankara-2013.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar
Hukuku I, 14. Bası, İstanbul-2019.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, Ankara-2017.

SARIKAYA, İrfan: Ticari Kâr-Mali Kâr Ayrımında Muhasebe Sistemi
Uygulama Genel Tebliğ ve Ticari Kârdan Mali Kâra Geçiş, Vergi Dünyası,
S.158, Ekim-1994.

ÜNAL, O. Kürşat: Sermaye Piyasası Mevzuatında Birinci Temettü ve
Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler,
Yaklaşım Dergisi, S. 64, Eylül-1998.

YASAMAN, Hamdi: Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. 2, İstanbul-2013.

YILDIZ, Şükrü: Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara-2004.

Makaleler

Articles

İŞE İADE DAVASINDA YARGI BAĞIŞIKLIĞI İTİRAZI ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜ ÖRNEĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Abdullah Edip BULUT*

I. DAVA ŞARTLARI

Dava şartları, açılan bir davada mahkemenin uyumsuzluğunun esasını inceleyebilmesi için bulunması veya bulunmaması gereken, var olup olmadığı mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden araştırılan ve eksikliği taraflarca davanın her aşamasında ileri sürülebilen koşullardır. Dava şartları davanın dinlenilebilmesi için gereklidir. Dava şartlarının aynı zamanda davanın esastan karara bağlanmasını önleyici etkisi de vardır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun^[1] (HMK)'da dava şartları ayrı bir kurum olarak düzenlenmiştir. HMK 114. maddesinde^[2] dava

* Hâkim.

[1] RG. T. 04.02.2011 S. 27836.

[2] HMK madde 114'e göre dava şartları şunlardır: a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması. b) Yargı yolunun caiz olması. c) Mahkemenin görevli olması. ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması. d) Tarafların,

şartlarını saymış, 115. maddesinde^[3] dava şartlarının var olup olmadığının mahkemece yargılamanın her aşamasında araştırılabileceği, tarafların dava şartlarının bulunmadığını her zaman ileri sürebileceklerini, mahkemenin dava şartlarının bulunmadığını tespit etmesi halinde davanın usulden ret edileceğini hüküm altına almıştır.

Mahkemece kendiliğinden gözetilen, taraflarca her zaman ileri sürülebilen dava şartları; taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda dahi re'sen dikkate alınır. Mahkeme bu hususta tarafların istem ve muvafakatleri ile bağlı değildir. Dava şartları yargılamanın başladığı başka bir deyişle davanın açıldığı tarihten, davanın sona erdiği tarihe kadar var olmalıdır. Dava şartları olmaksızın mahkemece davanın esasına girilmiş ve karar verilmiş ise bu durum bozma sebebidir.

II. DAVA ŞARTI OLARAK TÜRK MAHKEMELERİNİN YARGI YETKİSİ

Anayasanın 9. maddesinde; yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmiştir. Kural olarak Türkiye Cumhuriyetinin coğrafi sınırları içerisinde Türk mahkemeleri yargı yetkisine (hakkına) sahiptir. Dolayısıyla mahkemelerin yargı hakkı ülke toprakları

taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması. e) Dava takip yetkisine sahip olunması. f) Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması. g) Davacının yatırması gereken gider avansının yatırılmış olması. ğ) Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi. h) Davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması. ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması. i) Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması.(2) Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.

- [3] HMK madde 115'e göre; Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. (2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. (3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.

içerisinde yabancı, vatandaş, vatansız ayrımı yapılmaksızın bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsamına almıştır.

Türk mahkemelerinin, açılan bir davaya bakabilmesi için o dava ile ilgili yargılama yapabilme hakkına sahip olması gerekir. HMK 114/1-a Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunmasını dava şartı olarak düzenlemiştir. Yargı bağışıklığı veya yargı muafiyeti ise yargı hakkının istisnasını oluşturmaktadır. Yargı hakkı kişi ve yer yönünden sınırlandırılmıştır.

A. Kişi Bakımından Sınırlandırma

Kişi bakımından sınırlandırmayı, yabancı devletlere yönelik sınırlama ve diplomatik temsilcilere yönelik sınırlama olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

Bir devletin egemenlik işlemlerine ilişkin davalar, başka bir devletin mahkemelerinde yargılanamaz^[4]. Ancak yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuk uyuşmazlıklarında yargı muafiyeti tanınmaz, başka bir ifade ile yabancı bir devletin özel hukuk kaynaklı işlemleri nedeniyle Türk mahkemelerinde hukuk davası açılabilir. Bu gibi davalarda tebligat, yabancı devletin diplomatik temsilcilerine yapılabilir.

Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesine^[5] Türkiye taraftır. Bu nedenle diplomatik ajanlara yönelik yargı muafiyetini kabul etmiştir. Ancak diplomatik ajanlara karşı açılan hukuk davalarında tam anlamıyla bir yargı muafiyetinden söz edilemez. Şöyle ki; diplomatik ajanın Türkiye’de bulunan özel taşınmazıyla ilgili aynı hak davalarında, diplomatik ajanın vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasın yöneticisi veya vasiyet olunan kişi sıfatıyla ilgili bulunduğu mirasa ilişkin davalarında, diplomatik ajanın, Türkiye’de resmi görevleri dışında icra ettiği herhangi bir mesleki veya ticari faaliyetle ilgili davalarda; diplomatik ajan, hukuk davalarından ve icra-ıflas takiplerinden bağışık (muaf) değildir^[6]. Bunların dışında diplomatik ajanlara

[4] Baki KURU/Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 309, Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, 2011, s.288.

[5] 3042 sayılı Kanun, RG. T. 21.12.1984 S. 18615

[6] KURU/ARSLAN/YILMAZ a. g. e. S. 310.

dava açılmaz. Açıldığı takdirde, mahkeme dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verecektir.

Diplomatik ajanın tanıklık yapma yükümlülüğü yoktur. Ancak kendi istekleri ile tanıklık yapmaları mümkündür (Viyana Sözleşmesi m. 31/2). Yargı bağımsızlığından yararlananlara karşı dava açılmaz, icra takibi yapılamaz ve Türk mahkemeleri tarafından tebligat gönderilemez. Ancak bu kişiler Türk mahkemelerinde dava açabilir ve açılmış bir davaya müdahale edebilir. Bu kişilerin açtığı davaya yönelik olarak karşı dava açılabilir. Bu durumda bağımsızlık söz konusu olmaz.^[7]

B. Yer Yönünden Sınırlandırma

Türk mahkemelerinin yargı hakkı, Türkiye Cumhuriyeti'nin coğrafi (kara, deniz, hava) sınırları başka bir deyişle ülkesiyle sınırlıdır. Türk mahkemeleri yabancı ülkede faaliyette bulunmadığı gibi, yabancı devlet mahkemeleri de Türkiye'de faaliyette bulunamaz^[8].

[7] KURU/ARSLAN/YILMAZ a. g. e. S. 310, Saim ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukuku, cilt I-II, 7. Bası, Filiz Kitabevi Basım, İstanbul, 2000, s.68.

[8] Ergun ÖNEN, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 442, 1979; ÜSTÜNDAĞ a. g. e. S.65.

III. İŞ GÜVENCESİ KAVRAMI, İŞE İADE DAVASI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

A. İş Güvencesi Kavramı

İşverenin keyfi işten çıkartmalarına karşı işçiyi koruyan kurallara kısaca iş güvencesi hükümleri denilmiştir^[9]. İş güvencesine ilişkin düzenlemeler, gerçekte çalışma hakkını işlevli kılan, çalışma hakkını koruyan hükümlerdir^[10]

İş güvencesi içerik yönünden dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılır.

Dar anlamda iş güvencesi, iş sözleşmesinin feshinde bu güvencenin kullanılmasıdır. Burada hedeflenen, işverenin, iş akdini geçerli neden olmaksızın keyfi biçimde sonlandırmasının engellenmesi başka bir ifade ile iş ilişkisinde devamlılığın sağlanmasıdır. İş güvencesi işverenin fesih hakkını ortadan kaldırmamakta fakat sınırlandırmaktadır. Bu sınırlama, işçinin geçerli bir nedenin varlığı halinde iş sözleşmesinin feshedilmesini, geçerli nedenle fesih sebebinin mahkeme tarafından denetimini^[11], geçerli neden olmaksızın iş sözleşmesi feshedilen işçinin işe iade davası açarak mahkeme kararı ile işe iadesinin sağlanmasını içermektedir.

[9] Bektaş KAR, İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara, 2011, s.21. “iş güvencesi kavramı”, temelde geçimini emeği ile sağlayan bağımlı çalışanların, haklı bir neden olmaksızın, işveren tarafından iş sözleşmesi ilişkisine son verilmesi durumunda, işverenin fesih işlemi sınırlayan veya engelleyen, iş sözleşmesi ilişkisini hukuksal zemine çeken, böylece iş sözleşmesinin işçi açısından dayanıksız niteliğini bertaraf eden ve iş ilişkisine süreklilik kazandıran, koruyucu yönü ağır basan normatif düzenlemeleri içermektedir.” Öner EYRENCİ/Savaş TAŞKENT/Devrim ULUCAN, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, Legal yayınları, İstanbul 2006, s.160. “İş güvencesi terimi” ile amaçlanan, işçinin işinin güvence altına alınmasıdır. Bu sistemde işçi hukuken uygun görülmeden, geçerli bir nedene dayanmayan, açıkçası ‘keyfi’ denilen feshlere karşı belli bir ölçüde korunmaktadır; bir başka deyişle, işverenin fesih hakkı sınırlanmaktadır”.

[10] Ercan AKYİĞİT, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin yayınları, Ankara, 2006, s. 777, “Aslında iş güvencesi bir kimsenin bir işe girme konusunda sahip olduğu garantiyi ve bunun yanında işe girdikten sonra iş koşullarının işverence keyfi biçimde değiştirmesini önleyecek mekanizma ile onun hizmet sözleşmesinin işverence keyfi olarak feshine karşı getirilen güvenceyi yani bir güvenceler yumağını anlatır”.

[11] 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda sendika işyeri temsilcileri ve işyerinde çalışan sendika yöneticileri için haklı neden.

Geniş anlamda iş güvencesi ise bir iş ilişkisinde işverenin fesih hakkında, kanun ve taraflar arasındaki sözleşme ile düzenlenen bütün sınırlamaları ve iş akdinin feshinin sonuçlarını hafifleten tedbirleri kapsar. İş güvencesi, işverenin yönetim hakkını keyfi kullanmasını başka bir ifade ile kötüye kullanmasını engellemekte aynı zamanda yapılan feshin mahkemelerce denetlenmesini sağlamaktadır.

A. Çalışanın Haklarının Hukuki Niteliği

İş güvencesine ilişkin hükümler 4857 sayılı İş Kanununun^[12] 18 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. İş sözleşmesi feshedilen çalışanın iş güvencesi kapsamında işe iade davası açabilmesi için işyerinde çalışan sayısının otuz veya üstünde olması, işçinin en az altı ay kıdemini bulması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gereklidir.

Bir tarafı yargı muafiyetinden yararlanan uluslararası örgüt olan işveren ile diğer tarafı Türk vatandaşı olan işçinin arasındaki iş sözleşmesi işveren tarafından feshedildiğinde Türk vatandaşı işçinin açmış olduğu işe iade davasında istemiş olduğu hukuki yarar çalışma hakkının korunmasıdır. Çalışma hakkı Anayasanın 49. maddesinde bir hak ve ödev olarak düzenlenmiştir.

Anayasal düzeyde bir hak ve ödev olan çalışma hakkının, gerçekleşmesini sağlamak, çalışma hakkının kâğıt üzerinde kalmasını engellemek için, yasayla işverenin fesih yetkisini sınırlandıran düzenlemeler yapılmıştır^[13].

Çalışma hakkı, herkesin yeteneklerine uygun bir işte kendisi ve ailesiyle birlikte insan onuruna yakışan bir gelire yaşamını sürdürme, kimseye muhtaç olmadan kendi yetenekleri ile var olabilme hakkıdır^[14]. Bu hakkın etkin bir

[12] RG. T. 10.06.2003 S. 25134

[13] Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI/Ulaş BAYSAL, İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2014, s. 956. “İş güvencesi, işçinin çalışma hakkının korunması bağlamında bir dizi yöntemi içeren geniş bir içeriğe sahip bir kavramsa da genellikle işverenin fesih hakkının sınırlandırılması suretiyle işçinin feshine karşı korunmasını ve bu suretle iş ilişkisinin sürekliliğinin sağlanmasını ifade eder”.

[14] Ali GÜZEL, “İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi”, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2004 Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004, s.16. “İşçiler açısından, çalıştıkları, kendilerinin ve aile bireylerinin ‘ekmeğini kazandıkları’ işlerini yitirmeleri, çalışma yaşamlarında iş kazası ve meslek hastalıklarından sonra, karşılaşılabilecekleri en ağır bir risk (tehlike) olarak kabul

şekilde korunması zorunluluğu iş güvencesi hükümlerini zorunlu kılmıştır. Çalışanları, işleri üzerinden gelir güvencesine sahip kılmak, çalışanları işten atılma korkusu altında güvensiz ve baskı altında tutmamak, ailesi ve kendisi için geçim kaynağı olan ücretinden yoksun kalma korkusunu ortadan kaldırmak iş hukukunun temel amaçlarından birisi olarak tanımlanmıştır^[15].

Diğer yandan çalışma ilişkisinin doğmasıyla birlikte çalışanın sosyal güvenlik hakkı da devreye girmektedir.

Bilindiği gibi, sosyal güvenlik hakkı, anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmış, temel sosyal haklardandır. Bu nedenle sosyal güvenlik hakkından vazgeçilemez ve bu hak devredilemez. Sosyal güvenlik hakkının gerçekleştirilmesi için devlet gerekli önlemleri almak, teşkilatı kurmakla anayasa tarafından görevlendirilmiştir.

Sigortalılığın zorunluluğu ilkesi 5510 sayılı yasanın “Sigortalılığın zorunlu oluşu, sona ermesi ve sosyal güvenlik sicil numarası” başlıklı 92. Maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Maddeye göre:

“Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümler geçersizdir”.

Sigortalılığın zorunluluğu ilkesinin hukuki sonucu, sigortalılığı doğuran olay gerçekleştiği anda sigortalılık statüsünün de doğmasıdır. Sigortalılık statüsü için başvuru, bildirim, kayıt vb. bir koşul yoktur. Sigortalılık statüsünün kazanılması böyle bir kayıt ya da şarta tabi tutulamaz. 5510 sayılı yasa da sigortalılığın sigortalılığı gerektiren fiili durum ya da ilişkinin doğmasıyla birlikte başlayacağını 7. Maddesine hüküm koyarak değişik sigortalılık statüleri açısından ayrı ayrı düzenlenmiştir^[16].

edilir. İşçinin istihdamdaki yeri ve elde ettiği işini koruyabilmesi, aynı zamanda onun toplumsal kimliğini belirleyecektir. İşte, en yalın ifadesiyle iş ya da istihdam güvencesi, işçinin işyerindeki işini, iç ve dış faktörlerden ya da işverenin iradesinden etkilenmeden koruyabilmesi anlamına gelir”.

[15] Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 591.

[16] Sigortalılığın başlangıcı başlıklı 7. Maddeye göre; Sigorta hak ve yükümlülükleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının; a) (a) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için

Yargıtay da sigortalılığın zorunluluğu ilkesini birçok kararında özellikle belirtmiştir. Yargıtay 21 HD. 30.04.2012 tarihli kararında sigortalı hizmet tespiti davaları ile sigortalılığın zorunluluğu ilkesi arasındaki hukuki bağa işaret etmiş, bu hukuki ilişki içerisinde özel bir yargılama ile hizmet tespitinin yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Yargıtay 21 HD. Kararına göre:

“Sigortalılığa ilişkin ‘hizmet tespiti’ davaları, Sosyal Güvenlik hakkına ilişkin olarak ortaya çıkan davalardır. Yasal dayanağını 506 sayılı Yasanın 6. ve 79/10. (5510 sayılı yasa açısından ise 86/9.) maddelerinden almaktadır. Sözü edilen 6.madde de, çalıştırılanların, işe alınmaları ile kendiliğinden sigortalı olacakları, sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği belirtilmiştir. Anılan yasanın 79/10. maddesinde ise, sigortaluların, çalışmalarının tespiti ile ilgili dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, hizmet tespitine ilişkin davalar sosyal güvenlik hakkı ve kamu düzeni ile ilgili olup, kişi iradesi belirleyici etkiye sahip değildir. İçerisinde bulunduğu yasal statünün belirlediği durum doğrudan dikkate alınır. Bu nedenle hâkim, kendiliğinden araştırma yapma yetkisine sahiptir. Bu yetki kapsamında,

çalışmaya, meslekî eğitime veya (...) (1) staja başladıkları tarihten, (1) b) (Değişik: 17/4/2008-5754/5 md.) (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanlardan, gelir vergisi mükellefi olanlar ile şahıs şirketlerinden kolektif, adi komandit şirketlerin komandite ve komanditer ortakları ve donatma iştiraki ortaklarının vergi mükellefiyetlerinin başladıkları tarihten; sermaye şirketlerinden limited şirket ortakları ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortaklarının, şirketin ticaret sicil memurluklarınca tescil edildikleri tarihten; anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortaklarının yönetim kuruluna seçildikleri tarihten; gelir vergisinden muaf olanların ise esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı oldukları tarihten; tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlar için tarımsal faaliyetlerinin kanunla kurulu ilgili meslek kuruluşlarınca veya kendilerince, bir yıl içinde bildirilmesi halinde kaydedildiği tarihten, bu süre içinde bildirilmemesi halinde ise bildirim Kuruma yapıldığı tarihten; köy ve mahalle muhtarları için seçildikleri tarihten; 4 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilenler için ise lisans belgesine istinaden fiilen çalışmaya başladıkları tarihten, c) (Değişik: 17/4/2008-5754/5 md.) (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanlar için, göreve başladıkları veya bu Kanunun 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) ve (e) bentleri kapsamındaki okullarda öğrenime başladıkları tarihten, itibaren başlar.

gerektiğinde tanık ve diğer deliller yoluyla doğrudan gerçeği bulma yükümü bulunmaktadır.”^[17]

Yargıtay 10. HD. Sigortalılığın zorunluluğu ilkesini anayasal dayanakları içerisinde ele aldığı kararlarında sigortalılığın vazgeçilmez devredilemez bir hak olmanın yanında yükümlülük de olduğunu belirtmiştir^[18]. Yargıtay 10. HD. 2013 yılında vermiş olduğu bir karara göre:

“Anayasa’nın 12. maddesine göre; “Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir.”. Sosyal güvenlik hakkı, bireylerin geleceğe güvenle bakmalarını sağlayan bir insan hakkıdır. Aynı zamanda “sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti içerisinde yer alan ve bu ilkeyi oluşturan temel kavramlardan birisidir”. Bu esası göz önüne alan anayasa koyucu “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında sosyal güvenlik hakkını da düzenlemiş ve

[17] Yargıtay 21. HD. E. 2012/7981 K. 2012/6794 T. 30.04.2012, Çalışma ve Toplum, 2013/2

[18] 1982 Anayasasının 12. maddesine göre; “Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir.” 60. maddede ise, “Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir” hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirilecek olursa, sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve feragat edilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde de bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür. (M. Çenberci Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, 1985, sh.90).

Bu nedenle, sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hâkimin feragat nedeniyle davayı reddetmeyip özel bir duyarlılık göstererek delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Zira sigortalı hizmet tespiti davasının açılması ile Sosyal Sigortalar Kurumu bir çalışma ilişkisinden haberdar olacak, gerektiğinde müfettiş incelemesi yaparak resen prim tahakkuk ettirip, tahsil edecektir. Görüldüğü gibi hizmet tespiti davaları kurumun hak alanım da doğrudan ilgilendirmektedir. Öte yandan, hizmet tespiti davalarının amacı hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Bu nedenle, bu davadan feragat eden davacı sadece açtığı davadan değil, “sigortalı olduğunun tespitinden” yani “sosyal güvenlik hakkından” vazgeçmektedir. (Barış DUMAN, Ankara 2002 506 Sayılı S.S.K. Göre Hizmetlerin Tespit, Yüksek Lisans Tezi sh.108) (Yargıtay 10.HD. E. 2010/2539, K. 2010/13641, 14.10.2010)

60'ncı madde ile "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" hükmünü getirmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve vazgeçilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

(Mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 92. maddesinde de, bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür."^[19]

Dolayısıyla, çalışma ilişkisinin kurulmasıyla birlikte çalışan açısından koşulları varsa feshe karşı korunma ve feshin yargısal denetimini isteme hakkı doğduğu gibi, çalışan istese de istemese de, zorunluluk ilkesi gereği, hukuken sigortalı statüsü doğmakta, sigortalı statüsüne bağlı olarak hak ve yükümlülükler, kendiliğinden devreye girmektedir.

Davacı açısından, sahip olduğu hak ve yükümlülüklerine koruma isteyebileceği, yol dava açma hakkıdır. Bu nedenle de dava açma hakkı da anayasal koruma altında bir hak olarak düzenlenmiştir.

Gerçekten de Anayasanın 36. maddesine göre; *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz"*.

Anayasa Mahkemesi de (AYM), 03.02.2011 tarihli kararında Anayasa'nın 36. maddesini *"dava yoluyla mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisi"*^[20] olarak nitelendirmiştir. 36. maddeyi aktaran AYM'ye göre; *"bu maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla*

[19] Yargıtay 10. HD. E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013.

[20] Anayasa Mahkemesi, E. 2009/ 83, K. 2011/ 29, T. 03.02.2011, Resmi Gazete (RG). 14.05.2011 Sayı 27933.

mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin maruz kaldığı bir haksızlık veya idari işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir”.

IV. YARGI BAĞIŞIKLIĞI ve ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜNÜN HUKUKİ STATÜSÜ

A. Yargı Bağışıklığı

Her egemen devlet kendi coğrafi sınırları içerisinde egemenlik hakkına dayalı olarak gerçek ve tüzel kişiler üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Ancak sınırları, kapsamı, kimlerin yararlanacağı milletlerarası hukuka göre belirlenen durumlarda devletlerin yargı yetkisine sınırlama getirilmiştir^[21]. Devletlerin yargı yetkisinin sınırlandırılması “bir devletin başka bir devlet hakkında devletler hukukunun öngördüğü ölçüde yargı yetkisini kullanmaması”^[22] sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla yargı bağışıklığı kavramı ile “devletin yargı yetkisinin sınırlanması sebebiyle, ilgili ülkenin yargılama yapamayacağı”^[23] konular ve kişiler anlatılmaktadır. Bir başka anlatımla yargı bağışıklığı egemen bir devletin bir başka devletin yargı yetkisine tabi olmamasıdır^[24]. Kural olarak, yargı bağışıklığının bulunduğu

[21] Rona AYBEY, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 72, Eylül/Ekim 2007, “Yabancı devletin yargı bağışıklığı “kamusal” anlamdaki “Uluslararası Hukuk” ile “Uluslararası Özel Hukuk” un ortak konularından biridir. Her iki anlamda da, uluslararası hukukun geleneksel kuralları, bir devletin tüzel kişiliğinin başka bir devlet mahkemesi önünde yargılanamamasını gerektirir. Bu durum, “devletlerin egemen eşitliği” denilen temel varsayımın bir sonucu olarak kabul edilir”.

[22] İlyas DOĞAN, Devletler Hukuku, 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016, s. 289. “Devletin yargı bağışıklığı bir devletin başka bir devlet hakkında devletler hukukunun öngördüğü ölçüde yargı yetkisini kullanmamasını ifade eder”.

[23] Ersin ERDOĞAN, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağışıklığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 65, sayı 4, yıl 2016, s. 3375.

[24] DOĞAN, a. g. e., s. 290, “Yargı bağışıklığı devletler hukukunda başlıca üç dayanağı bulunmaktadır. Bunlar, devletlerin egemenlik bakımından eşitliği, devletlerin bağımsızlığı ve devletlerin vakarı anlayışlarıdır”.

durumlarda egemen bir devlet gerçekleştirdiği işlemler veya eylemler nedeniyle o devlet mahkemelerinde kendisi taraf olmayı kabul etmediği sürece hakkında yargılama gerçekleştirilemez^[25].

Ne var ki yargı bağımsızlığı kavramı tarihsel gelişimi içerisinde “mutlak yargı bağımsızlığı” kavramından “sınırlı yargı bağımsızlığı” kavramına doğru bir gelişim göstermiştir^[26]. Türk hukuk uygulamasında da 1982 yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun (MÖHUK’nın) yürürlüğe girmesine kadar, mutlak yargı bağımsızlığının kabul edildiği, açılan davanın konusun ne olursa olsun Türk Mahkemelerinin ve Yargıtay’ın mutlak bağımsızlık kuralını uyguladığı ve davaların ret edildiği, 1982 yılında MÖHUK’ın yürürlüğe girmesiyle birlikte ise Türk Hukukunda da sınırlı bağımsızlık sistemine geçildiği belirtilmiştir.^[27]

Öğreti de sınırlı yargı bağımsızlığı şu şekilde tarif edilmiştir:

-
- [25] Hacı CAN/Alı Gümrah TOKER, Milletlerarası Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.133, “Yabancı devletin yargı bağımsızlığı, bir devletin yabancı bir devlet yargı organları önünde yargılanamaması anlamına gelir.” Ayrıca DOĞAN, a. g. e., s. 290.
- [26] Berat Lale AKKUTAY, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı, 72, Eylül/Ekim 2007, Yabancı devlete tanınacak bağımsızlığın kapsamının mutlak ya da sınırlı bir bağımsızlık olup olmadığı meselesi öğretisi ve uygulamada uzun yıllar tartışılmıştır. Yirminci yüzyılın ikinci yarısına dek devletin yargı bağımsızlığının mutlak olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre uyumsuzluk konusu ne olursa olsun bir devlet, yabancı bir devletin mahkemelerinde kendi rızası olmaksızın yargılanamaz. Buradaki bağımsızlık davalının sıfatından, niteliğinden kaynaklanan ratio- ne personae bir bağımsızlıktır. Ancak bu anlayış, devletin gittikçe artan biçimde yabancı devlet ülkesinde ticari faaliyetlerde bulunmasıyla terkedilmiş, yerini sınırlı bağımsızlık doktrinine bırakmıştır. Bu görüş uyarınca; devletin egemenliğine dayalı işlemleri (egemenlik tasarrufları/acta jure imperii) ile özel hukuka ilişkin işlemleri (acta jure gestionis) arasında bir ayırım yapılmalı, bağımsızlık yalnızca jure imperii işlemlerle sınırlandırılmalıdır.” Ayrıca, DOĞAN, a. g. e., s. 295.
- [27] AYBAY, a. g. e., s. 110, Ayrıca CAN/TOKER, a. g. e., s. 133, yazarlara göre “Ancak, devletlerin tüm faaliyetleri için yargı bağımsızlığına sahip olduğunu savunan mutlak bağımsızlık görüşünden günümüzde vazgeçildiğini ve yabancı devletlerin yargı muafiyeti, onların egemenlik tasarrufları ile sınırlandırıldığı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle, devletlerin özel hukuk tasarrufları bakımından yargı muafiyeti kabul görmemektedir. Türk hukuku bakımından da MÖHUK m. 49’daki düzenleme nedeniyle yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyumsuzluklarda yargı muafiyeti tanınmamaktadır.

“Sınırlı bağışıklık” anlayışı, devletin “devlet” olarak giriştiği işler ve eylemler ile endüstriyel ve ticari alanlardaki etkinlikleri arasındaki ayrıma dayanır. “Sınırlı bağışıklık” anlayışına göre, devlet “egemenlik” yetkisine dayanarak gerçekleşen eylem ve işlemleriyle ilgili olarak yargı bağışıklığından yararlanmasını sürdürecektir ama “devlet sıfatıyla” değil de, sıradan bir özel hukuk kişisi olarak giriştiği işlerden ve eylemlerinden dolayı yargı bağışıklığı söz konusu olmayacaktır.”^[28]

Türk hukukunda “sınırlı yargı bağışıklığının kabul edilmiş olduğunun yasal dayanağı olarak 27. 11.2007 tarihinde kabul edilen 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu’nun 49. maddesi gösterilmektedir. MÖHUK’ın “Yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı hâller” başlıklı 49. maddesi “*Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz.*” hükmünü getirmiştir.

Maddenin gerekçesine göre;

“Madde, yabancı bir devletin egemenlik hakkına dayanarak yaptığı tasarrufların dışında kalan, özel bir kişi gibi hususi hukuk faaliyetlerinde bulunması, ticari ilişkilere girmesi sonucu doğan ihtilâflarda yargı muafiyetinin tanınmayacağını öngörmektedir. Günümüz hukuk anlayışı doğrultusunda getirilen bu düzenlemenin doğal sonucu olarak yabancı devlet hakkında dava açılabilmesini sağlamak amacıyla o devletin diplomatik temsilcilerin bu konuda tebligat yapılabileceği de maddenin İkinci cümlesinde belirtilmiştir.”^[29]

MÖHUK’nın 49’uncu maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında artık yabancı devletlerin özel hukuktan kaynaklanan faaliyetleri nedeniyle yargı bağışıklığından yararlanmaları olanaklı değildir. “Yabancı devletlerin

[28] AYBAY, a. g. e., s. 110.

[29] Ahmet Cemal RUHİ, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 178 “Madde ile “eşitlik üzerinde egemenliği olamaz” (par in parem non habet imperium) ilkesi ile ifade edilen devletlerin yargı bağışıklığını belli konulardaki işlemler için ortadan kaldıran bir kural getirilmiştir. Devletler hukukunun geleneksel bir kuralı olan yargı bağışıklığı kuralı dünya çapında artık sınırlı olarak uygulanma olup, anılan maddede, özel hukuk ilişkilerinde yargı bağışıklığının tanınmayacağı belirtilmek suretiyle, sınırlı yargı bağışıklığı kuralını benimsemiş bulunmaktadır.”.

bir başka ülkenin yargısından bağımsızlığı, bugün için kamu hukukundan kaynaklanan ve egemenlik yetkisinin görünümü biçimindeki işlemlere hasredilmiştir”^[30]. Dava konusu edilen eylemin özel hukuk kapsamına girip girmediğinin değerlendirmesini ise kural olarak “hâkimin hukukuna” (*lex fori*)^[31] göre yargılamayı yapan mahkeme yapacaktır. Öğretiye göre hâkim özel hukuk kapsamına giren bir uygulama olup olmadığı nitelendirmesinde şu esaslara dikkat edecektir:

“Yargı muafiyetinin kapsamı belirlenirken yabancı devletin yaptığı işlemin hukukî niteliği dikkate alınmalıdır. Yabancı devletin taraf olduğu bir uyuşmazlık Türk mahkemesi önüne geldiğinde hâkim, öncelikle dava konusu işlem veya eylemin özel hukuk tasarrufu mu yoksa egemenlik tasarrufu mu olduğu belirlemek zorundadır. Bu noktada işlemin hukukî niteliğinin tespiti önem taşımakta, devletin hukukî işlem yapma saiki ise dikkate alınmamaktadır. Yapılan işlemin hukukî niteliğinin tespiti, vasıflandırma sorunudur. Vasıflandırma, genel kabul gören görüş uyarınca davaya bakan mahkemenin hukukuna (lex fori) göre yapılmalıdır. Türk hâkimi, dava konusu işlem veya eylemin özel hukuk tasarrufu veya egemenlik tasarrufu olduğu sonucuna Türk hukuku uyarınca yapacağı vasıflandırma ile karar vermelidir. Örneğin yabancı devletin Türkiye’deki temsilciliğine ait bir hizmet aracı Türkiye’de bir kazaya karıştığında ortada haksız fiilden doğan bir uyuşmazlık olduğu için dava konusu işlem özel hukuk tasarrufudur. Yargı muafiyeti bu uyuşmazlık bakımından dikkate alınmayacaktır”^[32].

[30] ERDOĞAN, a. g. e., s. 3379.

[31] CAN/TOKER, a. g. e., s. 11, dip not 18. “Lex fori prensibi Yargıtay 2.HD’nin 05.11.2012 tarihli kararında şu şekilde ifade edilmiştir. “Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda kendisine başvurulana mahkeme takip edilecek usul kuralları bakımından, tarafların vatandaşı veya yabancı olduğuna bakmadan kendi hükümlerini uygulamak zorundadır (lex fori). Davanın açılması, tebligatların yapılması, delillerin toplanıp değerlendirilmesi hükmün verilmesi ve kesinleştirilmesi hâkimin kanununa tabidir.” Yargıtay 2HD. 05.11.2012, E. 2012/616, K. 2012/26084.

[32] CAN/TOKER, a. g. e., s.133, ERDOĞAN, a. g. e., s. 3379, yazara göre de; “İşlemin ne zaman özel hukuk faaliyeti olarak değerlendirileceği bir vasıflandırma meselesidir ve kural olarak lex fori’ye göre gerçekleştirilir Ancak, söz konusu ayırım yapılırken işlemin yahut eylemin amacı değil özü, doğası dikkate alınmalıdır. Zira devletçe gerçekleştirilen her işlemin nihai amacı kamusalıdır.”

“Hem BM Devletlerin ve Onların Mülklerinin Yargısal Bağımsızlığına İlişkin Sözleşme’nin 10’uncu ve devamı maddelerinde hem de Devletlerin Bağımsızlığına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 4’üncü ve devamı maddelerinde egemenlik işlemi ve diğer işlemler ayırımın nasıl yapılacağı gösterilmemiş , kazuistik olarak (ticari işlemler, iş sözleşmeleri, kişisel zararlar, malvarlığı zararları, mülkiyet hakkı ve zilyetlik hükümleri, fikri mülkiyet) bağımsızlıktan yararlanılamayan haller sayılmıştır.”^[33]

Yargıtay 10. HD. 14.10. 1993 tarihinde vermiş olduğu bir kararda *“Danimarka Büyükelçiliği’nde işçi olarak çalıştığı halde, ilgili kuruma bildirimi yapılmayan sigortalının, Danimarka devleti aleyhine açtığı hizmet tespit davasında mahkeme, özel hukuk ilişkisinden doğan bir uyuşmazlık bulunması sebebiyle, yabancı devletin yargı bağımsızlığından istifade edemeyeceğini belirtmiştir.”^[34]*

Yargıtay’ın 10.HD. 14.10.1993 tarihli kararına göre:

“Türkiye ve Danimarka’nın taraf oldukları 18.4.1961 tarihli Diplomatik ilişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi’ne Türkiye, 24 Aralık 1984 tarih ve 18615 sayılı Resmi Gazete’de yayımlandığı şekliyle bu tarihte taraf olmuştur. Bu sözleşmenin 31. maddesinin 1. fıkrasında; diplomatik ajanın, kabul eden devletin cezai, medeni ve idari yargısından bağımsız olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, bu hususta bir tartışma söz konusu değildir. Ancak, sözleşmenin olayımızda uygulama yeri tartışmalıdır. Davalı Danimarka Kraliyeti Büyükelçiliği, Danimarka Kraliyetinin (Devleti’nin) Türkiye temsilcisidir. Diğer bir ifade ile Danimarka Kraliyetini Türkiye de temsil etmektedir. Dolayısıyla, Türkiye’deki sorumluluğu Danimarka Kraliyetinin sorumluluğu ile eşdeğerdedir. Davacı ise, sözleşmenin 31. maddesinin 1. fıkrasının aksine diplomatik ajanın şahsi işinde değil, Danimarka Kraliyetini temsil eden elçilikte, daha açık bir ifade ile davacı, Danimarka Kraliyetinde (Devlette) çalışmıştır. Durum böyle olunca da, burada sözleşmenin 31. maddesinden söz etmek mümkün değildir Kaldı ki, diğer taraftan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki 2675 sayılı Yasanın 33. maddesi ile; “yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı

[33] ERDOĞAN, a. g. e., s. 3378.

[34] ERDOĞAN, a. g. e., s. 3382.

muafiyeti tanınmaz. Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir” hükmü getirilmiştir.

Demek oluyor ki, olayımızda davalı Elçiliğin savunmasına ve Sözleşmenin 31. maddesine itibar edilemez. Aksi düşünüldüğü takdirde yabancı devlet elçiliklerinde çalışan Türk uyrukluların hiçbir hak arama imkânı ve müracaat edecek bir merci ve makam kalmayacaktır. Bu da insan haklarına, hukuka ve mevzuata ters düşecektir. Bu görüş ve düşünce Yargıtay’ca da benimsenmiştir. Uygulama da bu biçimde şekillenmiştir.”^[35]

Yargıtay 9. HD.’de Japonya Devletinin elçiliğinde çalışan bir işçinin açmış olduğu davada yargı bağımsızlığı savunmasını dikkate almamıştır. Yargıtay 9. HD. 29.12.2010 tarihli kararına göre:

“Öncelikle Türkiye’nin taraf olduğu Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Sözleşmeler ‘de yabancı diplomatik ajanlara cezai, idari ve medeni yargıdan bağımsızlık hakkı getirilse bile davamızda olduğu gibi yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz.”^[36]

Yargıtay 10.HD. 22.03.2012 tarihli hizmet tespiti davasında İspanya Büyükelçiliğinde çalışan işçinin açmış olduğu davada yargı bağımsızlığı kurulunun uygulanmayacağına karar vermiştir. Karara göre:

“506 sayılı Yasanın 3. madde hükmünde, Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı ülke elçiliklerinde, hizmet akdiyle çalışan Türk vatandaşlarının sigortalı sayılmayacağı yönünde bir hüküm bulunmadığı gibi; Devletler Hukukunda da, buna engel bir düzenleme de yer almamaktadır.

Kaldı ki, Yabancı Devletlerin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı halleri düzenleyen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 49. maddesi “(1) Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti

[35] Yargıtay 10. HD, 14.10.1993, E. 1993/5620, K. 1993/10875, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=3412>, İn. T. 10.09.2017

[36] Yargıtay 9. HD, 29.12.2010, E. 2009/913, K. 2010/41802, <http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2009-913-k-2010-41802-t-29-12-2010-hakli-nedenle-fesihte-hak-dusurucu-sure/885383>, İn. T. 10.09.2017

tanınmaz...” Hükmünü içermekte olup; uyumsuzluk konusu davamızda, bir yargı muafiyeti de söz konusu değildir.”^[37]

Görüldüğü gibi hem öğreti hem Yargıtay iş sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda MÖHUK’ın 49. maddesindeki açık düzenlemeden hareketle haklı olarak devletlerin yargı bağımsızlığından yararlanmayacakları sonucuna ulaşmışlardır.

B. Uluslararası Göç Örgütün Hukuki Statüsü ve Yargı Bağımsızlığı

Uluslararası örgütler devlet statüsünde değildir. Göç örgütü uluslararası (hükümetler arası) kuruluş niteliğinde bir örgüttür. “En genel bir tanımla *uluslararası kuruluş*, belirli amaçları gerçekleştirmek üzere iki veya daha fazla devlet tarafından kurulan ve ayrı bir hukukî kişiliğe sahip varlık olarak kabul edilmektedir”^[38].

Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Cenevre Ofisi Nezdinde Daimi Temsilciliğinin resmi internet sitesinde yer alan bilgilere göre göç örgütü Birleşmiş Milletler (BM) sistemine dâhil uluslararası (hükümetler arası) bir kuruluştur. Sitede yer alan bilgilere göre: Uluslararası Göç Örgütü (örgüt) (International Organization for Migration–IOM) göç hareketlerinden etkilenen kişi ve gruplara yardım sağlamakla görevlidir. Örgüt 2012 yılında “ilgili kuruluş (related agency)” statüsüyle BM sistemine dâhil edilmiştir.

Örgütün üye sayısı 166’dır. 8 ülke ise gözlemci statüsüne sahiptir. Türkiye, örgütün çalışmalarına uzun süre gözlemci olarak katıldıktan sonra, 30 Kasım 2004 tarihinde üye olmuştur^[39].

Göç örgütü gibi devletlerarası antlaşmalarla kurulan ancak devletlerden ayrı bir varlık olarak faaliyet gösteren “uluslararası kuruluşlar da uluslararası hukukun kişisi olarak devletlere tanınan pek çok hak ve yetkiden yararlanmaktadırlar”^[40].

[37] Yargıtay, 10. HD.22.03.2012, E. 2010/15750, K. 2012/5611, kararın tam metni için bkz. Muktedir LALE, Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s.265-266.

[38] Aydoğan ÖZMAN, Deniz Hukuku I, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 137.

[39] <http://cenevrefofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203427> İn. T. 10.09.2017

[40] ÖZMAN, a. g. e., s. 137.

Uluslararası kuruluşlara tanınan bu hak ve yetkilerin bu örgütlerde görev yapan temsilcilerinin, örgüt yanında devletlerini de temsil ettikleri, görevlerini gereği gibi yapabilmeleri için kolaylıklara ve ayrıcalıklara gereksinim duydukları ana fikriyle açıklanmıştır. Bu örgütlere sağlanan ayrıcalıkların hukuki dayanağının ise Birleşmiş Milletler Antlaşmasınının 105. maddesidir^[41]. Maddeye göre:

“1. Örgüt üyelerinin her birinin topraklarında amaçlarına ulaşmak için gerekli ayrıcalık, bağımsızlık ve dokunulmazlıklardan yararlanır. 2. Birleşmiş Milletler üyelerinin temsilcileri ile örgütün memurları da, aynı şekilde, örgütle ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yerine getirebilmek için gerekli ayrıcalık, bağımsızlık ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar.”

Öğretide bir görüş BM Antlaşmasınının 105. maddesinde uluslararası kuruluşlara tanınan, ayrıcalık ve bağımsızlıkların sınırını, kuruluşun, örgütün görevi ve bu görevin gereklerinin belirleyeceğini savunmuştur. Bu görüşe göre, “Temsilcilerin ve Teşkilât memurlarına dokunulmazlık ve ayrıcalıkları ‘Teşkilât ile ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yapabilmeleri İçin gerekli’ olanlardır. Birleşmiş Milletler Hazırlık ‘Komisyonu, tam diplomatik dokunulmazlığın ‘bihakkın gerekli hallere’ münhasır kalması kanaatini benimsemiştir”^[42]. Benzer bir görüşe göre de: “Bu tarz Örgütler genel olarak devletlerarası ilişkilerde yargı bağımsızlığından ve diplomatik ayrıcalıklardan yararlanırlar. Ancak bu ayrıcalık ve dokunulmazlıklar bu örgüt görevlisinin şahsına değil yerine getirmekte olduğu görevden dolayıdır. Bu nedenle görevle ilgisi olmayan konularda diplomatik ayrıcalıklardan yararlanamaz.”^[43].

Uluslararası örgütlerin yararlandığı dokunulmazlıklar ve ayrıcalıkların sınırlarını belirleyen genel nitelikte bir düzenleme bulunmadığını savunan görüşlerde bulunmaktadır. Bu görüşe göre: “Uluslararası hukukta, uluslararası örgütlerin sahip olduğu dokunulmazlıkların ve ayrıcalıkların kapsamına ilişkin olarak genel nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz

[41] Edip F. ÇELİK, Milletlerarası Hukuk, Cilt 1, Fakülteler matbaası, İstanbul, 1980, s. 581.

[42] ÇELİK, a. g. e., s. 582.

[43] DOĞAN, a. g. e., s. 422.

konusu dokunulmazlıkların ve ayrıcalıkların kapsamı, anlaşma temellidir ve her örgüt açısından ayrı değerlendirilmelidir.”^[44].

Kanaatimizce, Uluslararası Göç Örgütünün, yargı bağımsızlığına sahip olup olmadığını devletlerin yargı bağımsızlığını belirleyen kurallardan hareketle belirlediğimizde, işe iade davasında uyuşmazlık MÖHUK 49. madde kapsamına giren bir uyuşmazlık olduğundan, örgütün yargı bağımsızlığından yararlanması olanaklı değildir.

V. ULUSLARARASI GÖÇ ÖRGÜTÜNÜN HUKUKSAL DURUMU HAKKINDAKİ ANLAŞMANIN İLGİLİ HÜKÜMLERİ ve YARGI BAĞIŞIKLIĞININ KAPSAMI

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti İle Uluslararası Göç Örgütü Arasında Örgütün Türkiye’deki Hukuksal Durumu, Ayrıcalıkları Ve Dokunulmazlıkları Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun ve anlaşma metni bulunmaktadır. Anlaşmanın 3. maddesine göre: “*Dokunulmazlığından kendi isteği ile yararlanmadığı özel durumlar dışında, Örgütün her türlü hukuksal işleme karşı dokunulmazlığı olacaktır. 2. Mülki, idarî veya adli makamlarca yapılacak arama, celp, müsadere, istimlak ve diğer her türlü işleme karşı, araçlar da dâhil, Örgütün mal ve varlıkları bağışık olacaktır*”.

Maddede geçen “*Örgütün her türlü hukuksal işleme karşı dokunulmazlığı olacaktır*” cümlesinden hareketle, sınırlı yargı bağımsızlığını MÖHUK 49. maddede yer alan açık düzenleme ile kabul etmiş olan ülkemiz yargı sistemi içerisinde örgütün Türk vatandaşı çalışanları ile iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda mutlak yargı bağımsızlığı kapsamında olduğunu ileri sürmek bizce olanaklı değildir.

Nitekim Anlaşmanın 9. maddesinde personelin yararlanacakları haklar sıralanırken “*Örgütün hem Türk vatandaşı olmayan ve hem de sürekli olarak Türkiye’de ikamet etmeyen büro personelinin ve bunların aile bireyleri*” öznesi kullanılmıştır. Anlaşmada özellikle “*Türk vatandaşı olmayan*”

[44] Süleyman Sırrı TERZİOĞLU/Bahadır Bumin ÖZARSLAN, Uluslararası Örgütler Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2016 s. 250.

büro personeline ilişkin haklar sıralanarak Türk vatandaşı büro personeli maddenin kapsamı dışında tutulmuştur^[45].

Bu durumda Türk vatandaşı olmayan büro personeli 9. madde de sayılan hakların kapsamı dışındadır. Somut olarak söylemek gerekirse, 9. maddenin b alt bendi hükmü gereği Türk vatandaşı olmayan büro personelin “Örgütün ödediği ücretlerden veya yaptığı Ödemelerden doğacak vergilerden muaf” olurken Türk vatandaşı olan büro personelinin vergi muafiyeti olmayacaktır.

Aynı şekilde, anlaşmanın 9. maddesinde yer alan “Bürodaki hizmetleri yönünden Türkiye Cumhuriyetinin mer’i sosyal sigorta mevzuatından muaf olacaklardır” hükmü gereği, Türk vatandaşı olmayan büro personeli Türk Sosyal sigorta mevzuatı uygulanmazken, Türk vatandaşı olan büro personeli maddenin kapsamı dışında tutulduğundan sosyal güvenlik mevzuatı açısından Türk sosyal güvenlik mevzuatına tabi olacaktır.

[45] Anlaşmanın 9. Maddesine göre; 1. Örgütün hem Türk vatandaşı olmayan ve hem de sürekli olarak Türkiye’de ikamet etmeyen büro personelinin ve bunların aile bireylerinin yararlanacakları hakların başlıcaları şunlardır:

- a) Söyledikleri veya yazdıkları sözlerden veya resmî görevleri ile ilgili faaliyetlerinden dolayı kanunî işlemlerden muaf olacaklardır.
 - b) Örgütün ödediği ücretlerden veya yaptığı Ödemelerden doğacak vergilerden muaf olacaktır.
 - c) Tüm resmî yazı ve belgeleri müdahaleden bağımsız olacaktır.
 - d) Göç etme kısıtlamalarından ve yabancıların kaydolma zorunluluğundan muaf olacaktır.
 - e) Mübadele kolaylıkları bakımından, benzer seviyedeki diplomatik temsilciliklerin görevlilerine tanınan haklardan faydalanacaklardır.
 - f) Ülke içinde veya uluslararası kriz durumlarında, benzer seviyedeki diplomatik temsilcilik görevlilerine tanınan ülkesine dönüş kolaylıklarından faydalanacaklardır.
 - g) Türkiye’ye ilk defa gelişlerinde getirdikleri şahsî eşyaları ve ev eşyaları gümrükten muaf olacaktır.
 - h) Her türlü şahsî hizmetten veya kamu hizmetlerinden ve askerlik yükümlülüğünden muaf olacaktır.
1. Bürodaki hizmetleri yönünden Türkiye Cumhuriyetinin mer’i sosyal sigorta mevzuatından muaf olacaklardır.
 2. Bu maddenin 1 inci paragrafında belirtilen ayrıcalık ve dokunulmazlıklara ilaveten, Büronun başında bulunan kimseye şahsî, eşi ve reşit olmayan çocukları ile ilgili olarak, uluslararası kuralların diplomatik görevlilere tanıdığı dokunulmazlık, muafiyet ve kolaylıklar aynen tanınacaktır.

Ayrıca anlaşmanın 10. ve 11. maddeleri örgütün bağışıklığının sınırlarını da çizmiştir.^[46]

10 ve 11. maddeler birlikte değerlendirildiğinde, örgüte tanınan dokunulmazlık ve ayrıcalıklar, **“sadece Örgütün tüm koşullar altında kesintisiz çalışmasını sağlamak içindir”** (vurgu bize aittir). Yani örgütle yapılan anlaşmayla dokunulmazlık ve ayrıcalıkların örgütün görevi ve görevinin gerekleriyle sınırlı olduğunu taraflar açıkça kararlaştırmışlar, dokunulmazlıklar ve ayrıcalıkları görevin gereği ile sınırlandırmışlardır. Ayrıca örgüt 11. madde yer alan **“Örgüt ülkenin kanunlarına ve tüzüklerine daima riayet edecektir”** hükmüyle açıkça Türk vatandaşı olmayan çalışanları için anlaşmada belirlemiş olduğu haklar ve Türk vatandaşı olan çalışanları içinse Türk kanunlarına uyma yükümlüğü altına girmiştir.

Dolayısıyla, örgütle yapılan anlaşma hükümlerinden hareketle de örgütün Türk vatandaşı çalışanları ile yapmış olduğu iş sözleşmeleri açısından yargı bağışıklığına sahip olduğunu söylemek bizce olanaklı değildir.

Bu durumda karşımıza davacı Türk vatandaşı ile uluslararası örgüt niteliğinde olan davalı arasında kurulan yabancı unsurlu iş ilişkisi çıkmaktadır.

VI. YABANCI UNSURLU İŞ UYUŞMAZLIKLARI

İş sözleşmesinde yabancı unsurlu uyumsuzluk iş sözleşmesinden taraflarından birisinin yabancı olması veya tüzel kişi işverenin merkezinin yabancı ülkede olması, işin yabancı ülkede görülmesi gibi, sözleşmenin tarafları ve işin yapılışına göre belirlenmektedir. Bu ve benzeri unsurlardan birisinin

[46] Anlaşmanın 10. Maddesine göre: “1. İşbu Anlaşma ile Örgüt görevlilerine tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıklar sadece Örgütün tüm koşullar altında kesintisiz çalışmasını sağlamak içindir ve bireylerin kişisel çıkarları için konulmamıştır. 2. Şayet Genel Direktör bu dokunulmazlıklarının yargıyı engellediğine ve kaldırıldıkları takdirde örgüt çıkarlarına hanel gelmeyeceğine kanaat getirirse, bu dokunulmazlıklardan feragat etmek kendisinin hakkı ve görevidir”.

Anlaşmanın 11. maddesine göre de: “Yargının sağlıklı olarak yürütülmesini, güvenlik kurallarına uyulmasını ve işbu Anlaşmada öngörülen ayrıcalık, dokunulmazlık ve kolaylıkların istismar edilmemesini temin için Örgüt yetkili mercilerle her ‘ zaman işbirliği yapacaktır. Örgüt ülkenin kanunlarına ve tüzüklerine daima riayet edecektir. Devletin kendi güvenliği açısından alacağı önlemler bu Anlaşmanın hiçbir hükmü ile ihlal edilmeyecektir”.

bulunması uyumsuzluğun yabancı unsurlu uyumsuzluk olarak nitelendirilmesi için yeterlidir.^[47]

Yabancı unsurlu bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyumsuzluklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK'un 44. maddesinde düzenlenmiştir. MÖHUK'un 44. maddeye göre: “(1) *Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyumsuzluklarda işçinin işini muta den yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutat meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir*”.

Maddenin gerekçesinde düzenlemenin Yargıtay kararları ve öğretinin görüşleri doğrultusunda yapıldığı, işçinin korunması görüşünden hareketle işçinin açacağı davalarda işçiye “işini mutadan” yaptığı yerin yanında seçimlik yetki hakkı tanınarak işverenin yerleşim yeri, kendi yerleşim yeri ya da mutat meskeni mahkemelerinde de dava açma olanağı tanındığı belirtilmiştir.^[48]

MÖHUK'un 47/2 maddesinde yer alan “ 44,45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez” hükmünün sonucu olarak yetki anlaşmalarıyla 47. madde de belirtilen yetki kuralı kaldırılamayacak, yetki konusunda yapılan anlaşmalar geçerli olmayacaktır.

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerine yetkili mahkemenin hangi hukuku uygulayacağı konusu ise MÖHUK'un “İş Sözleşmeleri” başlıklı 27. maddesinde düzenlenmiştir^[49].

[47] Nuray EKŞİ, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 4, İstanbul 1997, s. 118

[48] RUHİ, a. g. e., s. 163.

[49] MÖHUK 27. maddesine göre: (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. (3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

MÖHUK 27. maddenin açık düzenlemesi karşısında:

Yetkili mahkeme, uyuşmazlığa tarafların anlaştığı hukuku uygulayarak çözecektir. Ancak, tarafların anlaştığı hukukun işçiye getirmiş olduğu koruma, İşçinin mutad işyeri hukukunun getirdiği korumadan geri ise, mutad işyeri hukukundaki koruma veya güvenceden işçi yararlanacaktır.

Taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, “işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku” uygulanacaktır.

Çalışma konusu özelinde bakacak olursak, Uluslararası Göç Örgütü ile Türkiye Cumhuriyeti arasında yapılan anlaşmanın 8/2 maddesinde, “*Büro personeli IOM’in memurlar hakkındaki tüzük ve kurallarına tâbi olacaktır*” hükmü yer almaktadır. Bu hükmün davacı açısından da bağlayıcı olduğu, dolayısıyla uygulanacak hukukun seçilmiş olduğu sonucuna ulaşılır ise, bu durumda yetkili mahkemenin uygulanacağı hukuk MÖHUK.27/1. maddesi uyarınca belirlenecektir.

MÖHUK 27/1. madde hükmü gereği, davacının iş sözleşmesinin feshinin yargısal denetiminde “IOM’nin memurlar hakkındaki tüzük ve kurallar” Türk hukukuna göre davacıya daha fazla koruma sağlıyor ise, örgütün hukuku aksi halde yani örgüt hukukunun Türk hukukunun gerisinde koruma getirmesi halinde uyuşmazlığa Türk Hukukunun uygulanması gerekmektedir.

SONUÇ

Birleşmiş Milletler (BM) örgütü ile ilişkilendirilmiş olan Uluslararası Göç Örgütü (International Organization for Migration) uluslararası nitelikte bir örgüttür. Örgütün Türk vatandaşı olan işçisiyle kurduğu iş ilişkisi, işçinin iş sözleşmesinin işveren örgütçe feshedilmesiyle sona ermesi üzerine, işçinin açtığı işe iade davasında korunan menfaatin anayasal düzeyde güvence altına alınmış olan çalışma hakkı ve hüriyeti (Anayasa md.48, 49), sosyal güvenlik hakkı (Anayasa md.60) ve dava açma hakkı (hak arama hüriyeti, Anayasa md.36) ile ilgili olduğu değerlendirilmektedir.

Örgütün, yargılama aşamasında ileri süreceği dava şartı (Türk Mahkemelerinin yargı hakkı bulunmadığı) itirazı uyumsuzluğun konusunu oluşturmaktadır. Yargı bağımsızlığına ilişkin bahsedilen ilke ve kurallar, örgütle Türkiye Cumhuriyeti arasında yapılan anlaşma hükümleri, örgütün görev olarak üstlendiği konularda özgürce çalışmasını sağlamaya dönük konularla sınırlı olup, örgütün işçi istihdamı konusunda yaşanacak iş hukuku uyumsuzlukları ile ilgili değildir. Zira söz konusu yargı bağımsızlığı, mutlak yargı bağımsızlığı niteliğinde olmayıp aksine sınırlı yargı bağımsızlığı kapsamına girmektedir.

Yabancı unsurlu iş sözleşmesinden kaynaklanan, yabancı unsurlu iş uyumsuzluklarında MÖHUK 47. maddesi uyarınca Türk Mahkemelerini yetkilidir. Taraflarca uygulanacak hukukun belirlenmesi halinde ilgili hükümler uygulanmalıdır. Şayet uygulanacak hukuk belirlenmemişse MÖHUK 27/2 uyarınca Türk Mahkemeleri somut uyumsuzluğa Türk hukukunu uygulayacaktır.

Uluslararası Göç Örgütü ile Türkiye Cumhuriyeti arasında imzalanan anlaşmanın 8/2. maddesinde yer alan, “*Büro personeli IOM’in memurlar hakkındaki tüzük ve kurallarına tâbi olacaktır*” hükmünün uygulanacak hukukun seçimi anlamına geldiği sonucuna ulaşıldığında ise, örgüt hukukunun Türk hukukunun davacıya getirmiş olduğu korumadan daha fazla koruma getirmesi halinde anlaşma hükümleri uygulanabilecektir. Aksi halde uyumsuzluğa Türk Hukukunun uygulanması gerekecektir. Anlatılanlar ışığında özel hukuk ilişkisine dayalı bir uyumsuzluk olan işe iade davası örneğinde örgütün yargı bağımsızlığından yararlanabilmesinin olanaklı olmadığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

AKKUTAY, Berat Lale, Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı, 72, Eylül/Ekim 2007.

AKYİĞİT, Ercan, 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, Seçkin yayınları, Ankara, 2006.

AYBAY, Rona, Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 72, Eylül/Ekim 2007.

CAN, Hacı/TOKER, Ali Gümrah, Milletlerarası Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

ÇELİK, Edip, Milletlerarası Hukuk, Cilt 1, Fakülteler matbaası, İstanbul, 1980.

DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, 3. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016.

DUMAN, Barış, 506 Sayılı S.S.K. Göre Hizmetlerin Tespit, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002.

EKŞİ, Nuray, Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 4, İstanbul 1997.

ERDOĞAN, Ersin, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığının Sınırları Hakkında Güncel Sorunlar ve Terör Suçları Açısından Yargı Bağışıklığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 65, sayı 4, yıl 2016.

EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, Legal yayınları, İstanbul 2006.

GÜZEL, Ali, İş Güvencesine ilişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi, İş Güvencesi Esasları ve Uygulama Sorunları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve çözüm Önerileri 2004 Toplantısı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004.

KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

LALE, Muktedir, Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2014.

ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 442, 1979.

ÖZMAN, Aydoğan, Deniz Hukuku I, Turhan Kitapevi, Ankara 2006.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, 2011.

RUHİ, Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 22. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

TERZİOĞLU, Süleyman Sırrı/ÖZARSLAN, Bahadır Bumin, Uluslararası Örgütler Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, cilt I-II, 7. Bası, Filiz Kitabevi Basım, İstanbul, 2000.

YARARLANILAN YÜKSEK MAHKEME KARARLARI:

Anayasa Mahkemesi, E. 2009/ 83, K. 2011/ 29, T. 03.02.2011, Resmi Gazete (RG) T. 14.05.2011 Sayı 27933.

Yargıtay 9. HD. E. 2009/913, K. 2010/41802 T. 29.12.2010.

Yargıtay 10. HD. E. 2013/327, K. 2013/1329, T. 05.02.2013.

Yargıtay, 10. HD. E. 2010/15750, K. 2012/5611, T. 22.03.2012.

Yargıtay 10.HD. E. 2010/2539, K. 2010/13641, T. 14.10.2010.

Yargıtay 10. HD. E. 1993/5620, K. 1993/10875, T. 14.10.1993.

Yargıtay 21. HD. E. 2012/7981, K. 2012/6794, T. 30.04.2012.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ:

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/>

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/arama>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar.aspx>

<http://calismatoplum.org/yargitay-kararlari/>

[http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=3412,](http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=3412)

<http://legalbank.net/belge/>

<http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/>

<http://dergipark.gov.tr/ihm>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts

REKABET KURULU'NUN İNCELEME VE ARAŞTIRMA USULÜ VE KURUL KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

F. Tülây PARLAK* (LL.M. – MJ)

GİRİŞ

Hukukun evrensel ilkelerinden biri de, usulün esastan önce gelmesidir. Bu sebeple, maddi hukukun yanı sıra, usul ilkelerinin ve usule ilişkin kuralların bilinmesi son derece önem arz etmektedir.

Rekabet Hukuku açısından da, Rekabet Kurulu'nun yaptığı inceleme, araştırma, soruşturma ve karar verme işlemlerinde usule ilişkin bir eksikliğin tespiti, maddi açıdan rekabeti ihlâl edici bir fiilin olması halinde dahi, mevzuata aykırı karar verilmesini engelleme bilincinin oluşup yargı nezdinde gerekli denetimin başlatılablmesini sağlayacaktır.

Bu sebeplerle, önce Rekabet Kurulu'nun incelemelerini hangi prosedüre göre ve hangi süreler çerçevesinde yapması gerektiği ele alınacak; daha sonra, Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda usule ilişkin eksiklik tespit etmemiz halinde yargısal denetim mekanizmasını nasıl başlatacağımız hususuna değinilecek ve nihayetinde, mevzuatta düzenlenen usule ilişkin kuralların icrasının yanı sıra, Rekabet Hukukunda geçerli olan

* Avukat-Arabulucu, Sigorta İtiraz Hakemi.

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8307-1717>.

usul ilkelerine de değinilecektir. Zirâ, usul ilkeleri de, mer'î usul kuralları kadar önem arz etmekte ve yargısal denetim açısından aynı iptal sebepleri çatısı altında yer almaktadır.

REKABET KURULUNDA UYGULANAN İNCELEME ve ARAŞTIRMA PROSEDÜRÜ ve SAHFALARI

2017 yılı itibariyle; Rekabetin Korunması Hakkında Kanundaki (RKHK) usul işletilerek tamamlanmış toplam soruşturma sayısı 272 olup, bu 272 dosyadan, 180'ine ihlâl tespiti ile para cezası uygulanmıştır ve hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs sayısı 2016 olup, bunların 1074'üne ihlâl sebebiyle para cezası uygulanmıştır.^[1]

Dolayısıyla, para cezası uygulama oranı; soruşturma dosyası bazında %66, teşebbüs sayısı bazında %53'dür.

Soruşturma başlatma usullerine göre 2017 yılı itibariyle tespit edilen istatistikler ise aşağıdaki gibidir^[2]:

SORUŞTURMA BAŞLATILMA USULLERİ	SAYI	YÜZDE
Şikâyet (İlk şikâyet başvurusu, Kurum 1994'de kurulduğu halde, 1999 yılındadır.)	174	%63,97
Re'sen	46	%16,91
Re'sen – İhbar	18	%6,62
Pişmanlık Başvurusu	4	%1,47
Mahkeme Kararı Üzerine	30	%11,03
TOPLAM	272	%100

[1] Hasan GÜNDÜZ, **Rekabet İhlallerine İlişkin Soruşturmalar ve Para Cezaları: Rekabet Kurulu'nun 20 Yılıının Bilançosu**, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s.9

[2] H. Gündüz, **a.g.e.**, s.25

Son 20 yıl içindeki Rekabet Kurulu kararları üzerinde yapılan araştırmaya^[3] göre, Rekabet Kurulu kararlarından mahkeme tarafından iptal kararı verilenlerindeki iptal sebeplerinin büyük çoğunluğu usuli gerekçelerdir. Özellikle 2006 yılına kadar esastan iptal kararı tek bir dosyada vardır (Cine-5 soruşturması). Geri kalanların hepsi usuli sebeplerden dolayı iptal edilmiştir.

1.1. ÖN İNCELEME SAFHASI:

Ön inceleme safhası, birleşme ve devralma haricinde genel olarak RKHK'da düzenlenmemiş bir safha olup Rekabet Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 55. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Rekabet Kurulu'na intikal eden başvurular, öncelikle ilgili daire başkanlığına intikal ettirilir. İlgili daire başkanlığı re'sen kendisine intikal eden başvurularla ilgili olarak meslek personeli uzmanları arasından görevlendirilecek raportörlere ilk incelemeyi yaptırır.

Raportörlerin hazırlayacağı rapora istinaden başvurunun, Kurul'un çalışma konularının kapsamı dışında olduğunun anlaşılması halinde, durum, başvuru sahiplerine Başkanlıkça bildirilir.

Uygulamada, 2007 yılına kadar birçok başvuru için ön inceleme aşamasında süreç sonlandırılırken, Danıştay'ın 2007 yılından sonra verdiği kararları neticesinde bu uygulama son bulmuş; bunun akabinde ise, Kurul'un ön araştırma neticesinde soruşturma açılmamasına ilişkin verdiği kimi kararlar da iptal edilip soruşturma açılmasının şart koşulması sonucunda Rekabet Kurulu'nun iş yükü artmıştır.^[4]

Rekabet Kurulu, iş yükü sorununu çözebilmek için 2012/2 sayılı tebliği çıkartmıştır. Yürürlük tarihi 23.08.2012 olan 2012/2 Sayılı Tebliğ'de (Rekabet İhlâline İlişkin Başvuru Usulüne Dair Tebliğ) iki yöntem benimsenmiştir. Bunlardan birisi, şekil şartı taşıyan başvurular hakkında işlem yapılması veya bu şartları taşımasa bile ciddi olduğu değerlendirilenler hakkında re'sen soruşturma ilkesinin işletileceği ve soyut beyanlardan ibaret olan ihlâllerle ilgili, iddiaların ciddi ve yeterli olarak ortaya koyulmadığı ve somut bilgi/ belge içermediği kabul edilerek işlem yapılmamasıdır.

Mevzuata göre, ilk inceleme safhasında, görevlendirilen raportörler, 30 gün içinde ilk inceleme raporunu hazırlar ve Başkanlığa teslim eder.

[3] **Detaylı bilgi için bkz.:** H. Gündüz, **a.g.e.**, ss.94-95

[4] H.Gündüz, **a.g.e.**, ss.1-21

Konunun, Kurul'un çalışma alanına girdiğinin tespiti neticesinde, Kurul üç şekilde hareket edebilir:

1. Kurul'un elinde soruşturma açmak için yeterli delil varsa, doğrudan soruşturma açabilir. Bu karar, ara karar niteliğindedir.
2. Yeterli bilgi/belge yoksa, ön araştırma kararı verebilir ki bu karar da bir ara karar niteliğindedir.
3. Soruşturma açmama kararı verebilir ki, bu karar bir nihai karar niteliğindedir.

1.2. ÖN ARAŞTIRMA SAFHASI

RKHK 40. madde ve Rekabet Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 55. maddesinde düzenlenmiş olan bir aşamadır. Bu safhadaki amaç; soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının tespiti olup; dolayısıyla, Kurul'un iş yükünü azaltmaktır. Kurul, ön araştırma yapılmasına karar verdiği taktirde, Başkan, rekabet uzmanlarından (meslek personeli uzmanlarından) bir ya da birkaçını raportör olarak doğrudan görevlendirir. Raportör, 30 gün içinde elde ettiği bilgileri, belgeleri ve görüşlerini içeren ön araştırma raporunu, Kurul'a yazılı olarak bildirir. Kurul, 10 gün içinde soruşturma açılmasına (ara karar) veya açılmamasına (nihai karar) karar verir. Danıştay, raportörün 30 günlük, Kurul'un 10 günlük süreleri geçirmesi halleri açısından, iç uygulamaya yönelik bu durumun, dava konusu Kurul kararını sakatlayan ve bu haliyle sonuca etki eden bir husus olarak görmemiştir (Danıştay 10. D. 04.11.2003, 2001/1632, 2003/4243 K.^[5](KBİBB)).

1.3. SORUŞTURMA SAFHASI

RKHK 43. madde gereği, soruşturma safhası 6 ay içinde tamamlanmalıdır. Gerekli görülen hallerde bir kereye mahsus olmak üzere, Kurul tarafından 6 ay ek süre verilebilir. Hizmetin geç ifası gereği idare hukukuna göre sorumluluk hükümleri devreye girip zararın, idareden ve/veya ilgili memurdan tazmini için tazminat davası açılabilir.

Kurul, daire başkanının gözetiminde soruşturmayı yürütecek raportör(ler)i ve Soruşturma Heyetini belirler. Kurul, soruşturma kararı tarihinden itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bu kararı bildirir ve ilk yazılı savunmalarını

[5] <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2001-1632.htm&kw='2003/4243'+#fm>, (Erişim Tarihi: 02.12.2018)

30 gün içinde göndermelerini ister. Anılan 30 günlük süre, kesin süre olup ek süre söz konusu değildir. Taraflara gönderilen yazı ile birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin de gönderilmesi gerekir. Aksi halde, 30 günlük cevap süresi başlamaz. Mevzuatta geçen “Taraflar” ifadesi ile, hakkında soruşturma açılmasına karar verilen kişiler ifade edilmektedir.

Kurul, kararını, ihbar/şikâyette bulunanlara da durumu bildiren bir yazı gönderir. Birinci savunmanın Kurul’a iletilmesinden sonra, Soruşturma Heyeti, soruşturma safhasının tamamlandığını gösteren rapor hazırlar. Bu rapora, Soruşturma Sonucu Raporu denir. İddianın muhatabı, Soruşturma Sonucu Raporuna karşı 30 gün içinde ikinci savunmaya davet edilir. Bu süre, haklı sebep varsa, bir sefere mahsus 30 gün uzatılabilir.

Tarafların gönderecekleri savunmalarına karşı Soruşturma Heyeti, 15 gün içinde ek yazılı görüş bildirir. Bu ek görüş de, taraflara tebliğ edilir. Taraflar, ek görüşe karşı 30 gün içinde son savunmaları için davet edilir. Bu süre de, haklı sebep varsa, bir sefere mahsus 30 gün uzatılabilir. Bu aşamadan sonra, Soruşturma Heyetinin görevi sona erer, soruşturma safhası bitip karar safhasına geçilir.

1.4. KARAR SAFHASI

Karar safhasında; re’sen karar verilir veya talep olması halinde bu safha, Sözlü Savunma Toplantısı ve Karar Toplantısı aşamalarından oluşmaktadır.

1.4.1. SÖZLÜ SAVUNMA TOPLANTISI

Re’sen veya şikâyetçi talebi veya savunma tarafının talebi üzerine yapılır. Üçüncü kişinin talep hakkı bulunmaz. Talep halinde, toplantı zorunludur. Kurul, toplantı tarihini, yerini, saatini ve toplantıya katılmak isteyen şikâyetçiler ile üçüncü kişiler için başvuru süresini tespit eder ve internet sitesinde duyurur. Sözlü Savunma Toplantısı, soruşturma safhasının bitiminden en az 30 gün – en çok 60 gün içinde yapılır. Toplantı davetiyesi, toplantıdan en az 30 gün önce gönderilir. Bu düzenlemedeki amaç; tarafların hazırlanması için süre verilmesi ve aynı zamanda Kurul’un konuya ilgisini kaybettirecek kadar uzun olmayıp soruşturmanın makul sürede tamamlanmasıdır.

Sözlü savunma tarihinden en az 7 gün önceye kadar delil bildirilebilir.

Katılımcı yöntem modeli uygulanır. Başka bir deyişle, teşebbüslerin savunmalarına olanak verilip toplantıda Kurul üyelerinin kanaatlerini açıklamaması, kanaat açıklaması anlamına gelecek soru sormaması gerekir. En fazla, birbirini izleyen 5 oturum yapılır. Aynı gün içindeki tüm toplantılar, tek oturum sayılır. Toplantıyı Başkan veya İkinci Başkan yönetir. Sözlü Savunma Toplantısında hazır bulunan üyelerin, mazeretli olanlar dışında, nihai karar görüşmesine katılması zorunludur; bunun sebebi, sözlü savunmaya katılarak olayları daha iyi anlamış olanların katılımı ile karar verilmesinin sağlanması ve bu şekilde daha adil bir kararın verilmesinin sağlanmasıdır.

Toplantı, kural olarak, açık yapılıdır. Genel ahlâk ve ticari sır halleri istisnai hallerdir ki bu hallerin uygulanmasına re'sen karar verilebileceği gibi, talep ile de mümkündür. Bu yöndeki talep de, en geç, toplantıdan 7 gün öncesine kadar yapılabilir. Dolayısıyla, toplantıdan en geç 7 gün öncesine kadar; deliller ibraz edilir, tanık listesi verilir., varsa gizlilik talepleri yapılır, Kurul da gizlilikle ilgili kararını, toplantıdan evvel verir. Sunumun temel unsurlarını içeren taslak sunulur.

Anayasa'daki aleniyet ilkesinin aksine, toplantıya, ihlâl ettiği iddia edilen taraflar (veya temsilcisi), doğrudan veya dolaylı olarak menfaati olduğunu oturumdan önce Kurul'a ispatlayanlar (veya temsilcileri) katılabilir.

İzleyici olarak katılmak isteyenler, toplantı saatinden makul bir süre önce toplantı mahallinde bulunmaları ve fiziki ortamın müsait olması şartıyla izleyebilirler; fakat, oturumlara, sadece yukarıda belirtilen kişiler katılabilir.

Rekabet Kurulu, Avukatlık Kanunu 35. maddedeki «resmi daire» olduğundan, Kurul nezdindeki temsil, avukat dışındaki kişiler tarafından da mümkündür.

Ayrıca, 202/2 Sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde de açıkça avukatla temsilin şart olmadığı ifade edilmiştir.

Sözlü Savunma Toplantısında, serbest delil sistemi söz konusu olduğundan, takdiri-kesin delil ayrımı bulunmaksızın, her türlü bilgi ve delil ibraz edilebilir. Dolayısıyla, belirli hususların ispatı için belirli delillerle ispat öngörülmemiştir. Rekabet Hukukunda HMK'ya yapılan atıftan dolayı, bilirkişi, tanık (yemin yaptırılmadan), keşif, uzman görüşü mümkündür. Rekabet Kurulu gibi bir idarenin yemin etmesi söz konusu olamayacağı için, hakkında ihlâl iddiası olan açısından da yemin söz konusu olamayacaktır. Ayrıca, Rekabet Kurulu, bir mahkeme değildir, yargısal faaliyet yapmamakta,

yargı benzeri faaliyette bulunmaktadır. Bu sebeplerle, rekabet hukukunda, yemin delilinin uygulama alanı bulunmamaktadır. Bilgisayar verileri, faks, e-mail, mikrofilm gibi delillerin, serbest delil sistemi söz konusu olduğu için, delil olarak kabulü de mümkündür. Aynı şekilde, imza olmasa bile, bir belge de senet delili olarak addedilebilir. Dolayısıyla kriter; rekabet ihlallerinde “uygun olduğu oranda” olmasıdır.^[6]

Savunma hakkının etkin olarak kullanılmasını sağlayan mekanizmalar; bilgi edinme/bilgiye erişim ve iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağıdır.^[7]

Bilgi Edinme/Bilgiye Erişim: Hakkında soruşturma başladığını öğrenen taraf, soruşturmanın açıldığının kendilerine bildirildiği tarihten, sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar, Kurul bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilen delillerin bir nüshasının, kendilerine verilmesini isteyebilir. Sözlü savunma talebinde bulunduktan sonra talep edilen bilgi ve deliler, kararda esas alınmaz ki bununla amaçlanan şey, savunma hakkının tam ve eksiksiz kullanılması ve sonradan herhangi bir sürprizle karşılaşılmasına sebebiyet verilmemesidir ve bu hak, şikâyet eden kişi/kurum için de geçerlidir; ayrıca bu hakkının sınırı, ticari sırlardır ve Danıştay kararları da bu yöndedir.^[8]

İddia ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı: Taraflar, karara etki edebilecek her türlü bilgi, belge ve delili Sözlü Savunma Toplantısından 7 gün öncesine kadar her zaman için Kurul’a sunabilir, iddianın dayanağı olan hususlar, soruşturma boyunca genişletilebilir, fakat iddianın kendisi değiştirilemez. Örneğin, RKHK 4. madde ihlali ile soruşturma yürütülürken, RKHK 6. madde ihlali ile ilgili yeni bir iddia eklenemez. Aynı şekilde, Kanunda 30 günlük süreler belirtilmiştir ve dolayısıyla, savunma açısından da, tarafların süresinde vermediği savunmaları dikkate alınmaz. Bu yasağın sebepleri arasında; savunma hakkının etkin olarak gerçekleştirilmeye çalışılmasının yanı sıra, sürecin uzamaması ve savunmanın başlangıçta iyi düşünülerek yapılmasının sağlanması gayesi de yatmaktadır. Danıştay, (10.

[6] E. HAMZAOĞLU, “**Rekabet Kurulu’nun İnceleme ve Araştırmalarında İzlediği Usul**”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013, ss.83-89

[7] E. HAMZAOĞLU, **a.g.e.**, s.94

[8] E. Hamzaoğlu, **a.g.e.**, ss.-94-98

D. 31.10.2002, 6091/4115; 28.11.2002, 6064/4541^[9]) usulsüzlüğün, davacının aleyhine sonuç yaratmamasının, işlemin iptalini gerektirecek ağırlıkta sakatlık oluşturmadığına karar vermiştir.

1.4.2. Karar Toplantısı:

Tarafların tüm savunmalarının alınıp her türlü araştırmanın yapılmasından sonra, idari işlem tesis etme amacına yönelik usul hükümlerini kapsar. Sözlü Savunma Toplantısı tamamlandıktan sonra aynı gün, bu mümkün değilse, 15 gün içinde Karar Toplantısı yapılır. Sözlü Savunma Toplantısı yapılmayacaksa, soruşturma safhasının bitiminden itibaren 30 gün içinde karar verilecektir. Sözlü savunma yapılmasına karar verildiği halde, ilgili tarafların (şikâyetçi veya şikâyet edilen) sözlü savunmaya gelmemesi halinde, belirlenmiş toplantı tarihinden sonraki 1 hafta içinde dosya üzerinden karar verilir. Karar organı, Kurul'dur. Gündem, toplantı öncesinde Kurul üyelerine bildirilir. Hakim reddi sebepleri ile hakimlerdeki yasaklılık halleri, Kurul üyeleri için de geçerlidir. Kurul kararları, gizli görüşme sonucu alınır ve alenen tefhim edilir. Üyeler çekimser oy kullanamaz.

RKHK 51. maddeye göre toplantı ve karar nisapları aşağıdaki gibidir:

- *Soruşturmanın açılması ve ön araştırma yapılması kararı*, bir nihai karar olmadığından, Kurul üyelerinin en az 1/3'ünün toplanması ve toplantıya katılanların salt çoğunluğunun oylarıyla alınır.
- *Soruşturma veya ön araştırma yapılmasına gerek olmadığına ilişkin kararlar*; nihai karar olduğundan, Başkan ya da İkinci Başkan dâhil en az toplam 5 üyenin katılımı ile ve en az 4 üyenin aynı yönde oy kullanması ile alınır.

İlk toplantıda karar için gerekli nisabın sağlanmadığı durumlarda, Başkan ikinci toplantıya tüm üyelerin iştirakini sağlar; ancak bunun mümkün olmaması halinde karar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Bu durumda da toplantı nisabı 5 üyeden az olamaz. İkinci toplantıda oylarda eşitlik olması halinde, Başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılır.

Anılan toplantı ve karar nisaplarının madde gerekçesinde; Kurul'un kararları hukuki ve iktisadi sonuçlar doğurabilecek nitelikte olduğundan ve

[9] <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2000-6091.htm&kw='2002/4115'#fm>, (Erişim Tarihi: 07.01.2019)

tarafklar, iktisadî hayatı önemli ölçüde etkileyecek teşebbüsler olduğundan, nihai kararlar açısından, ağırlaştırılmış nisaplar kullanıldığı belirtilmiştir. Örneğın, TV yayıncılığı ile ilgili kararlarının %83,6'sının oybirliğiyle alınmış olması dikkat çekicidir^[10]. Kurul'un, toplantı ve karar usullerine uymaması halinde, tasarruf, usul noksanı ve yetkisizlik yönlerinden sakatlanacaktır.

Ortalama inceleme, ön araştırma ve soruşturma safhalarının ne kadar zamanda tamamlandığı hususunda yapılan bir araştırmaya^[11] göre:

• **İlk inceleme süresinin;**

2000-2006 arası 2,5 ay

2007-2017 arası 1,6 ay (%35 azalma)

• **Ortalama ön araştırma süresinin;**

2000-2006 arası 4,5 ay

2007-2017 arası 3 ay (%33 azalma)

• **Ortalama soruşturma safhası süresinin;**

Soruşturmanın açılması – soruşturma raporunun tamamlanması arasındaki süreç açısından;

2000-2006 arası 9,5 ay

2007-2017 arası 8,8 ay (%7 azalma)

Soruşturma raporu – nihai karar arasındaki süreç açısından;

2000-2006 arası 5,7 ay

2007-2017 arası 4,9 ay (%12 azalma)

olduğu görülmektedir.

Nihai karar ile raportör görüşleri arasındaki ilişkiye baktığımızda; rapor-törler 2017 yılı itibariyle kapatılan toplam 272 dosyanın, 206'sında (%76) para cezası uygulanması yönünde görüş bildirmiş ve bu 206 dosyanın 177'sinde (%86'sına) para cezası kararı verilmiştir. Dolayısıyla, raportörün

[10] H. ATEŞ, “Televizyon Yayın Kuruluşlarında Rekabet İhlali ve Rekabet Kurulu Kararlarının Sektöre Etkisi”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s.119

[11] H.GÜNDÜZ, a.g.e., s.76

para cezası önerdiği dosyalarda, nihai kararda para cezası kararı alınmama ihtimali %14'dür.^[12]

Kararlarda bulunması zorunlu olan hususlar; RKHK 52. maddede tek tek sayılmıştır. Bunlar; kararı veren Kurul üyelerinin adları ve soyadları, inceleme ve araştırmayı yapanların adları ve soyadları, tarafların (hem şikâyetçi, hem savunma tarafı) ad ve unvanları ile ikametgahları ve ayırıcı nitelikleri, tarafların iddialarının özeti, inceleme ve tartışılan ekonomik ve hukuki konuların özeti, raportörün görüşü, ileri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi (sadece sunulanlar değil, re'sen toplananlar da dahil), gerekçe ve kararın hukuki dayanağı, sonuç, kolektif karar alma ilkesinin bir sonucu olarak, şayet varsa karşı oy yazılarıdır.

Kararlar, RKHK 54. maddeye göre, tefhimin yanı sıra, gerekçeli karar yazıldıktan sonra tebliğ edilir ve Kurul'un internet sayfasından yayımlanır. Rekabet Kurulu kararlarında süreler, tebliği izleyen gün değil, tebliğ edildiği gün başlar. Bu açıdan, genel tebligat kurallarından ayrılır. Kararın icrası için kesinleşmesi şart değildir. Başka bir deyişle; yürütmeyi durdurma (YD) kararı olmadığı sürece, karar, icra edilir. Uygulamada Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında genellikle sadece para cezaları için YD kararı verilirken bazılarında ise teknik imkânsızlık sebebiyle YD kararı verilmektedir.^[13] Karara karşı kanun yolunun belirtilmesi gerekir; aksi durum, iptal sebebidir. Rekabet Kurulu'nun kararı ne kadar süre içinde yazacağı RKHK 53. maddede düzenlenmemiştir.

AİHM kararlarında, Rekabet Kurulu kararlarının iptali için açılan davanın, Danıştay'ın nezdinde üç sene kadar bekletilmesinin âdil yargılanma hakkını ihlâl ettiği belirtilmiştir.^[14]

REKABET KURULU KARARLARINA KARŞI YARGISAL DENETİM

Rekabet Kurulu, idari kurum olduğu ve verdiği kararlar da idari işlem olduğu için, yargısal denetimi, idare hukukundaki usul hükümlerine göre yapılacaktır.

[12] H.GÜNDÜZ, **a.g.e.**, s.87

[13] Y. ASLAN, **Rekabet Hukuku Dersleri**, (Gözden Geçirilmiş 6. Baskı), Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s.375

[14] İ. ÜNAL, **"Rekabet Kurulu'nun Uyumlu Eylem Nedeni ile İdari Yaptırım Kararı ve Yargısal Denetim"**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010, s.94

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 77/31 sayılı karar, Anayasa 40. madde 2. fıkraya gereği, Rekabet Kurulu, kamu tüzel kişisi olduğundan, verdiği karar da idari işlem niteliğinde olduğundan, üst makama başvuru söz konusu olabilir. Bu sebeple, yargısal denetimi de idari işlemlerin iptalindeki gibi İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) çerçevesinde yapılır^[15].

Bu sebeple, kararın iptaline karşı görevli mahkeme, idare mahkemesi; temyiz mahkemesi Danıştay; yetkili mahkeme, idari işlemin yapan idarenin bulunduğu yer mahkemesi olduğundan Ankara İdare Mahkemesidir.

Dava açma süresi, gerekçeli kararın tebliğini izleyen günden veya ilandan itibaren 60 gündür. Davacı; aleyhine karar verilen, şikâyeti reddedilen, şikâyet hakkı olduğu için meşru menfaati olduğunu gösteren kişiler ve soruşturma talep etme hakkı olduğu için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı olabilir (*Danıştay içtihatları*, menfaat koşulunu aramaktadır.^[16]). Davalı; Rekabet Kurulu; müdahil, şikâyet eden, davadan etkilenen teşebbüs(ler), Sanayi ve Ticaret Bakanlığı olabilir. Danıştay, (10.D. 13.02.2001, 46/514; 12.12.2002, 7181/4989 (KBİBB)) husumeti düzleterek gerçek hasıma (Rekabet Kurulu'na) husumeti yönelterek uyuşmazlığı çözmüştür. İhbar ile şikâyet arasındaki fark, meşru menfaate sahip olma ile ilgilidir ve şikâyeti reddedilenin, menfaati olmasından dolayı Kurul'un red kararına karşı dava açma hakkı bulunmaktadır^[17].

İdare hukuku kuralları çerçevesinde Rekabet Kurulu'nun vermiş olduğu kararın iptalini gerektirecek sebepler olarak; Kurul'un yetkilerini aşması, gerekçelerin uygunsuzluğu, gerekçenin olmaması, delillerin yetersizliği, olayların yanlış değerlendirilmesi, kararın savunma hakkı verilmemiş konulara dayandırılması, önemli bir usul kuralının ihlâli, genel olarak idari işlemlerin iptal sebebini oluşturan yetki, şekil, konu maksat gibi sakatlığa sebep olan haller sayılabilir^[18] ve iptal kararları geçmişe yürür.

[15] K. HERDEM, K. HERDEM, “**Türkiye’de Rekabet Kurulu’nun Statüsü ve İşlevi**”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Niğde, 2003, s.103

[16] E. Hamzaoğlu, **a.g.e.**, s.128

[17] A.T.TOFTAR, “**Rekabet Kurulu’nun İnceleme ve Karar Verme Usulü**”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s.50

[18] İ. ÜNAL, **a.g.e.**, ss.96-99

Mahkeme kararlarının 30 gün içinde (30 günün sonuna kadar uygulanmaması gibi takdiri bir hak söz konusu değildir) kasten uygulanmaması, idare aleyhine ve kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açılması sebebidir.

Yapılan bir araştırmaya^[19] göre;

- 2008-2013 arasındaki soruşturmalar hakkında açılan davaların %20'si Kurul aleyhine sonuçlanmıştır (Yani, iptal edilmiştir.).
- 2013-2018 arasındaki soruşturmalar hakkında açılan davaların %10'u Kurul aleyhine sonuçlanmıştır (Yani, iptal edilmiştir.).
- 2006 yılından önceki iptal sebeplerini ağırlıklı olarak, soruşturmacının nihai karar toplantısına katılması oluşturmaktadır.

Ayrıca, 1998-2017 arasında, iptal davası açılma oranları azalmaktadır. Bunun muhtemel sebebi, mahkeme kararı üzerine açılan soruşturmaların etkisiyle, para cezası uygulanmayan soruşturmaların artmasıdır.

SORUŞTURMA ve NİHAİ KARAR AŞAMASINDA USULE EGEMEN İLKELER

Öncelikle, rekabet hukukuna hâkim olan idare hukuku usulü ve ilkeleri^[20] şunlardır:

- Yazılı yargılama usulü
- Re'sen Araştırma İlkesi (Devlet sırları veya yüksel menfaati ile hâkimin keyfi davranmaması ile sınırlıdır.)
- Delil Serbestisi İlkesi (Meşru her türlü delil, sunulabilir.)
- Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi (Önemli olan, delilin vakayı aydınlatması, sonuca ulaştırmaya yeter derecede anlamlı ve ilintili olmasıdır.)
- Hukuki yardım alabilme
- İlgilinin kendisini temsilci ile temsil ettirebilmesi

SORUŞTURMA AŞAMASINDA USULE EGEMEN İLKELER

[19] H.GÜNDÜZ, **a.g.e.**, ss.93-95

[20] K. HERDEM, **a.g.e.**, s.76; İ. ÜNAL, **a.g.e.**, s.62

Soruşturma aşamasında egemen olan usul ilkeleri aşağıdaki gibidir:

Re'sen Harekete Geçme İlkesi

Asıl olan Kurul'un kendiliğinden harekete geçmesidir fakat, 2017'ya kadar incelenen 272 soruşturma dosyasında, soruşturmanın re'sen başlatılma oranı %16,91'di. Re'sen başlatılan incelemelerin; %16,35'i basında/internette çıkan haberler, %14,30'u tesadüfen, %4,9'u kurul kararının yerine getirilip getirilmediğinin tespiti, %12,26'sı diğer sebeplerden başlamaktadır.^[21]

Şikâyet eden, "Taraf" kavramına dâhil değildir; aksi halde, Rekabet Kurulu, şikâyetçinin iddia ve delilleri ile bağlı kalarak onun yönlendirmesine önem verebilir ve bu durum da, şikâyetçi ile şikâyet edilenin kişisel menfaatini ön plana çıkartarak, kamu yararının ikinci plana ötelenmesine sebep olabilir.

Ön Araştırma İlkesi

Amaç, detaylı incelemeye lüzum olup olmadığının tespiti ile Kurul'un iş yükünü azaltmaktır.

Re'sen Araştırma İlkesi

Bu ilke, bilgi isteme ve iddialarla bağlı kalmaksızın yeterli araştırma ve soruşturma yapmayı kapsar. Amaç, ekonomik kamu düzeninin korunmasını sağlamaktır ve bu ilke, hem yetki hem de yükümlülüktür.

Ön araştırma aşamasında re'sen araştırma yetkisinin, bizzat Kurul tarafından değil, Kurul Başkanının görevlendirdiği raportörler tarafından kullanılması tartışma konusudur; çünkü, Kurul Başkanı, sahibi olmadığı bir yetkiyi devredemez. Yetki devri, kanunla olur fakat mer'i kanundaki düzenleme bu şekilde değildir. Soruşturma aşamasında ise, raportörleri görevlendiren Kurul olduğu için, re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasında çelişkili bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla, raportörler Kurul adına hareket ederek RKHK 14. maddedeki bilgi isteme, 15. maddedeki yerinde inceleme yetkilerini kullanabilirler. RKHK 15. maddelerine muhalif davranılırsa, sulh ceza hâkiminden yerinde inceleme kararı vermesi talep edilebilir; ayrıca, RKHK 14 ve 15. maddelere aykırı davranıldığı takdirde, idari para cezası verilir. Danıştay Dava Daireleri Kurulu ve Danıştay 13. D. 09.02.2005,

[21] H.GÜNZÜZ, a.g.e., s.26

5170/4731; 23.02.2005, 5163/4385, soruşturma yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılıp oy kullanmasını, tarafsızlık ilkesine aykırı bulmuştur.

Savunma Hakkını Tanıma İlkesi

Ön araştırma safhasında, savunma hakkının kullanılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Raportör, 30 gün içinde edindiği bilgi, belge ve görüşünü Kurul'a yazılı olarak bildirmek zorundadır fakat bu bilgi ve belgeleri nasıl elde edeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır; ancak, şikâyetçi ve şikâyet olunandan veya üçüncü kişilerden belge toplamasına engel bir düzenleme de bulunmamaktadır. Soruşturma aşamasında üç tane yazılı, (karar aşamasından da bir tane sözlü) savunma hakkı bulunmaktadır. Serbest delil sistemi, savunma hakkını etkin kullanmak için; bilgi edinme ve belgelere erişim ile iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı da bu ilkenin bir sonucudur.

NİHAİ KARAR AŞAMASINDA USULE EGEMEN İLKELER

Nihai karar alma aşamasında egemen olan usul ilkeleri dört tanedir:^[22]

Kolektif Karar Alma İlkesi

Her idari işlem, üyeler değil, Kurul tarafından tesis edilir. Dolayısıyla, Kurul üyelerinin tek başına verecekler hiçbir kararın hukuken geçerliliği bulunmamaktadır.

Gerekçeli Karar Verme İlkesi

Anayasa'nın da temel ilkelerinden olan bu ilke, gerek Yargıtay gerekse Danıştay kararlarında da iptal sebebidir.

Kararların Duyurulması İlkesi

Kararların taraflara tebligat ile ve kamu yararı gereği internet sitesinde yayımlanarak kamu ile paylaşılması da, gerek hukuk güvenliği gerekse şeffaflık adına önemli bir ilkedir.

Kararlara Karşı Yargı Yolunun Açık Olması İlkesi

[22] Ö.AKSOYLU, Özge, "4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu'nun İzlediği İdari Usuller", Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, ss.90-123

Bu ilke, Anayasa'daki hak arama özgürlüğünün bir uzantısı olup, bu hakkın gerekçeli kararda belirtilmesi de bir Anayasal haktır. Gerekçede kanun yolu açık olduğu halde kapalı olduğu belirtilse de, kanun yoluna başvurma hakkı ortadan kalkmaz. Kanun yoluna başvuru süresi, gerekçeli kararda mevzuatta belirtilenden daha az gösterilse de mevzuattaki süre geçerli iken; kanundaki süreden daha uzun bir sürenin belirtilmesi halinde, hak arama özgürlüğünün yara almaması adına, kararda, mevzuata göre daha uzun olarak belirtilen süre geçerlidir.

SONUÇ

RKHK ve Rekabet Kurulu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik kapsamında düzenlenen usul kuralları ve ilkeleri değerlendirildiği zaman, öncelikle; ön inleme aşamasının sadece birleşme ve devralma düzenlemelerinde değil, diğer genel düzenleme içinde de yer almasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Rekabet Hukukunda yasal sürelerin başlaması açısından tebliğ edilen günün de hesaba katılmasının, savunma hakkının etkinliğine gölge düşürdüğünü düşünmekteyiz.

Rekabet Kurulu'nun, re'sen harekete geçmekten ziyade, şikâyet ve ihbar üzerine inceleme başlatması da, bizi, Rekabet Kurulu'nun kuruluşuna ilişkin ana fonksiyonlarından biri olan RKHK 27. madde/a bendini tam işlevsel olarak yerine getirmediği sonucuna götürmektedir.

Son olarak, ön araştırma aşamasında raportörün Kurul Başkanı tarafından atanması düzenlenmişken, ön inceleme aşamasında atanan raportörün Daire Başkanı tarafından atanması hususunda, raportörün RKHK 14 ve 15. maddelerdeki yetki kapsamında işlem yapmasında, anılan maddelerdeki yetkilerin Başkanda değil, Kurul'da olmasından dolayı, ön inceleme aşamasında Başkan tarafından atanan raportörün, Başkanda olmayan bir yetkiyi devredememesine rağmen, RKHK 14 ve 15. madde kapsamında işlem yapması, hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Ancak, incelemenin etkin bir şekilde yapılabilmesi için, raportörün, anılan yetkilere haiz olması da gerektiği için, bahsedilen eksikliğin de mevzuatta giderilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKSOYLU, Özge: “4054 Sayılı Kanun’un 4. ve 6. Maddeleri Uyarınca Rekabet Kurulu’nun İzlediği İdari Usuller”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004

ASLAN, Yılmaz: Rekabet Hukuku Dersleri, (Gözden Geçirilmiş 6. Baskı), Ekin Yayınevi, Bursa, 2017

ATEŞ, Hüdayi: “Televizyon Yayın Kuruluşlarında Rekabet İhlali ve Rekabet Kurulu Kararlarının Sektöre Etkisi”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018

GÜNDÜZ, Hasan: Rekabet İhlallerine İlişkin Soruşturmalar ve Para Cezaları: Rekabet Kurulu’nun 20 Yılı’nın Bilançosu, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018

HAMZAOĞLU, Ecem: “Rekabet Kurulu’nun İnceleme ve Araştırmalarında İzlediği Usul”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013

HERDEM, Kasım: “Türkiye’de Rekabet Kurulu’nun Statüsü ve İşlevi”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Niğde, 2003

TOFTAR, Asım Taha: “Rekabet Kurulu’nun İnceleme ve Karar Verme Usulü”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012

ÜNAL, İbrahim: “Rekabet Kurulu’nun Uyumlu Eylem Nedeni ile İdari Yaptırım Kararı ve Yargısal Denetim”, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2010

CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ MAHFUZ DÜZENLEME ALANI MIDİR?

Hasan Tahsin FENDOĞLU*

I. GİRİŞ:

2017 Anayasa değişikliği ile getirilen sistemin en önemli esaslarından biri Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir (CBK). Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde tek CBK örneği, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu iken 2017 değişikliği sonrasında bu alanlar çoğalmıştır. CBK, gücünü kanundan değil anayasadan almakta olup, amaç Cumhurbaşkanını güçlendirmektir. CBK, Cumhurbaşkanının *asli yetkisidir* ama Türkiye Büyük Millet Meclisi, istediğinde aynı konuda kanun çıkarabilir (Anayasa (AY), m. 104-17). Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak için Cumhurbaşkanını ayrıca kanuni yetkilendirmeye gerek yoktur; bu bir kural işlemdir; kanuna ve Anayasaya aykırı olup-olmadığına Anayasa Mahkemesi karar verecektir^[1].

* Prof. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilimdalı.

[1] Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 250-251. Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili olmayan şahsi suçlarından dolayı da AYM'de

Türkiye’de Cumhurbaşkanının iki tür işlemi olabilir; *birincisi*, genel, soyut, objektif, kişilik dışı hukuki işlemler yapabilir ki bunlara *yürütmenin düzenleyici işlemleri* denilir. İkincisi Cumhurbaşkanı, özel, somut ve bireysel işlemler yapabilir^[2] ki bu yeni dönemde, *Cumhurbaşkanlığı kararı* olarak Resmi Gazete ’de yayımlanmaktadır. Yürütmenin düzenleyici işlemlerinin olumlu ve olumsuz iki ayrı niteliği vardır. Olumlu niteliği düzenleyici işlemlerin kanuna uymak/dayanmak zorunda olmasıdır (secundum legem). Olumsuz niteliği ise kanunla çelişmemesi yani *kanuna aykırı olmamasıdır* (intra legem). İdare kanuna dayanacak ve kanuni sınırlar içerisinde bulunacaktır. Oysa 2017 Anayasa değişikliği sonucu tanınan yetkilerle, Cumhurbaşkanı, kanuna dayanmadan CBK çıkarabilecektir (sadece intra legem). Dolayısı ile yeni sistemde birinci ayak önemli ölçüde kaldırılmıştır^[3]. Cumhurbaşkanı -kanunun mevcut olduğu alanlar dışında- yürütme konusunda söz sahibi kılınmıştır.

Getirilen yeni sisteme ve/veya işleyişine karşı iddialar da vardır. Yeni sistemin aslında insan haklarında ve demokraside ters dalga olduğu, Devletin kararnamelerle yönetildiği, kuvvetler ayrılığının sona erdiği,^[4] getirilen değişimin başkanlık sistemi olmadığı, tekçi yürütme yapısının kişisel iktidara dönüşme olasılığının bulunduğu, Cumhurbaşkanının yasama-yürütme ve yargı üzerindeki aşırı gücü, fren-denge sisteminden yoksunluğu, yürütme organının diğerlerine karşı ölçsüz ve orantısız olduğu, Cumhurbaşkanının dört dönem seçilme olasılığı (AY, m. 106-2 ve 116-3), üst kademe yöneticilerin atanmasında parlamento kontrolü olmadığı, Meclisin devre dışı kaldığı, yürütmenin ilk hareket eden (*first mover*) olduğu, bakanların atanıp-azledilebildiği (AY, m. 106), CBK’nın kanuna yaklaşan ve kanunla

(1982/105), Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar ise genel mahkemelerde yargılanabileceklerdir.

- [2] Yürütmenin tüm yetkileri kuşkusuz ki bağlı yetki değildir; Özbudun, E. (2017), s. 247 vd.
- [3] Tartışmalar için bkz. Okşar, M. (2018). *Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s. 110.
- [4] Locke ve Montesquieu’nün etkilediği kuvvetler ayrılığı zor bir doktrindir. Teoride çok yaşamsal görünen bu teori, uygulamada zorlaşmaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi, kuvvetler ayrılığını uygulamakla birlikte bazen de ihmal etmektedir. Temel haklar açısından kuvvetler ayrılığı kuşkusuz ki önemlidir; Fleishman, J. L. / Aufses, A. H. (1976). “Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation”, *Law and Contemporary Problems*, Cilt 40, Sayı 3, 1976, s. 43.

yarışan niteliği ile özerk yapıya geçişe kapı araladığı, CBK'yı sınırlandıran Anayasa hükmündeki “açıkça”^[5] ve “münhasıran” kelimelerinin açık olmadığı, Yüce Divan'a sevk için istenen sayının yüksekliği^[6] şeklinde iddialar ileri sürülmüştür^[7].

Türkiye Büyük Millet Meclisi çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı, aynı siyasi eksenden (unified government; birleşik hükümet) veya farklı eksenden olması (divided government; bölünmüş hükümet) ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi uygulamasının da farklı olacağı açıktır^[8]. Nitekim ABD siyasi hayatında, 1948-2000 yıllarının sadece 1/3'ünde Başkan ve Kongre aynı siyasi çizgiden olabilmıştır. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleri, Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (AY, m. 119), Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (AY, m. 104-17), Cumhurbaşkanlığı kararları,^[9] Cumhurbaşkanlığı Yönetmelikleri (AY, 104-17 ve 124), Cumhurbaşkanlığının diğer düzenleyici işlemleridir (isimsiz işlemler: sirküler, genelge, yönerge vs. gibi)^[10].

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, maddi kritere göre, sadece niteliğe bakılır; bir işlemin içeriği *genel, soyut, bir kez uygulanmakla tükenmezse* o işlem yasama işlemidir. Buna göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, organik açıdan yürütme işlemi ama maddi açıdan yasama işlemidir. Yasama organının yaptığı işlemin bir istisnasıdır^[11]. Maddi kritere göre Cumhurbaşkanlığı

[5] Anayasada 5 yerde “*ancak kanunla düzenlenir*”, yaklaşık 60 yerde ise “*kanunla düzenlenir*” kelimesi geçmektedir.

[6] Okşar, M. (2018). s. 49 vd., 55 vd., 174 vd., 175-176 vd., 187.

[7] Çolak, Ç. D. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, *Strategic Public Management Journal*, Special Issue, Cilt 3, s. 51, 53, 55, 62; Kaboğlu, İ. / Sales, E. (2018). *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Çevirmen ve Editör: Dr. Öğretim üyesi İrem Berksoy, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş. s. 56 ve 298.

[8] Nitekim ABD'de *birleşik hükümet* dönemlerinde daha çok kararname çıkarılmıştır; Neil, B. A. (ty). “Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation”, *Journal of Criminal Justice Research*, s. 3.

[9] Cumhurbaşkanlığı kararlarına karşı iptal ve tam yargı davaları, doğrudan Danıştay'a açılır (Danıştay Kanunu, 2/7/2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nın 184 üncü maddesinin (d) fıkrası ile değişik 24 üncü maddesinin ilk fıkrası).

[10] Gözler, K. (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 296-297, 333, 360, 364.

[11] AYM, E. 1965/16, K. 1965/41, 06/07/1965; Resmi Gazete, Sayı 12142, Tarih 4.11.1965. Asar-ı Atika Nizamnamesi, kanun niteliğindedir; konuyu doğrudan

kararnamesi, düzenleyici idari işlem değil, yasama işlemidir. Anayasaya göre, genel olarak, *hayatın esaslı unsurlarını* Türkiye Büyük Millet Meclisi; yürütmeyi ise Cumhurbaşkanı yürütür. *Temel hak ve özgürlükler* Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından düzenlenir. Belki de bu nedenle Anayasa'nın yaklaşık 60 ayrı yerinde geçen "*kanunla düzenlenir*" lafzı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kısıtlı bir yasama devri olduğunu göstermektedir^[12].

Yeni sisteme göre yürütmenin düzenleyici işlemleri dört grup halinde mütalaa edilebilir; birincisi, Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir (AY, m. 119). Eski sistemde "Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi" kavramı var iken, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında "Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" kavramı getirilmiştir. Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, Anayasanın 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir (AY, m. 119). Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır; aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.

İkincisi, Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, gücünü kanundan değil, doğrudan Anayasadan alır. Anayasa koyucunun amacı Cumhurbaşkanlığını güçlü kılmaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Cumhurbaşkanının asli yetkisidir, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde yargıya kapalı idi (AY, m. 105-2). Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olup, sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir; yürütmeye izin verilen kısıtlı alanlarda genel olarak düzenleyici işlemler yapılabilir; Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisi genel olarak düzenlenmiştir. 2017 Anayasa değişikliği yürütme organına, yürütmenin tüm alanlarında mahfuz düzenleme alanı vermemiştir. Yürütmenin, asli yetkisinin olduğu ama kural olarak mahfuz yetkisinin olmadığı ve istisnaların dar yorumlanması gerektiği açıktır. Kaldı ki yasama organının yetkisinin genelliği, asliliği ve ilk el olduğu kuralı devam etmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi geçmişe yürümez. *Yasama yetkisinin asliliği*, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla istediği düzenlemeyi yapabilmektedir. *Yürütme yetkisinin*

düzenlemektedir. Kanun tanımına uymaktadır.

[12] Bilindiği gibi KHK da istisnai bir yasama işlemi idi.

asliliği farklı olup, anayasaya aykırı olmadan ama kanuna dayanmadan düzenleme yapabilmesidir. Cumhurbaşkanı, CBK ile ilk hareket eden (*the first mover*) konumunda bulunacak, bu da kendisine üstün bir güç sağlayacaktır^[13].

Üçüncüsü, Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ile Bakanlık ve kurum yönetmeliğidir. 1961 ve 1982 Anayasalarında yönetmelik kavramı kabul edilmiştir. 1924 Anayasası'nda yönetmelik kavramı geçmediği halde 1924 Anayasası döneminde hayli yönetmelik yapılmış, buna itiraz eden olmamıştır. Anayasa Mahkemesinin 2017 Anayasa değişikliği öncesinde bakanlar kurulunun yönetmelik yapma yetkisine sahip olduğuna karar verdiği bilinmektedir. Yeni dönemde Cumhurbaşkanı veya diğer yetkililer yönetmelik çıkarabilir. Cumhurbaşkanlığı ve 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirlerdi (AY, m. 124). Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı 1322 sayılı kanunda (1928) belirtilir. İçerik açısından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğini ayırt etmek zor olabilir. Bunlar biri diğerinin yerine yapıldığında *usul saptırması* olabilir (AY, m. 125).

Dördüncüsü, Cumhurbaşkanının isimsiz düzenleyici işlemleridir. Genelge, sirküler, karar, tarife, tebliğ, yönerge, ilke kararı, tenbihname, usul-esas, talimat^[14] gibi isimler altında yapılan düzenleyici işlemlerdir. Anayasada ismi geçmeyen düzenlemelere isimsiz düzenleyici işlemler denilir ki bunlar genellikle yönetmelik olarak kabul edilip onun hukuki rejimine tabi olurlar^[15].

KHK gibi Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi kılınmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin siyasi denetimi Meclis, yargısal denetimi ise Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanuna uygunluğu konusu da Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenecek, bu durum Anayasa Mahkemesinin iş yükünü doğal olarak artıracaktır ki, bunun, Anayasa Mahkemesini, idari yargıyla meşgul etme riski bulunmaktadır.

[13] Okşar, M. (2018). s. 140.

[14] Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre, isimsiz yönetmeliklere sadece 3 isim verilebilir; karar, tebliğ ve genelge (madde 11).

[15] Bkz. Teziç, E. (2017). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s. 78 vd.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin öncelikle kanuna, KHK'ya ve Anayasaya uygunluğuna bakacaktır. Kararnamelerin anayasaya uygunluğunu tartışırken Anayasaya uygun birden fazla ve farklı düzenlemenin mümkün olacağını da görecektir. Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aynı konudaki kanunlara ve KHK'lara aykırı olup-olmadığını araştıracaktır. Anayasa Mahkemesinin yetkisinin, Danıştay aleyhine arttığı belirtilebilir.

Normlar hiyerarşisi açısından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanunun, KHK'nın altındadır. Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise kanuna eşdeğerdir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, normlar hiyerarşisinde kanunun altındadır; kanunu ve KHK'yı değiştiremez, kanunu ve KHK'yı ilga edemez, tüzüğe de benzemez.

Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Yapılan düzenleme idari düzenleme ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabilir; ancak temel hakların kullanımına ilişkin ise kanunla yapılması gerekecektir. Örneğin Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) (1934/2559), Dernekler Kanunu (2005/5253), İl İdaresi Kanunu (1949/5442), Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun (23.4.1981/2451) gibi alanlarda kanunlar vardır. Bu kanunlar kaldırılmadıkça ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Çünkü kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz (AY, m. 104-17). Sosyal ve ekonomik hak ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilir. Ancak anayasada yer alan pozitif statü hakları olan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler (eğitim, sağlık, sosyal güvenlik, özelleştirme, çalışma hayatı, sendikal haklar gibi) (1982/56, 57) düzenlenebilir. Fakat bu pozitif statü haklar, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlandırılmaz. Keza 5378 Sayılı Kanunla düzenlenen engelli hakları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemez. Kanun alanı olarak belirtilen 1982/104-17'deki sınırlamalarda ve ayrıca Anayasa'nın 60 kadar yerinde geçen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Buna göre Anayasamızın 13 üncü maddesi ile 42-2, 44, 46, 47, 49, 126/son, 127, 129/son, 128/son, 130, 133, 134, 136, 166/son, 135, 128/son gibi maddelerinde geçen alanlarda yani Anayasamızın 60 kadar yerinde geçen ve "kanunla düzenlenir" denilen alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneme

yapılamaz^[16]. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi ile yürütme alanının tümünde yürütmeye, mahfuz bir düzenleme alanı verilmiş olmayıp, yasama organının genel düzenleme yapma yetkisi devam etmektedir^[17]. Kuşkusuz ki, çıkarılmaması gereken bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmışsa veya *ölçülülük, eşitlik* gibi anayasal ilkelere aykırılık varsa *anayasa yargısı* devreye konulabilir.

II. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ, ASLİ VE ÖZERK DÜZENLEME YETKİSİ MİDİR?

A. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ, CUMHURBAŞKANINA “ASLİ” DÜZENLEME YETKİSİ VERMEKTEDİR:

Cumhurbaşkanı, doğrudan anayasadan aldığı yetki ile kanun veya KHK ile düzenlenmeyen alanlarda, yürütme yetkisine ilişkin sosyal, siyasal ve idari konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, ilk elden asli bir yetkidir, ikincil değildir. *Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisi, genel düzenleme yetkisi değildir, genel düzenleme yetkisi kanunlardadır. Münhasır düzenleme yetkisi Cumhurbaşkanına ait değil, Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir*^[18]. Bu konuda Anayasada iki farklı kavramın kullanıldığı görülmektedir. Anayasa 8 inci maddesinde “*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” (AY, m. 8), demektedir ise de, daha yeni bir hüküm olan ve 2017 değişikliği ile gelen 104 üncü maddesinde, görev kavramının metinden çıkarıldığı ve “*Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir*” (AY, m. 104), şeklinde kaleme alındığı görülmektedir. Burada Anayasamızın 8 inci maddesi ile 104 üncü maddesinin çelişkili olduğu ama yeni hükmün, yorum kuralları açısından, daha üstün olduğu söylenebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Resmi Gazete ile yayımı tarihinde yürürlüğe girer, Türkiye Büyük Millet Meclisinden onay alınmaz. Cumhurbaşkanı kararname çıkarabilir ama Cumhurbaşkanı yardımcıları veya bakanların böyle bir yetkisi yoktur. Kurumların böyle bir talebi varsa, bu taleplerini (1 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesine göre) “Cumhurbaşkanlığı Hukuk

[16] AYM, E. 1989/4, K. 1989/23, 16/5/1989’a göre, kanun yerine KHK ile düzenlenebilir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kanun gücünde değildir.

[17] Ardiçoğlu, M. A. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, S. 3, Ankara: Ankara Barosu Yayını, s. 38.

[18] Bkz. Ardiçoğlu, M. A. (2017). s. 51.

ve Mevzuat Genel Müdürlüğü” ne, burası da Cumhurbaşkanına gönderir, uygun bulunduğu imzalanır ve Resmi Gazete ile yayımlanır. Anayasamızın 104 üncü maddesi gereğince Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yayımı tarihinde yürürlüğe girer. Anayasamızın 151 uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yayımlanması şarttır. “Cumhurbaşkanı kararnamesi” denilemez, çünkü kavram kişisel değil makamla ilgilidir.

İdare, araya başka bir hukuki güç girmeden, doğrudan Anayasadan aldığı istisnai bir yetki ile düzenleme yapmaktadır, ayrıca bir kanunla yetki alınmasına ihtiyacı yoktur. Anayasada geçen ve Cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisi veren maddeler, Anayasanın 7 inci maddesinin bir anlamda istisnasıdır. Yürütme organına verilen yetkinin aslilik ve mahfuzluğu tartışmaları 1961 Anayasası döneminde başlamış ve 1982 Anayasası döneminde devam etmiştir. 1961 Anayasası döneminde hâkim kanaat, idarenin kanundan kaynaklandığı ve kanuna bağlı olduğudur. 1982 Anayasası döneminde, 8 inci madde ile “görev” yerine “*yetki ve görev*” kavramının kullanıldığını, 104 üncü madde ile bunun yetkiye evrildiğini ve ayrıca olağanüstü hal CBK’sının getirildiğini görmekteyiz.

B. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ, “MAHFUZ” (SAKLI, ÖZERK) MUHTAR) DÜZENLEME YETKİSİ DEĞİLDİR:

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şeklindeki bir işlem, ilk kez 2017 Anayasa değişikliği ile gelmemiştir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde mahfuz alan olarak sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği şeklinde bir hüküm mevcuttu (AY, m. 107). Geçen dönemde bu alan yasama organı tarafından doldurulmadı. Yürütmenin bu alanı, 9 Temmuz 2018 tarihi itibarıyla daha çoğaldı ve sistem değişti.

Buradaki özerklik, şayet doğrudan anayasaya dayanarak düzenleme yapmak ise CBK’lar özerktir; eğer yasama organının müdahale edememesi anlamında ise CBK’lar özerk değildir. Özerklik deyince, idarenin, doğrudan düzenleme yapması ve bunu yasama organının bozamaması anlaşılmaktadır. Bize göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun karşısında özerktir (mahfuz alandır) ancak bu özerklik kanun karşısında sadece yeni bir düzenleme yapabilme gücü olup, parlamentodan kopuk değildir. Mevcut Anayasamıza göre, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanundan bağımsız olması düşünülmemelidir. Yürütme organının mahfuz alanı var mıdır? Yani

sadece yürütmenin sahip olduğu, yasamanın yetkisiz olduğu, yasamanın giremeyeceği bir alan var mıdır? Türkiye’de yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisi yoktur. Yürütme yetkisine ilişkin konular mahfuz alan oluşturmaz. Bu konuda aşağıdaki gerekçeleri belirtebiliriz.

Yürütmenin mahfuz yetkisinin olduğu konusunda, Anayasa’da bu anlama gelebilecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kamu hukukunda asıl olan *yorumla yetki* üretilememesidir. Kaldı ki, yasama yetkisi asli ve ilk-eldir, Anayasanın 7, 8, 104/9, 123, 137/1, 138/1 gibi maddeleri açıktır. Şayet, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bağımsızlık ve kanun gücü verilirse, bu durumda, CBK’ya olağanüstü hal CBK’larının statüsünü verilmiş olur ki bu durum, Anayasaya aykırı düşer (AY, m. 119). Oysa Anayasanın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasına göre, CBK’ya kanun statüsü verilemez. Bu durumda olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesine benzetilmiş olabilir ki bunun anayasal dayanağı yoktur. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisinin yasamadan tamamen özerk ve bağımsız olduğunu söylemek zordur. 2017 Anayasa değişikliği yasasının gerekçesinde de özerklik/bağımsızlık/mahfuz alan kavramları bulunmamaktadır.

Eski sistemdeki Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği özerk-bağımsız idi ama şimdi sistem değişmiş, kişilere doğrudan veya dolaylı olarak ödev yükleyen hükümler söz konusu olmuştur. Kuvvetler ayrılığı sistemi Anayasamızda yeniden düzenlenmiş, eski sistem değişivermiştir. Olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini tam özerk-bağımsız ve kanuna eşdeğer kabul edersek, kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine eşitliği söz konusu olabilir.

Anayasada *yasamanın genelliği* ilkesi muhafaza edilmektedir. *Yasamanın genelliği* ilkesi gereğince, Türkiye’de ilke olarak yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisi yoktur. Mesela yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, kanun, tüzük, yönetmelik veya yönerge alanını bir kanunla düzenleyebilir çünkü yasamanın genelliği ilkesi vardır. Anayasada *kanuni idare* ilkesi hala muhafaza edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin –eski de olsa- istikrarlı içtihatları da böyledir.^[19]

[19] AYM, E. 2012/96, K. 2012/206, 27/12/2012; RG, Sayı 28657, Tarih 25/5/2013. Kanuni idare için bkz. Atay, E. E. (2018). *İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 43 vd.

Yürütmeye anayasa ile verilen bazı asli yetkiler, Anayasa gereği, onun, yasamadan tamamen bağımsız ve kopuk olması anlamına gelmez; çünkü bizzat anayasa, *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunun çatışmasında* kanunun tercih edileceğini açıkça belirtmiştir (AY, m. 104-17). Kamu tüzel kişiliğinin düzenlenmesi de mahfuz alan değildir; yasama ve yürütme organlarının her ikisi de bu yetkisini Anayasa gereği kullanabilir; çatışma halinde kanun veya KHK üstün tutulur.

Cumhurbaşkanının yemini sonrası 9 Temmuz 2018 tarihinde yeni sistem tamamen yürürlüğe girdi ve Anayasa şu maddelerde geçen alanları Cumhurbaşkanına bıraktı: 104/9 ve 104/17, 106/11, 108/4, 118/6, 119/6, 123/3 (ihtiyari).

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebilecek birinci alan, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 9 uncu fıkrasına göre, üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasının usul ve esaslarıdır. Üst kademe bürokratların Cumhurbaşkanınca atanması ile hızlı icraat, bürokratik gecikmenin olmaması, performansın önemi ile ehliyet ve liyakat amaçlarının hedeflendiği anlaşılmaktadır. 104 üncü maddenin bu fıkrası ile Cumhurbaşkanına geniş takdir yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın 104 üncü maddesinin bu fıkrası *atanma*, Anayasa'nın 128 inci maddesi ise bunların *yetiştirilmesi* ile ilgilidir. Anayasamızın 128 inci maddesinde geçen eğitim konusunda kanuni düzenleme yapılmadığı için yürütme bu konuda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkararak, Türkiye Büyük Millet Meclisini kanun yapmaya zorlayabilir ama kanunla düzenlenmesi gerektiği için, bu konuda CBK yapılamaz. *Atama* Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bu kişilerin *yetiştirilmesi* ise kanunla düzenlenecektir. 3149 sayılı Üst Kademe yöneticileri ilgili kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti^[20]. Bu kanun daire başkanı ve daha üst bürokratları 'üst kademe' kabul etmişti. Üst kademe yöneticilerin atanmasını yürütme ile parlamentonun paylaştığı ülkeler, ABD, Brezilya,^[21] Kenya, Uruguay gibi ülkelerdir.^[22] Türkiye'de ise Cumhurbaşkanı, resen atama yapabilir ve resen azledebilir (AY, m. 104) ki bu durum, bize göre,

[20] AYM, E. 1985/3, K. 1985/8, 18/6/1985; Resmi Gazete, Sayı 18902, Tarih 18/10/1985.

[21] Brezilya, Meksika, Peru ve Bolivya'da bakanlar, Başkanlık kararnamelerini imzalamaktadır; Okşar, M. (2018). s. 81.

[22] Bkz. Tunç, H. (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 215 vd., 220.

denge-denetim ilkesi ile sorunludur. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrası gereğince yasama organı da, bu alanı bir kanunla düzenleyebilir.

İkinci alan, Anayasamızın 106 ncı maddesinin son fıkrasına göre, bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesidir. Buna göre, teşkilat düzenlemeleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacak, Meclis gerçek yasama ve denetim ile ilgilenecektir; Kurumların düzenlenmesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılmasının nedeni, yapısal dönüşümü sağlamak, benzer iş yapanları birleştirmek, yenilik ve yeni teknoloji ile uyumu sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, bakanlıkların merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatlarının kuruluşu kanunla değil Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olacaktır. Anayasamızın 106 ncı maddesinin son fıkrasına göre, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir^[23]. Anayasamızın 126 ncı maddesine göre, “*Merkezi idare kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının; kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.*” denilmekte ve böylece yürütme yetkisine sahip olacak Cumhurbaşkanı, kendisine bağlı devletin merkezi idaresini kararname ile düzenlemeye sahip olabilmektedir. Özbudun’a göre, bakanlıkların kuruluşunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olması, Cumhurbaşkanının asli ve mahfuz yetkisidir ancak bu, yasamanın genelliği ilkesi ile çelişir.^[24] Biz bu görüşte olmakla birlikte, bize göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi istediğinde, bu alanda kanun yapma yetkisine sahiptir. Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 nci fıkrasına göre, bu alan yasama organı tarafından bir kanunla düzenlenebilir.

Yeni dönemin en önemli sorunlarından biri bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının nasıl ve hangi şekilde düzenleneceği idi. Başbakanlık ve bakanlıklar kanun veya KHK ile kurulmuştu; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ise kanun ve KHK’yi ilga etme gücü yoktu. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bu alanı düzenlemesi için belirtilen kanun ve KHK’lerin ilgası gerekiyordu. Bu nedenle Bir Numaralı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Ülkenin merkez ve taşra teşkilatı düzenlenmeden bir gün önce 9

[23] Bkz. 10.06.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu. Türkiye’de 81 il (2003), 921 ilçe (2017) vardır.

[24] Özbudun, E. (2017). s. 250-251.

Temmuz 2018 tarihinde 233 maddeden oluşan 703 sayılı KHK çıkarılarak^[25] daha sonra Bir Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilga edilecek kurumların teşkilat yapısı ilga edilmiştir. Siyaset literatürüne yeni giren bir kavram ile “*havada ikmal*”^[26] yapılmıştır. Yani kanun ve/veya KHK ile kurulan Devlet teşkilat eski yapısı 9 Temmuz 2018 tarihinde KHK ile ilga edilmiş, bir gün sonra 10 Temmuz 2018 tarihinde yeni Devlet teşkilat yapısı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yürürlüğe konulmuştur. 10 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete ile ilk üç Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yayımlanmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa Mahkemesi, Kamu Denetçiliği Kurumu, Yargıtay, Danıştay, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Danıştay, Kişisel Verileri Koruma Kurumu (1982/20-3), Atatürk, Kültür, Dil, Tarih Yüksek Kurumu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Diyanet İşleri Başkanlığı gibi kurumlar ise CBK ile değil, kanunla düzenlenir çünkü bakanlıklara bağlı, ilgili veya ilişkili değildir.^[27] Bu durum başkanlık sisteminin uygulandığı ABD’de de böyledir. İdarenin teşkilatlanması ve görevlerinde Kongre yetkilidir. Kaldı ki Kongre, uygun bulmadığı Başkanlık kararnamelerini iptal edebilir^[28].

Üçüncü alan Devlet Denetleme Kurulu (DDK) alanıdır; DDK’nın işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir (AY, 108-son)^[29]. DDK’ya icrai yetki verilmiş ve alanı hayli genişletilmiştir. Yasama organı, istediği takdirde bu alanda düzenleme yapabilir.

Dördüncü alan Millî Güvenlik Kurulu alanıdır; MGK Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenir

[25] Resmi Gazete, 09 Temmuz 2018/30473 Üçüncü Mükerrer. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, onay için TBMM’e sunulmaz. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve KHK RG’de yayım ile yürürlüğe girer. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, tüzüğün üzerindedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve tüzük RG’de yayım ile yürürlüğe girer. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi taleple bağlıdır ama talebin gerekçesiyle bağlı değildir.

[26] Bir uçağın havada iken yakıt almasına *havada ikmal* denilmektedir.

[27] Bkz. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10/07/2018, S. 30474.

[28] Çolak, Ç. D. (2017). s. 61.

[29] DDK için bkz. 5 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10/07/2018, S. 30474.

(AY, 118-6).^[30] Bu alanda Türkiye Büyük Millet Meclisi istediği takdirde düzenleme yapabilir.

Beşinci alan, kamu tüzel kişiliği alanıdır. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde mevcut anayasada “*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*” denilmekte iken 2017 Anayasa değişikliği ile “*Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulur.*” (1982/123) denilmektedir. Buna göre, kamu tüzel kişiliği, kanunun yanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilecektir (AY, m. 123-3). Bu konuda seçimlik bir yapı söz konusudur. Anayasa koyucu burada *daha açık bir anlatım yöntemini* seçmiştir. Kanunun CBK’ya üstünlüğü nedeniyle ifadede öncelikle ‘kanun’ lafzı geçmektedir. Anayasa burada ‘kanun’ lafzından söz etmeseydi de yasamanın genelliği ilkesi gereğince, elbette yasama organı yetkili olacaktı.

2017 Anayasa değişikliği ile birçok alanda Cumhurbaşkanına *asli yetki* verilmiştir. Anayasada yazılı olan bu alanlar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebilecektir. Ancak, yasama organının yetkisinin *genelliği-asliliği ve ilk el olduğu genel kuralları* yeni sistemde devam etmektedir.

Yeni sistemde yürütme alanı ikiye ayrılmış sayılabilir; bazı koşullarla *Cumhurbaşkanı* tarafından düzenlenebilecek alan -ki bu alanda yasama organı da düzenleme yapabilir- ve ancak *kanunla* düzenlenebilecek alan (AY, m. 104-17) ki bu alanda yürütme organı düzenleme yapamaz^[31].

6771 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliği sonucu kuvvetler ayrılığı sert hale gelmesine rağmen, kuvvetler arasında çok önemli geçişlerin de olduğu görülmektedir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanının, Türkiye Büyük Millet Meclisi üzerinde azımsanmayacak yetkileri vardır. Örneğin Cumhurbaşkanı, milletvekilleri aracılığı ile *kanun teklif* edebilir (AY, m. 88). Türkiye’de *disiplinli parti* sistemi olduğu için Cumhurbaşkanı bu konuda hiçbir zorluk yaşamaz. Aynı zamanda bir *siyasi partinin lideri* de olabilen Cumhurbaşkanı bu konuda partisi aracılığı ile istediği kanunu teklif edebilir. Yeni sistemde Cumhurbaşkanı, haftada bir Meclis’e gelip, grup toplantısı

[30] MGK için bkz. 6 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10/07/2018, S. 30474.

[31] İçerik açısından Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ikiye ayrılabilir; Birincisi merkez ve taşra teşkilatlarını düzenleyen *teşkilat kararnameleri ve diğerleri* ayrımıdır. İkinci ayrım, *yeni bir statüko inşa eden ve etmeyen* Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir.

yaparak, milletvekillerine yasama çalışmaları konusunda açıklama yapabilmekte, direktif verebilmektedir. Grup toplantıları haftada bir, Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu olan tüm partiler tarafından yapılmakta, önemli televizyonlar ve medya kuruluşları tarafından canlı olarak yayımlanmaktadır (Bkz. AY, m. 104-3; 104-4). Yargı organı ve bürokratların belirlenmesi; milletvekilleri ve belediye başkanlarının saptanmasında, parti liderlerinin tam yetkili oldukları da buna eklenebilir. *Bu durumda bulunan yasama-yürütme-yargı arasındaki ilişkiler, disiplinli parti anlayışı ile birlikte düşünüldüğünde, bu durumun, denge-denetim açısından sorunlu olup olmadığı sorgulanabilir.*

Türkiye’de Cumhurbaşkanının kanunlar üzerinde veto yetkisi vardır, veto halinde teklifin yeniden kabulü için aynı yönde 301 milletvekilinin kabul oyu şarttır. *Cumhurbaşkanı bu yetkisini Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin iptali halinde de Meclise karşı kullanabilir.* ABD’de veto halinde kabul için bu oran 2/3 tür.

Cumhurbaşkanının bütçe kanun teklifini *Hazine ve Maliye Bakanlığı* ile *Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı* (SBB) hazırlar, Cumhurbaşkanı imzası ile Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilir (AY, m. 161-3). Yeni sistemde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bütçe yoluyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesini denetlemesi, ABD’den farklı olarak çok zordur. ABD de bütçe daha güçlü şekilde denetlenmektedir^[32].

Cumhurbaşkanının uluslararası antlaşma yapma yetkisi vardır. Yeni sistemde Anayasanın 90 ıncı maddesine dokunulmamıştır. İlgili kurum/birim, bütçede olduğu gibi uluslararası antlaşma konusunda da kanun teklifi hazırlar, Cumhurbaşkanı onaylar ve Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderir. Meclis onaylamayı bir kanunla uygun bulur (AY, m. 90-1) ve Cumhurbaşkanına gönderir. Cumhurbaşkanı, antlaşmayı yeniden onaylarsa, Resmi Gazete ile yayımlanır ve yürürlüğe girer. Cumhurbaşkanı uluslararası antlaşmayı iki kez onaylar ve yayımlar; bu yetkiler Cumhurbaşkanına aittir (AY, m. 104-11)^[33].

[32] Kongre, bütçe vermeyerek, maaş ve ödeme vermeyerek Başkanın kararnamesini sonuçsuz bırakmaya çalışabilir. Örnekler için bkz. Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). “Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation”, *Congressional Research Service*, Washington DC, s. 10, dn 68.

[33] Uluslararası antlaşmalar konusunda bkz. 9 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10/07/ 2018, S. 30474.

Cumhurbaşkanının, çıkarılan bir kanuna karşı AYM'ye iptal davası açma yetkisi vardır (AY, m. 150). Doğal olarak Cumhurbaşkanı, *Cumhurbaşkanlığı kararnamesini iptal eden kanuna karşı da bu yetkisini kullanabilir*. Cumhurbaşkanı, ayrıca, acil durumlarda Türkiye Büyük Millet Meclisini toplantıya çağırabilir (AY, m. 93). ABD'de acil (olağanüstü) durumlarda Başkan, Kongre'yi toplayabilir ki, bu şekilde Kongre en son 1948'de acilen toplanmıştı. Cumhurbaşkanının, yasama ve yargı üzerindeki güçlü etkilerine ek olarak ayrıca CBK'nın mahfuz yetki olduğu yönündeki yorum, Anayasaya ve kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun düşmez.

Başkanlık sisteminin uygulandığı ABD'ye baktığımızda, durum şöyledir; ABD'de *parti disiplini* olmadığı için parlamento ile ilişkiler çok daha zordur. ABD Başkanı, Kongre Başkanlarına mektup yazarak kanunlar hakkında bilgi verebilir. Başkan ve Kongre farklı partilerden ise, daha büyük zorluklar yaşanmaktadır. ABD'de Meclis Komisyonlarının Türkiye'den daha etkili olduğu belirtilebilir. ABD'de Başkan kanun çıkaramaz ama veto eder; ABD Başkanı bütçeyi hazırlayamaz ama parlamentonun yaptığı bütçe yasasını veto edebilir. Amerika'da Başkan, kanun tasarılarını beğenmezse, yeniden görüşülmek üzere Kongreye iade eder; Başkan Roosevelt döneminde, bu usul çok kullanılmıştır.

ABD'de Başkanın iki türlü veto yetkisi vardır^[34]. Birincisi paket vetosu olup, Başkanın, Kongrenin kabul ettiği kanunu kabul etmediğini 10 gün içerisinde bildirmesidir. Her iki meclisten geçen kanunların (bill) kanunlaşabilmesi için, başkanın on gün içerisinde tasvibi (approve) gerekir. Kanun tasarılarını beğenmezse, yeniden görüşülmek üzere 10 gün içerisinde gerekçeyle birlikte Kongreye iade eder. Bu durumda Kongre (her iki meclis), ancak 2/3 çoğunluğuyla metni yeniden kabul ederse tasarı kanunlaşır. Ayrıca Başkanın paketin içerisinden bazı maddeleri iptal etmek yetkisi de vardır, buna kısmi veto denir^[35]. *İkincisi* cep vetodur (pocket veto); şayet Başkan, 10 gün içerisinde bir kanun tasarisını veto etmezse (kanun tasarisını cebinde tutarsa) buna „cep veto” denilmektedir^[36]. Başkan, Kongre tatile yaklaşırken, kabul edilen kanunu (pazar günleri hariç) 10 gün imzalamazsa

[34] Bkz. *Clinton v. City of New York* davası.

[35] Devlet Personel Başkanlığı (2016). *ABD Kamu Yönetimi ve Kamu Personel Sistemi*, Ankara: Devlet Personel Başkanlığı Yayını, s. 29.

[36] Forte, D. F. (ty). “Pocket Veto” (Art. I, Sect 7, Cl. 2). *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in

yani onaylamaz ise veya veto da etmezse, kanun teklifi kesinleşmiş olmaz. Başkan gelen kanun teklifini bekletirse zımnem ret etmiş olur (*pocket veto*). ABD’de veto edilen bir kanun her iki Meclis (Kongre) tarafından ayrı ayrı 2/3 çoğunlukla kabul edilmek zorundadır; veto ancak bu şekilde aşılabilir (*overriding*)^[37]. *Kongrenin vetoya rağmen kanun çıkarması çok zordur; veto-nun aşılması nadiren görülmektedir. Başkan G. Cleveland, 1884-1888 ve 1892-1896 yıllarında 2 kez başkanlık yapmış ve tam 414 adet veto kullanmış, adı “Vetocu Başkan”a çıkmıştır. Başkan Roosevelt 631 ve Başkan Truman 250 kez kanunları veto etmiştir. ABD’de Başkanın vetosu zorlaştırıcı vetodur; mutlak vetoya yakın bir etkiye sahiptir. ABD’de 1789’dan 1986’ya kadar toplam 2838 kanun veto edilmiş, bunların sadece 99 tanesi yani sadece %3 ü yeniden kanunlaştırılmıştır. Başkan Roosevelt 12 yıllık başkanlık döneminde 631 kanunu veto etmiş, bunlardan sadece 10 tanesi yeniden kanun haline getirilebilmiştir*^[38]. Bu, Başkanın Kongre üzerindeki çok önemli bir yetkisidir. Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliği ile veto halinde Meclis’ten 2/3 değil, salt çoğunlukla (301/600) kabul koşulu getirilmiştir. 2017 Anayasa değişikliği öncesinde salt çoğunluk koşulu yoktu; yasa yapabilen çoğunluk yeterliydi; şimdi bu oran salt çoğunluk olmuştur.

ABD’de ilke olarak yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi (*nondelegation doctrine*) vardır^[39]. Bu konu Federal Yüksek Mahkemesine (FYM) konu olmuş ve FYM bu konuda iki önemli karar vermiştir^[40]. Bu davaların sonucuna göre yasama yetkisi ilke olarak devredilemez ama bu ilke çok sert uygulanmamaktadır. ABD sisteminde yürütme etkindir. Hatta yasama organı, “*tricameralism*” (üç meclislilik) olarak tanımlanmış, Başkan, tek başına bir meclis olarak nitelendirilmiştir^[41]. FYM, 1935 yılından sonra yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesini esnetmiş ve Kongre, kamu kurumlarına

the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, ss. 89-91; bu konuda önemli bir dava için bkz. *The Pocket Veto Case*, 279 U. S. 655 (1929).

- [37] Morlan, R. L. (1975). *American Government, Policy and Process*, USA: Boston, s. 43. Pocket veto ile Başkanın yetkisini aşması durumunda Başkan sorgulanabilir.
- [38] Emanuel, S. L. (2011). *Constitutional Law*, Twenty-Ninth Edition, USA New York: Wolters Kluwer, s. C-6,7.
- [39] Bkz. Anayasamızın 7 nci maddesine.
- [40] Ayrıntı için şu iki davaya bkz. *Panama Refining Co. V. Ryan (1935)* ve *Schechter Poultry Corp v. United States (1935)*.
- [41] Nomer, M. (2013). *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri*, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 93.

yetki devri yapabilir, demiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre, ABD’de Kongre, Başkana, kurumlara ve Bağımsız İdari Otoritelere KHK yetkisine benzer yetki devrinde bulunabilir. Esasen Başkan gücünü yasamanın yaptığı bu tür yetki devrinden de almaktadır. ABD Başkanının yasama üzerindeki yetkileri nedeniyle Başkan, “yasamanın başı” olarak nitelendirilmektedir^[42]. Türkiye ise mevcut mevzuatı itibarıyla böyle değildir; kural olarak uzmanlık ve teknik konular idareye bırakılır. Bilindiği gibi ABD’de yasama-yürütme-yargı arasında *yatay kuvvetler ayrılığı olduğu* gibi federe ile federal devletlerarasında ayrıca *dikev kuvvetler ayrılığı* vardır^[43].

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile birel/bireysel işlem tesis edilerek, bireylerle ilgili işlem yapılması halinde AYM’ye vatandaş dava açamayacağı için hak kaybı yaşanacaktır. Çünkü birey, Anayasa Mahkemesine iptal davası açamaz ve hakkını arayamaz; kaldı ki TBMM, kanun çıkarsa da yapılmış olan atamayı iptal edemez. ABD’de ise sistem daha farklıdır; ayrıca yargı birliği sistemi olduğundan ayırım yapılmadan tüm davalara FYM bakar çünkü ABD’de adli-idari dava ayırımı yoktur. Anayasamızın lafından CBK ile birel işlemin yapılabileceği anlamı çıkmaktadır ki, bu durum belirttiğimiz gibi hak ihlali doğurabilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yasama, yürütme ve yargı organları tarafından geleceğe yönelik olarak yürürlükten kaldırılabilir. Yasama organının CBK’yı ilgası mümkündür. Yasama organı bir kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükten kaldırabilir. TBMM, istediği zaman Cumhurbaşkanlığı kararnamesine müdahale edebilir. TBMM, CBK’yı ilga edebilme gücüne sahip olduğuna göre, CBK, TBMM karşısında mahfuz alan (özerk) değildir.

Cumhurbaşkanı, isterse, kendisinin veya daha önceki bir başka Cumhurbaşkanının çıkarmış olduğu CBK’yı ilga edebilir veya değiştirebilir. İlga eden kanun daha sonra mülga olsa da, bu mülga kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine hayat vermez. Cumhurbaşkanı, istiyorsa yeni bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yayımlayabilir. TBMM, bir maddelik kanunla Cumhurbaşkanlığı kararnamesini kısmen veya tamamen ilga edebilir veya

[42] Neil, B. A. (ty). s. 2.

[43] Kurucu Babalardan Madison gibi Montesquieu da, “yasama ve yürütme aynı kişide birleşirse tiranlık olur” demişti; Fleishman, J. L. /Aufses, A. H. (1976). s. 2. Kuvvetler ayrılığının (separated powers) rijit olması da gerekmez, kuvvetlerin paylaşılması (shared powers) gerekir; Fleishman, J. L. /Aufses, A. H. (1976). s. 44.

karşıt kanun yapıp Cumhurbaşkanlığı kararnamesini ilga edebilir. TBMM, tek kanunla çok Cumhurbaşkanlığı kararnamesini geleceğe yönelik olarak ilga edebilir. Keza bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, milletlerarası antlaşma veya kanunla açıkça veya zımnen ilga edilebilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanunlar gibi -genel ve özel- gerekçesi yoktur. CBK, kanuna göre, daha çabuk yapılabilir, değişebilir ve daha kısa ömürlü olabilir. Bu durum dahi kanun ile CBK arasındaki farkı ortaya koymakta ve CBK'nın kanun karşısında daha alt düzeyde olduğunu ve özerk olmadığını göstermektedir.

ABD'nin siyasal yapısı, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile denge-denetim üzerine kuruludur. Bir başka deyişle ABD, sadece Başkanlık sistemi üzerine oturmuş değildir. Sistemin dört önemli ayağı vardır, başkanlık, kongre, yargı ve federalizm. Başkanlık sistemi diğer demokrasiler için de önemli olan iki sütun üzerinde durur, güçler ayrılığı (separation of powers) ile kontrol ve denge (check and balance). Başkanlıkta yürütme tek kişiden ibarettir ki o da Başkandır. Başkanlık sistemi, yasama ve yürütmenin biri diğerinin hukuki varlığına son veremediği, her iki organın da belli süreler için halk tarafından seçildiği bir hükümet modelidir. ABD'de Başkan genellikle WASP (White, Anglo-Sakson, Protestan=WASP) olur.^[44] Başkanlık sisteminin ABD'de mucidi "Kurucu Babalar" (*Founding Fathers*) olan *John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Tay, Thomas Jefferson, James Madison ve George Washington'dır*. Bu liderler Amerika Bağımsızlık Savaşını yürüttüler, Bağımsızlık Bildirisine imza attılar, ABD Anayasasını 1787'de yaptılar, 1789 da yürürlüğe koydular ve ABD'ni kurdular. Kurucu Babaların katkısı ile Kurucu Meclis tarafından yapılan Anayasanın onaylanması kolay olmamıştır^[45]. ABD Anayasası, çerçeve anayasası mahiyetinde olup, üç konuyu zamana bırakmıştır; beraberliğin nasıl bir beraberlik olduğu, siyasi partilerin mahiyeti ve Federal Yüksek Mahkeme dışında yargı^[46].

[44] Devlet Personel Başkanlığı (2016). s. 26.

[45] Redlich, N. /Atanasio, J. /Goldstein, J. K. (2004). *Understanding Constitutional Law*, Third Edition, New York, s. 2. ABD 1787 Anayasasını yapan Kurucu Meclise Philadelphia Konvansiyonu denir. ABD Anayasasının onaylanma süreci için bkz. a.g.e. s. 2-3. Anayasa konvansiyonuna 55 delege katılmış, bunların sadece 39 delege metni kabul etmiştir.

[46] Devlet Personel Başkanlığı (2016). s. 20. ABD'de yargı şeması ve ayrıntı için bkz. a.g.e., s. 30-31.

Başkanlık sistemi 17 inci ve 18 inci yüzyıllarda ortaya çıkan ve uygulama alanı bulan, anayasada çerçevesi çizilmiş kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanmaktadır. Bu sistemde yasama ve yürütme organlarının görev süreleri sabittir; ABD sisteminde *erken seçim* kavramı yoktur.^[47] ABD’de milletvekili seçim sistemi *dar bölge seçim sistemidir*; bir oy fazla alan parti, o bölgeden milletvekili çıkarır^[48]. İstikrar getiren bu unsur, impeachment dışında, beğenilmeyen bir yürütme için halkta hayal kırıklığı oluşturabilir. Sistemin bir başka özelliği, başbakan ve Cumhurbaşkanı makamlarının tek kişide toplanmasıdır. Başkan, bakanları istediği zaman tayin eder ve görevden alabilir; bakanlar sadece Başkana karşı sorumludur. ABD Anayasasının 5 inci değişikliğine göre kimse, yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarından kanun dışında mahrum bırakılamaz^[49]. İlk Başkan George Washington, 30 Nisan 1789’da görevine başlamış, ilk Başkanlık kararnamesini de 22.04.1793 tarihinde çıkarmıştır^[50]. Parlatentonun her iki yılda bir 1/3’ünün seçilmesi, disiplinsiz siyasal parti sistemi, dar bölge seçim yöntemi, erken seçimin olmaması, güçlü yargı ile kuvvetler ayrılığının oturmuş olması, ABD’de denge ve denetimi sağlamaktadır.

Başkanlık sisteminin uygulandığı ABD’de Başkanın cezai sorumluluğu (impeachment) için, Temsilciler Meclisinin suçlandırması ve Senato’nun yargılayıp 2/3 ile mahkûm etmesi gerekir. Kongre ABD Başkanını, Başkan

[47] İngiltere, erken seçimi seven ülkelerden biridir. “İngiltere’de şimdiye kadar parlamentoların hemen hepsi vaktinden önce feshedilmiş ve pek nadir olarak bazıları miadını doldurabilmiştir.” İngiliz hükümeti, kamuoyu anketlerine bakıp da kendisini güçlü görünce erken seçime gidebilmiştir; Başgil, Ali Fuat (1960). *Esas Teşkilat Hukuku*, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1. Fasikül, İstanbul: Baha Matbaası, s. 393 ve aynı sayfa dn 1.

[48] Devlet Personel Başkanlığı (2016). s. 20; ABD’de partilerin teşkilatı yoktur; seçim öncesi toplanırlar, seçimden sonra faaliyetleri yoktur, a.g.e. s. 20.

[49] Lawson, G. (2005). “*Due Process Clause*”, in: *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, s.337-341. Bu ilke aynı zamanda Magna Carta ilkesidir. Due Process (uygun hukuki usul), Federal Yüksek Mahkeme tarafından da çok kullanılan muğlak bir tabii hukuk anlamına gelmektedir. Bunun kaynağı 1215 Magna Carta olup, sanıklar için bazı güvenceler demektir. Mahkeme bu ilke ile yürütmeyi sınırlamaktadır. Hâkimler bu kavramı tanımlamaktan çekinmişlerdir. ABD Yüksek Mahkemesinin, büyük çapta bu ilkenin etkisinde bulunduğu belirtilebilir.

[50] Contrubis, J. (1999). “Executive Orders and Proclamations”, *CRS Report for Congress*, s. 3 ve 23.

Vekilini (vice president), kabine üyelerini, federal hâkimleri ve benzeri görevde olanları vatana ihanet, rüşvet gibi ağır/ciddi suçlarla suçlayabilir. Bu tür suçlamaya her iki meclis de katılmaktadır. Şayet Temsilciler Meclisi oy çokluğu ile ilgili hakkında olumsuz yönde karar verirse, ilgilisi yargılanmaktadır. Yargılama, Federal Yüksek Mahkemenin (Supreme Court) Başkanı vasıtasıyla Senato'da yapılmaktadır. Senato, yargılama sonucunda ancak 2/3 oyla mahkûmiyet kararı verebilir.^[51] Türkiye'de ise yargılama makamı, Yüce Divan sıfatıyla AYM'dir.

ABD'de Başkanlık kararnamesi, Kongre karşısında mahfuz alan değildir. Anayasa'da açıkça yer almasa da, ABD Başkanlarının maddi açıdan yasama fonksiyonu niteliğinde, genel ve kişilik dışı, tek taraflı düzenleme yapma yetkileri vardır^[52]. ABD'de 3 çeşit Başkanlık kararnamesi vardır; *birincisi*, doğrudan anayasa esas alınarak çıkarılır; dış ilişkiler, milli savunma gibi. *İkincisi*, Kongre Başkana kanunla düzenleme yetkisi verebilir. *Üçüncüsü*, kanuna dayanılarak yapılan düzenleyici idari işlemdir (yönetmelik, genelge gibi). ABD'de Başkanlık kararnamesi, Kongre onayına sunulmaz ama Başkan, destek için Kongre turlarını yapabilir. ABD'de Başkanın af yetkisi (pardon power), Türkiye gibi olmayıp^[53], çok geniş ve geneldir^[54]. ABD Başkanı, impeachment hariç, tüm suçları affedebilir.

Tüm Başkanlar, yürütme yetkisini kullanırken Anayasanın 2. Maddesinin (article) 2. Bölümünün (section) birinci cümlesindeki (clause) “yürütme gücü”nü referans olarak göstermişler^[55], Federal hükümetin başı olarak anayasal yetkilerini kullanmışlardır^[56]. ABD Başkanlarının çıkardıkları Başkanlık kararnamelerinin sayısı Başkana göre değişmektedir^[57]. Bugüne kadar sadece Başkan William Henry Harrison 31 gün görev yapmış ve kararname

[51] Bu konudaki önemli bir dava olarak bkz. *Nixon v. US*, 506 U. S. 224 (1993).

[52] Chu, V. S. /Garvey, T. (2014). s. 1.

[53] Bkz. 1982/104-16.

[54] Başkanın af yetkisi için bkz. ABD Anayasası, Art.II, Sec.2, Cl.I; Neil, B. A. (ty). s. 6; önemli bir dava için bkz. *US v. Klein* (60 US 128).

[55] Bu konudaki FYM kararı için bkz. *Mississippi v. Johnson*, 71 US 475 (1866).

[56] Neil, B. A. (ty). s. 1.

[57] ABD Başkanlarının 1789-1995 yılları arasındaki Başkanlık kararnameleri için bkz. Contrubis, J. (1999). s. 24. ABD Başkanlarının görev yılları ve çıkardıkları kararname listesi için bkz. Neil, B. A. (ty). s. 8-9.

yayımlamamıştır^[58]. Başkan Wilson 1803, II. Dünya Savaşı'nda 100 bin Japon'u konsantrasyon kamplarına alan ve mallarına el koyan^[59] Başkan Roosevelt 3.728^[60], Başkan Reagan 381, Başkan Baba Bush 166, Başkan Clinton 364^[61], Başkan Oğul Bush 291, Başkan Obama 276^[62], şimdiki Başkan Trump 20 Ocak 2017 ile 20 Eylül 2017 ye kadar dokuz ayda 86 adet kararname yayımlamıştır^[63]. Başkan Wilson I. Dünya Savaşında 1800 kararname, Başkan Roosevelt ise II. Dünya Savaşında daha çok kararname çıkarmıştır; ABD de savaş ve ekonomik kriz durumlarında kararname sayısı artmaktadır. Belirtildiği gibi, *Başkanın elindeki yetkilerin bir kısmını ona Kongre vermiştir*^[64]. Doğal olarak, tersine işlem kuralı gereğince Kongre, Başkana verdiği yetkiyi geri alabilme gücüne sahiptir.

ABD Başkanlarının çıkarmış olduğu Başkanlık kararnamesi, Anayasada açıkça yer almadığı halde anayasal teamül olarak vardır^[65]. ABD Anayasasının ikinci maddesi yürütme organının yetkilerini anlatırken, Başkana, Başko-

[58] Çolak, Ç. D. (2017). s. 62.

[59] Başkanlık Kararnamesi, 19.02. 1942; Neil, B. A. (ty). s. 4. Bu, büyük bir haksızlıktır; Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 3. FYM kararı için bkz. *Korematsu v. USA*, 323 US 214 (1944).

[60] Büyük ekonomik buhran dönemi (The Great Economic Depression Term) nedeniyle.

[61] Covington'a göre Clinton, 1994'de çoğunluğu kaybedince, *bölünmüş hükümet* vuku buldu ve ABD'yi Başkanlık kararnamesi ile yönetti; bunun yanında *memorandayı* da çok kullandı; sadece bir başkanlık kararnamesi FYM tarafından iptal edildi: *Chamber of Commerce v. Reich* (1995); Covington, M. (2012). s. 3. *Bölünmüş hükümette*, hükümetin kapanması ve kutuplaşmada Başkanlar daha çok yetki kullanıyorlar; Covington, M. (2012). "Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power", *Humanities and Social Science, Spring 2012*, Cilt 8, s. 8.

[62] Başkan Obama, teröre karşı (war on terrorism) anti-terör hukuku ve strateji kararnamesini (Counterterrorism Law and Strategy) çıkardı. Obama dönemi, Guantanamo, Küba, CIA'in *secret prison camps and torture* konuları ile geçti; Neil, B. A. (ty). s. 7-8. Obama, Bush'un yaptığı hataları sürdürdü ama şeffaflığı getirdi, Guantanamo'yu kapattı ve yapmayacağını söylediği halde 18 adet *Signing Statement* imzaladı; Covington, M. (2012). s. 4.

[63] Trump'ın kararnamelerinin tarihi-sayısı-içeriği için şu tabloya bkz. Trump, Donald John (2018). Executive Orders, Wikisource, *The Free Online Library*, (https://en.wikisource.org/wiki/Author:Donald_John_Trump/Executive_Orders), ss. 1-5. Donald John Trump, "*Executive Orders*". ABD Başkanlarının görev yılları ve çıkardıkları kararname listesi için bkz. Neil, B. A. (ty). s. 8-9.

[64] Neil, B. A. (ty). s. 8.

[65] Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 1.

mutanlık, Devlet başkanlığı, kanunları yürürlüğe koymak ve yürütmenin başı olmak yetkilerini vermiştir^[66]. ABD başkanlarının tek tarafı olarak çıkarttıkları düzenlemeler, hepsi olmasa da genellikle, kanun gücünde olan kararnamelerdir. Bu itibarla Başkanlık kararnameleri *yasama işlevi* niteliğindedir; yürütmenin *dolaylı yasama işlevi*dir. *Başkanlık Kararnamelerinin hepsi kanun gücünde değildir. Şayet Başkanlık kararnamesi, Anayasa ve kanundan kaynaklanıyorsa kanun gücündedir ve Resmi Gazete ile yayımı şarttır.* Executive orders dışındakilerin yayımı Başkanın rızası ile olur^[67].

ABD Anayasasında sadece başkanın, *kanunların düzgün işlemesinden sorumlu* olduğu belirtilir ama buna rağmen bütün başkanlar, bu kuralı geniş yorumlamışlar, emirler ve kararnameler yayımlamışlardır. ABD Anayasası, Başkan ile Kongre arasında hem işbirliği ve hem de zıtlık istemektedir. Başkan, Kongre'den bağımsız olarak ama anayasal ilkelere bağlı kaldığında hem yasama organı ve hem de yürütme organı rahat etmektedir^[68]. Başkanlık kararnamesi, ABD kurulduğundan beri mevcut olup, 1789'dan bugüne 13000'den (onüçbin) fazla Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır^[69].

Başkanların Kongreyi kanun yapmaya zorlamak için kararname yayımladıkları da görülmüştür.^[70] Muhalefet, düzenleyici idari işlemlere karşı itiraz ettiği zaman, Başkanların sözü genellikle şöyle olmuştur, “kanun çıkarın”^[71]. Görüldüğü gibi Başkan, parlamentonun kanun çıkarmasını istemektedir^[72].

[66] Neil, B. A. (ty). s. 1.

[67] Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 1.

[68] Fleishman, J. L. /Aufses, A. H. (1976). s. 45.

[69] Neil, B. A. (ty). s. 3; Başkan Lincoln'den önceyi de nazara alırsak toplam rakam 15.500'dür; Çolak, Ç. D. (2017). s. 59.

[70] Neil, B. A. (ty). s. 3.

[71] Çolak, Ç. D. (2017). s. 61. 1907 öncesine kadar bunların numaralandırılmaları olmamış, bu tarihte numaralama sistemi getirilmiştir (Neil, B. A. (ty). s. 2.). 1935 senesinde yayımlanan *Federal Register Act (1935)* sonrasında sayı verilmesi zorunlu olmuştur.

[72] Başkanların, kendilerinden önceki bir başkanın kararnamesine uyacağı konusunda bir kabul yoktur. Reagan, 12291 nolu kararname ile Carter'inkini, Clinton, 12866 nolu kararname ile Reagan'inkini, Obama, 13497 nolu kararname ile Clinton'ın Başkanlık kararnamesini değiştirmiştir (Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 7-8; Contrubis, J. (1999). 19. Başkan, Senato ile anlaşarak da kararnamesini değiştirebilir. Örneğin 10713 ve 11618 ve kararnameler antlaşma sonucunda iptal edilmiştir. Kararname süreli ise süresi sona erince ilga olur; Contrubis, J. (1999). s. 19.). Başkan Ford, Başkan Nixon'u af ederken, Başkan Kennedy'nin af kararnamesine uymamıştır. Başkanlar,

ABD’de Başkanlık kararnamesinin asliliği açıktır. ABD Anayasası Başkanına yetki vermişse, Kongre ve FYM müdahale etmemektedir. Anayasanın 2 inci maddesi yürütmeye yetki vermektedir. Anayasanın yasamadan söz eden birinci maddesi, “burada belirtilen” kavramını kullandığı halde, yürütmeden bahseden ikinci maddede bir sınır koyulmamıştır. Bu nedenle bazı hukukçulara göre, yürütme yetkisi yasamadan daha geniştir.

Bir Başkanlık kararnamesi Anayasaya dayanıyor ise Kongre müdahale etmemektedir. Presidential Records Act (1978)’e rağmen, Başkan Reagan’ın, bu kanuna aykırı olduğu iddia edilen 13.323 sayılı Başkanlık kararnamesi, Kongre veya FYM tarafından iptal edilmemiştir^[73]. Ama Kongre isterse müdahale etme yetkisi vardır. ABD Başkanının dış ilişkiler (foreign affairs), ulusal güvenlik (national security) ve terörle mücadele (war against terror)^[74] konularında özerk düzenleme alanı vardır. İdarenin teşkilatlanması ve görevlerinde esas olarak Kongre yetkilidir. Kaldı ki Kongre, uygun bulmadığı Başkanlık kararnamelerini iptal etmek güç ve imkânına sahiptir^[75]. Türkiye’deki Olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine benzeyen hallerde ABD Başkanı, temel hak ve özgürlükleri askıya alma yetkisine sahiptir.

ABD’de Başkanın yetkileri konusunda geliştirilmiş *iki farklı görüş* vardır. *Birinci görüş*, “*şüpheli duysan da onu yap*” veya “*Stewardship Theory*” (*Hizmetkârlık veya Hizmet Teorisi*) görüşü olup, ABD Başkanı T. Roosevelt tarafından geliştirilmiştir. Buna göre, Anayasa ve kanunlar yasaklamamışsa Amerika’nın selameti için gereken her şey yapılabilir. T. Roosevelt’e göre, yürütme gücü yalnızca Anayasada açıkça belirtilen hallerde sınırlandırılmalıdır. Bu görüşe göre Başkan, kendisini, *bebek bezine sarılı gibi hissetmemeli*, cesaret ve dürüstlikle halka hizmet edilmelidir. T. Roosevelt, olağanüstü dönemdeki yetkilerini olağan döneme de taşıyan kişidir. Bu teori, Başkanın *doğrudan halkı etkileyerek halkı yanına alması* teorisidir. T. Roosevelt’ten sonra Başkan olan uzak kuzeni Franklin Delano Roosevelt^[76] bu görüşü

benzeri var iken de kararname çıkarabilmiştir (Neil, B. A. (ty). s. 3.). Bu durum, Osmanlı Sultanlarının uygulamasından daha geniş bir kullanım şeklindedir. Ortalama ABD vatandaşı, siyasi konulara ilgisiz olduğu için Başkanın kararnameleri daha rahat çıkabilmektedir.

[73] ABD Başkanı, kendi dönemine ait belgeleri açıklamak zorunda değildir.

[74] Neil, B. A. (ty). s. 3; Contrubis, J. (1999). s. 15.

[75] Çolak, Ç. D. (2017). s. 61.

[76] 1933’de Başkan oldu.

sürdürmüş ve böylece ABD’de *Modern Başkanlık Sistemi* doğmuş, başkanların yetkileri istisna olmaktan çıkmış ve kural haline gelmiştir. ABD Kongresine liderlik yapan F.D. Roosevelt, II. Dünya Savaşını şekillendirmiştir. F.D. Roosevelt, II. Dünya Savaşında, *Kongre’nin aldığı tarafsızlık kararını yok sayarak* müttefiklerine destek önermiştir. Başkan Woodrow’un teorisi de Roosevelt’i takip etmiştir. O, *Anayasa ve kanunlar, Başkana danışmanlık yapar*, “*şüphede duysan da onu yap*” görüşündedir. O’na göre ABD Başkanı daha geniş yetkilerle donatılmıştır. Başkan Wilson ve Başkan Roosevelt geniş Başkanlık yetkilerini kullanmışlar; Başkan Roosevelt, birinci yılında 654 kararname yayımlamış, yeni finans programı için tüm bankaları 4 gün kapatmıştır^[77].

İkinci görüş, birinci görüşün aksine, “Şüphede duysan yapma” görüşüdür. Önceleri Federal Yüksek Mahkeme hâkimliği yapıp daha sonra ABD Başkanı olan Howard Taft tarafından geliştirilmiş olan lafzi teoridir. Bu teoriye göre Başkan’ın yetkisi çok dardır. Başkan, Anayasa veya kanunlar açıkça yetki vermişse ancak bu durumda yetkilidir. Birinci teoriyi “evrensel ilah” diyerek eleştiren Başkan Taft, “lafzi yorum teorisi”ni^[78] geliştirmiş, “*en az hükümet eden en iyi hükümettir*” şeklindeki *negatif hükümet modelini* savunmuştur. Başkan Taft, teorisini, “*Şüphede duysan yapma*” şeklinde özetlemiştir^[79]. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, Kongre, Başkanlık kararnamelerini denetlemektedir. ABD Kongresi karşısında Başkanlık kararnameleri bir mahfuz alan oluşturmaz.

ABD’de Başkanlık kararnamesini kurumsallaştıran Federal Yüksek Mahkemedir. Anayasada Başkanlık kararnamesi, açıkça yoktur ama Anayasanın 2 nci maddesindeki yetkilerden çıkarılmaktadır. Yorum yoluyla çıkarıldığı için kapsam ve alanı, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki kadar açık ve net değildir. ABD’de Başkan kanunu onaylarken kamuoyunu etkilemek için açıklama yapabilir (*signing statement*). Bu da Başkan için, kamuoyunu etkilemekte iyi bir araç sayılabilir^[80]. ABD’de Başkanlık kararnamelerini 1962’den beri Director of the Office of Management and Budget

[77] Contrubis, J. (1999). s. 4.

[78] Literalist theory, Constitutional Teori veya whig theory.

[79] Contrubis, J. (1999). s. 4.

[80] Covington, M. (2012). s. 2; Covington’a göre, ABD başkanları bu yetkiyi kullanırken Anayasa ihlal edilebiliyor, yetkisini aşabiliyor; a.g.e.

(OMB) hazırlar; daha önce Adalet Bakanlığı veya başsavcılık hazırlıyordu^[81]. ABD Anayasasında hüküm olmadığı halde Federal Yüksek Mahkeme, Başkanlık kararnamelerini kabul etmektedir. Anayasa ve Kongre'nin tanımını yapmadığı ama bunlardan kaynaklanan Başkanlık kararnameleri kanunları etkileyen bir güçtür^[82]. ABD'de Başkanlık Kararnamelerinin yargısal denetimi konusunda anayasal çerçeveyi *Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer Davası* (1952) kararı çizmektedir.^[83] Bu kararda Federal Yüksek Mahkeme, Başkan Truman'ın 1952 yılında çelik fabrikalarına el koyması nedeni ile açılan davada "yetki aşımı" ve "mülkiyet hakkının ihlali" gerekçeleriyle Başkan'ı haksız bulmuş ve çelik şirketleri davayı kazanmış, Başkanlık Kararnamesi iptal edilmiştir^[84]. Bu kararın gerekçesinde Hâkîm Jackson, Başkanlık kararnamelerinin, *sabit-donuk bir yetki olmadığını belirtmiş* ve Başkanın yetkisini, üç kategoriye ayırmıştır. *Birincisi*, şayet Kongrenin rızası varsa Başkanın yetkisi maksimumdur. Anayasa veya Kongre'nin yetki vermesi halinde Başkan yetkilidir. *İkincisi*, Kongre ne inkâr etmiş ne de garanti vermemişse durum muğlaktır. *Üçüncüsü*, şayet Kongre ret etmişse, Başkanın şansı çok düşüktür^[85]. Federal Yüksek Mahkeme Başkan'dan, kararnamesine, Anayasa veya kanundan dayanak bulmasını istemektedir.

Federal Yüksek Mahkeme, Başkanlık kararnamelerinin, eşitlik^[86] ve hukuk devleti ilkelerine^[87] uygun olup-olmadığına bakar. Bununla birlikte Federal Yüksek Mahkeme, Başkan anayasal yetkisini aşmadığı ve yasama müdahale etmediği sürece Başkanlık kararnamelerini etkin şekilde

[81] Neil, B. A. (ty). s. 6.

[82] Contrubis, J. (1999). s. 1, 20. Bkz. *Armstrong v. US*, 80 USA 154 (1871).

[83] *Youngstown Sheet and Tube Co. V. Sawyer* Davası (1952), 343 US 579 (1952); ayrını için bkz. Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 1. *Dames and Moore v. Regan* davasında FYM, Youngstown kararına atıfta bulundu. Ayrıca bkz. *Medellin v. Texas*, 552 US 491 (2008). Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 6; Contrubis, J. (1999). s.2.

[84] Neil, B. A. (ty). s. 5; Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 4. Bu kararda 6 FYM hâkimi Başkanı haksız bulmuş, 4 FYM hâkimi ise Başkanı haksız bulmakla birlikte farklı gerekçeye dayanmıştır; Contrubis, J. (1999). s. 6.

[85] Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 5; Contrubis, J. (1999). s. 7.

[86] Equal protection claus.

[87] Due Process Clause. Hukuk devleti kavramı modern anlamda Almanya'da ortaya çıkmış oradan Fransa'ya geçmiş bir kıta Avrupası kavramıdır. Mülk devleti ve hukuk tanımaz polis devletine karşı geliştirilmiştir; Atay, E. E. (2018). s. 68-69.

denetlememektedir^[88]. 1789-1956 arasında sadece 16 Başkanlık kararnamesi, Federal Yüksek Mahkeme tarafından Anayasaya aykırı bulunmuştur^[89]. 1943-1997 arasında ABD Başkanına karşı açılan 83 davadan sadece 14 ünü kişiler kazanmıştır^[90]. Zaman içerisinde yargısal aktivist tutumları da olan Federal Yüksek Mahkeme, siyasi sorunlarda Başkanlık kararnamelerine fazla müdahale etmemektedir^[91]. Ama müdahale etme yetkisi kuşkusuz ki vardır.

ABD’de Başkanlar göreve gelir gelmez, Anayasaya, kanuna veya Kongre’nin rızasına dayanarak, politikalarını gerçekleştirmek için genel olarak Başkanlık kararnamesi çıkarırlar^[92]. ABD’de Kongre’nin, Başkanlık kararnamesini ilga gücü vardır ama Kongre, yargısal aktivizm düşüncesi nedeniyle bu durumdan genellikle kaçınmakta ve kararnameye fazla müdahale etmemektedir. Kongre şu ana kadar Başkanlık Kararnamesinin ancak %4’den daha azını (3.8) kaldırmış veya değiştirmiştir^[93]. Kongre, siyasi partilerin gücü ve kutuplaşma nedeniyle ABD’de Başkanlık kararnameleri ile ilgilenememektedir. Bu durumda medyanın Başkanı eleştirdiği görülmektedir. Bir görüşe göre, ABD’de Başkanın yetkilerini kısmak çözüm değildir ama Başkan da yetkilerini aşmamalıdır^[94]. *Sonuç itibariyle, genelde, ABD Başkanı, Kongreye rağmen iş yapamaz.*

Bir görüşe göre, son yıllarda ABD’de idarenin yasama yetkisini kullanması çok artmıştır. Karşı görüşe göre ise, Kongre ve Federal Yüksek Mahkeme müdahale etmediği için kararnameler artıyor, genişliyor ve demokrasimizi tehdit ediyor^[95]. Sayının çok olmamasının bir nedeni de Başkanın veto etmesi ve veto üzerine Temsilciler Meclisi ve Senato’da gereken 2/3 sayısının

[88] Neil, B. A. (ty). s. 3.

[89] Bkz. *Youngstown Steel and Tube v. Sawyer* davası; 343 US 579, 1951; Neil, B. A. (ty). s. 5; önemi için bkz. Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 1.

[90] Söyler, Y. (2018). *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 254.

[91] Neil, B. A. (ty). s. 4.

[92] Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 1.

[93] Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 9; Covington, M. (2012). s. 6; Burada “cooling-off periods” (serinleme süreleri) kavramı da geçmektedir.

[94] Covington, M. (2012). s. 7.

[95] Covington, M. (2012). s. 1. Kongre, Başkanlık kararnamesini belirli bir süre ile sınırlandırabilir. Kongre, 11399 sayılı Kararnameyi 5 yıllık süre ile sınırlandırmıştır; Contrubis, J. (1999). s. 16.

bulunmasının çok zor olmasıdır^[96]. ABD’de çelik işçileri, Kore savaşı devam ederken greve gitmiş, grev önlenebilmiş, Başkan Truman, Kongre’ye bilgi verdiği halde, Kongre sessiz kalmıştı; bunun üzerine Truman kararname çıkarmıştı^[97]. Başkanın bir eylem veya işlemi bazen Kongre tarafından sessizlikle karşılanarak *zımnen onay* verilmektedir. Uygulamada Kongre’nin Başkanın vetosunu geçersiz kılması çok nadirdir.

Youngstown kararından sonra da Carter’in İran’daki rehinelere ilgili 12170 sayılı/14 Kasım 1979 tarihli ve 19.01.1981 tarihli/12279 sayılı kararnameleri çıkardığını görmekteyiz. İran’la ilgili *Dames and Moore v. Regan* kararına göre Federal Yüksek Mahkeme, *ulusal güvenlikte ve uluslararası ilişkilerde* Başkanın yetkili olduğunu belirtmiştir^[98]. Kongre *siyasi sorunlarda*, kural olarak, kararnameleri incelememek yanlısıdır^[99], ama kuşkusuz ki inceleme yetkisi vardır. Bu durum, başkanlık sisteminin tipik özelliğidir.

1793’de Başkan George Washington, Fransa-İngiltere Savaşı için, *proclamation* ilan etmiş, Kongre daha sonra *Neutrality Act (1794)* ile destek vermiştir^[100]. Başka bir örnekte Başkan, kanuna dayanmadan kararname çıkarmış, Kongre sessiz kalarak zımni destek vermiştir. ABD uygulamasında, *savaş* konusunda Başkanlar, Kongrenin *savaş açma kararı* olmadan orduyu çatışmalara göndermişler, can kayıpları olmuş, Kurucu Babaların fren-denge mekanizmaları bu alanda verimli işlememiştir^[101].

Başkanlık kararnamelerinin konusu çok geniştir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak, silahlı kuvvetleri birleştirmek, ırk ayrımını önlemek^[102],

[96] Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 9.

[97] Contrubis, J. (1999). s. 5. Türkiye’de ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için sadece Anayasaya uyulması ve dayanak bulunması talep edilmektedir. Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği ve Cumhurbaşkanlığı yönergesi için ise kanuna uyulması istenmektedir.

[98] *Dames and More v. Regan*, 453 US 657 (1981) ayrıntı için bkz. Contrubis, J. (1999). s. 8.

[99] Neil, B. A. (ty). s. 4.

[100] Neil, B. A. (ty). s. 3; Contrubis, J. (1999). s. 3.

[101] ABD’de yürütme, Kurucu Babalar döneminden daha güçlüdür; Neil, B. A. (ty). s. 6. Kurucu Babalar, Kongre’nin kanun yapmasını, yürütmenin ise Başkanda olmasını istediler. Covington’a göre, günümüzde ABD Başkanları fazla yetki kullanıyor; Covington, M. (2012). s. 6.

[102] Neil, B. A. (ty). s. 2; Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 3 (9981 sayılı Başkanlık Kararnamesi). 8802 sayılı Başkanlık kararnamesi ırkçılığa karşı çıkarılmıştır. Truman,

kiralama ve sözleşmelerde ırk ayrımını kaldırmak, olağanüstü hal ilan etmek ve bu konuda gereken tedbirleri almak, terörle mücadelenin tedbirlerini almak, savaşta ABD'nin tarafsız olduğunu açıklamak, kürtaj konusunu belirlemek^[103], köleleri özgürlüğe kavuşturmak^[104], Müslüman 7 ülkenin vatandaşına vize koymak,^[105] kamu kurumları ihdas etmek, gizli askeri mahkeme oluşturmak, konut yapmak, belediyelerden düzenleme istemek^[106], danışma komiteleri kurmak^[107], telefon ve telgrafa sansür oluşturmak gibi alanlarda Başkanlık kararnamesi çıkarılmıştır. Türkiye'de Anayasa, bu yetkilerin bir kısmını Cumhurbaşkanına vermemiştir. Kongrenin kararnameye karşı kanun çıkarması, Başkanı olumsuz etkileyeceği için, Başkan stratejik hesaplar yapar; şayet önemli değilse kararname çıkarmaz^[108].

Eisenhower ve Kennedy ırkçılığa karşı kararname yayımlamışlardır; Contrubis, J. (1999). s. 10.

[103] Neil, B. A. (ty). s. 3.

[104] Abraham Lincoln, iç savaşta (1861-1865) Emancipation Proclamation'ı yayımlamıştı; Neil, B. A. (ty). s. 2. Covington'a göre, Başkan, bunu Resmi Gazete ile ilan etmedi, halktan gizledi; bkz. Covington, M. (2012). s. 2; Contrubis, J. (1999). s. 3.

[105] Trump'ın bu kararnamesi, FYM tarafından durdurulmuştur; Çolak, Ç. D. (2017). s. 62. ABD anayasa hukukunun da bazı sorunları vardır. *Birinci sorun*, ikinci seçmenlerin vaat ettikleri partiye oy vermemeleri halinde çoğu eyalette kanuni engelin olmamasıdır. Bu durumda halkın verdiği oy etkili olamayacaktır. *İkinci sorun*, halktan daha çok oy alan Başkan yerine ikincil seçmen bazında çoğunluğu sağlayarak Başkan seçilmeleridir. *Üçüncü sorun* ABD Anayasasının değişmeden günümüze gelen en eski anayasa olduğu lafzı doğru yorumlanmalıdır. Hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü açısından da ABD Anayasası örnek verilemez. Çünkü ABD Anayasası, ruhu, uygulanışı ve yorumlanması açısından fiilen sürekli değişmektedir. Kurucu babaların hayali ile bugünkü durum çok farklıdır. *Dördüncü sorun* uzlaşma kültürünün yerleştiği ABD'de, buna rağmen, bütçenin onaylanmadığı durumlarda "hükümetin kapanması" meselesidir. *Beşinci sorun*, erken seçim kavramı olmadığı için "rejimin kilitlenebileceği" tartışmasıdır.

[106] Reagan, 12.291/17.02.1981; Neil, B. A. (ty). s. 4.

[107] 13565/11.02.2011 tarih/sayılı EO için bkz. Chu, V. S. /Garvey,T. (2014). s. 3.

[108] Neil, B. A. (ty). s. 4. Covington'a göre ABD Başkanları, kimi zaman yetkisini kötüye kullanıyor, Örneğin Lincoln (sivil savaşta kötüye kullandı), Roosevelt (Japonlara karşı yetkisini kötüye kullandı), Wilson (sansür uyguladı), Bush (11 Eylül sonrası Müslümanları kamplara göndererek kötüye kullandı); acaba sivil özgürlükler ihmal mi ediliyor, acaba kurucu babaların koruduğu demokrasi tehdit altında mı? Covington, M. (2012). s. 1-2-3. Bkz. *Hamdi v. Rusfeld* (2004), *Hamdan v. Rumsfeld* (2006); Bush gizli yaparak yanlış yaptı; Covington, M. (2012). s. 4; Contrubis, J. (1999). s. 9.

ABD Başkanları, *savaş* dönemlerinde “commander in chief” yetkisine dayanarak geniş yetkiler kullanmışlardır. Vietnam savaşını Başkan tek başına başlatmıştır. FYM, Başkanların icraatlarına genel olarak, siyasi sorun (*political question*) deyip bakmamıştır. Kongre, *The War Powers Resolution* isimli kanunu çıkararak, savaşa Kongre’nin karar verebileceğini, ancak ülkeye ani saldırıda Başkan’ın karar verebileceğini veya Başkan’ın Kongre tarafından yetkilendirilebileceğini belirtmişlerdir. Bilindiği gibi Başkanların savaş açması durumunda, Kongre’nin de, savaş bütçesini onaylamama yetkisi bulunmaktadır^[109].

Bu durum, Anayasamızın 119 uncu maddesindeki Türkiye’deki olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesine benzemektedir. Ancak olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamesi dahi mahfuz alan değildir. Yasama organı, ilan edildiği gün TBMM’e sunulan olağanüstü hal kararnamesini onaylayabilir, değiştirebilir veya ilga edebilir.

Fransa’da, Cumhurbaşkanı ile Parlamento çoğunluğu aynı partiden olmadığından sorun olmaktadır. Ama sağcı hükümet ile Sosyalist Cumhurbaşkanı Mitterrand’ın birlikte yaşamaları (cohabitation) mümkün olabilmektedir. 2012 Mayıs’ında solun adayı Holland Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir^[110]. Cumhurbaşkanının suçlanması, her iki meclisin 2/3 oyu ile mümkündür^[111]. Fransa’nın Beşinci Cumhuriyet Anayasası, 1962 değişikliği ile Parlamenterizmden hayli uzaklaşmıştır. Fransa’nın 1958 Anayasasına göre, Fransa’nın sistemi başbakanlı-başkanlık (premier-presidential) sistemidir. Cumhurbaşkanına yargı kısıntısı (muafiyeti) görüşü, Fransa’da özellikle dış politika alanında uygulanmaktadır.

[109] Başkanın, Anayasamızın 2. Maddesindeki yetkilerinin ayrıntısı için bkz. Neil, B. A. (ty). s. 6. Bu konuda bizde 1982 Anayasamızın 87 ve 92 inci maddeleri önemlidir.

[110] Teziç, E. (2013). s. 517, 518. Fransa’nın dönemleri için yapılan tablo için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi (2014). *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri)*, Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını, s. 34.

[111] Türkiye Büyük Millet Meclisi (2014). s. 73. Fransa Cumhurbaşkanları ile hükümetlerin görev süreleri konusundaki tablo için bkz. a.g.e. s. 80.

III. SONUÇ:

2017 Anayasa değişikliği ile birçok alanda Cumhurbaşkanına asli yetki verilmiştir. Anayasada yazılı olan bu alanlar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebilecektir. Fakat bu alanlarda Türkiye Büyük Millet Meclisi istediği takdirde düzenleme yapabilir. Yasama organının yetkisinin genelliği-asliliği ve ilk el olduğu genel kuralları yeni sistemde devam etmektedir. TBMM, CBK'yı ilga edebilme gücüne sahip olduğuna göre, CBK, TBMM karşısında mahfuz alan değildir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, gücünü kanundan değil, doğrudan Anayasadan alır. Anayasa koyucunun amacı Cumhurbaşkanlığı güçlü kılmaktır. Yasama yetkisinin asliliği, yasamanın, Anayasaya aykırı olmamak şartıyla istediği düzenlemeyi yapabilmesidir. Yürütme yetkisinin asliliği farklı olup, anayasaya aykırı olmadan, belirli alanlarda, mevcut kanun veya kanun hükmünde kararnamelere aykırı olmadan ama bir kanuna dayanmadan düzenleme yapabilmesidir. Cumhurbaşkanı, CBK ile ilk hareket eden konumunda bulunacak, bu da kendisine üstün bir güç sağlayacaktır.

Cumhurbaşkanı, doğrudan anayasadan aldığı yetki ile kanun veya KHK ile düzenlenmeyen alanlarda, belirli kısıtlamalarla, yürütme yetkisine ilişkin sosyal, siyasal ve idari konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. TBMM çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı, aynı siyasi eksenden veya farklı eksenden olması ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin etkisinin de farklı olacağı açıktır. Kuşkusuz ki, çıkarılmaması gereken bir alanda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılmışsa veya ölçülülük, eşitlik gibi anayasal ilkelere aykırılık varsa siyasi denetim (parlamento) veya yargı denetimi mümkündür. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda farklı kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir. Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Aksine bir hüküm olmadığı için, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecek bir konu, kanunla düzenlenebilir. Cumhurbaşkanı, kendisinin veya daha öncekilerin düzenlediği bir CBK'yı değiştirebilir veya ilga edebilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yetkisinin yasamadan tamamen özerk ve bağımsız olduğunu söylemek zordur.

ABD Anayasasında açıkça yer almasa da, ABD Başkanlarının genel ve kişilik dışı, tek taraflı düzenleme yapma yetkileri vardır. ABD'de Başkanlar

göreve gelir gelmez, Anayasaya, kanuna veya Kongre'nin rızasına dayanarak, politikalarını gerçekleştirmek için genel olarak Başkanlık kararnamesi çıkarırlar. ABD'de Başkanlık kararnamesi aslidir. ABD'de Başkanlık kararnamesi, Kongre karşısında mahfuz alan değildir ama Kongre veya Federal Yüksek Mahkeme fazla müdahale etmemektedir. ABD Başkanının dış ilişkiler, ulusal güvenlik ve terörle mücadele konularında daha geniş bir düzenleme alanı vardır. İdarenin teşkilatlanması ve görevlerinde esas olarak Kongre yetkilidir. Kongre, uygun bulmadığı Başkanlık kararnamelerini iptal etmek güç ve imkânına sahiptir. ABD Anayasasında Başkanlık kararnamesinin kapsamı ve alanı, Anayasamızın 104 üncü maddesinin 17 inci fıkrasındaki kadar açık ve net değildir. Federal Yüksek Mahkeme, Başkanlık kararnamelerinin, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine uygun olup-olmadığını denetler. Bununla birlikte Federal Yüksek Mahkeme, Başkan anayasal yetkisini aşmadığı ve yasamaya müdahale etmediği sürece Başkanlık kararnamelerini etkin şekilde denetlememektedir. Yargısal aktivist tutumları da olan FYM, siyasi sorunlarda Başkanlık kararnamelerine fazla müdahale etmemektedir. ABD'de Kongre'nin iptal ettiği Başkanlık kararnamelerinin oranı % 3.8 civarındadır. ABD'de FYM de Kongre gibi, başkanlık kararnamelerini "siyasi sorun" olarak karşılamakta, nadiren müdahale etmektedir.

KAYNAKÇA

ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 75, Sayı 3, Ankara: Ankara Barosu Yayını.

ATAY, Ender Ethem (2018). *İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.

BAŞGİL, Ali Fuat (1960). *Esas Teşkilat Hukuku*, Birinci Cilt: Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri, 1. Fasikül, İstanbul: Baha Matbaası.

BRADLEY, Anthony W./Ewing, Keith D. (2003). *Constitutional and Administrative Law*, 13th Edition, Longman, Malaysia.

CHU, Vivian S./GARVEY, Todd (2014). Executive Orders: Issuance, Modification and Revocation, *Congressional Research Service (CRS)*, ss. 1-10. https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/key_workplace/1262/ (Erişim tarihi: 22.12.2018).

CONTRUBIS, John (1999). Executive Orders and Proclamations, *CRS Report for Congress*, ss.1-26. <https://fas.org/sgp/crs/misc/95-772.pdf> (Erişim tarihi: 22.12.2018).

COVINGTON, Megan (2012). Executive Legislation and the Expansion of Presidential Power, *Humanities and Social Science, Spring 2012*, Cilt 8, ss. 1-8. <https://ejournals.library.vanderbilt.edu/index.php/vurj/article/view/3556> (Erişim tarihi: 22.12.2018).

ÇOLAK, Çağrı D. (2017). “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi”, *Stratejik Public Management Journal*, Vol. 3, Special Issue, ss. 51-65. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/395026> (Erişim tarihi: 22.12.2018).

DEVLET PERSONEL BAŞKANLIĞI (2016). *ABD Kamu Yönetimi ve Kamu Personel Sistemi*, Ankara: Devlet Personel Başkanlığı Yayını.

EMANUEL, Steven L. (2011). *Constitutional Law*, Twenty-Ninth Edition, New York: Published by Wolters Kluwer Law and Business in New York.

FLEISHMAN, Joel L./Aufses, Arthur H. (1976). Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation, *Law and Contemporary Problems*, Cilt 40, Sayı 3, ss. 1-45. <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article> (Erişim tarihi: 22.12.2018).

FORTE, David F., “Pocket Veto” (Art. I, Sect 7, Cl. 2). *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, ss. 89-91.

GÖZLER, Kemal (2018). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi.

KABOĞLU, İbrahim Özden/ SALES, Eric/ (2018). *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, Çevirmen ve Editör: Dr. Öğretim üyesi İrem Berksoy, İstanbul: Legal Yayıncılık A.Ş.

LAWSON, Gary (2005). Due Process Clause, *The Heritage Guide to the Constitution*, Editors: Edwin Meese, Matthew Spalding, David Forte, Published in the U.S by Regnery Publishing Inc. Washington, s. 337-341.

MORLAN, Robert L. (1975). *American Government, Policy and Process*, Second Edition, USA: Boston.

NEİL, Benjamin A. (ty). Presidential Executive Orders: Laws Without Legislation, *Journal of Criminal Justice Research*, <http://www.aabri.com/manuscripts> (Erişim tarihi: 22.12.2018).

NOMER, Mert (2013). *ABD Başkanlık Sisteminde Başkanın Yetkileri*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

OKŞAR, Mustafa (2018). *Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi.

REDLİCH, Norman/Attanasio, John/Goldstein, Joel K. (2004). *Understanding Constitutional Law*, Third Edition, New York: LexisNexis Publication.

SÖYLER, Yasin (2018). *Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, Ankara: Seçkin Yayınları.

TEZİÇ, Erdoğan (2017). *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ (2014). *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri, Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri)*, Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi Yayını.

TRUMP, Donald John (2018). Executive Orders, Wikisource, *The Free Online Library*, (https://en.wikisource.org/wiki/Author:Donald_John_Trump/Executive_Orders), ss. 1-5, (erişim tarihi: 22.12.2018).

TUNÇ, Hasan (2018). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Gazi Kitapevi.