

VOLUME • CİLT: 26 • ISSUE • SAYI: 1 JUNE HAZİRAN 2020 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK  
ARAŞTIRMALARI  
DERGİSİ  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

## **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 26 / Issue • Sayı: 1 /JUNE / HAZİRAN • 2020

ISSN: 2149-1844

**Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner:** Prof. Dr. Erol ÖZVAR (Rektör • Rector)

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal**

Prof. Dr. Serap HELVACI

### **Yayın Kurulu / Editorial Board**

Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Büşra ŞENERDOĞAN

Arş. Gör. Cihat ŞAYLAN

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

### **Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi /Address**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 Fax: 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

### **Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press**

**Adres:** Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

**Tel/Faks:** +90 216 777 1400

**E-posta:** yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

# İçindekiler / Contents

## ARAŞTIRMA MAKALESİ/ RESEARCH ARTICLE

Devleti Öğretme Biçimi Olarak Siyaset Bilimi ve Fransadaki Kökleri Political Science as the Way of Teaching the State and Its Roots in France <b>Rukiye AKKAYA</b> .....	1
Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi Functions and Responsibilities of the Administration in Mediation Activities <b>Gül FİŞ ÜSTÜN</b> .....	13
Robotlara Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Açısından Robot Vergisi Önerisi In Terms of Protecting Real Persons Against to Robots and Robot Tax Proposal <b>Gülşen GEDİK</b> .....	24
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hassan v. Birleşik Krallık Kararı Işığında Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları İlişkisi The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law with regard to Hassan vs. United Kingdom Case of the European Court of Human Rights <b>Bahar KONUK SOMMER</b> .....	49
Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi Evaluation of Serial Procedure and Simplified Trial Regulations <b>Zahit YILMAZ, Özge APIŞ</b> .....	62
Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Presidential Policy Councils in the Presidential Government System <b>Ömer Faruk EROL</b> .....	107
Tespit Edici İşlemlerle Bağlantılı Olarak İdari Yargılama Hukukunda Tespit Davalarının Uygulama Alanı ve Gerekliği Üzerine Bir Değerlendirme An Evaluation on the Purview and Necessity of Declaratory Cases in Administrative Procedure Law Connection with Declaratory Acts <b>Onur KAPLAN, Gül FİŞ ÜSTÜN</b> .....	131

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 142/2-adaki Kişinin Ölümüne İlişkin Nitelikli Halin Değerlendirilmesi Assessment of the Qualified theft Relating to Taking Advantage of the Death of a Person in Article 142/2-a of Turkish Penal Code No. 5237 <b>Ahmet KILIÇ</b> .....	146
Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme An Analysis on the Jurisdictional Dualism in the Context of the Right to a Fair Trial <b>Lokman YENİAY</b> .....	161
Hukuki Bilgiye Dijital Erişim Digital Access of Legal Information <b>Buket ABANOZ</b> .....	190
1952 Tarihli Roma Konvansiyonu ile 2009 Tarihli Genel Tehlike Konvansiyonu'nun Sorumluluk Hukuku Açısından Karşılaştırılması Comparison of Rome Convention 1952 and Genral Risk Convention 2009 in Terms of Liability Law <b>O. Gökhan ANTALYA, Başak GÖRGEÇ</b> .....	204
İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü Overview of Performance Weakness and Appearance of Performance Weakness in the Lease Agreement <b>O. Gökhan ANTALYA, Pelin ÇAVDAR</b> .....	219
Mazbut Vakıflara Ait Taşınmazları Konu Edinen Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesine İlişkin Bazı Tespitler ve Bu Konudaki Güncel Gelişmeler Some Determinations on the Expiration of Rental Contracts on Immovable Properties of Pious Foundations and Current Developments in this Issue <b>Mehmet Özgür AVCI</b> .....	238
Çalışma Belgesinin İçeriği Content of the Certificate Employment <b>Aslıhan KAYIK AYDINALP</b> .....	257
Kambiyo Senetlerinde Çizilmiş Cironun Hüküm ve Sonuçları Legal Consequences of Cancelled Endorsements on Negotiable Instruments <b>Kadir BAŞ</b> .....	278

İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü A New Standard in Identifying Negligence: Personalized Standard of Care <b>Erman BENLİ</b> .....	300
Montreal Sözleşmesi Kapsamında <i>Beşinci Yetki</i> Kuralı ve Uygulaması <i>The Fifth Jurisdiction Rule and Practice under the Montreal Convention</i> <b>İlyas GÖLCÜKLÜ</b> .....	317
Mukayeseli Hukukta Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması ve Bu Duruma Bağlanan Hukuki Sonuçlar Conflict of Standard Terms and Conditions in Comparative Law and Legal Conclusion <b>E. Aksın ATAR, Ertuğrul Doğan ERZENGİN</b> .....	339
Türk İş Hukukunda Süt İzni Breastfeeding Leave In Turkish Labour Law <b>Ebru ERENER YILMAZ</b> .....	382
Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti Legal Nature of the Relationship Between Physician and Patient in Determining the Responsibility of the Physician <b>Firdevs ARSLAN</b> .....	400
Alman, İsviçre, Türk Hukuklarında ve Viyana Satım Antlaşması'nda Eksik İfa Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme Partial Performance under German, Swiss, Turkish Laws and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods a Comparative Analysis <b>Koray GÜVEN</b> .....	423
Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu Ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi The Problem of Action for Annulment of Objection in Arbitration Committee for Consumer and Evaluation of Judicial Decisions Given After the Law No 7063 <b>Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL</b> .....	467

İcra Hukukunda Borçlu Adına Tescili Talep veya Dava Etme Yetkisinin Alacaklıya Verilmesi  
Granting the Creditor the Authority to Request or Sue for Registration in the Name of Debtor  
in Execution Law

**Salim BOZOK**.....487

## Devleti Öğretme Biçimi Olarak Siyaset Bilimi ve Fransa'daki Kökleri

### Political Science as the Way of Teaching the State and Its Roots in France

Rukiye AKKAYA\* 

#### Öz

Siyasetin kurumsallaşmış bir eğitim merkezinde öğretilmesi, Platon'un Akademiasına kadar gitse de çağdaş anlamda bu alana özgülenen, belirli bir müfredata bağlı eğitim kurumlarının açılması oldukça yenidir. Émile Boutmy'nin öncülüğünde, 1871'de Paris'te açılan "École libre des Sciences Politiques" bu eğitim kurumlarının örneklerinden biridir. "École libre des Sciences Politiques", devleti istisnai bir biçimde öğretme iddiası ile açılmıştır. Pozitivizmin, yükseldiği dönemde, hukuk fakültelerindeki eğitiminin dönüştüğü bir evrede; bu okul, Fransız entelektüellerinin çocuklarının geleceği için bir alternatif yaratma amacı taşıyordu. Böyle bir okulun açılması, sadece belli bir kesimin eğitimine yönelik yararlı bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Boutmy; o dönemde Fransa'daki yüksek öğrenim kurumlarında yaşanan, çağını anlamayan, siyasi düşünce fakirliğinden bahsediyor ve "Siyasal Bilimler Okulu'nun", "devlet bilimi" dersini öğretme görevini yüklediğini savunuyordu. Çünkü bu dönemde; Fransa'da, modern devletin siyasi kurumları, demokratik yönetimin inşasıyla dönüşmektedir. "Devlet bilimi", bu dönüşümü adeta sosyal bir sanat gibi açıklayabilmeli ve idari dokuyu yönlendiren elitlere, bu sanatı öğretmeliydi.

Okul, bir meslek okulu değildi. Mezunlarını belirli bir kariyere hazırlamıyordu. Boutmy'nin asıl amacı; yeni bürokratik yapının nasıl tasnif edildiğini, bir yönetim bilimleri ansiklopedisi içinde ortaya koymaktı. Böylece bilimsel olarak, politika ve devlet arasındaki bağlantıyı, anlamak ve anlatmak kolaylaşacaktır. "Devleti bilmek için ve devleti öğretmek için" özel bir okul açmak şaşırtıcı değil miydi? Hayır değildi. Çünkü Siyaset Bilimi'nin yükselişi, yeni bir toplum dokusunun anlaşılmasına yardım ediyordu. Bu; yüzyıllardır devleti anlatan literatürle harmanlanmış ama ondan bağımsız ve uygulamayı ihmal etmeyen, stilize bir öğrenme biçimiydi.

**Anahtar Kelimeler:** Siyaset Bilimi, Devlet Bilimi, Émile Boutmy, Kamu Hukuku, Devlet Adamı, Hukuk Eğitimi, Siyasal Bilgiler.

#### Abstract

Although the teaching of politics in an institutionalized education center goes back to Plato's 'Academia, it is quite new to open educational institutions which are specific to this field in a contemporary sense. The "École libre des Sciences Politiques" which was opened in Paris in 1871 under the leadership of Émile Boutmy, is an example of these educational institutions. "École libre des Sciences Politiques" was opened with the claim of teaching the state in an exceptional way. At a time when positivism was rising, the education of law faculties was transformed; this school was intended to create an alternative for the future of children of French intellectuals. The opening of such a school cannot be regarded as a pragmatic approach to the

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: rakkaya@marmara.edu.tr

education of a particular population. Boutmy was mentioning about the poverty of political thought in the French institutions at that time, which did not understand its age, and he argued that the “School of Political Sciences” undertook the task of teaching “state science”. Because in that period in France, the political institutions of the modern state were transforming together with the democratic state of government. “State science” should be able to explain this transformation as a social art and should teach to the elites who lead the administrative fabric.

The school was not a vocational institution of education and it was not preparing its graduates for a certain career. The main purpose of Boutmy was to reveal how the new bureaucratic structure was classified, in an encyclopedia of administrative sciences.

Thus, scientifically, it will be easier to understand and to explain the connection between politics and the state. Wasn't it surprising to open a private school “to know and to teach the state”? No, it was not. Because the rise of political sciences helped to understand a new social fabric. This was a stylized form of learning that blended with the literature describing the state for centuries but was independent of it, and did not neglect the practice.

**Keywords:** Political Science, State Science, Émile Boutmy, Public Law, Statesman, Legal Education, Political Sciences.

## GİRİŞ

Siyaset felsefesinin eskiliğine karşılık, siyaset bilimi oldukça yenidir. Siyasal Bilimler, modern anlamı ile devleti istisnai bir öğrenme biçimi olarak, belli koşullarda doğmuştur.<sup>1</sup>

Platon'un siyasal metinlerinde çok açık ifade edildiği gibi; devleti, bilgi ve doğrulukla yöneten kişi, biricik doğruyu bilen kişidir.<sup>2</sup> Ama belirli değerler listesinden oluşan bu bilgiye ulaşma; özel bir eğitim modelinden geçer. Siyaset, teorik anlamı ile idare edilmeye gönüllü iki ayaklıların, gönüllü bir başka iki ayaklı tarafından idaresidir.<sup>3</sup> Bu tanımlamanın, insanı aşağılayan bir yönü olduğu düşünülebilir. Hâlbuki bu tanımlamanın meşruiyeti, siyasetin; zora değil rızaya dayanmasına; insanların yasaya korkudan değil düzen ihtiyacı için saygı göstermesine bağlanmıştır. Çünkü toplum düzeniyle rıza ve itaat ilişkisi içi içe geçirilmiş; toplumu yönetme işi, açıkça bu siyaseti bilenlerin eline verilmiştir. Dev bir siyasi edebiyat yazını, yüzyıllardır bize bu temayı anlatmaktadır. Bununla birlikte; Yunan ve Roma siyasal yazınında; politika (siyaset), siyasal pratiği ya da siyasi iktidarı değil – bugüne kıyasla son derece dar bir anlamda – “polis”in yani “kent devleti”nin teorisini ele alıyordu.<sup>4</sup> Bir siyasi teorinin, eyleme dönüşmeden kıymetli olmasının anlamı yoktur. Eyleme dönüştüğünde ise biz artık teoriden değil, siyasi pratikten bahsettiğimiz için; bu, artık kuru bir bilgi değil, yönetmenin somut bilgisidir.<sup>5</sup> Yönetmenin bilgisi, “devlet bilimi”nin içinden bir parçadır. En azından Siyasal Bilimler Okulu'nun kurucuları böyle düşünmekteydi.

Yukarıda da söylediğim gibi; yüzyıllardır uygulama ve teori açısından ikili bir okumaya tabi tutulan devlet, en bereketli yazım konularından biridir. Bu ikili okumada, birinin diğerine

1 Ahmet Taner Kışlalı, *Siyaset Bilimi*, Ankara. 1987, s.8.

2 Platon, *Devlet Adamı*, Çev.Behice Boran, Milli Eğitim Bakanlığı Y.,Ankara,1960, s.87.

3 İbid., s.50.

4 Cicero , *Devlet Üzerine*, Çev. C.Cengiz Çevik, İthaki Y., İstanbul, 2014, s.60.

5 İbid., s.115.



meydan okuması gerekmiyor. Ancak devleti anlatanlarla, uygulayıcıların farklı olduğunu daima dikkate alarak, uygulama ve teori arasındaki bağı genelleyerek bilimsel verilere ulaşmak mümkün müdür?

Émile Boutmy'nin öncülüğünde, 1871'de Paris'te açılan “*École libre des Sciences Politiques*” devleti istisnai bir biçimde öğretim iddiası ile açılmıştır. Hukuk fakültelerindeki eğitimin, merkezi ve sert bir denetime tabi tutulduğu dönemde, siyasi düşünce fakirliğinden bahseden Fransız entelektüellerinin çocuklarının geleceği için bir alternatif olarak açılmıştır. Bununla birlikte böyle bir eğitim kurumunun varlığı, sadece belli bir kesimin eğitime yönelik yararcı bir yaklaşım olarak değerlendirilemez.

Çalışmada, Fransa'da bir örnek oluşturan “*École libre des Sciences Politiques*”in kuruluşu, müfredatı, verilen eğitimin niteliği ve amacı; okulun öncüsü ve kurucu ismi olarak anılan Émile Boutmy'nin eserleriyle değerlendirilmiştir.

## I. “ÉCOLE LIBRE DES SCIENCES POLITIQUES”İN KURULUŞU

### A. Émile Boutmy'nin Girişimleri

Aydınlanmadan beri, Fransa'nın kendine özgü siyasi florasında, özgün bir yaşam alanı yaratarak; salonlarda konuşulan, konferanslarda tartışılan ve College de France'da anlatılan bir “Siyasi Bilimler Tarihi” vardır. 19.yüzyılın son çeyreğine kadar Siyaset Bilimi ya da Siyasal Bilimler henüz akademik bir çalışma alanı olarak tanımlanmamıştır.

“*École libre des Sciences Politiques*” 1871'de Paris'te açıldığında, okulun kurucusu Émile Boutmy; siyaset bilimi hakkında aslında hiçbir şey bilmiyordu. Ama bilmek istiyordu. Özel girişimlerle açılan bu okul, bir ilk de değildi. Daha önce 1869'da Victor Duruy, “*Politique de l'École Pratique des Hautes Etudes*” adıyla bir eğitim birimi kurmak istemiş ama başarısız olmuştur.<sup>6</sup>

Henüz otuz beş yaşında olan Boutmy, ne hukuk ne siyaset bilimi alanında eğitim almıştı. Ama bu başlıklar altında yüksek perdeden konuşmaktan ve yazmaktan çekinmeyen; sonradan hukuk fakültesi hocalarının canını çok sıkkan bu adam kimdir? Émile Boutmy, babasının ölümünden sonra henüz çocuk yaşta ailenin geçim yükünü taşımak zorunda kalır. Aile dostu olan Émile de Girardin'in yakınlığı, Boutmy'nin yaşamında, adeta kadersel bir etki yaratacaktır. Girardin; O'na ömrü boyunca asalet ya da maddi servet ile açamayacağı yeni kapılar açmıştır. Özellikle siyasi düşüncelere, filozofların siyasi görüşlerine ve tarihsel analizler üzerine yapılan çalışmalara büyük bir ilgi duyan Girardin; çeşitli gazetelerde yazılar yazmakta, dönemin önemli salonlarına davet edilmektedir. Önce hamisinin etrafındaki insanların önemini fark etmeyen Boutmy; kolej yıllarında, Girardin sayesinde tanıştığı insanların kendisine önemli bir kariyer sağlayabilecek gücü ile kuşatılmış olduğunu kavramıştır.<sup>7</sup> Bu gücü, belirli bir amaç doğrultusunda kullanmayı hedefler.

6 Dominique Damamme, “D'une école des Science Politiques”, Politix Vol.1, No:3-4, 1988, s.7.

7 Rukiye Akkaya Kia, Bir Ders Konusu Olarak Devlet, Genişletilmiş 2.Bası, Beta Y.,İstanbul, 2016, s.189.

Kolej eğitimini tamamladıktan sonra, yakın çevresindeki entelektüellerin desteği ile özel bir mimarlık okulunda (*École spéciale d'architecture*) “Uygarlık Tarihi ve Mimarlık” dersleri vermeye başlar. 1871 yılına kadar, çevresindeki potansiyel ile birlikte kendi özel yeteneklerini de yavaş yavaş fark etmiştir. İçinde yaşadığı varlıklı, nüfuzlu ve entelektüel çevrenin; kişisel kaderi, parlak kariyeri ve değişime açık kişiliği üzerindeki etkisi çok belirgindir. Araştırmaları derinleştikçe düşünceleri gelişir. Entelektüel dünyanın sorunlarına eğilmeye başlar ve yakın çevresine olan ilgisi daha da artar. Boutmy, Paris’in yüksek sosyetesini oluşturan soylu ailelerin salonlarında, kafasındakileri açıktan açığa tartışmaya ve çeşitli projelerinden bahsetmeye başlar. Bu plan, ders programının ve tüm ders içeriklerinin merkezi eğitimden bağımsız olarak belirlendiği, giderlerinin bağışçılar ve öğrenciler tarafından karşılandığı, bir “özel eğitim kurumu” açmaktır. Genel ve merkezi eğitim dışında farklı bir yol arayışındadır. Düşünceleri ve okula yönelik planları iyice olgunlaşınca; yeni eğitim yolunun; daha doğrusu, belli bir kitleye yönelik özel eğitimin önemini tartışmaya açar.<sup>8</sup>

Boutmy’nin, Ernest Vinet’e yazdığı 1871 tarihli “*le projet d’une Faculté libre des sciences politiques*” başlıklı mektubunda, Hukuk Fakültesi, Collège de France, Güzel Sanatlar ve Doğa Bilimleri Yüksek Okulu, Askeri Okul müfredatları arasında bir karşılaştırma yapılmaktadır. Bu karşılaştırmada, görünür bir eksiklik olduğu vurgulanır;

*“bakınız bu okulların hiçbirinde diploması tarihi, Anayasal Kurumlar Tarihi gibi dersler yoktur. Bu konular, İdare Hukuku içinde basitçe ve kısa ele alınmaktadır. Dahası hukuk fakültesine gidenler, başkaca bir yüksek eğitim kurumunu takip edemiyorlar ve belirli bir mesleki donanuma ulaşmak için sınırlandırılmış durumdadırlar. Collège de France’da ise hocalar; bu kurumu, kendi bilimsel fantezilerini gerçekleştirdikleri serbest kürsü olarak görmektedirler. Bu müfredatın içinde, Siyaset Bilimi’nin özgür ruhuna yer yoktur. Örneğin Ekonomi-Politik dersinde “ulusal üretim gücü ve kaynakların kullanımı” öğretilmemektedir. Modern Avrupa tarihi hiçbir yerde okutulmamaktadır. Fransa’da; avukatlar için hukuk fakültesi, mühendisler için mühendislik fakültesi, askerlik için askeri yüksek okullar vardır; ancak siyasetle uğraşacak ya da uğraşmak isteyen kesimler için bunun eğitimini bağımsız ve yüksek düzeyde verebilecek bir kurum yoktur. Hukuk fakültesinde verilen Hukuk Tarihi ve Kamu Hukuku dersleri, sadece Fransa’nın geçmişi ile sınırlandırıldığından, öğrenciler modern Avrupa’ya yabancı, Alman siyasetinden ya da İngiltere’deki siyasal gelişmelerden habersiz yetişmektedirler. Yani devlet adamı yetiştiren bir kurum yoktur. Devlet adamı kimdir? Yönetme sanatını bilen kişidir. Dolayısı ile böyle bir eğitim kurumunun açılması, Fransa için her şeyden önce bir ihtiyaçtır.”<sup>9</sup>*

Boutmy, bu mektubunda, henüz proje halinde olan okulda verilecek derslerin isimlerini de belirlemiştir. Wesfelya Barışından Sonra Avrupadaki Diploması Tarihi, Adam Smith’den Sonra Avrupadaki Ekonomi Politik Gelişmeler, II.Frederic’den Sonra Avrupa’da Yaşanan Askeri Stratejik Gelişmeler, Finans Tarihi, Ekonomik Doktrinler Tarihi, belirlenen dersler arasında sayılabilir.<sup>10</sup>

8 İbid., s.190.

9 Émile Boutmy, *Projet d’une Faculté libre des sciences politiques*, Paris, 1871, s.7-9.

10 İbid.,s.10.

Yeni okul açma projesinde, eğitim yöntemi de özel bir duruma karşılık gelmektedir. Bu okul, Paris'in entelektüel çevresinin ve onların çocuklarının; ahlaken ve kültürel açıdan gelişimini sağlayacak ama profesyonelleşmeye yönelmeyecektir. Elitlere yönelik bu okulda, yüksek kültüre sahip soylu kesimlerin, kalabalık halk yığınları içinde erimesini engellemek, temel bir amaç olmalıdır.<sup>11</sup>

Siyasal Bilimler Okulu'nun açılması sırasında; Boutmy'nin, Le Play'a yazdığı, okulun amacını açıkladığı mektubundan; Fransa'da aynı dönemde önemli bir gelişme gösteren sosyoloji ekollerinden yardım almak istediği anlaşılmaktadır. Henüz program kesinleşmeden önce, sosyal bilimlerin öncü isimlerinden görüş istenmektedir. Boutmy; bu yazışmalarda, okulun eğitiminin teorik ve soyut olmasından çok, "gözlem ve deney" yolunu, temel bir öğrenim metodu olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Le Play ise kendisine yazdığı cevabi mektupta, gözlem ve deney metodunun benimsenmesinin kendisine memnuniyet vereceğini, kendisinin öncülüğünde kurulan "*Toplumsal Ekonomi Derneği'nden*" destek istenmesini sempati ile karşıladığını yazmıştır.<sup>12</sup> Ancak yazışmalardan anlaşıldığı kadarıyla; Le Play, kendisinden beklenen açık desteği vermemiştir. Elitist öncüler grubuna hitap etmesi beklenen bu Siyasal Bilimler Okulu'nun açılmasında, belli bazı kişilerin nüfuzundan yararlanılması anlaşılabilir bir durumdur. Kendisine düşünsel ve teorik bakımdan büyük destek olan ve okulun açılmasından sonra, uzun bir süre idareciliği üstlenen Hippolyte Taine, teolog Edmond Scherer, siyasetçi Laboulaye bu isimler arasında sayılabilir.<sup>13</sup> Ayrıca finansal destek için Boutmy'nin pek çok kişi ile iletişim kurduğunu görüyoruz. Saint-Simoncu Arlès-Dufour, çikolata endüstrisinin patronu Menier, liberal ekonomist Wolowski, banker Henri Germain, Crédit lyonnais'in kurucusu Léon Lefébure, Kont Armand Baron Thénard ve Baron James E. de Rothschild, okulun kuruluşunda açıkça mali destek verenler arasındadır. Ancak bu isimlerin, eğitim programını ve politikasını belirlemede hiçbir rollerinin olmadığını, kendilerinin "anonim" destekçiler olarak kalmak istediklerini belirttim.<sup>14</sup>

Boutmy'ye göre; 1789 devriminden sonra Fransa'da siyasi analiz ve tarihe olan ilgi azalmıştır. Almanya'da ve İsviçre'de çok uzun zamandır siyasi tarih, siyasi düşünceler ve "yönetim" siyasetine ilişkin eğitim verilirken; Fransa'da –Strasbourg dışında – böyle bir eğitimi gerçekleştirecek okul yoktur. Dolayısı ile Paris'te böyle bir eğitim kurumunun açılması, Almanya'nın siyasi elitleriyle rekabetten daha öte anlamlar taşımaktadır.<sup>15</sup>

Özel bir eğitim müfredatı ve özel bir okul; her şeyden önce entelektüel çevrenin çocuklarının yani "özel" bir toplumsal kesimin – anlaşılan o ki gelecekte yüksek bürokrasi içinde olabilecek potansiyelin – beklentilerine cevap olacaktır. Bu, seçkin öğrencilerin yetiştirildiği, özel ve bağımsız bir okul olmalıdır. Boutmy'nin tüm kararlılığına rağmen, büyük bir hevesle başladığı projede aslında her şey karma karışıktır. Yönsüzlük, yorucu tartışmalara neden olmaktadır. Boutmy tarafından, yani ilk elden hazırlanan ders programına göre; biyoloji, antropoloji, fizik ve matematikten gelen büyük

11 Pierre Favre, *Naissances de la Science Politique en France (1870-1914)*, Fayard, Paris, 1989, s.25.

12 Sébastien Laurent, "L'influence des le-playsiens et de l'économie sociale à l'Ecole libre des sciences politiques (1871-1914) jalons pour une recherche", *Les Études Sociales*, N.122, Paris, 1994, s.7-8.

13 Émile Boutmy, Taine, Scherer, Laboulaye, Paris, 1901, s. 1-3.

14 Laurent, s. 10.

15 Rachel Vanneville, "La Mise en Forme Savante des Sciences Politiques", *Politix*, V.15-N.59, 2002, s.68.

teoremler ihmal edilmeden “çağdaş” sorunlara eğilen bir yöntem izlenmelidir. Çünkü Fransa'nın, çağını tanıyan diplomatlara ve yüksek siyaset bilgisi olan yöneticilere ihtiyacı vardır. Verilecek eğitim; tartışmasız biçimde, tarihsel ve eleştirel bir bakış açısı taşımalıdır. Hocalar özenle seçilmeli, olguları ve teorileri gruplaştıran, açıklayan, yorumlayan bir ders metodu izlenmelidir. Göz doldurması ve cazibeli olması için eğitimin “yüksek eğitim” düzeyinde gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Zaten eğitim görenlerin kariyer isteklerine cevap verebilmesi için bu bir zorunluluktur. “*École libre des Sciences Politiques*”, 17.Ekim.1871 tarihinde, resmi olarak eğitime açılmıştır.<sup>16</sup>

İlk yıl, 89 kişi kayıt yaptırır, ilk dersler kiralanan bir salonda verilir.<sup>17</sup> Bununla birlikte; açılışının henüz 7. yılında öğrenci sayısı 222'ye yükselmiş; okulun başarısı, kurucuları ve destek verenleri tarafından teyit edilmiştir. Hatta Boutmy, kurumun tüm Avrupa'da “devlet bilimi” üzerine “özgür eğitim” veren, biricik merkez olduğu iddiasındadır. Hukuk fakültesindeki hocaların, Siyasal Bilimler okulunda ayrıca konferans düzenlemeleri, başarının bir başka kanıtı olarak sunulur. İlk mezunlar, Fransa Dışişleri Bakanlığı'nın açtığı sınavları geçerek, staja ya da bazı dış temsilciliklerde göreve başlamışlardır.<sup>18</sup>

Özel bir girişimle açılan bu kurumun başarılı olması için gösterilen çaba, siyasal bakımdan özel bir döneme denk geldiğinden, gerçekten sorgulanmayı hak eder.

### **B. Uygun Siyasi İklimin Umulmayan Desteği**

1870'ler, Fransa'nın sosyal ve siyasi dokusunda ilginç yıllardır. 1871'de Almanya ve Fransa arasında gerçekleşen barış anlaşması dikkat çekmektedir. Gündem, okulun açılması için elde bulunması gereken akılcı siyasi gerekçeleri vermeye hazırdır. Dahası, süreç yeni ve özel bir eğitim kurumunun açılması için öne sürülen gerekçelerin haklılığını besleyecektir.

Paris Komünü, 1871'de başlayan yeni bir Anayasanın hazırlanması evresinde ortaya çıkan manzara; “Fransız elitlerinin” topluma karşı başarısızlığını ilan etmekle kalmamış; Cumhuriyete ilişkin ideallerin darmadağın olmasına neden olmuştu. Aslında sorun, toplumun geneli için de elitler için de aynıdır. Farklı bilgi alanlarında çalışan insanların ortaya koyacakları teorik ve pratik bilgiden yararlanarak, daha iyi bir demokratik yönetim nasıl yaratılabilirdi? Monarşinin yıkılmasından sonra; Fransa'nın kendi deneyimlerini açıklayabilmesi, yabancı ama farklı siyasal sistemle yönetilen ülkelerdeki gelişmeleri takip edebilmesi; böylece modern topluma dair bilginin serimlenmesi gerekiyordu. Çünkü devletle birlikte, modern toplum da inşa ediliyordu. Neydi bu? Her şeyden önemlisi, katman katman siyasal alanda daha aktif olmaya kararlı kitlelerin istekleri, demokrasinin tam anlamıyla inşasının kaçınılmaz bir zorunluluk olduğunu her bakımdan göstermektedir. Bu arada; halkın önüne geçilmez görünen siyasal beklentilerine karşılık; sistemin ana damarlarını tutacak elitlerin çocuklarını eğitmek, gündeme beklenmedik bir soru gibi düşmüştür. Toplumun

16 Favre, s.30-33.

17 Damamme, s.7.

18 M. É. Boutmy, l'École Libre Sciences Politiques, Extrait du Rapport Présenté à l'Assemblée Générale du 6 Février 1879, Paris, 1879, s.12-18.

elitleri, halkın siyasal otorite ve yasa yapma sürecine dâhil olmaları konusunda bazı rahatsızlıklarını zaten yüksek sesle ifade etmekteydiler. Dönemin Avrupası'nda, Fransa'nın en önemli siyasal rakibi olan Almanyada; sosyal bilimlerin pozitif bilimler kadar prestijli bir bilimsel eğitim sunuyor olması; bir başka rahatsızlık nedenidir. Berlin Üniversitesi başta olmak üzere, Tübingen ve Haydelberg, derinden gelen bu sosyal bilimlerin atılımının özel merkezleridir. Boutmy'ye yakın Hippolyte Taine ve Ernest Renan daha 1850'lerde Alman entelektüellerinin başarısını övüyorlardı.<sup>19</sup>

Açıkcısı; elitlerin soyu, tıpkı başka asırlarda da olduğu gibi halka önderlik edebilmek için akılcı ve seçkin bir eğitim almalı, halka önderliğe daima hazır olmalıydı. Bu noktada, halkın yaptığı eşitlikçi özgürlükçü devrimin, aristokrat sınıfın geride kalan tortusu tarafından, hala tam olarak sindirilemediği görülmektedir. Bilindiği gibi; Devrimden sonra aristokratik sınıfın ortadan kaldırılması, aristokratik nüfuzun sonra erdiği anlamına gelmemektedir. Hızla artan okur-yazar nüfus içinde; zeki, sebatlı, çalışkan ama alt sınıflardan gelenlere – herkesi tamamen içine almasa da – devletin her kademesinin açılması, siyasal arenada temel rolü elinden bırakmak istemeyenler için bir tehdit oluşturmuştur.<sup>20</sup>

İmparatorluğun ruhunu ayakta tutan, halkın geleneksel kurumlarını siyasal yönden analiz ederken; iki ayrı konuda aynı anda başarı elde edilebilirdi. Bunlardan birincisi, üniversitelerde reform zorunluluğunu, bilimin ve aklın bir zaferi olarak ilan etmek ve kurumsal devrimi pozitivizmin ilkelerine dönüştürmektir. Bu, aynı zamanda aklın zaferidir. İkincisi ise pozitif bilimlerin, ahlaki ve entelektüel bir reformun arkasından halk tarafından hüsn-ü kabul görmesini sağlamaktır. Kısaca, bir taraftan tarihsel kurumların sosyal kaynakları, nedenleri, hedefleri araştırılırken; günlük politikaların da bilimle yönlendirilen birer uygulama olabileceği, “yaşamsal bir hakikat” gibi üniversitelerin ruhunu sarmıştır. İşte burada; dönemin hemen tüm entelektüellerinin ruhunu okşayan, “sosyal bilimlerin soyut teorileriyle uğraşarak masa başında oluşturulan “sistem” ve bu sistemin, modern sosyal bilimlerin defolarını tamir etmek için kullanılmasına yarayan “siyasal aksiyon alma zorunluluğu” devreye girecektir. Bu; açıkça, soyut olana tepki ve somuta yönelimdir. Boutmy ve Renan çalışma defterlerine aynı notu düşmekteydiler; *“Rasyonalizm, demokrasiyi taşımaktan ve tartışmaktan uzaktır”*. Teorisyenlerin sayılarının azaltılarak; devrimcilerin sayılarının da azalacağını öngören özenli çalışmalar, bilimin sosyal “tedbirleri” tetiklediğini göstermekteydi. Aslında Fransız entelektüeli, Fransız düşüncesinin içine sızan Almanya krizinin özel bir gel-git olgusu ile uğraşmaktaydı.<sup>21</sup>

Bu gel-git arasında Boutmy, “Siyasal Bilimler Okulu'nun”, “devlet bilimi” dersini yüklediğini ve görevini iyi yerine getirdiğini savunuyordu. Zira modern devletin siyasal kurumları, demokratik yönetim sistemi ile birlikte dönüşmekteydi. “Devlet bilimi”, bu dönüşümü adeta sosyal bir sanat gibi açıklayabilmeli, idari dokuyu yönlendiren elitlere, bu sanatı öğretmeliydi. Okul, bir meslek okulu değildi. Mezunlarını, belirli bir kariyere hazırlamıyordu. Orada, sadece yaşamda pozisyon almanın siyasal-aktüel nedenleri araştırılıyordu. Bilimler arası kardeşlik, “iş bilme teknikleri” ve öğrenme iştahı; bu kurumda eğitim görenlerin zaten sahip olması gereken niteliklerdi. Boutmy'nin

19 Vanneuville, s.69.

20 Hobsbawm, Eric, Devrim Çağı (1789-1848), Çev.Bahadır Sina Şenel, Dost Y.,Ankara, 1998, s.200 ve 211.

21 Damamme, s. 5-6.

asıl amacı; demokratik değerlerle önünde durulmaz bir biçimde yeniden inşa edilen Fransa'daki siyasal gelişmeleri açıklayan; devrimden başlayarak “siyasal bilimlerin” kurumlarının tanımlandığı, devletin kurumlarının birbiri ile nasıl görev ve iş bölümü yaptığının incelendiği, memurların tasnif edildiği bir yönetim bilimleri ansiklopedisini ortaya koymaktır. Böylece bilim ve politika arasındaki bağlantıyı anlamak ve anlatmak kolaylaşacaktır. Elbette, hukuk eğitimi içinde yer alan İdare Hukuku varken; idari bilimleri ele almaya çalışan, “devleti bilmek için ve devleti öğretmek için” özel bir okul açmak şaşırtıcı değil miydi? Hayır değildi. Çünkü vergi reformundan, ticari anlaşmalara, çalışanların haklarından, cemiyetlerin statüsüne kadar geniş sorunlar alanında “işçi hakları”, “kadın hakları”, bölgesel idari otoritenin sınırları gibi konular tartışılıyordu. Aslında bu konular, 19.yüzyıldan 20.yüzyıla evrilen bir moden toplum atmosferinde, devletin temel kurumlarının ve sosyal yapının yeni planlarla inşası ile sosyal bilimlerdeki dönüşümün kucaklaşması idi.<sup>22</sup>

Siyaset Bilimi'nin yükselişi, yeni toplum dokusunu anlamak için yeni ve uygulamaya yönelik kavramsal bağlamların açıklanmasına, yeni yönetim sisteminin anlaşılmasına yardım ediyordu. Çünkü özellikle Avrupada imparatorluklardan meşruti monarşiye oradan cumhuriyete dönüşümde; yaşam alanları olan şehirler ve yerel yönetimler aynı hızla genişlemektedir. İdari birimlerin sayısı artmıştır, kurumsal hiyerarşi yeniden yapılandırılmaktadır. Bu süreçte demokratik yönelimler, toplumun her kesimini tartışmaya dahil etmiştir. Boutmy; bu durumu, yani toplumsal değişimin kurumsal değişim üzerindeki etkisini İngiltere üzerine yazdığı eserinde kanıtlamaya çalışır.<sup>23</sup>

### **C. “Devlet Adamı” ya da “Devletin Adamı”nı Yetiştirmek**

Yönetmek için; devlet, nasıl öğretilmeliydi? Yoksa devleti, devlet için mi öğrenmek gerekiyordu? Bu soruyu cevaplamak, şüphesiz bir birikim meselesidir. Ancak Boutmy; sosyal yaşamın gerçeklerini, özellikle işçi sınıfının sorunlarını bilmeyenleri itham etmiştir. Uygulama tecrübesi olmayanlar, tamamen teorik bir rüyanın peşinden gidenlerdir; onlar, yeni toplumu anlamadıkları gibi yeni bir toplumsal yapı kuramayacaklardır.<sup>24</sup>

Boutmy'ye göre, Siyaset Bilimi, sosyal bilimler içinde bir açılım değil, bir kavşaktır. İnsani bilimler; tarihe, hatta matematiğe daha yakındır. Ama bunların hepsi zaten bir müfredat içinde Felsefe Bölümünde ya da Hukuk Fakültelerinde öğretilmektedir. O halde, merkezi eğitimin dışında bir Siyasal Bilimler Okulu'na niçin ihtiyaç vardır? Çünkü Siyaset Bilimi, kendi sınırlarını ve araştırma alanının açıkça belirlemiş bir bilim dalı olarak görülüyordu. Ama bunu başarmak istiyordu.<sup>25</sup> Boutmy büyük bir cüretle, “anayasal-idari kurumların tarihine hukuki bir bakış” gibi müfredatın içine monte ettiği konularla, kamu hukukçularının öfkelerini iyice üstüne çekmiştir. Dahası “Siyasal Bilimler”in; Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Hukuk Tarihi gibi derslerin defolarını giderici bir öğrenme metodu olduğunu söylemiştir. Bu cüretkâr çıkışın, “istenmeyen” bir olumlu, yan sonucu oldu. Hukuk fakültelerinde;

22 Damamme, s.7-8.

23 Émile Boutmy, Le Développement de la Constitution et de la Société Politique en Angleterre, Paris, 1907, s.2.

24 Damamme, s. 8.

25 Vanneuville, s.82.

özellikle İdare Hukuku, Mali Hukuk, Anayasa Hukuku gibi alanlarda çalışan hocalar; pozitif hukuk uygulamaları dışına çıkılarak, kendi alanlarının tarihlerini incelemeye yönelmişlerdir.<sup>26</sup>

Toplumların ahlaki prensiplerinin irdelenmesine, siyasi düşüncelerden antropolojiye, klasik ve çağdaş filozoflara yer vermesine rağmen genel olarak bakıldığında, bunun ne “saf” bir Siyaset Bilimi alanı ne de Almanyadaki adı ile bir “Devlet Bilimleri” (*des sciences d'État*) olması arzulanıyordu. Temel amaç, küçük dahi olsa; soylu, varlıklı ailelerden gelecek devletin yüksek bürokratik kadrolarına uzanacak yetenekli ve çalışkan öğrencileri eğitmek; ekonomist, diplomat ya da idareci olarak yetiştirmektir. Amaç devletin üst kadrolarında bulunanlara, ileri düzeyde ve derinlemesine bir siyasi kültür birikimini kazandırmak olunca, derslerin konusu ve içeriği de özel bir hassasiyet arz etmektedir.<sup>27</sup>

Boutmy'nin girişimi; dönemin hukuk fakültelerinde zaten okutulmakta olan, Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku derslerini veren hukukçular ile Siyaset Bilimi alanında çalışanlar arasında, büyük bir rekabet yaratmıştır. Hukuk Fakülteleri; geleneksel üniversite dokusu içinde “*tekelci zihniyetiyle*”, kendini toplum ve devlet için zorunlu eğitimi veren, vazgeçilmez bir kurum olarak görüyordu. Gerçi mezunlarının faaliyet alanlarına ve gerek geleneksel gerek modern yargı mekanizmasının nasıl işlediğine bakıldığında, bu “*yüce değerliliğin*” haklılık payı vardır.

*École Libre des Sciences Politiques*'de, kendi öğrencileri dışındakilere; örneğin Hukuk Fakültesi öğrencilerine, diplomatlara ve yüksek idari görevlilere açık konferanslar yapılmakta idi. Bu konferanslarda, devletin kaynağı ve doğası tartışılmaktadır. Hukuk Fakülteleri, konferansların içeriğine dikkat kesilerek, kendi müfredatlarında da benzer içerikli dersler olduğunu; ancak, devletin bu derslere çok uzun bir zaman kuşkuyla baktığını, yeknesak, sürekli ve zorunlu dersler olarak gerçekleştirilmesine izin vermediğini kavramıştır. Aradaki rekabette; *École Libre des Sciences Politiques* ayakta kalmak için, Hukuk Fakültelerinin Kamu Hukuku alanında çalışanlarına karşı, gerçek bir entelektüel mücadeleyi kazanmak mecburiyetindedir.<sup>28</sup>

Boutmy'nin açıklamalarına gelince; Siyasal Bilimler eğitiminin amacı Hukuk Fakültelerindeki eğitimle rekabet yaratmak değildir. İdare Hukuku, Anayasa Hukuku, Finans ve Vergi Sistemi gibi derslerin içeriği, hukuk fakültelerindeki müfredatı tamamlayıcı olmalıdır. Çünkü Siyasal Bilimler'in amacı bir meslek kazandırmak, diploma nosyonu vermek de değildir. Buna karşılık, Boutmy'e göre; siyasi ve idari bilimlerin öğretim merkezi, hukuk fakülteleri değildir. Hukuk fakültelerindeki eğitim metodu, tümdengelimle dayanmaktadır. Siyaset Biliminde ise büyük ölçüde pratik bilgisi, gözlem ve tümevarım ilkeleri öne çıkar. Staj ve pratikten gelen bilgi, çok değerlidir. İki kurum arasındaki açık fark, öğrenci kabulü ile ilgilidir. Siyasal Bilimler Okulu, özel bir eğitim merkezi olduğundan, kapılarını hemen herkese açık tutmalıdır. Sadece kariyer ve mesleki becerilerini geliştirmek isteyenlere değil, buradaki eğitimin kendisine yarar sağlayacağını düşünen her kademededen ve her okuldan gelene, her ders açık olmalıdır.<sup>29</sup>

26 İbid., s.86.

27 Akkaya Kia, s.191-192.

28 Jacqueline Begliuti , “Les “Sciences d'État” et la Faculté de Droit de Toulouse”, *Etudes d'Histoire du Droit et des Idées Politiques*, No. 13/2009, s. 242.

29 Émile Boutmy, *De l'institution d'une licence ès sciences politiques et administratives dans les facultés de droit*, Paris.,



Boutmy'ye göre; Hukuk ve Siyaset Bilimi'nin sınırları – en azından teorik düzeyde – açık ve anlaşılabilir değildir. Adalet ve siyaset arasındaki temel farklılık, aslında doğaları gereği kendiliğinden oluşan bilimsel farklılık da değildir. Her şeyden önce Siyasal Bilimler, adalet sisteminin taşrasıdır. Bununla birlikte; mesleki sonuçları ve eğitim müfredatı bakımından ayrılmış bir durum vardır. Ayrıca her iki kurumdan mezun olan kişilerin yaptıkları işlerin niteliği ve somut eylemleri bakımından, bir değerlendirme yapmak mümkündür. Mesleki yeterlilikleri ve uygulamalarına baktığımızda; Hukuk Fakülteleri; hâkimlerin, avukatların, yüksek mahkemelerdeki yargı mensuplarının yetiştiği, mesleki yeterlilikleri belirleyen, niteleyen bir eğitim programı içermektedir. Bu kişiler; yasa koyucu istemediği sürece değişmeyen, soyut, genel yazılı kurallar çerçevesinde kararlar veren (yani normları uygulayan) kişilerdir. Bir meslek grubu olarak bu kişiler; hükümet ve yasama gücü tarafından çerçevesi belirlenmiş kuralları bilmek ve uygulamakla yükümlü olduğu gibi, yasama gücünün altında çalışırlar. Bu çerçevede, adalet hizmetlerinin gerçekleşmesinde bir unsur, bir öge olmaları beklenir. Siyaset Bilimi alanında çalışırlarsa, ülke çıkarları için mevkidaşı ile pazarlık masasına oturan bir diplomat, yönetim kadrosunda yer alan bir bakan ya da bir memurdur. Bunlar sürekli değişen şartlarda, ama belli prensiplerle hareket etmek zorundadırlar. Birinci ilke, ülke çıkarlarıdır; ve bu toplumsal yarara denk düşer. O, bir devlet adamı olarak ahlaki duruşuyla, onurlu bir insanın vakarını taşır ve devletin çıkarları için neyi yapmak gerekiyorsa onu yapar.<sup>30</sup>

Burada Boutmy –bilmeden de olsa – “siyasal” kavramının modern dönemlere denk gelen tanımına vurgu yapmıştır. Ne ki siyasal, iki farklı güç arasında gerçekleştirilen bir uzlaşmayı tahayyül eder. Bu güçlerin, mutlaka birbirine zıt olması gerekmez. Ama iki güç arasındaki oran ya da orantısızlık, herhalde siyasal olanın dinamiğini belirlemektedir.<sup>31</sup> Bu rasyonel yaklaşımla – ister istemez – adalet kavramını, siyasal olanın doğasının dışına itmiş oluyoruz. Dahası devletle hükümeti, seçilmiş yönetici ile atanmış idareciyi eşitleyen çok tehlikeli bir yorum geliştiriyoruz. O halde, bir devlet adamı diyebileceğimiz bu kamusal çıkarları gözeten insan ile hukukçu arasında nasıl bir fark vardır? Neden bunların eğitimi ve eğitimin müfredatı, mezunların niteliği birbirinden farklıdır?

Boutmy'ye göre; hukukçu adalet hizmetlerini yerine getirerek, yani yasayı uygulayarak görevini tamamlamış olur. Diplomat ya da devlet adamı ise sürekli bir kamusal çıkar pazarlığı peşindedir. Bir de eğitim düzeylerine bakıldığında; hukuk fakülteleri, ülkedeki hukuk sistemini ayakta tutan yasaların öğretildiği yerlerdir. Bir hukukçu, aldığı eğitimin sonucu olarak, nihayet yasa ile sınırlıdır. O kanunların bir amacının, bir aklının olduğunu bilir. Onu ortaya çıkaran süreci inceleyerek, kanunun ne dediğini açığa çıkararak, uygulamaya koyar. Siyaset Bilimi ise devleti olması gerektiği gibi değil; olduğu gibi açıklar ve öğretir. Bu yüzden tarihten ve siyasal teorilerden destek alabilir. Siyaset Bilimi, görünür bir otorite, özerk bir yapı, özel bir diploma peşinde değildir. Çünkü bunlar, eğitimcilerin ve mezunların bilimsel bir topluluk (ya da bir zümre) olmasının yollarını tıkar.<sup>32</sup> Hukuk fakülteleri, geçmişten beri katı bir örgütlenme yapısına sahiptir. En önemlisi, hukuk fakülteleri; mesleki geleneksel eğitim müfredatı içinde yer alan Siyasi Tarihi anlatmaktan vazgeçilmeli, resmi tarihsel-siyasi

1881, s. 9-15.

30 M. É. Boutmy, Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques, Paris, 1889, s.6-7.

31 Chantal Mouffe, Siyasal Üzerine, Çev.Mehmet Ratıp, İletişim Y., İstanbul., 2013, s. 17-18.

32 Boutmy, Des rapports et des limites des études juridiques, 1889, s.8-10.



araştırmalar koltuğunu terk etmelidir. Ama Siyaset Bilimi, kamu hukukunun birikimlerinden yararlanabilir.<sup>33</sup>

Boutmy'nin – hukuk fakültelerinin müfredatı ve sınav usulleri de dâhil – Fransa'da ve o dönemde; arkasına devlet desteğini almış üniversitelerin tekelinden, öğrencileri kabul yöntemlerinden son derece şikayetskâr olduğunu da ekleyelim.<sup>34</sup>

## SONUÇ

Boutmy; “Siyasal Bilimler Okulu'nun”, “devlet bilimini” öğrettiğini savunurken; hukukçuyu kanunların, siyaset adamını ise kamusal çıkarların bekçisi olarak ilan etmiştir. İki eğitim kurumu arasındaki amaçsal fark; mezunlarının yaptığı işlere, bu işlerin sınırlarına ve statülerine indirgenmiştir.

Burada, Boutmy'nin; “Siyasal Bilimler Okulu'nun, “devlet adamı yetiştirir” iddiasını hiç de hafife almamak, hatta biraz kurcalamak gerekmektedir. Öncelikle “devlet adamı” nitelemesinden ne anlaşılması gerektiğine açıklık getirmeliyiz. Bu soruyu, görüş çeşitliliğine bakarak cevaplayabiliriz ve bu soruya hemen bir başka soru daha ekleyebiliriz; “devlet adamı” mı; yoksa “devletin adamını” mı yetiştirmek? İkisi arasındaki fark nedir? Devlet adamı, açık ve anlaşılabilir yasa/yasalar sistemini kuran; devletin adamı ise o yasayı uygulayan kişidir. Yani iş, yüzyıllardır olduğu gibi; yine hakların güvencesi olan hukuk ve düzenin devamı olan yönetim ilkesi etrafında düğümlenmektedir. Tematik olarak; “iş dümenine uydurmak” büsbütün yolsuz bir durumu; “iş hukuka uydurmak” meşruiyet ilişkisinin kadüklüğünü anlatır. Adeta bir söz oyunu gibi karşımıza çıkan; yönetim, idare etme (gouvernement) ile hükmet etme, hükümet (yani siyaset otorite) kavramlarının, Latince “*gubernaculum*” yani “*dümen*”, “*kumanda merkezi*” kavramından türetilmiş olması<sup>35</sup> da ilginçtir.

Aklın hâkimiyetindeki yasaları, doğal bir zorunluluk ilkesi ile açıklayan modern devlet; sadece adaleti gerçekleştirilmeyi değil, yasayı uygulamayı ve hukuka uymayı (hiç değilse hukuk devleti olmayı) vaat ediyordu. O halde siyaset bilgileri eğitimi alan kişi; yani dümenin başındaki kişi; ister devlet adamı olsun ister devletin adamı; yasayı uygularken, kendisinin de yasalara tabi olduğunu bilmek zorundadır.

Modern dönemde, Siyaset Bilimi'nin özel bir araştırma alanı olmasının nedenleri; siyaset davranışları yönlendiren etkenleri hesaba katmayı gerekli kılmaktadır. Bunun yanında; devleti, yanılmayan doğa kurallarındaki keskinlikle açıklamak, ideolojik bir tavır olacağından; Siyaset Bilimi, devletin ne olduğunu, nedenselliğini değil de nasıl çalıştığını belirli bir zaman ve uzama sadık kalarak öğretebilir.

## KAYNAKÇA

Akkaya Kia, Rukiye, Bir Ders Konusu Olarak Devlet, Genişletilmiş 2.Bası, Beta Y.,İstanbul, 2016.

33 İbid.,s.23.

34 É. Boutmy, Le Baccalauréat (Projets de réform), Paris, 1899.

35 Alain Supiot, Homo Juridicus, Çev. Bige Açımız, Dost Y., Ankara, 2014, s.67.

- Begliuti, Jacqueline, “Les “Sciences d’État” et la Faculté de Droit de Toulouse”, *Etudes d’Histoire du Droit et des Idées Politiques*, No. 13/2009.
- Boutmy, Émile, *Projet d’une Faculté libre des sciences politiques*, Paris, 1871.
- Boutmy, Émile, *De l’institution d’une licence ès sciences politiques et administratives dans les facultés de droit*, Paris, 1881.
- Boutmy, M. É., *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, Paris, 1889.
- Boutmy, M. É., *l’École Libre Sciences Politiques, Extrait du Rapport Présenté à l’Assemblée Générale du 6 Février 1879*, Paris, 1879.
- Boutmy, É., *Le Baccalauréat (Projets de réforme)*, Paris, 1899.
- Boutmy, Émile, *Taine, Scherer, Laboulaye*, Paris, 1901.
- Boutmy, Émile, *Le Développement de la Constitution et de la Société Politique en Angleterre*, Paris, 1907.
- Cicero, Devlet Üzerine, Çev. C.Cengiz Çevik, İthaki Y., İstanbul, 2014.
- Damamme, Dominique, “D’une école des Science Politiques”, *Politix*, Vol.1, No:3-4, 1988.
- Favre, Pierre, *Naissances de la Science Politique en France (1870-1914)*, Fayard, Paris, 1989.
- Hobsbawm, Eric, *Devrim Çağı (1789-1848)*, Çev.Bahadır Sina Şenel, Dost Y.,Ankara, 1998.
- Kışlalı, Ahmet Taner, *Siyaset Bilimi*, Ankara, 1987.
- Laurent, Sébastien, “L’influence des le-playsiens et de l’économie sociale à l’Ecole libre des sciences politiques (1871-1914) jalons pour une recherche”, *Les Études Sociales*, N.122, Paris, 1994.
- Mouffe, Chantal, *Siyasal Üzerine*, Çev.Mehmet Ratip, İletişim Y.,İstanbul, 2013.
- Platon, *Devlet Adamı*, Çev.Behice Boran, Milli Eğitim Bakanlığı Y.,Ankara, 1960.
- Supiot Alain, *Homo Juridicus*, Çev. Bige Açımız, Dost Y., Ankara, 2014.
- Vanneuville, Rachel, “La Mise en Forme Savante des Sciences Politiques”, *Politix*, V.15-N.59, 2002.

## Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi

### Functions and Responsibilities of the Administration in Mediation Activities

Gül FİŞ ÜSTÜN\* 

#### Öz

2017 yılında 7036 sayılı Kanunla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa yapılan eklemeye idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin düzenlemeler tesis edilmiştir. Bu düzenleme gereği, arabuluculuk müzakere sürecinde idareleri bir komisyon temsil edecek olup, Kanunda yer verilen bu düzenlemeler arabuluculuk süreci ve idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların anlaşarak çözümlenmesi için olumlu bir adımdır. Ancak, her düzenlemenin ilk kaleme alınışında olabilecek eksiklikler ve uygulamaya geçişinde yaşanabilecek sorunlar mevcut olup, bu çalışmamızda söz konusu komisyon yapısına ve üyelerinin görev ve sorumsuzluğuna ilişkin önerilerimiz sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri, Arabuluculuk, Arabuluculuk komisyonları, İdarenin taraf olduğu hukuk uyuşmazlıkları, Temsil.

#### Abstract

With the addition made in 2017 by the Code 7036 to the Code 6325, which regulates Mediation in Legal Conflicts, amendments have been introduced bearing on the private law conflicts to which administration is a party. Following these amendments, a commission is to represent administrations during mediation negotiations, which is a positive step toward the peaceful settlement of conflicts to which administration is a party.

However, since there may be shortcomings attending the first introduction of any amendment and problems in its application, this study offers our proposals regarding the structure of the said commission as well as the obligations and nonliabilities of its members.

**Keywords:** Alternative dispute resolution methods, Mediation, Mediation commissions, Legal disputes to which the administration is a party, Representation.

## GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin kullanılması günümüzde yaygınlaşmış olup, bu kapsamda idarenin taraf olduğu idarenin idari ve adli uyuşmazlıklarının çözümünde, 659 sayılı Genel

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: gul.ustun@marmara.edu.tr

Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameyle, sulh yolu düzenlenmiştir. Akabinde yine 2017 yılında 7036 sayılı Kanunla 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa yapılan eklemeye idarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesine ilişkin düzenlemeler tesis edilmiştir.

Böylelikle alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinden biri olan arabuluculuk idarelerin de başvurabileceği ve faydalanabileceği bir müessese olup, çalışmamızda idarenin taraf olduğu hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk sürecine konu edilebileceği, arabuluculuk sürecinde idarenin yetkili birimi ve yetkisi konu edilmiş, bu konulara ilişkin eleştiri ve önerilerimiz sunulmuştur.

### **I. İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıklardan Hangilerinin Arabuluculuk Sürecine Konu Edilebileceği Meselesi**

07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2. maddesine göre, arabuluculuk; yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacaktır.

İdarelerin ise kamu gücü kullanarak tesis ettikleri işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklarının kamu hukuku kurallarına tabi olduğu ve idari yargının konusunu oluşturduğu muhakkak olup, bu kapsamda kalan uyuşmazlıklar 6325 sayılı Kanun hükümlerine tabi olmayacaktır. Ancak, idarenin özel hukuk kişileri gibi tasarrufta bulunması da mümkündür, örneğin kira sözleşmesi akdetmesi gibi.

İdare, bu tür özel hukuk iş ve işlemleri yaparken yine, kamu yararına uygun hareket etme yükümlülüğünde olduğundan, özel hukuka konu olan tasarruflarında da aslında dolaylı da olsa kamu adına hareket ettiğinden bir takım kurallara tabidir. Örneğin, kira sözleşmesi akdedilmeden önce en uygun kira bedelini verecek isteklinin tespiti için ihale düzenlemesi gerekliliği bu kapsamda değerlendirilmez. Fakat, özel hukuk sözleşmesi yapılmadan önceki bu aşamalar idari aşama, idari iş ve işlem olarak değerlendirilirken, sözleşmenin imzalanmasından sonraki uyuşmazlıklar yani, sözleşme hükümlerine ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklar özel hukuk uyuşmazlıkları olarak değerlendirilmektedir.

Dolayısıyla, idarenin akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların 6325 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir yandan, idarenin iş sözleşmesiyle istihdam ettiği işçiler hakkında İş Kanunu hükümleri uygulanacağından, bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar özel hukuk uyuşmazlığı olacak ve 6325 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Yine, idarenin kamulaştırma işlemi akabinde eski maliklere ödemesi gereken kamulaştırma bedeline ilişkin uyuşmazlıklar bakımından bu uyuşmazlığın arabuluculuğa konu edilebileceğini söylemek mümkün görünmektedir. Zira, kamulaştırma safhası idari bir süreç olup, kamulaştırma kararı idari bir işlemdir, ancak kamulaştırma bedelinin tespiti tarafların anlaşmasına bağlı olduğu gibi asliye hukuk mahkemesinde dava konusu edilebilen bir uyuşmazlıktır. Bu nedenle, kamulaştırma

bedeline ilişkin uyuşmazlıkların özel hukuk uyuşmazlığı dolayısıyla 6325 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür.

Aslında idare hukukunda arabuluculuk sisteminin kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamakta olup<sup>1</sup>, halihazırda arabuluculuk sistemi sadece özel hukuk uyuşmazlıkları için öngörüldüğünden idarenin sadece özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinde yer alabilmesi mümkündür.

## II. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Kimin/Kimlerin Temsil Edeceği Meselesi

6325 sayılı Kanununun 15. maddesinin 8. fıkrasında;

*“Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar”*

9. fıkrasında;

*“Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder”*

ifadelerine yer verilmiştir.

Maddenin son fıkrasında ise 15. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu fıkra uyarınca tesis edilen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin<sup>2</sup> “İdarelerin Temsili” başlıklı 18. maddesinde ise şu ifadelere yer verilmiştir:

### **“İdarenin temsili**

**Madde 18 – (1)** Arabuluculuk müzakerelerinde idareyi, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan komisyon temsil eder. Hukuk biriminin veya kurum avukatının olmadığı hallerde komisyon üyelerinin tamamı

1 Örneğin, hastane sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, memurların küçük disiplin cezaları, ecrimisil davaları, işgaliye davaları bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bu konuda Fransa’ daki uygulama ve değerlendirmeleri için bkz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının Paris Çalışma Ziyareti Toplantı Tutanağı (6-8 Ocak 2016), [http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/subat/fransa\\_raporu/fransa\\_raporu.pdf](http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2016/subat/fransa_raporu/fransa_raporu.pdf)

2 Anılan Yönetmeliğin dayanak maddesi sadece Kanununun 15. Maddesinin son fıkrası yani onuncu fıkrası değildir, ancak idarelerin arabuluculuktaki temsilini konu alan düzenlemenin dayanağı Kanununun 15. Maddesinin son fıkrasıdır. Zira, Yönetmeliğin dayanağını gösteren 3. Maddede şu ifadelere yer verilmektedir:

*“Bu Yönetmelik, 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 15 inci maddesinin onuncu fıkrası, 19 uncu maddesinin ikinci fıkrası, 22 nci maddesi, 31 inci maddesinin sekizinci fıkrası, 36 ncı maddesi ile 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 3 üncü maddesinin yirmi ikinci fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır”.*

*üst yönetici tarafından belirlenir. Yedek komisyon üyeleri de aynı usulle seçilir. Komisyon kendisini vekil ile temsil ettiremez.*

*(2) İdare, arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde internet sitesinde yayımlar. Arabulucular görüşmeler kapsamında yapacakları davetlerde öncelikle bu bilgileri esas alır.*

*(3) Komisyonda 2 yıl süreyle görev yapmak üzere asıl ve yedek üyeler belirlenir. İdare merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir.*

*(4) Süresi dolan üye yeniden seçilebilir. Asıl üyenin katılmadığı toplantıya yedek üye katılır. Komisyon kararlarını oy birliği ile alır.*

*(5) Belirlenen komisyon üyeleri arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkilidir.*

*(6) Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenler ve beş yıl boyunca saklar. Komisyonun sekreteryaya hizmetlerini yürüten birim tarafından gerekçeli raporların saklanmasına ilişkin gerekli tedbirler alınır.*

*(7) Komisyon üyeleri, bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamazlar.*

*(8) Komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Devlet ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder.*

*(9) Devlet aleyhine tazminat davası açılması hâlinde mahkeme ilgili komisyon üyelerine davayı re'sen ihbar eder.*

*(10) Komisyonun ve sekreteryasının çalışma usul ve esasları idareler tarafından belirlenir.*

*(11) Komisyon üyeleri bu madde kapsamındaki görevleri uyarınca ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekreteryaya aracılığıyla yazışma yetkisine sahiptir. Kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilir.*

*(12) İdarelerin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında, arabuluculuk sürecinde idarenin temsili, anlaşma belgesinin düzenlenmesi ve diğer hususlarda 7036 sayılı Kanun ile bu Yönetmelik hükümleri uygulanır”.*

Söz konusu düzenlemelere göre, idare adına arabuluculuk müzakerelerinde süreci üç üyeden oluşan bir komisyon yürütecektir. Bu komisyonun üyeleri ilgili idarenin en üst amiri tarafından belirlenecektir. Ancak, Kanundaki düzenleme gereği hukuk birimi olan idarelerde hukuk birim amiri veya bu amirin belirlediği avukat veya hukuk müşaviri komisyonun doğal üyesi olmaktadır. Dolayısıyla hukuk birim olan idarelerde arabuluculuk komisyonunda bulunacak bir üye doğal üye

olduğundan, diğer iki üye ilgili idarenin üst amirince belirlenecek ve görevlendirilecektir. İdarelerde hukuk birimin bulunmadığı durumlarda üç üyenin belirlenmesi ise en üst amirin yetkisindedir.

Kanunun 15. maddesinde komisyonun yedek üyelerinden bahsedilmemekte ise de, Yönetmelikte yedek üyelerin nasıl belirleneceği hükme bağlanmış olup, Yönetmeliğin 18. maddesine göre aynı usulle yedek üyelerin belirlenmesi gerekmektedir. Kanunda yedek üyelere ilişkin bir düzenleme bulunmayışı nedeniyle, Yönetmelikte yapılan bu düzenlemenin hukuka aykırı olduğunu iddiasını gündeme getirebilecek niteliktedir. Zira, yedek üyelere ilişkin hüküm kanunun kapsamını genişletici nitelikte değerlendirilebilecek, Yönetmeliği tesis eden Adalet Bakanlığının kanun koyucunun alanına müdahale ettiğini ifade etmek mümkün olacaktır<sup>3</sup>. Ancak, Yönetmelikteki bu düzenlemenin üçüncü kişiler bakımından aleyhe bir durum teşkil etmediğini, tam aksine arabuluculuk sürecinin komisyondaki asil üyelerin mazeretleri nedeniyle tıkanmaması amacıyla kaleme alındığını öngörmek dolayısıyla Kanundaki düzenlemeyi genişletmekten ziyade tamamlayıcı amaçla düzenlendiğini söylemek de kanımızca güç görünmemektedir. Nitekim uygulamada da başkaca kanunlarda düzenlenen komisyon teşekküllerinde yedek üye zikredilmese de ilgili idareler tarafından yedek üye belirlenmesi yapıldığına rastlanması mümkündür. Örneğin, yükseköğretim kurumlarında yapılan ceza soruşturmalarında son soruşturma kurulunun yedek üyelerine ilişkin 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, yükseköğretim kurumlarının yedek üye belirlenmesi yaptığı görülmektedir. Söz konusu uygulamalar kamu hizmetinin ve ilgili süreçlerin devamlılığının, sürüncemede kalmamasının sağlanması adına yapılmakta olup, asil üyelerle aynı nitelikte olan yedek üyelerin görev alması durumunda ilgililer açısından bir hak kaybına uğranılacağı düşünülmemektedir. Ancak, elbette ki yedek üyelere ilişkin bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılması tüm bu tartışmalara son verebilecek niteliktedir.

Yönetmeliğin 18. maddesinin ilk fıkrasında asil ve yedek üyelere ilişkin düzenlemeden sonra, komisyonun kendisini vekille temsil ettiremeyeceği de hükme bağlanmış olup, düzenlemeye göre asil üyeler arabuluculuk sürecine katılacak, asil üyenin geçerli mazeretinin bulunması durumunda asilin yerine yedeği olan üyeyle komisyonun teşekkülü sağlanarak müzakerelere katılacaktır.

Asil ve yedek üyelerin süresine ilişkin bir düzenleme Kanunda yer almamakta olup, yine Yönetmeliğin 18. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş olup, bu düzenlemede iki yıllık süre öngörülmüştür. Yine bu maddenin dördüncü fıkrasında süresi biten üyenin yeniden seçilebileceği ifade edilmiştir. Öncelikle “seçmek” kavramının yerinde olmadığını söylemek gereklidir. Zira komisyona üye belirlenmesi aslında kadrolu olan veya sözleşmeyle ihdas edilen personele yeni bir görev verilmesi anlamına gelip, bu durumda “görevlendirme” kavramının tercih edilmesi daha yerinde olacaktır. Diğer bir yandan ileride de ifade edileceği üzere, komisyon üyeleri, arabuluculuk sürecinde, tam yetkili olduklarından ve süreçte rahat; amirlerinin kişisel taleplerinden uzak karar vermeleri gerektiğinden görevlendirme esasına tabi tutulmalarının yerindeliği de kanımızca tartışmalıdır.

3 Düzenleyici işlemlerde kanun kapsamının genişletilmesinin hukuka aykırı olduğu hakkında bkz. Danıştay 2. Dairesinin 17.04.2007 tarih, 2005/316 E., 2007/1744 K. sayılı kararı, Danıştay 5. Dairesinin 10.11.2005 tarih, 2002/3255 E., 2005/5075 K. sayılı kararı, www.lexpera.com.tr

Ancak, halihazırda 2 yıl süreyle görevlendirme esasına tabi tutulan bu arabuluculuk komisyonlarındaki düzenlemenin Kanunla düzenlenmesi gerekliliği de muhakkaktır<sup>4</sup>. Yine bu süre zarfında yani 2 yıllık süre sona ermeden asil veya yedek üyenin vefatı, görevden ayrılmak istemesi gibi durumların Kanunda düzenlenmesi de bir gereklilik olmakla birlikte, halihazırda ne Yönetmeliğe ne Kanuna konu edilmiştir.

Diğer bir yandan, söz konusu komisyonların idarelerce teşekkül ettirileceği Kanunda öngörülmüş, Yönetmeliğin 18. maddesinin ikinci fıkrasında, İdarenin arabuluculuk davetlerinin yapılacağı adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarasını, bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde internet sitesinde yayınlacağı öngörülmüştür. Buna göre, 02.07.2018 tarihine kadar ilgili bilgilerin İdarelerin internet sitesinde paylaşılması gerekmekte, paylaşılmaması hali herhangi bir yaptırıma tabi tutulmamıştır. Ancak, genel hükümlere göre, emir ve talimatlara uygun davranılmaması gibi gerekçelerle ilgili idarenin ve/veya bu konudaki personelin hukuki ve disiplin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Söz konusu bilginin paylaşılması esnasında dikkat edilmesi gereken hususlardan biri Yönetmeliğin 18. Maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesindeki düzenlemedir: “İdare merkezde veya taşra teşkilatlarında komisyonlar kurabilir”.

İdare hem merkezde hem taşrada komisyonlar teşekkül ettirmişse, merkezdeki ve taşradaki adres, kayıtlı elektronik posta adresi ve telefon numarası bilgisinin ayrı ayrı internet sitesinde paylaşılması gerekmektedir.

Ancak, idarenin merkez veya taşra komisyonu kurması durumunun da ayrıca irdelenmesi gerekmektedir:

Öncelikle bu düzenleme Kanunda öngörülmüş değildir. Bu düzenlemenin Kanunda öngörülmesi gerekliliğinin yanı sıra, komisyonun teşekkülünde idarenin en üst yöneticisinin belirleme/ görevlendirme yetkisi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, taşra teşkilatında bu yetkiyi kimin kullanacağı tartışmalı hale gelebilecektir. Zira bu kapsamda taşra teşkilatının en üst amirini düşünmek mümkün olduğu gibi, taşranın üstünde merkezin yer aldığı dolayısıyla merkezdeki yöneticinin bu belirlemeyi yapması gerekliliğini de ifade etmek mümkündür. Taşra teşkilatı hiyerarşik olarak merkeze bağlı olduğundan aslında idarenin en üst amiri merkezdeki amir olmaktadır, ancak merkezdeki amirin de taşradaki her personeli tanınması bu konuda yetkin olacak personeli tayin etmesi<sup>5</sup> de mümkün değildir.

Merkez ve taşrada komisyonların kurulması, arabuluculuk müzakerelerine katılımın sadece merkez tarafından yürütülmesi nedeniyle oluşacak yoğunluk ve ulaşım güçlüklerinin giderilmesi nedeniyle yerinde ise de<sup>6</sup>, komisyon üyelerinin belirlenmesinde kimin yetkili olacağı hususu

---

4 Bkz. Bu bölümdeki Kanunun kapsamının genişletilemeyeceği hakkındaki açıklamalarımız.

5 Bu durumda Kanundaki düzenleme gereği doğal üye olarak nitelendirdiğimiz hukuk birim amiri veya tayin ettiği avukat veya hukuk müşavirinin üyeliği mevzu bahis edilmemektedir.

6 Nitekim iş hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurulmasının dava şartı olduğu hallerde, taşra teşkilatında çalışan bir işçi, işin yapıldığı yerdeki mahkemenin arabuluculuk bürosuna başvuru yapılabileceğinden, arabuluculuk müzakerelerin burada yürütülmesi gündeme gelecek, merkezdeki komisyonun ise taşradaki görüşmelere katılımı güç olacaktır.



açıkça düzenlenmemiştir. Üstelik komisyon üyelerinin görevlendirilmesi bir idari işlem olup, bu işlemi tesis edecek yetkili makamın Kanunda öngörülmesi gerekmektedir. Ayrıca, merkez ve taşra komisyonlarının kurulabileceğine ilişkin bu Yönetmelik hükmüyle Kanunda yer almayan bir oluşum düzenlendiğinden kanun kapsamını genişletecek düzenleyici işlem tesis edilemeyeceği kuralı tekrar gündeme gelecektir. Kısaca, taşra teşkilatlarında arabuluculuk komisyonlarının kurulabileceği düzenlemesiyle, karar verme yetkisine sahip olan bir birim idarenin içerisinde teşekkül ettirildiğinden bu düzenlemenin kanunla yapılması gerekmektedir. Diğer bir yandan, taşra teşkilatında kurulacak komisyonlardaki üyelerin taşradaki en üst amir tarafından görevlendirilmesi arzu ediliyorsa da; idari işlem tesis etmeye yetkili organ/makamlar kanunla belirleneceğinden, yine anılan düzenlemenin Kanunda öngörülmesi gerekmektedir.

İdarelerin arabuluculuk komisyonları Yönetmeliğin 18. maddesinin 4. fıkrasına göre, kararlarını oybirliğiyle alacaktır. Bu durumda üç üyenin de görüşü aynı yönde değilse, arabuluculuk müzakerelerinde anlaşma sağlanamayacaktır. Söz konusu düzenleme nedeniyle sürecin tıkandığı, iki üyenin olumlu görüşte olup, diğerinin bu görüşü paylaşmadığı hallerde anlaşma sağlanmadığı, üstelik bu oy birliği şartının Kanunda öngörülmediği; oy çokluğu sağlanmasının yeterli olacağı yönünde görüşler mevcuttur<sup>7</sup>. Söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması bir gereklilik olmakla birlikte, oy çokluğu şartının kabulü halinde, anlaşma yönünde oyunu kullanmayan komisyon üyesi diğer üyelerin itham altında kalmasına neden olabilecektir<sup>8</sup>. Veya kendileri aynı sıkıntıyla karşı karşıya da kalabilecektir<sup>9</sup>. Zira iki üyenin anlaşma yönünde oy kullanması durumunda, bu anlaşmanın idarenin menfaatine olduğunu düşündükleri anlaşılmakta olup, diğer üyenin neden idarenin menfaatine olan bu seçeneği tercih etmediği, idareyi zarara uğratıp uğratmadığı veya tam tersi, anlaşma yönünde oy kullanan iki üyenin bu anlaşmayla idareyi zarara uğratıp uğratmadığı tartışılacaktır. Anılan nedenle, kanımızca da oy birliğiyle kararların alınması bir gerekliliktir, aksi durum farklı düşünen üyeler bakımından bir tehdit oluşturabilecek niteliktedir.

İdarelerin arabuluculuk komisyonlarının, arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkili oldukları Yönetmeliğin 18. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeden arabuluculuk sürecinde komisyonların, idarelerinin en üst amirine aldıkları kararı onaylatmasına, olur almasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, düzenlemeye göre, ister ihtiyari arabuluculukta olsun, ister dava şartı arabuluculukta olsun, idarelerin komisyonları idareye temsil ederek müzakerelerde bağımsız şekilde karar alabilecektir. Ancak, komisyonların süreci başlatabilmesi bakımından değerlendirme yapılırsa, aynı sonuca ulaşmak mümkün görünmeyecektir.

7 05.03.2020 tarihinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından idarelerin arabuluculuk komisyonlarına yönelik bilgilendirme toplantısında ileri sürülen görüşlerden biridir.

8 Aynı toplantıda sunulan diğer bir görüştür.

9 Anılan toplantıda, örnek olarak arabuluculukta anlaşma olmadığı zaman işçinin dava açarak arabuluculukta teklif edilenden daha yüksek tazminat alması durumunda, Sayıştay denetimi yapılarak anlaşmama yönünde oy kullanan üyenin kamu zararına neden olduğunun tespit edilebileceği ifade edilmiştir.

Ancak bu durumda söz konusu tespitin anlaşmama kararı alan tüm üyeler için de yapılması gündeme gelecek olup, aşağıda da izah edileceği üzere, bu durum komisyon üyelerin sorumsuzluğu ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Fakat tek üyenin anlaşmama yönünde oy kullanması sorumsuzluk ilkesinin istisnasını teşkil eden, görevi kötüye kullanma eylemi/suçu açısından bir karine teşkil edecektir.

Zira Kanununun 15. maddesinde ve Yönetmeliğin 18. maddesinde müzakere süreçlerinde idarenin temsilinin komisyonlarca yapılacağı ifade edilmiş olup, bu komisyonlara arabuluculuğa başvurma yetkisi tanınmamıştır. İdare Hukukunda bilinen kurallardan biri de “asıl olanın yetkisizlik olduğu” kuralı uyarınca, böyle bir yetki verilmediği sürece komisyonların arabuluculuk müessesine reşen başvurmaları mümkün görünmemektedir. İhtiyari arabuluculukta idarenin en üst amirinin bu yönde talimat vermesi halinde arabuluculuk müessesine başvurulacak ve komisyon müzakerelerde idareyi temsil edecekken, dava şartı arabuluculukta şayet davayı idare açacaksa, hukuk müşavirliğinin/hukuk biriminin arabuluculuğa başvurulması gerekliliğine dair yazı ve ilgili amirin onayı üzerine müzakereler komisyonca yürütülecektir. Dava şartı arabuluculuk müessesesinin sonradan ihtiyari arabuluculuğa dönmesi halinde ise<sup>10</sup>, yeni bir süreç başladığından müzakerelere devam edilebilmesi için komisyonun temsil ettiği idarenin en üst amirinin bu konuda olur vermesi gerekmektedir.

Komisyon üyeleri arabuluculuk müzakerelerinde gerekli kararları almak için, ilgili özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile sekreteryaya aracılığıyla yazışma yetkisine sahip olup, kurum ve kuruluşlar tarafından komisyona ivedi olarak cevap verilmelidir. Komisyon, arabuluculuk müzakereleri sonunda gerekçeli bir rapor düzenleyerek bu raporu beş yıl boyunca saklamalıdır.

### **III. Arabuluculuk Sürecinde İdareyi Temsil Eden Komisyon Üyelerinin Sorumluluğu/ Sorumsuzluğu Meselesi**

Kanununun 15. maddesine ve Yönetmeliğin 18. maddesine göre, komisyon üyeleri, görevleri uyarınca aldıkları kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle görevinin gereklerine aykırı davrandıklarının mahkeme kararıyla tespit edilmesi dışında, mali ve idari yönden sorumlu tutulamayacaktır. Bu hüküm idarelerin arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin kararlarında bağımsız ve sorumsuz olduklarını göstermektedir. Ancak, görevinin gereklerine aykırı davranma yani görevi kötüye kullanma<sup>11</sup> bu durumdan istisnadır. Fakat bu istisnanın uygulanması ise, idarenin kararına bağlı olmayıp, görevin gereklerine aykırı davranıldığı bir yargı kararıyla ortaya konulması yani görevi kötüye kullanma suçunun işlendiğinin mahkemeye kararıyla sabit olması gerekmektedir.

Yine Kanununun 15. maddesi ve Yönetmeliğin 18. maddesine göre, komisyon üyelerinin arabuluculuk faaliyeti kapsamında yaptıkları işler ve aldıkları kararlar sebebiyle açılacak tazminat davaları, ancak Devlet aleyhine açılabilir. Bu hükümle, arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin sorumsuzlukları vurgulanmış, kamu personelinin görevi sırasında veya göreviyle ilişkili olarak verdiği karar/işlerden kaynaklı zararlardan doğan davaların ancak idare aleyhine açılması gerekliliği kuralı burada da korunmuştur. Ancak, burada arabuluculuk komisyonu üyelerinin iş ve kararlarından doğan zararların muhatabı personeli oldukları idare olacağından, bu zararların tazmini

10 Dava şartı arabuluculuk yasal düzenlemelerde öngörülen sürelerde tamamlanamamışsa, tarafların iradesiyle süreç ihtiyari arabuluculuk şeklinde devam edebilecektir.

11 Türk Ceza Kanununun 257. Maddesinin ilk fıkrasında aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir: “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”

için idarelerin Devlete karşı tazminat davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu davanın ise, tazminat davası olduğu belirtilmekle birlikte, nitelendirilmesi yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle zarar gören idarenin bu zararının tazmini için idari yargıda mı yoksa adli yargıda mı tazminat davası açacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu hususta maddenin gerekçesinde de herhangi bir hüküm bulunmamakta olup<sup>12</sup>, bu davanın hangi mahkemede ve hangi yargı düzeninde görüleceğinin kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Arabuluculuk komisyonlarında görev yapan üyelerin aldıkları karar ve yaptıkları işlerden dolayı sorumsuzluğu, hakimlerin verdikleri kararlara ilişkin sorumsuz olduklarına ilişkin kural esas alınarak düzenlenmiş görünmektedir. Nitekim, aynı şekilde hakimlerin de aldıkları kararlardan kaynaklanan zararların Devlete karşı açılan tazminat davasına konu edileceği zikredilmiştir<sup>13</sup>.

Hukuk yargılamasında hakimlerin verdiği kararlardan dolayı zarara uğranılması halinde Devlete karşı tazminat davası açılacağı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46. maddesinde ifade edilmiş, hangi hallerde bu davanın açılacağı bu maddede sayılmış, 47. maddede de bu davanın nerede açılacağı hükme bağlanmıştır:

*“(1) Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. Verilen kararların temyiz incelemesi Hukuk Genel Kurulunca yapılır. Temyiz incelemesine, kararı veren başkan ile üyeler katılamaz.*

*(2) Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür”.*

Ceza Muhakemesi Kanununun 141. maddesinin üçüncü fıkrasında yine hakim ve savcılarının verdiği kararlardan dolayı zarara uğranılması halinde Devlete karşı tazminat davası açılacağı zikredilmiş, dördüncü fıkrada; rücu müessesesi düzenlenmiştir. Kanununun 142. maddesinde tazminat istenebilecek haller açıkça ifade edilmiştir.

Anılan düzenlemelerde, Devlete karşı açılacak bu davalarda yetkili ve görevli mahkeme düzenlenmiş olup, zarara neden olan kararı tesis eden hakim/hakimlerin/mahkemenin niteliği tazminat davasının görüleceği mahkemeyi belirlemeye etkili olmuştur. Örneğin, söz konusu düzenlemelere göre, hukuk mahkemelerindeki kararlar nedeniyle açılacak tazminat davaları Yargıtay’da görülecek, ceza mahkemelerindeki kararlar nedeniyle açılacak tazminat davaları ağır ceza mahkemelerinde görülecektir.

Ancak, arabuluculuk komisyonu üyeleri bir hakim gibi görevleri sırasında aldıkları ve tesis ettikleri karar ve işlerden sorumsuz ise de, komisyon, mahkeme değildir. İlgili idarelerin personeli olup, bu

12 Söz konusu düzenleme 7036 sayılı İş Muhakemeleri Kanunuyla 6325 sayılı Kanuna eklenmiş olup, 7036 sayılı Kanunun genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0850.pdf>

13 Yönetmeliğin anılan düzenlemesinde, Devlet aleyhine tazminat davası açılması halinde mahkemenin ilgili komisyon üyelerine davayı resen ihbar edeceği de hüküm altına alınmıştır.

personeli istihdam eden idarenin –personelinin iş ve kararlarından – uğradığı zararlarının tazmini için hakimler/mahkemeler için öngörülen düzenlemelerin kıyasen uygulanması mümkün değildir.

Devlete karşı açılacak bu davada husumetin Hazine ve Maliye Bakanlığına yöneltileceği göz önünde bulundurulduğunda, aslında bir kamu personelinin kendi kurumuna verdiği zararın diğer bir idari kurumca üstlenilmesinin söz konusu olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, aslında burada Bakanlık, adalet gereği sorumlu olmakta, İdare Hukukunda bilinen adıyla “fedakarlığın denkleştirilmesi” ilkesi uyarınca mesuliyeti kabul edilmektedir. Söz konusu sorumluluk, personelin iş ve işlemlerinden kaynaklanan zarar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu kamusal ilişki nedeniyle zararın tazminininin de idari yargı organlarından istenmesi gerekmektedir.

Nitekim bir kamu personelinin iş ve işlemlerinden kaynaklanan zararlara ilişkin ancak personelin istihdam edildiği idare aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılması mümkünken, arabuluculuk komisyonu üyelerin iş ve işlemlerinden işveren konumunda olan idare zarar gördüğünden bu zararın tazminininin başka bir idari teşkilat tarafından karşılanması öngörülmüştür. Ancak, kanımızca bu yönde bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır, komisyonun bağlı bulunduğu idare, üyelerin seçimi, eğitimi konusunda yetkili olduğundan ötürü, üyelerin verdiği kararlardan kaynaklanan zararlara da kendi katlanmalıdır. Kaldı ki, Devletin ödeyeceği bu tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu etmesi gerekmekte olduğu, Kanunda ve Yönetmelikte ifade edilmiş olup, aynı şekilde Kurumun katlandığı bu zararı, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan üyelere rücu etmesi de mümkündür.

6325 sayılı Kanunda komisyon üyelerine tanınan göreviyle ilgili işlerde sorumsuz olma imkanı, yerinde ise de bu düzenlemenin kanımızca başka düzenlemelerle de desteklenmesi gerekmektedir. Komisyon üyeliğinin ikinci bir görev olduğu ilgili idarede komisyon üyesinin asli başkaca bir görevi olduğu düşünülürse, ilgili idarenin en üst amirinin yanısıra komisyon üyesinin başkaca amir/amirleri olacaktır. Arabuluculuk sürecinde komisyon üyesinin üstleriyle karşı karşıya kalması, üstlerinden kişisel talepler gelmesi mümkün olduğu gibi, iş yoğunluğu bakımından da komisyon üyelerinin amirleriyle ters düşmeleri mümkündür. Zira arabuluculuk müzakereleri için fazlaca görüşmeye giden komisyon üyesi amiri tarafından istenmeyebilecektir. Anılan nedenle, bu tür olası olumsuz durumların engellenmesi için idarelerde arabuluculuk komisyonlarında üye olacak kişilerin başkaca bir görev almamaları, komisyona görevlendirilmeleri halinde, önceki görevlendirmelerinin artık hükümsüz kalacağı, sadece komisyon üyesi olarak görev yapacağına ilişkin düzenlemelerin de ilave edilmesi gerekmektedir.

Diğer bir yandan, her ne kadar aldıkları karar ve yaptıkları işlerde sorumsuz oldukları kabul edilmekle birlikte, aldıkları kararların niteliği gereği ve yükümlülükleri dikkate alındığında, karşılaşabilecekleri riskleri azaltmak amacıyla komisyon üyelerine bir huzur hakkı verilmesi de düşünülebilecektir. Ancak, kanımızca bu huzur hakkından ziyade, komisyon üyelerinin idareyi temsil etmeleri ve idarelerin de Sayıştay denetiminden çekindikleri gerçeği göz önünde bulundurulursa, arabuluculukla anlaşma

hallerinde Sayıştay denetiminin sınırlandırılması ve denetimin aleyhe olması için belirli kriterlerin kanun koyucu tarafından öngörülmesi gerekmektedir.

## **SONUÇ**

İdarenin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesesiyle anlaşmanın sağlanması mümkün olup, arabuluculuk müzakerelerinde idareyi temsil edecek bir komisyon bulunmaktadır. Ancak, komisyonun süreci başlatmak gibi bir yetkisi yasal düzenlemelerde öngörülmediği gibi, bu komisyonun yapısı ve teşekkülüne ilişkin bir takım boşluklar bulunmaktadır. Söz konusu eksikliklerin bir kısmı Yönetmelikle giderilmişse de, bu düzenlemelerin kanunla yapılması gerekliliği muhakkaktır.

İdarelerin arabuluculuk komisyonlarında görev alan üyelerin bu görevleriyle ilgili aldıkları kararlardan ve yaptıkları işlerden sorumsuzlukları esas olup, bu iş ve kararlar nedeniyle zarara uğranılması halinde açılacak tazminat davalarının Devlet aleyhine açılması gerekmektedir. Yine düzenlemelerde bu davanın hangi mahkemede açılması gerekliliği düzenlenmemiş olup, kanımızca idari yargıda tam yargı davası şeklinde görülmelidir. Diğer bir yandan kanımızca, Devletin zararı karşılaması yönündeki düzenlemeye gerek bulunmamakta olup, idare kendi personelinden kaynaklanan zararlara katlanmalı şayet görevin gereklerine aykırı hareket eden üye varsa o üyeye zararını rücu etmelidir.

## **KAYNAKÇA**

[www.adb.adalet.gov.tr](http://www.adb.adalet.gov.tr)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr)

[www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

# Robotlara Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Açısından Robot Vergisi Önerisi\*

## In Terms of Protecting Real Persons Against to Robots and Robot Tax Proposal

Gülşen GEDİK\*\* 

### Öz

Robot teknolojilerin ortaya çıkması ile sunulan hizmet ve yaratılan katma değer çalışmalarında önemli biçimde yaklaşım değişimleri yaşanmaktadır. Dijital süreçlerin hızla ilerlediği günümüzde, kurumlar daha az vergi ödemek ve daha fazla kazanç elde etmek amacıyla gerçek kişi çalışanları istihdam etmekten giderek kaçınır hale gelecekler ve dolayısıyla devletin vergi gelirinde azalma yaşanacak teknolojik işsizlik büyük bir ekonomik sorun yaratacaktır. Bu nedenle devletin, gerçek kişi istihdamını koruyabilmesinin en önemli yolu, kurumlar için robot vergisi düzenlemesi yapmasıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Robot, Vergi, Otomasyon Vergisi, Robot Vergisi, İstihdam

### Abstract

Remarkably approach changes are experienced in the services and added value created with the emergence of robot technologies. In today's where digital processes are rapidly progressing, corporates will become increasingly avoiding employing real person employees in order to pay less tax and earn more profits, and therefore, technological unemployment, which will reduce the tax revenue of the state, will create a major economic problem. For this reason, the most important way for the state to protect the employment of real persons is to make robot tax regulations for entities.

**Keywords:** Robot, Tax, Automation Tax, Robot Tax, Employment.

## BAŞLARKEN: DİJİTAL DÖNÜŞÜM ÇAĞI

*“İnsanlığın önümüzdeki 20 yılda değişimi, geçtiğimiz 300 yıldan fazla olacak. Belki de ömrünüz yetecek, aklınızın almayacağı insan marifeti dehşetleri göreceksiniz”<sup>2</sup>.*

\* Bu çalışma Bursa Uludağ Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi için hazırlanan “Yapay Zeka ve Robot Teknolojisinin Türk Vergi Sistemine Etkileri” başlıklı ÖAP (H) – 2019/2 sayılı proje kapsamında yazılmıştır.

\*\* Doç. Dr. Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı,  
E-Mail: gulsengedik@uludag.edu.tr

2 Gerd Leonhard, *Teknolojiye Karşı İnsanlık – İnsan ile Makinenin Yaklaşan Çatışması*, Siyah Kitap Yayınevi, Çeviren:

Teknoloji alanındaki ilerlemelerin ve buna bağlı olarak dijital gelişmelerin gün geçtikçe hayal bile edemeyeceğimiz boyutlara taşınması, yaşamın her alanında olduğu gibi hukuk alanında da pek çok yeni kavramın tartışmaya açılmasına neden olmaktadır.

Dijital kavramının Türk Dil Kurumu sözlüğünde karşılığı “sayısal” olarak belirtilmiş ve “verilerin bir ekran üzerinde elektronik olarak gösterilmesi” biçiminde tanımlanmıştır<sup>1</sup>. Bu tanımdan hareketle dijitalleşmeyi “sayısallaştırma”, dijital dönüşümü de “sayısal dönüşüm” olarak ifade etmek mümkündür. Ancak bu tanımlamalar dar anlamda dijitalleşmeyi anlatmakta olup, gerçek durum daha farklıdır. Çünkü sayısallaştırma, dijitalleşme için bir başlangıç noktası olurken, dönüşümle birlikte değerlendirildiğinde sayısallaştırma ifadesinin yeterli olmadığı ve sayısallaştırılan her türlü verinin kullanılabilirdiği, işlenebildiği, anlamlandırılabilirdiği bir süreci anlatan bir tanımlama yapılmalıdır. Dijitalleşme olgusu sadece özel sektörü değil, kamu sektörü ve teknoloji ile iç içe olan toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren bir olgudur. Hata sosyolojik, kültürel ve ekonomik açıdan değerlendirmelerin yapılabileceği özelliklere sahip, gelir getirici etkisinden ziyade toplumsal bir dönüşümü ifade eder<sup>2</sup>.

Dijital çağ ve onun öngördüğü dijital toplum ise aslında tıpkı enformasyon çağı ve enformasyon toplumu gibi elektronik çağın içinde yer alan özel bir kavramdır. Çünkü elektronik çağ, bir süreç olarak devam etmekte; ancak bu arada gittikçe artan bir ivme ile belirlenen yeni değişiklikler birer devrim olarak ortaya çıkmakta ve bizi kendi kurallarını radikal biçimde kabule<sup>3</sup> ve mevcut yasalarda değişikliklerin yapılmasına zorlamaktadır.

“Hukukun insanlar tarafından oluşturulan bir kurumlar bütünü olduğu kabulü ile hareket ettiğimizde bu kurumların salt insan aklı aracılığıyla açıklanmaya çalışıldığı ve doğaya “devinimsiz bir madde” olarak bakıldığı zamanların geride kaldığı ve hukukun artık insan aklı dışında yapay zekâ süreçlerine de uyum sağlamanın gerektiği bir zamana geçmiş bulunuyoruz. Hukukun bir toplumda yaşayan kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir kurallar bütünü olduğu kabulü halinde ise insanın bile antropolojik açıdan değerlendirilmesinde ve tanınmasında her gün yeni bir aşama ile karşılaşırken, hukuken bir kişilik atfedemediğimiz, hatta daha ne olduğunu çözmekte zorlandığımız makine öğrenmesine sahip robotlar ve yapay zekâlı varlıkların hem insanlarla hem de birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyecek olan hukuk kurumlarının bu değişime uyum sağlaması çok önemli ve bir o kadar da zordur”<sup>4</sup>.

Bu zorluğun sebeplerinden birisi, en üst düzeyde fiziksel, dijital ve biyolojik alanları kapsayan teknolojilerin birleştiği Endüstri Devriminin (Endüstri 4.0) başlaması ile çalışma hayatının doğasındaki temel unsurların tartışmaya açılmış olmasıdır. Özellikle makinelerin gücünün gittikçe artmasına bağlı olarak hizmetin kim tarafından ve nerede sunulacağı, online dijital platformlar,

Cihan Akkartal, İlker Akkartal, Ekim 2018, s. 23.

1 <https://sozluk.gov.tr/>

2 Özgür Önday, **Dijital Dönüşüm**, Gazi Kitabevi, Ankara 2017, s. 33.

3 Önday, s. 26.

4 Gülşah Deniz Atalar, **Yapay Zeka Çağında Hukuk**, İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu, [https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay\\_Zeka\\_Caginda\\_Hukuk2019.pdf](https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zeka_Caginda_Hukuk2019.pdf) (1.2.2020).

büyük veri, nesnelerin interneti, yapay zeka ve robotların ortaya çıkması ile çeşitli sorunlar ortaya çıkmıştır<sup>5</sup>.

Günümüzde yakından deneyimlediğimiz bir robot devrimi yaşanmaktadır. Farklı sektörlerdeki firmalar maliyetlerini düşürmek, üretim/hizmet kapasitesini genişletmek, verimliliği ve kaliteyi arttırmak, ürün kalitesinin sürdürülebilirliğini sağlamak ve firmanın rekabet edebilirliğini artırmak için robotik, yapay zekâ ve (hizmet) otomasyonundaki gelişmelere uyum sağlamaktadır<sup>6</sup>

Önümüzdeki on yıl içinde birbiriyle bağlantılı, uyarlanabilir ve kendi öğrenen makineler, aletler ve programlar yani robotların ve yapay zeka ile uyarlanmış robotik otomasyon süreçlerinin üretim ve hizmet alanındaki hemen hemen tüm sektörlerdeki çalışma hayatını önemli biçimde değiştireceği tahmin edilmektedir. Bu durum, sadece mavi yakalı işçileri etkilemeyecek, endüstriyel devrimin başlamasından itibaren makinelerin insan çalışanların yerini aldığı beyaz yakalılara da etki edecektir<sup>7</sup>.

Ancak bu etkilemenin tamamen olumsuz yönde olacağı söylenemez. Nitekim “insanların yaşamını kolaylaştırmak için tasarlanmış elektro mekanik sistemlere elektronik devreler ve mikro işlemciler kullanarak bireysel veya yarı bireysel hareketler yaptırma işi”<sup>8</sup> olarak tanımlanan otomasyon, pek çok işin daha hızlı yapılmasını sağlar<sup>9</sup>. Böylece insanlar ağır işlerde çalışmak zorunda kalmaz, boş zamanlarında artış olur, yaratıcılık ve girişimcilik için daha çok zamanları kalır, daha az iş stresi yaratılır ve yaşam kalitesi artar<sup>10</sup>. Olumsuz etki, otomasyon sürecinin bir başka parçasını oluşturan robotların iş hayatında daha fazla kullanılmaları ile başlayacaktır<sup>11</sup>.

Aslında her daim ekonomik gelişmenin temeli olarak kabul edilmiş olan teknolojik gelişmeler<sup>12</sup>, önümüzdeki birkaç yıl içinde işyerinde makinelerin kullanımına bağlı olarak “teknolojik işsizlik”

5 Christina Dimitropoulou, “CFE Tax Advisers Europe 60th Anniversary – Liber Amicorum”, Editors: Servaas van Thiel, Piergiorgio Valente, Stella Raventos-Calvo, **Chapter 4: Robot Taxes: Where Do We Stand?**, IBFD Publications, 2019, s.56; Mehmet Özkan, Endüstri 4.0 ve Üretim İşletmeleri Açısından Değerlendirilmesi, Vergi Raporu, Sayı: 243, Aralık 2019, s. 80: “Endüstri 4.0 üretim teknolojilerinde otomasyon ve veri iletişimi eğilimi olarak, siber fiziksel sistemleri, nesnelerin interneti, bulut ve bilişsel işlemleri içermekte ve akıllı fabrika olarak adlandırılan üretim merkezlerini oluşturmaktadır.”

6 Dilek Kurt, Ümit Bozoklu, “Robot Ekonomisinin Yükselişi”, **Sosyal Bilimler Metinleri**, Yıl: 2019, Sayı:1, s. 28.

7 Joachim Englisch, Digitalisation and the Future of National Tax Systems: Taxing Robots? [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3244670](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3244670) (1.2.2020).

8 Ayhan Gün, Kadir Gök, **Otomasyonun Temelleri ve Robot Kontrolü**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 19.

9 Özalp Vayvay, “Bölüm 3: Teknoloji Yönetimi ve Değişim Araçları”, **Teknoloji Yönetimi**, Editörler: Feray Odman Çelikçapa, Sait Kaygusuz, Dora Yayınları, Bursa 2010, s. 90.

10 Yiğit Yıldız, “Türk Vergi Sistemine Gelecekçi Bir Yaklaşım: Robot Vergisi”, **Vergi Raporu**, Sayı:244, Ocak 2020 s. 156.

11 Mehmet Ela, “Teknolojik İşsizlik Problemine Mali Çözüm: Robot Vergisi ve Türkiye’deki Potansiyeli”, **Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi**, 12 (3), 2019, s.890: “Çoğu otomasyon türü ve robot, genellikle belirli iş kayıplarına doğrudan bağlanamayan teknolojiler içermektedir. Yapay zekâ gibi bazı yazılımsal botlar yanında fiziksel robotlardan da bahsetmek mümkündür. Robotlar ayrıca tele robotlar ve özerk (otonom) robotlar olarak ele alınabilir. Tele robotlar, genellikle insanlar tarafından kontrol edilirken özerk robotlar hareketlerine kendisi karar verebilmektedir. Bir diğer sınıflandırma ise robotları endüstriyel robot ve hizmet robotları olarak iki biçimde ele almaktadır. Bu anlamda işsizliğe neden olan robotlar olarak literatürde genellikle endüstriyel robotlar vurgulanmıştır”.

12 Özlem Doğan, “Bölüm 2: Teknoloji Yönetimi ve Küresel Rekabet”, **Teknoloji Yönetimi**, Editörler: Feray Odman Çelikçapa, Sait Kaygusuz, Dora Yayınları, Bursa 2010, s.42: “Teknolojik Gelişme, aygıtların verimli bir biçimde kullanılmalarını,



sorununa yol açacak, işlerde durgunluk, gelir eşitsizliğinin artması, iş hayatından insanların uzaklaştırılması, işe katılımın azalması sonucunu doğuracaktır. Bir başka deyişle toplumda “önemli bir kırılma olacağı”<sup>13</sup> gerçeği de artık açıktır ve bu kırılma ile ilgili – vergi hukuku özelinde – devletin emeğin korunması yönünde taraf tutarak tedbirler alması gerekmektedir.

## I. Robot Teknolojisi

### I. Kavram

Robot kelimesi 1920 yılında “Rossum’s Universal Robots – R.U.R” başlıklı Karel Capek tarafından geliştirilen bir Çek oyunundan gelmektedir. Bu oyunda “robotlar” bir fabrikada köle işinde kullanılan yapay insanlar için kullanılmıştır<sup>14</sup>.

Günümüzde robot kavramı ile ilgili tanımlamalara bakıldığında aşağıdaki değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir:

- Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde yer alan tanıma göre; “belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılabilen otomatik araçtır”<sup>15</sup>.
- Bilgisayar tarafından kontrol edilen ve işleri otomatik olarak yapan bir makinedir<sup>16</sup>.
- Bağımsız biçimde hareket edebilen canlı varlıklara benzeyen makine, otomatik olarak karmaşık ve tekrarlanan görevleri yerine getiren alettir<sup>17</sup>.
- Fiziksel olarak hareket edebilen, otonom veya yarı otonom bir makinedir ve bir çeşit zekâyâ sahip olması gerekmektedir. Ancak bunun yapay zekâ düzeyinde olması şart değildir. Yani bir robotta yapay zekâ veya akıllı yazılım olabilir ancak bu şart değildir. Buna göre önündeki engeli hissedip duran kendi kendine çalışan bir süpürge robottur. Ancak fabrikada önüne ne gelirse gelsin perçin atan bir kol robot değildir. Çünkü önündeki bant boş mu, önünde insan mı araç mı var fark etmemektedir. Bir masaüstü bilgisayar, bir fotokopi makinesi, bir akıllı telefon içinde pek çok program olabilmesine rağmen fiziksel olarak hareket edemeyen makineler olduğundan robot değildir<sup>18</sup>.
- Hem mekanik hem de zihinsel bileşenlerinin ortaya çıkartılarak oluşturulan bir sistemdir; ancak biyolojik organları yoktur. Sonuç itibarıyla robot, yapılması gerekenler konusunda rasyonel kararlar vermek için dünyada hareket etmek üzere imal edilmiş olan makinelerdir<sup>19</sup>.

ayrıca belirli bir teknik ve ekonomik karlılığın gerçekleştirilmesini, işletmelerin büyümesini, bir dizi karmaşık işlemin ve gittikçe çoğalan bir enerjinin kullanılmasını sağlayan tüm yeniliklerdir”.

13 Dimitropoulou, s.56.

14 Richards, Smart “ Part I: Starting Points”, Robot Law, Editors: Ryan Calo, A.Michael Froomkin, Ian Kerr, Edward Elgar Publishing, s.5.

15 <https://sozluk.gov.tr/> (1.2.2020)

16 <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/robot> (1.2.2020)

17 <https://www.merriam-webster.com/dictionary/robot> (1.2.2020)

18 Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:7, Sayı:29, Ocak 2017, s.89.

19 Richards, Smart, s.6.

Robotik kelimesi ise “robotları çalışan veya yaratan biri” anlamında 1941 yılında Isaac Asimov tarafından üretilmiş bir kelime olup, “*geleneksel biçimde insanlar tarafından yapılan görevleri yerine getiren robotların dizaynı, yapımı ve kullanılması*” anlamında<sup>20</sup> robot bilim anlamına gelir<sup>21</sup>.

Isaac Asimov’un “Ben Robot” isimli hikayelerden oluşan eserinin giriş sayfasında yer alan “Üç Robot Yasası” şöyle ifade edilmiştir:

1. “*Bir robot, bir insana zarar veremez. Ya da hareketsiz kalarak bir insanın zarar görmesine neden olamaz.*”
2. “*Bir robot, insanların verdikleri emirlere uymak zorundadır. Ancak bu tür emirler Birinci Yasayla çeliştiği zaman durum değişir.*”

*Bir robot, Birinci ve İkinci yasalarla çelişmediği sürece varlığını korumak zorundadır (Robotik El Kitabı, 56.Baskı, M.S. 2158)<sup>22</sup>”*

Asimov’un üç robot yasasını oluşturmasından itibaren geçen 75 yılda yapay zeka ve robotik önce bir olasılık olarak sonrasında ise gerçeklik olarak ortaya çıktı. Bugün, bu endüstri, gelişmişliğin de ötesinde, her yeredir, yapay zeka ve robotlar hepimizin tüm çevresindedir. Doğal kaynaklarımızın geliştirilmesinde, tedarik zinciri oluşturulmasında ürünlerimizi ortaya çıkarmakta, gelişen biçimde zamanımızın kontrol edilmesinde, engelli kişilerin hareketlerine yardım edilmesinde, ameliyatlarda ve evdeki işlerimizin yapılmasını geliştirmekte rol oynamaktadırlar ve gelecekle çok parlaktır<sup>23</sup>.

Isaac Asimov’un 1942 yılında kitabında yazdığı üç robot yasası, beklenmedik biçimde bugün robot hukukunun gelişim tartışmalarında halen kullanılmakta olup, yapay zeka/ robot ve hukuk arasındaki ilişkide de üç mesele gözükmektedir:

1. Yapay zeka, hukuk pratiğini nasıl geliştirir ve hukuk faaliyetlerinde yeni alanları nasıl yaratır ve gelecekte nasıl olacaktır;
2. Bazıları şimdiden mevcut olan, yapay zeka ve robotların avukatların mesleğe yönelik tehditleri;
3. Robotik ve yapay zeka kullanımını gerektiren yasa ve yönetmeliklerin ve bu kullanımın dünyadaki değişime (muhtemelen bozucu etkisinin) ekonomi, işyeri, toplum ve insanlığa etkileri<sup>24</sup>.

Robotlara uygulanabilecek bazı temel ilkeler konusunda henüz bir fikir birliğine varılamamıştır. Robotların birer özne sayılıp sayılamayacakları, sayılabileceklerse sorumluluklarının ne şekilde belirleneceği, sayılamayacaklarsa kimin (üretici, programcı, satıcı, kullanıcı vs) sorumlu

20 (<https://www.britannica.com/technology/robotics> (1.2.2020))

21 ([https://www.nasa.gov/audience/forstudents/5-8/features/nasa-knows/what\\_is\\_robotics\\_58.html](https://www.nasa.gov/audience/forstudents/5-8/features/nasa-knows/what_is_robotics_58.html)) (1.2.2020); Kurt, Bozoklu, s.29: “Robotik, yapay zekâ ve hizmet otomasyonuna dayalı ekonomi sistemi de “robot ekonomisi-robotonomics” olarak tanımlanmaktadır. Ekonomik sistemin yeni bir biçimi olarak tanımlanan robot ekonomisi, insan gücü yerine robot, yapay zeka ve otomasyon teknolojilerini üretim faktörleri olarak kullanmaktadır.”

22 Isaac Asimov, **Ben Robot**, Türkçesi: Gönül Suveren, Altın Kitaplar Yayınevi, 1.Basım, Ocak 1992, s.7.

23 Richard L.Hermann, “**I, Robot Lawyer, Opportunities and Threats in an Orwellian World**”, 21st Century Legal Career Series, Vol.15, H.Watson Consulting LLC, USA, 2017, s.7: “Hatta belki kendi sahip olduklarımızdan bile daha parlaktır”.

24 Hermann, s. 6.

tutulabileceği, robotlara atfedilecek bir hukuki sorumluluk ihtimalinde tazminat veya cezalandırma kurumlarının ne şekilde işletileceği halen tartışmalıdır<sup>25</sup>.

Robotların yasal bir kişilik olarak değerlendirilmesi düşüncesi robotların otonomi derecelerinin artması veya insan kontrolünden uzaklaşmasını ifade eder; ancak pek çok yasal sorunları da beraberinde getirir. Şimdiye kadar Suudi Arabistan'da vatandaşlık verilen Robot Sophia dışında benzer bir durumla karşılaşmamıştır ancak teknolojik devrimin ilerlemesine bağlı olarak tüm robotların yasal sisteme adaptasyonu gerekeceği açıktır<sup>26</sup>.

Türkiye'de yasal mevzuata baktığımızda "robot" ile ilgili bir hukuki tanıma ve/veya robotların sorumluluğuna dair bir düzenlemeye yer verilmediğini görmekteyiz.

## 2. Robotlara Hukuksal Statü Tanınması

Robotların artan biçimde insan faaliyetlerinin yerini aldığı için yasal bir statü kazandırılması tartışmaları başlamıştır ve bu kapsamda 31 Mayıs 2016'da Avrupa Birliği Hukuk İşleri Komitesi, robotların modern toplumun her alanında, üretim, ticaret, ulaşım, sağlık, eğitim ve ziraat gibi kullanımının artan önemine değinen bir rapor yayınlamıştır. Bu Rapor 1 Ocak 2017'de Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından kabul edilmiş<sup>27</sup> ve robotların "elektronik kişi" olarak tanınmaları gerektiği ifade edilmiştir<sup>28</sup>.

Münhasıran robotların hukuki sorumluluğunu ele alan çalışmaların hızlandırılması, özellikle Avrupa'da robotların medeni hukuk sorumluluğuna yönelik yeknesak hukuk sistemi çalışmalarının desteklenmesi amacıyla Avrupa Parlamentosu 27.01.2017 tarihli Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Taslak Tavsiye Raporunu, hemen ardından 16.02.2017 tarihli kabul metnini yayınlamıştır. Söz konusu rapor, robot hukuku ve yapay zekâya yönelik uluslar üstü yeknesak hukuki düzenlemeler getirmeyi hedefleyen ve tavsiyeleriyle yol gösteren ilk hukuki metin olması nedeniyle önemlidir<sup>29</sup>.

Söz konusu Rapor'da belirtilen elektronik kişilik statüsünün esası, robotların, *en azından şimdilik*, insanın yasal statüsüne sahip olmayacağı ve olmaması gerekliliğine dayandırılmakta olup, şirketlerin yasal statüsünü belirleme açısından tüzel kişilik hakları, yetkileri ve maddi ve ekonomik sorumluluklarının robotlar içinde de bu şekilde tarafları (kullanıcılar, satıcılar, üreticiler ..vs) kapsayan bir sorumluluk olabileceği ifade edilmektedir. Her robotun resmi bir sicile kaydedilmesi ve kayıt anında bu pakete, yani kişiliğe hak kazanması şeklinde ticari sicil sistemine benzer bir yapıda,

25 Çağlar Ersoy, **Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul Eylül 2017, s. 78.

26 Dimitropoulou ,s.63.

27 Xavier Oberson, "Taxing Robots? From the Emergence of and Electronic Ability to Pay to a Tax on Robot or the Use of Robots", **World Tax Journal**, 2017, Volume 9, N.2, s.247.

28 [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html) (12.12.2019)

29 Cannur Ercan, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 11, Sayı: 40, Ekim 2019, s. 19.

robotlara özgü bir fon kurularak tazminat sorumluluğunun bu fondan karşılanabileceği görüşü bulunmaktadır<sup>30</sup>.

Hukuki açıdan konuya bakıldığında ise robotlar ile gerçek kişilerin aynı iş yerinde çalışmalarından kaynaklanması olası sorunlar gündeme gelecektir. Örneğin:

- “Robotlar, insanlara göre daha akıllı, hızlı ve verimli olacaktır,
- Robotlar insan çalışanlara göre vatandaşların özel yaşamını daha fazla ihlal edecektir; çünkü robotlar daha kısa bir süre içerisinde üçüncü kişilerin datalarına ulaşabilirler,
- Özgür düşünen robotlara insan müdahalesi ve danışmanlığı gerekecektir,
- Robotlar ve insan çalışanlar aynı yasalara tabi olacaklardır ancak farklı standartlar uygulanabilir, yani kesin hükümlerin uygulanması ile takdir yetkisi çatışabilir,
- Robotlar insanlardan daha az insani yetenek ve sağduyuya sahip olacaktır ve eylem durumlarında bunun nasıl ele alınacağı belirsizdir,
- Toplum robotları insanlardan daha farklı algılayacaktır”<sup>31</sup>.

Robotların gelecekteki hukuki statülerine ilişkin tezler, robotlara hiçbir yasal statü ve hak tanınmaması halinden başlayarak insana eşdeğer hak ve özgürlüklerin tanındığı bir duruma kadar farklılaşan öneriler içermektedir<sup>32</sup>.

Mevcut hukuki düzenlemeler insanı özne olarak kabul etmektedir. Ancak, robotlarda yapay zekânın kullanılması ve böylelikle robotun öğrenebilir hale gelmesi mümkün olduğundan robotun bilinçli olarak yaptığı hareketlerden sorumlu olması dolayısıyla hukuk nazarında bir özne kabul edilmesi sonucuna doğru gidebilecek etik tartışmalar da gelecekte artacaktır<sup>33</sup>.

30 Ersoy, s.89,90: “Önerinin gerekçe ve uygulamasına ilişkin ileri sürülen hususlar şöyledir: a) Şirketler için yasal kişiliğin hak ve sorumluluklar anlamına geldiği, aynı mantığın robotlar içinde uygulanabilir olduğu, b) robotların karar alma kapasitesine sahip olduğu, bu sebeple tıpkı şirketlerde olduğu gibi belirli bir kişiliğe ve çıkara sahip olabilecekleri, yasal kişiliğin, hak ve sorumlulukların paketlenip araya getirilmesinden ibaret olduğu, c) uygulamada otonom robotların resmi bir sicile kaydedildikten sonra kişiliklerine kavuşabilecekleri, robotların faaliyet alanları ve kapsamına göre kendisine bir malvarlığı özgülenebileceği ve olası zararlardan robotun sorumlu olması halinde zararın bu paradan tahsil edilebileceği, d) üreticiler ve kullanıcılar tarafından bu malvarlığı havuzunun katkı payları ile oluşturulabileceği, e) tüm bilgilerin robotla etkileşime girmek isteyenlerin ulaşabileceği bir sicil sisteminde tutulabileceği”.

31 Melanie Reid, “Rethinking The Fourth Amendment in The Age of Super Computers, Artificial Intelligence, And Robots”, *West Virginia Law Review*, Spring 2017, Lexis Nexis Online Database (15.1.2020)

32 Ersoy, s.84: “Robotların ne olduğu sorusuna toplumun çeşitli kesimleri (bilim insanları, araştırmacılar, kamuoyu vs.) başka başka cevaplar veriyorlar. Bazılarına göre robotlar şimdi ve her zaman birer makine olarak kalacak eşyalarken, bazıları robotları insanı kendini hayvandan ayrı bir yere koymasının yollarından biri olarak tanımlıyor ve bu bağlamda robotun etik bir boyuta sahip olduğunu ifade ediyorlar. Bazıları robotların ahlaki özneler olduğunu belirtirken, bir görüşe göre de robotlar bizi entelektüel ve ahlaksal boyutlarda geçecek olan yeni bir türü müjdeliyorlar”.

33 Yüksel, s.92: “Doktrinde ileride gelişmiş otonom robotların sözleşmeler hukuku açısından sorumluluğu söz konusu olabilirse de ceza hukuku açısından mahkemede hâkim önüne çıkarılması ve suçlu bulunmalarının mümkün olmayacağı belirtilmektedir”; Leonhard, s. 29: “Çok yakında makineler de bir zamanlar, ister mavi ister beyaz yakalı olsun, yalnızca insan işçilere özgü sayılan şeyleri yapabilir hale gelecek: Örneğin dil öğrenme, karmaşık görüntü tanıma gibi. İşte o zaman, hayatın her alanında makinelere bağlı olacağız. Artırılmış gerçeklik, sanal gerçeklik, hologramlar, implantlar, beyin-bilgisayar arayüzleri nanoteknoloji ve sentetik biyoloji ile geliştirilmiş uzuvlar gibi yeni tip arayüz teknolojileri sayesinde, insan ile makinenin hızla birleşeceğimiz görmemiz muhtemel. O zaman, hele de makineler bizim adımıza

### 3. İstihdamda Robotların Gerçek Kişiler Yerine İkame Edilmesi

Teknolojik gelişmeler, bugüne dek bilinen profesyonel iş alanlarının temellerinin çoğunu değiştirmektedir. Geleneksel olarak uygulamada uzman kişiler yönetim, defter ve kayıtlarını ellerinde tutmakta iken, giderek artan biçimde bu uzmanlık alanlarında çalışanlar çeşitli makineler, sistemler ve araçların kullanıldığı dijital ortamlarda bu kayıtları tutmaya başladılar. Sonuç olarak bilgiler çok farklı biçimlerde elde tutma, paylaşma, kullanma ve yeniden kullanma olarak farklılaştı<sup>34</sup>.

Yeni teknolojilerin istihdam üzerine etkileri konusunda üç farklı görüş bulunmaktadır. Olumlu etki yaratılacağını düşünen “iyimserlere” göre, bilgi teknolojileri istihdamı artıracak ve çalışma hayatının kalitesini geliştirecektir. “Kötümserlere” göre, emeğin yerine makinenin ikame edilmesi işsizliği artıracaktır<sup>35</sup>.

Bu sistemin temeli ne kadar karmaşık gözükmüşse gözüksün iki ana başlık altında incelenebilir: Otomasyon ve inovasyon<sup>36</sup>.

Otomasyon çok geniş ölçekli faydalar sağlama potansiyeline sahip bir sistemdir ve sadece iş verimliliğini artırmaz, aynı zamanda güvenliği sağlar ve yeni bilimsel buluşlara neden olur. Bununla birlikte kontrol edilmediği takdirde işsizliği – *teknolojik işsizlik olarak tanımlanmaktadır* – ve ekonomik yetersizliği artırma potansiyeli vardır<sup>37</sup>.

1930 yılında “*torunlarımızın ekonomik imkanları*” konusunda bir değerlendirme yapan John Maynard Keynes tarafından ileri sürülen “teknolojik işsizlik” kavramı, en genel ifadeyle, yeni teknolojilerin insanları işinden etmesi anlamına gelir. John Maynard Keynes, 1930 tarihinde şu ifadeyi kullanmıştır: “*Bazı okuyucuların daha önce ismini hiç duymadıkları; ancak yıllar içinde öğrenecekleri yeni bir dertten mustarip haldeyiz; yani, teknolojik işsizlik*”<sup>38</sup>.

Teknolojik işsizlik üretimde emek tasarrufu sağlayan teknolojilerin kullanılması, üretimin yeniden organizasyonu, yeni maddelerin ikamesi, geliştirilmesi ve gelişmiş idari yöntemlerin uygulanması sonucu ortaya çıkan işsizlik türüdür ve giderek hızlanan sermaye yoğun veya emek tasarrufu sağlayan yeni buluşlar ile üretim tekniklerinin üretim sürecinde uygulanmasıyla daha az insan gücü ile çok daha fazla üretimin olanaklı hale gelmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır<sup>39</sup>.

herşeyi yönetirken toplum sözleşmelerimiz, değerlerimiz ve ahlakımız ne olacak”

34 Richard Susskind, Daniel Susskind, **The Future of the Professions**, Oxford University Press, 2015, s.109.

35 Aysen Tokol, **Endüstri ilişkileri ve Yeni Gelişmeler**, Dora Yayınevi, Bursa, 7.Baskı, 2017, s, 142: “İyimserlere göre; yüksek teknoloji kullanan Japonya gibi ülkelerde işsizlik oranının diğer ülkelere göre daha düşük olması, görüşlerinin desteklenmesi bakımından önem taşımaktadır. İyimserlere göre, yeni teknolojinin kullanılması değil, kullanılmaması işsizliğe yol açmaktadır.

36 Susskind, Susskind, s.109.

37 Ryan Abbott, Bret Bogenschneider, “*Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation*”, **Harvard Law & Policy Review**, Vol:12, 2018, s. 147: “Hatta çalışanlar teknolojik işsizliği yeni işlere dönüştürebilmek için uğraşsalar da bu hızlı dönüşümün öncesindeki süreçler boyunca kısa dönem sorunlar görülecektir. Ayrıca pek çok uzmana göre bugünkü teknolojik avantajların daha önceki dönemlere göre oldukça farklı olacağı beklenmektedir. Ve uzun dönemde işsizliğin kalıcı bir sorun olarak ortaya çıkması kaçınılmazdır”.

38 <https://www.futureofworkhub.info/comment/2019/12/4/robot-tax-the-pros-and-cons-of-taxing-robotic-technology-in-the-workplace> (31.01.2020).

39 Özlem İşçiçok, **İstihdam ve İşsizlik**, Dora Yayınevi, Bursa, 4.Baskı, 2018, s. 118.

Uzun vadede teknolojik gelişmeler nedeniyle insanların işsiz kalması sorunu ortaya çıkacak mıydı? Kısa cevabı, evet. Ancak bu işgücü kaybının ne kadar büyüklükte olacağı hususu belirsizdir<sup>40</sup>. Çünkü otomasyon, verimsiz işçilere duyulan ihtiyacı azaltmakta, nitelikli çalışanlara olan ihtiyacı ise artırmaktadır. Örneğin Mc Donalds gibi şirketlerin otomatik kasa kullanmalarıyla şirket, daha fazla kazanç sağlamış ve müşteriler de düşük fiyatlardan memnun olmuşlardır. Ancak gerçek kişi kasiyerler kendilerini çok daha rekabetçi bir iş hayatında buldular. Bu rekabetçi ortam daha düşük ücretler, daha az avantajlı işgücü kuralları, daha az çalışma saatleri, iş ilanlarının azalması ve işten çıkarılmalara da neden olmaktadır<sup>41</sup>.

Buna ek olarak inovasyon sürecinde makinelerin, robotların ve internet ağlarının üretim süreçlerine neredeyse tamamen hakim olduğu ortamda, iş dünyası, akıllı üretim süreçlerinin kullanıldığı akıllı fabrikalar ve bu fabrikalardan çıkan akıllı ürünlerle tanışmıştır<sup>42</sup>.

21.yüzyılı etkileyecek en büyük üretim devrimi sayılabilecek akıllı fabrikalar, üretimde insan gücüne ihtiyaç duyulmaması ve tamamen insansız üretim sağlayan yerlerdir ve otomasyonlar, robotlar, bilişim, üretim ve işgücü vb. arasındaki yeni ilişkileri içermektedir<sup>43</sup>.

Otomasyon sisteminden ayrı olarak robotların kullanımına bakıldığında ise aslında robotların hala en yaygın biçimde “endüstriyel robot” olarak kullanıldıkları görülmektedir. Ancak yapay zeka alanındaki bilimsel gelişmeler robotların işgücünde daha fazla yer alacağını ve işsizlik oranlarında artış olacağını göstermektedir; çünkü robotlar pek çok faaliyette kullanılabilir: Örneğin Web sayfasına link vermek, data paylaşımı ve çalışma ve öğrenme işbirliği, patlama meydana gelebilecek tehlikeli işlerde, çevre korumasında, özellikle şehirlerde doğal afetler sonrası, depremler gibi kurtarma faaliyetlerinde, bomba veya gaz patlamalarında veya tehlikeli maddeler içeren günlük yangın ve kazalarda kurtarıcı misyon anlamında robotlar her zaman çok değerli bir araçtır<sup>45</sup>; ancak diğer yanda gerçek kişi çalışanlar için gelecekte önemli bir işsizlik tehdidi oluşturmaktadır<sup>46</sup>.

Robot teknolojisinin istihdam üzerine etkisi üç temel kriter çerçevesinde tanımlanmaktadır. İlk olarak, önceki teknolojilerden farklı olarak tüm sektörleri, işleri ve işçileri etkilemektedir

40 Susskind, Susskind, s.284.

41 Abbott, Bogenschneider, s. 154.

42 Önday, s. 62: “Akıllı üretim, gelişmiş yazılım ve bilgisayar programlarının makinelere entegre edilmesi sonucu ortaya çıkmış olup, sanayi 4.0’in birincil gereği ve en somut göstergesi olan akıllı fabrikaların özellikleri şu şekildedir: -Akıllı fabrikalar, karmaşık üretim süreçlerini hızlı ve sorunsuz biçimde yönetmek konusunda oldukça başarılıdır. -Akıllı fabrikalardan çıkan ürünler daha sorunsuz ve daha uzun ömürlü olmaktadır. -Akıllı fabrikada insanlar, makineler ve üretim kaynakları birbirleriyle derin bir etkileşim içindedirler”.

43 Özkan, s. 91: “Çin’de cep telefon modülü üreten bir fabrika bu sistemin ilk örneğidir. Fabrikada sistem kurulmadan önce 650 olan işçi sayısı 60’a inmiştir; ancak ürün çıktısındaki kuruş oranı %25’ten %5’e düşmüştür”.

45 Germana Bottone, “A Tax on Robotos Some food for Thought” [46 <https://www.nytimes.com/2017/03/07/upshot/how-to-beat-the-robots.html>: “Belki işlerin otomasyona geçmesi, eninde sonunda daha iyi ve yeni işler yaratacaktır. Belki hepimizi işimizden edecektir. Bugünün işleri – beyaz yakalı, mavi yakalı veya yakasızlar – geçmişe nazaran daha fazla eğitim ve kişisel yetenek gerektirmektedir. Bugün işi otomasyonla yapılan kişilerin çoğu yeni bir iş bulamamaktadırlar. Teknoloji ekonomik gelişmeyi sağlar; ama bu avantajlar eşit olarak dağılmamaktadır.”](https://pdfs.semanticscholar.org/da28/ab04ba0a83db28ed9fa4d2c99080cc65fd70.pdf?_ga=2.246966.092.934210900.158.5309824.640.866209.158.530.9824;Leonhard, s. 68: Robotlar, herşeyin muhteşem yeni yaratımlar halinde birleştiği tüm mega dönüşümlerin somutlaşmış halidir. İster beğenin, ister beğenmeyin, robotlar her yerde olacaklar.</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

ve özellikle hizmet sektöründeki işlerin yerini alma potansiyeli yüksektir. İkinci olarak çok hızlı yayılmaktadır. Üçüncü olarak işleri daha mobil hale getirmektedir. Bu açıdan sadece işgücü talebini azaltmamakta, aynı zamanda işgücü arzını daha küresel bir işgücü piyasasına yaymaktadır<sup>47</sup>.

Robotların iş hayatında daha yaygın kullanılacağı öngörüsüne en önemli gerekçe, otomasyon teknolojisinin giderek yapay bilişim, sensörler, makine öğrenimi ve akıllı şebekeler üzerinde yoğunlaştığı için, bu eğilimin özellikle makine yoğun sektörlerde kuvvetli bir biçimde görüleceği, robotlara daha fazla yazılım yükledikçe ve bulut tabanlı kaynaklara bağlanıldıkça, bu robotları programlamanın hem daha kolay hem de daha ucuz olacağı ve dolayısıyla küçük ve orta boy işletmelerin de gelişmiş robotik teknolojileri kullanmasına olanak sağlayacağı gerçeğidir<sup>48</sup>.

Teknolojik gelişmelerin emek piyasasına olan etkilerini incelemeye yönelik olarak yapılan çalışmalar iki grup altında toplanabilir. Birinci grupta; meslek ve görevlerin gelecekte robot teknolojileri tarafından yapılabilme olasılıkları hesaplanmaya ve gelecekte hangi mesleklerin otomasyona ne kadar uğrayacakları belirlenmeye çalışılırken, ikinci grupta ise endüstriyel robotların insan emeğini ne kadar etkileyeceğine odaklanılmaktadır<sup>49</sup>.

Robot ekonomisinin tüketicilere ve firmalara sağladığı olumlu gelişmelere rağmen, teknolojik ilerlemelerin otomasyon sürecine uyarlanması ile birçok işkolu ortadan kalkacak ve buna bağlı olarak pek çok insan özellikle kısa vadede işini kaybedebilecektir. Üretim sürecindeki işgücü ile robotlar arasındaki ilişki tamamlayıcı olmak yerine ikame edici olduğu sürece işsizlik problemi artarak devam edecek gerek istihdam düzeyi gerekse reel ücretler ciddi şekilde düşecektir. Üretilen mal ve hizmetlerin daha kaliteli ve ucuz, insanların da daha çok serbest zamanı olması mal ve hizmet satın alımı için ödenmesi gereken bedel ile ilgili gerçeği ortadan kaldırmamaktadır. Tüketicilerin yeterli geliri olmaması durumunda ise mal ve hizmetler daha az tüketilebilecektir. Tüketicilerin alım gücünün zayıf olması, mal ve hizmetlerini ileri teknoloji ile üreten ve otomasyon sayesinde üretim sürecindeki verimliliklerini artıran firmalar için de ciddi bir sıkıntı yaratacaktır<sup>50</sup>.

Teknolojik gelişmelerin işgücü piyasasına olan etkilerini araştıran bir çalışmada 46 ülke ve 800'den fazla meslek grubu üzerinde bir araştırma yapılmıştır. Buna göre 2030 yılına kadar dünyada 400-800 milyon insanın işini kaybedeceği, robotların üretim sürecine dâhil olması ile her beş çalışandan birinin etkileneceği ifade edilmiştir. ABD ve AB bazında yapılan araştırma sonuçlarına göre de her bir robot ile ortaya çıkan istihdam kaybı ABD için 6.2 kişi, AB için 3.4 kişi olacaktır<sup>51</sup>.

47 Tokol, s.143.

48 Tamer Budak, **Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi**, On İki levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Mart 2018, s.26.

49 Kurt, Bozoklu, s.33.

50 Kurt, Bozoklu, s.41.

51 Yıldız, s. 157.



## II. Robot Teknolojisindeki Gelişmelerin Vergi Sistemine Etkisi

### I. Robotların Mükellef Statüsü: 2020 Dünyasında Hukuki Tanınmazlık

Günümüzde robotlar tarafından yürütülen faaliyetlerden (iş veya hizmet) robotların bir mükellef olarak tescil edilip vergi ödemesi gerektiğinin kabulü için, “robotların elektronik ödeme yeteneği” kabul edilmelidir ki “özel vergi sorumluluğu” tartışılabilir<sup>52</sup>. Ancak günümüzde robotlar için ne gelir vergisi ne de kurumlar vergisinin mükellefi kapsamında bir tanımlamaya tabi tutulması pek mümkün gözükmemektedir.

Robotların gelir vergisi kapsamında gerçek kişilere benzetilemeyeceği hususu iki sebebe dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki, gerçek kişiler, toplumda kamu düzeninin gelir ve servetin yeniden dağıtımını önceliği göz önüne alınarak ödeme güçlerine göre toplumun aktif üyeleri olarak vergilendirilirler. Gerçek kişiler, ödeme güçlerine bağlı olarak eşit biçimde vergiye tabi tutulurlar ve robotlar için böyle bir saptama sözkonusu değildir. İkinci sebep ise vergi ödemek aynı zamanda gerçek kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanma hakkının ve “temsilsiz vergi olmaz” ilkesinin bir yansımasıdır. Buna bağlı olarak da robotlar gelir vergisi kapsamında gerçek kişi olarak değerlendirilemezler, çünkü gelir veya tüketim açısından ödeme güçleri ölçülemediği gibi seçme hakları da bulunmamaktadır. Ayrıca ücretlerden yapılacak stopaj ve ücret gelirleri açısından insan yerine robot çalıştıran şirketlere stopaj yükümlülüğü getirilemez; çünkü bu vergiler kaynağa kesinti yapılmak suretiyle ödenmektedir ve yasal olarak işveren tarafından ödense dahi sonuç itibarıyla ücrete hak kazanan gerçek kişinin ödeyeceği bir vergi yüküdür<sup>53</sup>. Bu nedenle gelir vergisi perspektifinden zaten robotların vergi mükellefi olmaları ile ilgili *henüz* bir tartışma yoktur. Robot vergisi kavramı genellikle hükümetlerin otomasyonun artması ile ücret vergilerinin azalmasında ikame edilecek mali enstrümanları sağlaması için savunulmaktadır<sup>54</sup>.

Kurumlar vergisi açısından bakıldığında ise bir robotun “vergilendirilecek kişi” sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için de “kurum” olarak nitelendirilmesi gerekir. Prensip olarak, kurumlara uygulanacak vergiler belirlidir; ancak bunun robotlara nasıl uygulanacağı hususu belirsizdir. Esasen, kurumlar vergisi, şirketin kazancı üzerinden alınır ve idari yönden denetimi kolaydır. Ancak tabii ki bu durum robotlar için sözkonusu değildir. Ayrıca robotlar malvarlığına sahip olma ya da malvarlığını kendi adına yönetme hususunda yeterli otonomiye sahip değillerdir. Bir başka deyişle robotlar, kendilerini kullanan ve/veya istihdam eden şirketin bir malıdır ve sadece kurum kazancının elde edilmesinde kullanılırlar. Robotların kendi adına gelir elde ettiği gerekçesiyle vergi konulması, vergi sisteminde çok fazla karmaşaya yol açacaktır. Çünkü kurumlar vergisi (veya benzerleri) robotlara sahip olunması ya da kullanılması dolayısıyla elde edilen kazancın hesaplanması daha da karmaşık bir hal alacaktır<sup>55</sup>.

52 Oberson, s.251: “İş yerlerinde gerçek kişiler yerine ikame edilen robotlar üzerinden veya onların kullanımları üzerinden vergi ihdas etmek için robotlara özel bir vergi statüsü tanınması gerekecektir. Bu durum vergi hukukunda yeni bir yasal kişilik tanınarak robotlara yasal ehliyet tanınması tartışmalarına da beraberinde getirir. Benzer biçimde mevcut kurumlar gibi meşru bir zemin kazandırmak için diğer tüzel kişilerin tanımlanmasında da kullanılan ölçütlerin robotlarda kullanılabilmesi ve ayrı bir kişilik olarak tanımlanması da mümkündür”.

53 Dimitropoulou, s.64.

54 Englisch, s.8.

55 Dimitropoulou, s.64.



Sonuç itibarıyla, günümüz 2020 dünyasında, “robotlara elektronik kişilik tanınması”<sup>56</sup> düşüncesi de dahil tüm tartışmalar esasen robot kullanımının vergilendirilmesi ile ilgilidir; robotların kişi olarak gelir vergisi mükellefi olması ile ilgili değildir ve bu konuda literatürde herhangi bir öneri de bulunmamaktadır.

Bu aşamada önemli olan, devletin, kurumlarda robot istihdam edilmesi sonucu “teknolojik işsizlik” buhranı ile başa çıkmasının mümkün olmayacağını saptanmasıdır.

## 2. Kurum Kazançlarının Artmasına Karşı Vergi Gelirlerinin Azalması

Teknolojik işsizlik ve gelir eşitsizliği üzerine kamusal söylemler heyecanlı biçimde devam ederken, otomasyon tartışması tarihsel süreç içerisinde vergilendirme alanı dışında tutulmuştur. Aslında temel sorun, otomasyona ilişkin vergi politikalarının kritik önemini anlayamamış olmasıdır. Mevcut sistem, işverenlere robot çalışanlar kapsamında sağlanan vergi avantajlarının sağlandığı otomasyonu desteklemekte ve şirketlere vergiden kaçınma<sup>57</sup> imkanı sunmaktadır. Aynı zamanda şirketlere otomasyon sürecindeki makine çalışanlar için yatırım maliyeti amortismanlarının hızlandırılması talebinde bulunmaya izin vermekte ve makinelerden oluşan çalışanlar için çeşitli dolaylı yatırımlar oluşturmaktadır. Oysa bunların tümü kazançtan ziyade işgücüne dayalı oluşturulmuş sistemin istenmeyen sonuçlarıdır<sup>58</sup>.

Makinelerin büyük ölçüde insanların yerini alması en başta vergi sisteminin sorgulanmasını gerektirecektir; çünkü gelir vergilerinin çoğu, ücretten yapılan stopajlar ile ücretlilerin kazançlarına dayanmaktadır ve aynı vergi yükünün makineler tarafından gerçekleştirilen hizmetler için konulması mümkün değildir. (Buna karşılık inovasyonda sıklıkla düşük vergi oranları ile amortismanlar teşvik edilir). Teknolojik işsizlik durumunda ise ayrıca hükümetler de büyük ölçekli gelir vergisi kazancını kaybetme riski ile karşı karşıyadır ve muhtemelen robotlar nedeniyle işini kaybetmiş çalışanların sosyal güvenliklerini finanse edemeyecektir<sup>59</sup>.

“2013’te Oxford’ın Martin Okulu’nda yapılan çalışmaya göre, önümüzdeki 20 yıl içinde işlerin %50’si robotlara devredilebilir ve daha sonra işletmelerin kar oranlarında bir fırlama yaşanabilir; böylece firmalar, dünya genelinde işe aldıkları kişi sayısını azaltabilir ve bu da tüm endüstri sektörlerinde tekrarlanabilir. Bir başka deyişle robotik otomasyonu ve diğer dokuz mega dönüşümü merkeze koyan büyük işletmeler, çok daha az kişiyle çok daha fazla para kazanma potansiyeline sahip olacaktır<sup>60</sup>. “McDonald’s ABD eski CEO’su durumu şöyle ifade etmiştir: 35.000 USD robotik bir kol almak, patates kızartması paketlemek için saatte 15 USD kazanan verimsiz bir kişiyi işe almaktan daha ucuzdur”<sup>61</sup>.

56 European Report on Civil Law of Robotics’de Robotların “elektronik kişi” olarak nitelendirilmeleri önerilmiştir.

57 Halil Nadaroğlu, **Kamu Maliyesi Teorisi**, Beta Yayınevi, 8.Baskı, 1992, s. 287: “Vergiden kaçınma bir suç değildir. Çünkü vergiden kaçınan, yani onu ödemekten kurtulan kimseye bu imkanı sağlayan bizzat vergi kanunlarıdır. Kanunlardaki boşluklardan faydalanmak veya vergiyi doğuran olaya sebebiyet vermeye dikkat ederek gerçekleştirilebilir”.

58 Abbott, Bogenschneider, s.150.

59 Dimitropoulou, s.61.

60 Leonhard, s.71.

61 Abbott, Bogenschneider, s. 155.

Hal böyle iken iş yerlerinde gerçek kişi işçi yerine robot istihdam etmek suretiyle elde edeceği kazancı artıran şirketler için farklı ve daha adil bir vergi sistemi getirilmesi gerekmektedir. Çünkü vergi tahsilatı hükümetin gelir elde etmesinin en iyi yoludur. Eğer vergi tahsilatı giderlerden fazla olursa bütçe fazlası, bunun tam tersine vergi tahsilatının giderlerden daha az olması halinde de bütçe açığı meydana gelecektir. Devam eden bütçe açığı da bir ülkede eninde sonunda ekonomik çöküşe yol açacaktır<sup>62</sup>.

“Burada cevaplanması gereken önemli sorun, akıllı robotik otomasyonun vergi tahsilatı için nasıl yapılacağıdır. Varsayalım otomatik imalat tesisindeki 100 kişi için her ay 500 USD vergi ödeniyor. Eğer bu fabrika işleri otomasyona geçirmeye karar verirse bu 100 işçinin yapacağı iş için, vergi idaresinin 500.000 USD artan kazançtan haberi olmayacak. Bunu önlemenin tek yolu ise vergi tahsilatının bu şirket için ek kurumlar vergisi uygulanarak tamamlanmasıdır”<sup>63</sup>.

### III. TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE ROBOT VERGİSİ GEREKLİLİĞİ

#### I. Pozitif Hukuk Düzenlemelerinde Robot Teknolojileri

Robot teknolojileri ile ilgili Türk vergi mevzuatında herhangi bir özel tanımlama yapılmamıştır; ancak tüm süreçler bilişim alanında Araştırma Geliştirme (Ar-Ge) faaliyetlerinin bir parçası olarak yürütülmekte ve sözkonusu yatırımlar çeşitli vergi teşviklerinden faydalanmaktadır.

Yatırım vergi teşvikleri, vergi sistemleri aracılığıyla işletilen ve aksi halde ödenecek olan bir verginin indirilmesi suretiyle fayda sağlayan tedbirlerdir<sup>64</sup> ve kurumlar vergisi istisnaları da bu teşviklerin bir türüdür.

Robot teknolojileri ile ilgili yapılan faaliyetler, Ar-Ge faaliyeti kapsamında yer alır ve mükelleflerin Teknoloji Geliştirme Bölgeleri kapsamında faaliyet gösterip göstermemesine göre indirim ve istisnalara tabi tutulmuştur.

Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun<sup>65</sup> madde 3/ A hükmüne göre; “(1) Gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, işletmeleri bünyesinde gerçekleştirdikleri münhasıran yeni teknoloji ve bilgi arayışına yönelik araştırma ve geliştirme harcamaları tutarının %100’ü, bu kapsamdaki projelerin Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından Ar-Ge ve yenilik projesi olarak değerlendirilmesi şartıyla, 5520 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi ve 193 sayılı Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca kazancın tespitinde indirim konusu yapılır”.

62 Tshildzi Marwala – On Robot Revolution and Taxation(<https://arxiv.org/pdf/1808.01666.pdf>) (1.3.2020).

63 <https://arxiv.org/pdf/1808.01666.pdf>) (1.3.2020).

64 Leyla Ateş, **Yatırım Vergi Teşvik Politikasının Hukuki Çerçevesi**, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2017, s. 2.

65 5746 Sayılı Kanun (RG: 12.3.2008, 26814. 5746 Sayılı Kanun 2.maddesi: Tanımlar: “a) Araştırma ve geliştirme faaliyeti (Ar-Ge): Araştırma ve geliştirme, kültür, insan ve toplumun bilgisinden oluşan bilgi dağarcığının artırılması ve bunun yeni süreç, sistem ve uygulamalar tasarlamak üzere kullanılması için sistematik bir temelde yürütülen yaratıcı çalışmaları, çevre uyumlu ürün tasarımı veya yazılım faaliyetleri ile alanında bilimsel ve teknolojik gelişme sağlayan, bilimsel ve teknolojik bir belirsizliğe odaklanan, çıktıları özgün, deneysel, bilimsel ve teknik içerik taşıyan faaliyetlerdir”.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu<sup>66</sup> Geçici 2.maddesine göre; “Yönetici şirketlerin bu Kanun uygulaması kapsamında elde ettikleri kazançlar ile Bölgede faaliyet gösteren gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, münhasıran bu Bölgedeki yazılım, tasarım ve AR-GE faaliyetlerinden elde ettikleri kazançları 31/12/2023 tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden müstesnadır”.

Eğer bir mükellef, teknoloji geliştirme bölgelerinde faaliyet gösteriyorsa münhasıran bu bölgelerdeki yazılım ve Ar-Ge faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar 31.12.2023 tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden müstesnadır. Bölgede faaliyette bulunan mükelleflerin bölge dışında gerçekleştirdikleri faaliyetlerinden elde ettiği kazançlar, yazılım ve Ar-Ge faaliyetlerinden elde edilmiş olsa dahi istisnadan yararlanamaz. Araştırma Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun kapsamında Ar-Ge/Tasarım Merkezlerinde gerçekleştirilen Ar-Ge ve yenilik veya tasarım harcamalarının tamamı (%100’ü) 31/12/2023 tarihine kadar kurum kazancının tespitinde indirim konusu yapılabilecektir<sup>67</sup>.

## 2. Devletin Ekonomiye Sosyal Müdahalesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2.maddesine göre; “Türkiye Cumhuriyeti Devleti, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir”.

Sosyal devlet, sosyal adalet ve sosyal güvenliği sağlamak ve herkes için insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat düzeyini gerçekleştirmekle yükümlü devlettir<sup>68</sup> ve temel amacı, herkese insan onuruna yaraşan asgari bir yaşam düzeyi sağlamaktır. Bu amaca uygun olarak devletin vatandaşlarına tanınması gereken sosyal haklar, çalışma hakkı, adil ücret hakkı, sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkıdır<sup>69</sup>. Bir başka deyişle, sosyal devletin görevleri sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır. Devlet bir yandan ekonomik bakımdan zayıfları koruyacak, vatandaşları sosyal güvenliğe kavuşturacak, diğer yandan da ekonomik kalkınmayı sağlayacaktır<sup>70</sup>. Sosyal devletin bu amaçlarını gerçekleştirilebilmesi için de ekonomik hayata müdahale etmesi gerekeceği<sup>71</sup> açıktır.

Sosyal devlet, vatandaşlarının yaşamını metalaştırmayan ve kendisine amaç olarak tıpkı liberal devletteki gibi bireyi esas alan bir devlet yapılanması olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak liberal

66 4691 Sayılı Kanun (RG: 6.7.2001, 24454). 4691 Sayılı Kanun 3.maddesi: Tanımlar: “Teknoloji Geliştirme Bölgesi (Bölge): Yüksek/ileri teknoloji kullanan ya da yeni teknolojilere yönelik firmaların, belirli bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkez veya enstitüsünün olanaklarından yararlanarak teknoloji veya yazılım ürettikleri/geliştirdikleri, teknolojik bir buluşu ticari bir ürün, yöntem veya hizmet haline dönüştürmek için faaliyet gösterdikleri ve bu yolla bölgenin kalkınmasına katkıda buldukları, aynı üniversite, yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkez veya enstitüsü alanı içinde veya yakınında; akademik, ekonomik ve sosyal yapının bütünleştiği siteyi veya bu özelliklere sahip teknoparkı ifade eder”.

67 <https://www.pwc.com.tr/turkiye-de-arge-ve-tasarim-tesvikleri>; Diğer yasalarla ilgili ayrıntılı Ar-Ge teşvik ve yatırımları için bkz. Leyla Ateş, Yatırım Vergi Teşvik Politikası, s. 59-60; Bülent Taş, Nazmi Karyagdi, **Bilişim Sektörü için Vergi ve Teşvikler**, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara 2017, s. 149-170.

68 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 1993, s. 101.

69 Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, Eylül 2018, s. 76 – 77.

70 Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Cenker Göker, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, 28.Baskı, s. 60.

71 Özbudun, s. 101.

devletten farklı olarak sosyal devlette temel alınan birey, toplumdaki sosyal ilişkiler ağı içerisinde ele alınmakta ve devlete de bu hususta aktif ve olumlu bir rol yüklenmektedir. Bu çerçevede devletin ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf durumda olan kitlelerin durumuna “seyirci” kalması anlayışı yerine; devletin olumlu edimlerde bulunarak “hizmet edici” nitelikte olması gerekir<sup>72</sup> ve bunlardan birisi de ekonomiye müdahaledir.

Sosyal devletin ekonomiye müdahale etmesinde kullandığı hukuksal yöntemlerden birisi de vergilendirmedir. Vergilendirme yoluyla ekonomiye müdahalede temel amaç, gelir ve servet dağılımındaki adaletsizlikleri giderme düşüncesidir<sup>73</sup>. Çünkü sosyal devletin bireye karşı yükümlülüğü iki boyutu içerir. Bireyin kendi içinde bulunduğu koşullara ilişkin yükümlülük ve bireyin topluma nazaran bulunduğu koşullara ilişkin yükümlülük. Bu yükümlülükleri vergilendirmeye ilişkin izdüşümü Anayasa 73.maddesinde<sup>74</sup> yer alır: mali güce göre vergilendirme ilkesi ve verginin adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi<sup>75</sup>.

Vergide ödeme gücüne ulaşmaya yarayan araçlardan birisi olan ayırma ilkesine göre, emek gelirleri<sup>76</sup>, sermaye gelirlerine göre daha az vergi ödemelidir. Ana felsefe, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha zahmetli, istikrarsız, sınırlı ve riskli olmasıdır<sup>77</sup>. Ancak örneğin vergi kanunlarındaki teşvik tedbirleri ile vergiden kaçınma olanakları hep sermaye lehinedir<sup>78</sup>.

Hukukun asıl amacı adalete ulaşmak olduğuna göre, vergi hukukunun amacı da vergilendirmede adalettir<sup>79</sup>.

O halde sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti devletinin, teknolojik işsizlik tehlikesini bertaraf etmek için gerçek kişiler yerine “çoğunlukla veya büyük ölçüde” robot çalıştıran kurumlar

72 Ali Tarık Gümüş, “Küreselleşme ve Sosyal Devlet”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:18, Sayı:1, Yıl:2020, s.90.

73 Öncel, Kumrulu, Çağan, Göker, s. 62.

74 Anayasa 73.maddesi: “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*

*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.*

*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir”.*

75 Billur Yaltı Soydan, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak”, **Vergi Sorunları**, Sayı:119, s.109.

76 İşçiçok, s.2: “Emek, üretim faktörlerinden biri olan ve üretim sürecine katkıda bulunan bedensel ve/veya düşünsel her türlü insan etkinliğidir ve emek piyasası kavramının da özünü oluşturur. İnsanın bizzat üretimde katılma fonksiyonu olan emeğin üretimde kullanılabilir hale gelmesi istihdamı ifade eder”.

77 Metin Erdem, Doğan Şenyüz, İsmail Tathoğlu, **Kamu Maliyesi**, Ekin Yayınevi, 15.Baskı, Bursa, 2020s. 203: “Gerçekten emek gelirleri (ücret) ile sermaye gelirlerini (kira, faiz, kar) aynı vergilendirme rejimine tabi tutmak emek geliri elde edenler yönünden büyük haksızlığa neden olur. Emek geliri elde edenler, sermaye geliri elde edenlere göre daha zor ve muhtaç durumdadır.

78 Erdem, Şenyüz, Tathoğlu, s.206.

79 Leyla Ateş, **Vergilendirmede Eşitlik**, Derin Yayınları, İstanbul 2006, s.7; Ateş, s. 4: “Ancak hukukun gerçekleştirmekle yükümlü olduğu adalet biçimsel bir düşüncedir ve bu yüzden uygulanabilmesi, daha doğrusu bir toplum içindeki somut ilişkileri düzenlemek üzere hukuk normları kimliğine girebilmesi için bir içerik kazanması gereklidir. Vergilendirmede adaletin hukuki içeriğini anayasal ilkeler belirler ve Anayasa 73.maddede yer alan vergilendirmede eşitlik ilkesi vergilendirmede adalete içerik kazandırarak uygulanmasını sağlayan anayasal bir vergileme ilkesidir; Nihal Saban, **Vergi Hukuku**, Beta Yayınevi, 9.Baskı, Kasım 2019, s. 57: “Mali güç Anayasal eşitlik ilkesi ile birlikte okunduğunda; mali gücü aynı olanlar eşit, mali gücü farklı olanlar farklı vergi ödemek durumundadır”.

için vergi yükünü artırması vergi adaletine uygun olacaktır. Çünkü sosyal devlet açısından önemli olan üretimdeki, ekonomik büyümedeki ve ülkenin refah düzeyindeki artışın sosyal yardıma muhtaç kesime ne ölçüde yansıtılabildiğidir. Vergi rekabeti sonucunda ülkeye çekilen sermayenin getirisi, kişilere sosyal devletin hedeflediği “insan onuruna uygun yaşam standardının sağlanması” bakımından da kullanılabilirdiği ölçüde vergi rekabeti ile sosyal devlet anlayışı çelişmeyecektir<sup>80</sup>.

### 3. Gerçek Kişilerin Korunması Amacıyla Yönlendirici Vergilendirme

Devletin elde etmeyi planladığı gelirin yanında ya da sadece belirli bir amacı gerçekleştirmek için dolaylı veya doğrudan vergiler vasıtasıyla vergi mükelleflerinin belirli davranışlarının özendirilmesi veya ödüllendirilmesi, bunu yanında bazı davranışların yapılmaması için caydırılması yahut cezalandırılması yöntemlerinin uygulanmasına yönlendirici vergileme denilmektedir. Söz konusu vergiler, sosyal, kültürel çevrenin korunması, sağlık, bağımlılık yaratan alkol ve sigara gibi maddelerin tüketiminin önlenmesi veya azaltılması gibi alanlarda yönlendirici etkileri için kullanılabilir<sup>81</sup>.

Mevcut vergi sistemleri temel olarak gerçek kişi çalışanlar için oluşturulmuştur, robot çalışanlar için değil. Vergi mevzuatı kapsamında, bir şirketteki faaliyetlerde tüm şartların aynı kaldığı varsayımında, şirketlerin, daha az vergi ödeyeceği durumları tercih etmesi ve bu kapsamda kendisine en az maliyet getirecek “robotlarla” faaliyetlerini sürdürmesi yasalıdır.

Asıl tartışma, insanlar ve robotlar arasında vergi tarafsızlığını<sup>82</sup> sağlamak üzere nasıl bir yapı kurulacağı üzerinde olacaktır ve bu yapılırken robotlar da dahil herhangi bir kazanç yatırımının ekonomik gelişmeye katkısının dikkate alınması çok önemlidir<sup>83</sup>. Bu nedenle vergi politikaları da yasal bir kamu düzenine dayanan bir strateji ele alınmadığı sürece robot çalışanların artması sistemini desteklememelidir. “Vergi sistemini düzenlemek için çözüm, robot ve insan çalışanlar arasında asgari düzeyde tarafsızlığın sağlanmasıdır”<sup>84</sup>.

Yönlendirici vergilendirme ile bireylerin belirli davranışları göstermelerinin engellenmesinin amaçlanması olarak adlandırılan caydırma yönteminin caydırma yönteminin araçlarından biri

80 Ezgi Sevinçan, “Sosyal Devlet İlkesini Gerçekleştirmeye Yönelik Vergi Araçları”, 6.Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu (Çankaya Üniversitesi 16 Nisan 2016), Çankaya Üniversitesi 20.Kuruluş Yılı Etkinlikleri, **Bildiri Kitabı**, Ankara 2017, s. 186.

81 Cenker Göker, **Yönlendirici Vergilendirme**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s.19.

82 **IBFD Tax Glossary**, Sixth Revised Edition, Editor: Julie Rogers-Glabush, 2009, s.181: “Tarafsızlık ilkesi, vergi düzenlemelerinin çeşitli yatırım ya da işletme biçimlerini seçmede etkili olmaması anlamına gelir”; Cesar Garcia Novoa, “Tax Neutrality in the Exercise of the Right of Establishment within the EU and the Funding of Companies”, **Intertax**, Volume:38, Issue:11, 2010, s.568: “Başka bir deyişle, vergi sistemi tarafsız olmalı ve bir işletmenin en uygun yasal statüyü seçme kararını etkilememelidir”.

83 Abbott, Bogenschneider, s. 168: “Ülkeler sermayeyi kendi sınırlarına çekmek için vergi rekabeti içerisindedirler. Kazanç indiriminin kabul edilmemesi yatırım için teşvik olmamasına yol açacak ve teorik olarak da bu durum ekonomik olarak istenmeyecektir. Örneğin eğer sadece bir yerde otomatik çalışanlar için vergi indirimleri kabul edilmiyorsa, çok uluslu şirketler sermaye yatırımlarını başka bir yere yönlendirecektir. Bu da sonuç itibarıyla uluslararası vergi rekabetinin otomasyon – tarafsız vergi sistemi oluşturulması için çeşitli opsiyonların değerlendirilmesinin önemini ortaya çıkaracaktır”.

84 Abbott, Bogenschneider, s.151.

de vergi yükünün artırılmasıdır<sup>85</sup>. Dolayısıyla devlet, teknolojik işsizliği önlemek ve gerçek kişi çalışanların ekonomik hayattaki varlığının devamını sağlayabilmek için – ki sosyal devlet olarak bunu sağlamakla yükümlüdür – kurumlara caydırıcı nitelikte ek vergi yükü getirebilir ve/veya faydalandıkları vergi indirim oranlarını azaltıp, kaldırabilir.

#### 4. Robot Vergisi Kavramı

##### a. Verginin Amacı ve Kapsamı

Robotların iş hayatında yer almaya başlamalarının ivme kazandığı son dönemlerde Bill Gates tarafından ortaya atılan “robotların da vergilendirilmeleri gerektiği” açıklaması “robot vergisi” kavramını kamuoyu gündemine taşımıştır<sup>86</sup>.

Bill Gates tarafından 2017’de verilen röportajda; “*eğer bugün insanlar elde ettikleri gelirden vergilendiriliyorsa ve robotlar aynı işi yaptıklarında robotların da benzer seviyede vergilendirilmeleri gerekeceğini düşünmek mantıklıdır*” görüşünde, vergilendirme biçimi tamamen açık olmamakla birlikte robotlar tarafından oluşturulan kazancın da vergilendirilmesi gerektiği görüşünü ifade etmiştir<sup>87</sup>. Asıl anlatılmak istenen, bir robotun aynı işi yapan insan çalışanla benzer seviyede vergilendirilmesini öngören “robot vergisidir” ve robotlarla ikame edilen ücretlilerin vergilendirilmesi yerine yeni bir sistem öngörmektedir. Amacı ise gelirlerin artırılması ve vergi sisteminin bu değişim karşısında işleyişinin korunmasıdır<sup>88</sup>.

Yani aslında temel tartışma konusu, robotlar ve insanlar arasındaki tarafsızlığı sağlayacak ya da robotların dışında insan işgücü istihdamını teşvik edecek vergi sistemlerinin nasıl inşa edileceğidir<sup>89</sup> ve robot vergisi kavramı da robotların faaliyetlerinin gerçek kişi insanların faaliyetleri ile kıyaslanarak vergi konulması gerekliliğini ifade etmektedir<sup>90</sup>.

Literatürde bazı çalışmalarda “robot vergisi” kavramı yerine “otomasyon vergisi” kavramı kullanılmış; ancak otomasyon vergisi aşağıda belirtilen şekilde tanımlanırken de robotların gerçek kişiler yerine istihdamına karşı alınacak önlemlere yer verilmiştir.

- a) “Otomasyon vergisi uygulamasında bir robotun, insanın yerine istihdam edildiği durumda, insanların ücretlerinden yapılmayan stopaj, robotların insanların yaptığı işi almasıyla o insanların alacağı ücret gibi değerlendirilerek bunun üzerinden matrah hesaplanabilir. Bir başka deyişle

85 Göker, s. 36-37.

86 <https://www.ft.com/content/d04a89c2-f6c8-11e6-9516-2d969e0d3b65>; <https://www.businessinsider.com/bill-gates-robot-tax-brighter-future-2017-3> (1.3.2020)

<https://www.theguardian.com/business/2017/mar/22/robots-tax-bill-gates-income-inequality> (1.3.2020).

87 Gülşen Gedik, “*The New Tax Issue: Taxing Robots*”, *Law & Justice Review*, Year:9, Issue:16, June 2018, s. 89.

88 Dimitropoulou ,s.62.

89 Berrak Atilla, “*Robotları Vergilendirmek Mümkün (Mü?)*”, *Vergi Dünyası*, Yıl:38, Sayı: 456, Ağustos 2019s. 139.

90 Englich, s.9.

robotlarla ikame edilen kişilerin yürüttükleri faaliyetler dolayısıyla alacağı ücretin varsayımsal miktarı üzerinden vergilendirilecektir. Bu husus şirket sahibi (ve robot kullanıcısı) ve robotun kendisi (mükellef olarak) arasında iş sözleşmesine benzer yasal bir karaktere dayanacaktır<sup>91</sup>.

- b) “İnsanlar ve makine çalışanlar arasındaki vergi tarafsızlığı, kurumlara otomatik işgücü için vergi indirimi sağlanmaması, işsizlik durumunda yansıtılacak “otomasyon vergisi”, gerçek kişi çalışanlar için vergi avantajlarının dengelenmesi, ve kurumlar vergisi oranlarını yükseltmek, robot çalışanlar için kurumlar vergisi indirimlerinin uygulanmaması, şirketlere otomasyon vergisi konulması, gerçek kişi çalışanlar için vergi avantajlarının sağlanması gibi seçeneklerden bazılarının tek ya da bir arada uygulanması ile sağlanabilir”<sup>92</sup>.

“Robot vergisi (*robot tax*)” *terimi*, bazı referans kaynaklarda yer alan “otomasyon vergisi (*automation tax*)” *terimi* ile aynı anlamı taşımakta olup, bu çalışmada “robot vergisi” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

### **b. Avrupa Parlamentosu Raporu**

Bill Gates’in açıklamasından daha önceki dönemde, 2016 yılında, Avrupa Parlamentosu’nun 2015/2013 (INL) sayılı ve 31.05.2016 tarihli “Robotik Alanda Avrupa Medeni Hukuk Kuralları (*European Civil Law Rules in Robotic*)” başlıklı taslak raporu yayınlanmıştır<sup>93</sup>. Söz konusu Rapor’da robotların eşitsizlik ve paylaştırmacı politika ihtiyacı açısından etkileri ve robot vergisi ihdas edilmesi gerekliliği vurgulanmış ve daha sonra robot vergisi kavramı bazı bilim insanları tarafından tartışmaya açılmıştır<sup>94</sup>.

Rapor’un vergi ile ilgili bölümünde; “*vergilendirmenin mevcut hali korunduğunda, gelir dağılımında eşitsizlik yaratma sonucunu doğururken, sosyal refahın korunması için robot tarafından yapılan işler üzerine vergi getirme veya robot kullanımı üzerine harç getirme olasılığı, işleri yok olan çalışanların desteklenmesi ve yeniden eğitilmesinin fonlanması bakımından gözönünde bulundurulması gerektiği*” ifade edilmiştir<sup>95</sup>.

Taslak Rapor’un yayınlanmasını müteakip 2017 yılında Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği (AB)’ne otomasyonun gelişmesi, genişlemesi ve bunların hareketlerinden sorumluluklarının belirlenmesi konularını da içeren bir taslak yasa önerisi hazırlanması çağrısında bulundu. Avrupa liderlerinin büyük çoğunluğu gelişen otomasyonun kontrol altına alınması gerekliliği hususunda görüş birliğine vardılar. Ancak bu reformlardan hiçbiri vergi ile ilgili bir düzenleme getirmiyordu. AB robot vergileri ile ilgili olarak inovasyon ve rekabetçiliği azaltacağı endişesi taşımaktaydılar<sup>96</sup> ve bugün halen daha robot istihdamı üzerinden ek vergi alınması konusunda çekingen bir tavır sergilemektedirler.

91 Oberson, s.254.

92 Abbott, Bogenschneider, s.151.

93 [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL\\_STU\(2016\)571379\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU(2016)571379_EN.pdf) (15.1.2020).

94 Dimitropoulou, s.62.

95 Atilla, s.139.

96 <https://www.futureofworkhub.info/comment/2019/12/4/robot-tax-the-pros-and-cons-of-taxing-robotic-technology-in-the-workplace> (31.01.2020)



### c. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yasa Önerisi

Günümüzde robot vergisi ile ilgili ilk tartışmaların 2016 Avrupa Parlamentosu Raporu ile başlamış olduğu yönündeki bilgiye rağmen, ilginçtir ki robot vergisinin arkasındaki bu düşünceler tamamen yeni değildir. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde Büyük Ekonomik Bunalım (*Great Depression*) süresince, iş politikası olarak işgücünün yerini alan makineler üzerine vergi konulması fikri desteklenmişti. O dönemde makinenin yerini aldığı iş miktarına bağlı olarak tek bir vergi matrahına dayalı "*Protax*" veya makinelerin tarifelerine bağlı olarak "*Technotax*" uygulanması gibi birkaç yasa önerisi sunulmuştur. Ancak bu önerilerin hiçbiri tam olarak hayata geçirilmemiştir<sup>97</sup>.

ABD'de Gates tarafından, önümüzdeki on yıl içinde beklenen akıllı makinelerin hızlı biçimde istihdam edilmesin negatif etkilerini azaltmak için 2017'de robotların kullanımını üzerinden "ek vergi" veya "*pigouvian vergisi*" olarak adlandırılan verginin alınması önerisi ortaya atılmıştır<sup>98</sup>.

Pigouvian vergisi, üçüncü kişiler ve toplumun tamamının üretim maliyetlerine katlanmasının önüne geçilmesi anlamına gelir. Pigovian vergisi ismini, dışsal ekonomi konusunda önemli bir yazar olan İngiliz ekonomist Arthur Pigou'dan almış olup, özel kişiler veya şirketlerin toplum için olumsuz etki yaratan faaliyetlerinin vergilendirilmesi anlamına gelmektedir. Olumsuz etkiler, sözkonusu ürünün piyasa fiyatının bir parçası olmayan (fiyatlanmayan) tüm etkileri ifade eder<sup>99</sup>.

İş yerlerinde gerçek kişiler yerine makinelerin kullanılmasıyla işten çıkarılan kişilerin sayısına bağlı olarak artan oranlı bir robot vergisi konulabilir. Benzer bir sistem işten çıkarılan işçilerin izlenerek işverenlerin, çıkarılan işçi sayısı ile orantılı biçimde derecelendirilmelerini uygulayan pek çok eyalette işsizlik tazminatı ile ilgili olarak uygulanmaktadır. İşverenler kendi derecelendirmelerine dayanan işsizlik sigortasını ödemek durumundadırlar ve bir firma ne kadar işsizlik ödemesi yaparsa işsizlik sigortası için de o kadar vergi ödemek durumundadır<sup>100</sup>.

ABD, vergi sistemi vasıtasıyla, işten çıkarmalarda ceza uygulayarak işsizlik sigortasını finanse eden tek OECD ülkesidir. Federal robot vergisi de benzer biçimde, robot çalışanlara geçiş nedeniyle işten çıkarılan işçilerin data kayıtları alınıp, kuruma ek vergi tarh etmek suretiyle uygulanabilir. Ancak bu sistemin uygulanmasının, şirketler açısından efektif vergi oranlarını önemli ölçüde artıracığı ve vergi sisteminin daha da karmaşık hale gelmesine neden olacağı ileri sürülmektedir<sup>101</sup>.

### d. Güney Kore'de Yasa Önerisi

Dünyada robotların gelişimi ve düzenlenmesi ile ilgili ilk yasayı<sup>102</sup> ihdas eden ve robot istihdamında özel bir vergi düzenlemesi tasarısını ilk getiren ülke Güney Kore olmuştur.

97 Dimitropoulou, s.62.

98 Englisch,s.15.

99 (<https://www.investopedia.com/terms/p/pigoviantax.asp> (15.1.2020).

100 <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/federal-unemployment-tax> (15.1.2020).

101 Abbott, Bogenschneider, s. 170.

102 [http://elaw.klri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=sogan&key=13](http://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=17399&type=sogan&key=13): "Intelligent Robots Development and



Kore iş hayatında, özellikle robotlarca geliştirilen yarı iletken madde imalat endüstrisinde robotlara çok çabuk adapte olmuştur. Kore'nin bu vergiyi uygulama konusundaki acelesinin bir başka nedeni de 1.7 milyon işsizlik miktarı ile on yedi yılın en yüksek rakamına ulaşmış olmasıdır. Bununla birlikte bu vergi teknoloji alanındaki yatırımlar için kurumlar vergisindeki avantajlı durumu caydırıcı duruma getirmektedir. Buradan elde edilecek gelirler, yeşil enerji, sağlık ve eğitim alanlarında yeni işgücü yaratmada kullanılacak ve robotlara yaptığı yatırımlar dolayısıyla bu yatırımlarını, vergi borçlarından indiren şirketlerin yararlandığı vergi yasalarındaki düzenlemeler değiştirilecektir”<sup>103</sup>.

“Kore robot vergisi tasarısı temel olarak işçilerini otomatik çalışanlarla değiştiren şirketlerin vergi ödeme zorunluğunun olmasını ifade etmektedir. Sözkonusu tasarıda, robotik otomasyonun avantajlarının sınırlandırılarak gelişmelerin biraz daha yavaşlatılması amacıyla mevcut vergi indirim oranının yüzde iki oranına düşürülmesi ile ilgili düzenleme yer almaktadır”<sup>104</sup>. Halihazırda Güney Kore Kurumlar Vergisi Kanunu’nda (*Corporate Tax Act*) endüstri otomasyon araçlarına yatırım yapan işletmeler için kurumlar vergisi indirimi öngörülmüştür. Şirketler kurumlar vergisinden – yapmış oldukları bu yatırımlar için yüzde 3 – yüzde 7 arasında indirim alma hakkına sahiptirler<sup>105</sup>. Ancak sözkonusu Tasarı 2017’de sunulmuş olmakla birlikte aradan geçen 3 yılda yasalaşmamıştır.

#### **e. Türkiye İçin Öneri**

Robot vergisi ile ilgili yapılmış çalışmalar, vergilendirmeyi gerektiren sebepler, olası vergileme türleri, sonuçları ve buna ilişkin görüşlerin ortak noktası özellikle robotlarla ikame esnekliği yüksek olan sektörlerde, robotların insan işgücünün yerini alması sonucunda, vergi gelirleri içinde işgücünden alınanların fazla olduğu ülkelerin vergi gelirlerinde azalma olacağı, artan işsizlik sonucunda işgücünün başka alanlarda istihdam edilmesi için eğitilmesine ilişkin giderler bakımından kamu kaynağına ihtiyaç duyulacağı, bu öngörülerin, robot vergisini zorunlu olarak gündeme getireceği, aksi takdirde verimlilik artışıyla beraber robotlar lehine olan vergisel avantajların, robot istihdamını artırarak süreci daha da hızlandıracağına yönelik kaygıların vurgulanmasıdır<sup>106</sup>.

Avrupa Parlamentosu Raporu’nda, ABD’de ve Güney Kore’de robot vergisinin kabul edilmesi gerekliliğinde vurgulanan husus, robotların işgücü üzerindeki doğrudan ve dolaylı etkileridir. Öncelikle robotlar uzun vadede bazı, çoğu değil, insan faaliyetlerinin yerini alabilir ve iş hayatında

Distribution Promotion Act, 19.12.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir”; Ersoy, s.40: “Zeki Robotların Geliştirilmesinin ve Yaygınlaştırılmasının Desteklenmesine Dair Kanun” “çevresini algılayabilen, içinde bulunduğu durumları fark edebilen ve gönüllü olarak hareket edebilen mekanik cihaz” olarak tanımlanan zeki robotlara ilişkin etik ilkelerin devlet tarafından düzenleneceğini ifade etmektedir.

103 <https://www.futureofworkhub.info/comment/2019/12/4/robot-tax-the-pros-and-cons-of-taxing-robotic-technology-in-the-workplace> (31.01.2020).

104 <https://www.techrepublic.com/article/south-korea-robot-tax-is-no-tax-at-all-its-a-warning-of-looming-automation-crisis/> (30.1.2020).

105 [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/lawDownload.do?hseq=46376&type=PDF](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawDownload.do?hseq=46376&type=PDF) (30.1.2020).

106 Atilla, s.135.

çok büyük bir etkiye yol açabilir. Bu durumda kazanç ve ücretlerden yoksun kalınacak ve önemli vergi ve sosyal güvenlik kayıpları olacaktır. İkinci olarak, aynı zamanda devlet yeni gelir kaynaklarına ihtiyaç duyacak ve işsiz kişilere verilecek desteklerin artmasını gerektirecektir<sup>107</sup>. Tüm bu tehlikeler Türkiye için de geçerlidir.

Robot teknolojileri yakın gelecekte pek çok alanda kullanılacaktır. Türkiye'nin de uluslararası rekabette başarılı olabilmesi için robotlar ile ilgili yasal bir tanım yapması gerekmektedir<sup>108</sup>. Ancak robot vergisinin uygulamada başarılı olabilmesi için, ekonomik pek çok alanda olduğu gibi güçlü bir uluslararası işbirliği önemlidir. Çeşitli nedenlerden ötürü uygulamada başarılı olamayan bir robot vergisi, sermayeyi robot vergisi bulunmayan bölgelere hareket etme olasılığını arttırabilmektedir<sup>109</sup>. Böyle bir süreçte üretim yapılarındaki değişmelere, teknolojik ilerlemeye ayak uyduramayan ülkeler rekabetin dışında kalacaktır<sup>110</sup>.

Türkiye de AB, ABD ve Güney Kore'de alınan önlemleri izleyerek, bu konuda ilk adımı atan ülke ve/veya ülkelerle uyumlu hareket etmeli, ciddi bir "teknolojik işsizlik" yaratılan kurumlar için vergi teşviklerinin azaltıldığı özel bir "robot vergisi" uygulanmalıdır.

Bu kapsamda diğer ülkelerin mevzuatı ile paralellik gösterilmesi özellikle önemlidir; çünkü ülkelerin farklı zamanlarda robot vergisi uygulamaya koymaları halinde yasal düzenlemelerin hangi aşamada nasıl tanımlandığı gibi hususlar da önem kazanacaktır. Robot kavramı, tüm ülkelerde ortak biçimde tanımlanmamış olursa, bu defa robotik şirketleri için işlemlerini, sözkonusu verginin olduğu ülkeden vergini olmadığı ülkede yapan veya işlemlerini yaptığı ülkede robot tanımı farklı şekilde kabul edilen şirketler için risk oluşturacaktır ve uluslararası vergi hukuku boyutunda da sorunlarla karşılaşılacaktır.

Ancak sadece robot vergisi ihdas edilerek, kurumlar için vergi yüklerinin artırılması tek başına teknolojik işsizlik sorununun çözümünde yeterli değildir. Devlet aynı zamanda işsiz kalan kişiler için de işsizlik sigortası, işsizlik yardımı, sosyal yardımlar gibi gelir desteği sağlamaya yönelik pasif emek piyasası politikaları uygulamalıdır<sup>111</sup>. Çünkü ekonomik ve sosyal dengeli bir kalkınma için işgücünün, aktif olarak üretim sürecine katılması son derece önemlidir. Toplumda işsiz bireylerin sayıca çoğalması, ulusal gelirin oluşumuna katkıda bulunamamalarına karşın, bölüşümde pay almaları sonucunu doğuracaktır ki, bu durumda gelir dağılımının bozulması, toplumsal refah düzeyini gerilemesi yanında kayıt dışı istihdamın da giderek artmasına yol açacaktır<sup>112</sup>.

107 Oberson, s.249.

108 Gedik, s.93.

109 Oberson, s. 250.

110 Erdal Aydın, "Türkiye'de Teknolojik ilerleme İle İstihdam Yapısındaki Değişme Projeksiyonu: Endüstri 4.0 Bağlamında Ampirik Analiz", **Yönetim Bilimleri Dergisi**, Cilt:16, Sayı:31, 2018, s. 470; Kurt, Bozoklu, s. 42; Ela, s. 89; Gasteigera, E. & Prettnner, K. (2017). A note on automation, stagnation, and the implications of a robot tax. Freie Universität Berlin School of Business and Economics Discussion Paper, No. 2017/17 ([https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/22056/discpaper2017\\_17.pdf;jsessionid=9F938DA2F82A20F41A8734463D9F8404?sequence=1](https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/22056/discpaper2017_17.pdf;jsessionid=9F938DA2F82A20F41A8734463D9F8404?sequence=1)) (1.3.2020).

111 Işığınçok, s.209-210.

112 Işığınçok, s.202.

Pekçok endüstriyel devrimlerle birlikte tarihsel deneyimler, insan işgücünün otomasyonun artması sebebiyle ekonominin bir sektöründe eski kalacağı ve eninde sonunda ekonominin bir başka sektöründe veya daha fazla verimli hale geleceği izlenimini uyandırmaktadır. Ancak bunlardan ayrı olarak ekonominin dijital dönüşümü ile bağlantılı iyimser senaryonun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizdir. Genel kabul edilen gerçek kişilerin kısa geçiş sürecinde işsiz kalmalarının iş dünyasında ve toplumda önemli sosyal, ekonomik ve psikolojik bozulmalara yol açabileceğidir. Dolayısıyla robotların kullanımı üzerinden konulacak vergi, dönüşümü yavaşlatmak için olmalı ve sonuç itibarıyla de hükümet zaman kazanmalı ve iş dünyasına dönüşüm için zaman kazanmalıdır<sup>113</sup>. Robot vergisi ihdas edilmesi, büyük ölçekli kurumların, vergiden kaçınmalarını etkisiz hale getirecek ve olası bir ekonomik sıkıntının önüne set çekecektir.

### Bitirirken: Vergi Sisteminde Zorunlu Dönüşüm

*“Geleceğimizi nasıl yaratacağımızı düşünürken birbirinin ikizi şu iki kavramı anlamak elzem: İlki “üstelik”, ikincisi ise “önce yavaş yavaş sonra birden bire”. Güneş enerjisini, otomatik arabaları, dijital para birimlerini ve blok zinciri üzerinden dijital para transferini düşünün: Bunların hepsinin bugüne gelmesi çok uzun sürdü ama hepsi birden bire buradalar ve büyüyorlar<sup>114</sup>.”*

Robotların hukuki ve uygulanabilir tanımının genişletilmesi sağlandığında, robotlar, yasal bir özne ve buna bağlı olarak da yasal sorumlulukları olan varlıklar olarak normalde insanlar tarafından gerçekleştirilen vergiye tabi faaliyetleri (iş, mal ve hizmet sağlamaları) de belki çok daha sonraki süreçte “elektronik kişi” olarak vergiye tabi tutulabilir; ancak – 2020 itibarıyla – en uygun çözüm yolu robot istihdam ederek gerçek kişiler için “teknolojik işsizlik” yaratan kurumlara robot vergisi uygulanarak kurumlar vergisi indirim ve istisnaları tamamen kaldırılabilir veya oranları azaltılabilir.

Bu durumda Türkiye her ne kadar bu teknolojik gelişmeleri geriden takip etse de, hukuki düzenlemeler konusunda ihtiyaçları tespit ve sektörel gelişmeleri takip eden bir politika ile çağı yakalayabilir. Bu bir zorunluluktur. Çünkü gelişen teknolojiler düzenlemelerin öngördüğü senaryoların dışına çıkmaya başlamış ve ilerleyen dönemlerde birçok değişikliğin olması kaçınılmaz görünmektedir. Hukukun her daim teknolojiyi geriden izlemesi ve bir süre sonra süreçlerin tıkanmasından kaynaklı eleştiriler, hukukçuların bu alana gösterdikleri ilgi ile hızlı bir şekilde ilerleyen teknolojinin hukuki zemininin hazırlanmasında etkili hukuk politikalarının uygulanması ile düzelecektir<sup>115</sup>.

Bununla birlikte robotlar ve genel olarak yeni teknolojilerin hukuki boyutunu ele alırken çılgınca teorilerden ve uçuk varsayımlardan kaçınmamız, insanlığın kazanımlarına ve üzerinde uzlaşılan temel ilkelere bağlı kalmamız gerekmektedir. Robotları – henüz – olmadıkları şeylermiş gibi algılayıp yasal düzenlemeleri bu yanlış kanılardan yola çıkarak yapmamız halinde bu robotları üreten, satan,

113 Englisch, s. 10.

114 Leonhard, s.30

115 Atalar, s.51.

kullanan ve robotlarla yolu bir şekilde kesişen herkesin bundan zarar görebileceğini aklımızdan çıkarmamız lazım. Hukuki ve cezai sorumluluk alanında meydana gelebilecek boşlukların sebep olabileceği hukuki karmaşa engellenmelidir<sup>116</sup>.

## KAYNAKÇA

### *Kitaplar*

- Asimov Isaac, Ben Robot, Türkçesi: Gönül Suveren, Altın Kitaplar Yayınevi.
- Ateş Leyla, Vergilendirmede Eşitlik, Derin Yayınları, İstanbul 2006.
- Ateş Leyla, Yatırım Vergi Teşvik Politikasının Hukuki Çerçevesi, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2017.
- Budak Tamer, Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, 1.Baskı, İstanbul, Mart 2018.
- Dimitropoulou Christina, “CFE Tax Advisers Europe 60th Anniversary – Liber Amicorum”, Editors: Servaas van Thiel, Piergiorgio Valente, Stella Raventos-Calvo, Chapter 4: Robot Taxes: Where Do We Stand?, IBFD Publications, 2019.
- Doğan Özlem, “Bölüm 2: Teknoloji Yönetimi ve Küresel Rekabet”, Teknoloji Yönetimi, Editörler: Feray Odman Çelikçapa, Sait Kaygusuz, Dora Yayınları, Bursa 2010
- Erdem Metin, Şenyüz Doğan, Tatlıoğlu İsmail, Kamu Maliyesi, Ekin Yayınevi, 15.Baskı, Bursa, 2020.
- Ersoy Çağlar, Robotlar, Yapay Zeka ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul.
- Göker Cenker, Yönlendirici Vergilendirme, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, Eylül 2018.
- Gün Ayhan, Gök Kadir, Otomasyonun Temelleri ve Robot Kontrolü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011
- Hermann Richard L., “I, Robot Lawyer, Opportunities and Threats in an Orwellian World”, 21st Century Legal Career Series, Vol.15, H.Watson Consulting LLC, USA, 2017.
- IBFD Tax Glossary, Sixth Revised Edition, Editor: Julie Rogers-Glabush, 2009.
- İşığışık Özlem, İstihdam ve İşsizlik, Dora Yayınevi, Bursa, 4.Baskı, 2018.
- Leonhard Gerd, Teknolojiye Karşı İnsanlık – İnsan ile Makinenin Yaklaşan Çatışması:- Siyah Kitap Yayınevi, Çeviren: Cihan Akkartal, İlker Akkartal, Ekim 2018.
- Nadaroğlu Halil, Kamu Maliyesi Teorisi, Beta Yayınevi, 8.Baskı, 1992.
- Richards Neil M.,Smart William D. “ Part I: Starting Points”, Robot Law, Editors: Ryan Calo, A.Michael Froomkin, Ian Kerr, Edward Elgar Publishing.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Göker Cenker, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 28.Baskı, Ankara 2019.
- Önday Özgür, Dijital Dönüşüm, Gazi Kitabevi, Ankara 2017.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 1993.
- Özkan Mehmet, Endüstri 4.0 ve Üretim İşletmeleri Açısından Değerlendirilmesi, Vergi Raporu, Sayı: 243, Aralık 2019.
- Saban Nihal, Vergi Hukuku, Beta Yayınevi, 9.Baskı, Kasım 2019.
- Susskind Richard & Susskind Daniel, The Future of the Professions Oxford University Press, 2015.
- Taş Bülent, Karyağdı Nazmi, Bilişim Sektörü için Vergi ve Teşvikler, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara 2017.

116 Ersoy, s.98

Tokol Aysen, Endüstri ilişkileri ve Yeni Gelişmeler, Dora Yayınevi, Bursa, 7.Baskı, 2017.

Vayvay Özalp, "Bölüm 3: Teknoloji Yönetimi ve Değişim Araçları", Teknoloji Yönetimi, Editörler: Feray Odman Çelikçapa, Sait Kaygusuz, Dora Yayınları, Bursa 2010.

### **Makaleler**

Abbott Ryan, Bogenschneider Bret, "Should Robots Pay Taxes? Tax Policy in the Age of Automation", Harvard Law& Policy Review, Vol:12, 2018.

Atilla Berrak, "Robotları Vergilendirmek Mümkün (Mü?)", Vergi Dünyası, Yıl:38, Sayı: 456, Ağustos 2019.

Aydın Erdal, "Türkiye'de Teknolojik ilerleme İle İstihdam Yapısındaki Değişme Projeksiyonu: Endüstri 4.0 Bağlamında Ampirik Analiz", Yönetim Bilimleri Dergisi, Cilt:16, Sayı:31, 2018.

Ercan Cannur, "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 40, Ekim 2019.

Ela Mehmet, "Teknolojik İşsizlik Problemine Mali Çözüm: Robot Vergisi ve Türkiye'deki Potansiyeli", Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi, 12 (3), 2019.

Gedik Gülşen, "The New Tax Issue: Taxing Robots", Law & Justice Review, Year 9, Issue:16, June 2018.

Gümüş Ali Tarık "Küreselleşme ve Sosyal Devlet", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:1, Yıl:2020

Kurt Dilek, Bozoklu Ümit, "Robot Ekonomisinin Yükselişi", Sosyal Bilimler Metinleri, Yıl: 2019, Sayı:1.

Reid Melanie, "Rethinking The Fourth Amendment in The Age of Super Computers, Artificial Intelligence, And Robots", West Virginia Law Review, Spring 2017, Lexis Nexis Online Database.

Novoa Cesar Garcia , "Tax Neutrality in the Exercise of the Right of Establishment within the EU and the Funding of Companies", Intertax, Volume:38, Issue:11, 2010.

Oberson Xavier, "Taxing Robots? From the Emergence of and Electronic Ability to Pay to a Tax on Robot or the Use of Robots", World Tax Journal, Volume 9, N.2, 2017.

Sevinçhan Ezgi, "Sosyal Devlet İlkesini Gerçekleştirmeye Yönelik Vergi Araçları", 6.Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu (Çankaya Üniversitesi 16 Nisan 2016), Çankaya Üniversitesi 20.Kuruluş Yılı Etkinlikleri, Bildiri Kitabı, Ankara 2017.

Yaltı Soydan Billur, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak", Vergi Sorunları, Sayı:119.

Yıldız Yiğit, "Türk Vergi Sistemine Gelecekçi Bir Yaklaşım: Robot Vergisi", Vergi Raporu, Sayı:244, Ocak 2020.

Yüksel Armağan Ebru Bozkurt, "Robot Hukuku", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7, Sayı:29, Ocak 2017.

### **Online Kaynaklar**

Atalar Gülşah Deniz, "Yapay Zeka Çağında Hukuk", İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu (www.istanbulbarosu.org.tr)

Bottone Germana, "A Tax on Robots? Some Food for Thought" (www.pdf.semanticscholar.org)

Englisch Joachim, "Digitalisation and the Future of National Tax Systems: Taxing Robots?"

(www.papers.ssrn.com)

Gasteigera, Emanuel, Prettner Klaus, "A note on automation, stagnation, and the implications of a robot tax. Freie Universität Berlin School of Business and Economics Discussion Paper, No. 2017/17 (https://refubium.fu-berlin.de)

Marwala Tshilidzi, "On Robot Revolution and Taxation" ([www.arxiv.org](http://www.arxiv.org))

[www.britannica.com](http://www.britannica.com)

[www.businessinsider.com](http://www.businessinsider.com)

[www.elaw.kri.re.kr/eng](http://www.elaw.kri.re.kr/eng)

[www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)

[www.futureofworkhub.info](http://www.futureofworkhub.info)

[www.ft.com](http://www.ft.com)

[www.gib.gov.tr](http://www.gib.gov.tr)

[www.investopedia.com](http://www.investopedia.com)

[www.irs.gov](http://www.irs.gov)

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

[www.nasa.gov](http://www.nasa.gov)

[www.nytimes.com](http://www.nytimes.com)

[www.pwc.com.tr/](http://www.pwc.com.tr/)

[www.sozluk.gov.tr/](http://www.sozluk.gov.tr/)

[www.techrepublic.com/article/](http://www.techrepublic.com/article/)

[www.theguardian.com](http://www.theguardian.com)

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hassan v. Birleşik Krallık Kararı İşığında Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları İlişkisi

### The Relationship Between International Humanitarian Law and Human Rights Law with regard to Hassan vs. United Kingdom Case of the European Court of Human Rights

Bahar KONUK SOMMER\* 

#### Öz

16 Eylül 2014 tarihinde vermiş olduğu Hassan v. Birleşik Krallık Kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlük ve güvenlik hakkı ekseninde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sınır dışı olaylarda uygulanabilirliği ve uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku arasındaki ilişkiye ilişkin görüşünü ortaya koymuştur. İlgili Kararı'nda, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hükümlerinin bir arada yorumlanması gerektiğini ortaya koyan Mahkeme'ye göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Taraf Devletlerin müdahil oldukları uluslararası silahlı çatışmalarda Sözleşme'nin 5/1. maddesinde yer alan özgürlükten yoksun bırakma nedenlerine insancıl hukuk hükümleri çerçevesinde bir yenisinin eklenmesi mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Hassan Kararı, İnsan Hakları, Uluslararası İnsancıl Hukuk, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Uluslararası Silahlı Çatışmalar

#### Abstract

In its judgment of 16 September 2014 Hassan v. United Kingdom, the European Court of Human Rights reviewed the issues relating to extraterritorial application of the European Convention on Human Rights and the relationship between international humanitarian law and human rights in the context of the right to liberty and security of the person. The Court ruled that due to the co-existence of the safeguards provided by international humanitarian law and human rights law, the grounds of permitted deprivation of liberty found in both bodies of law should be accommodated and applied concomitantly which makes it possible to add yet another one to the ones that are listed in the article 5/1 of the Convention.

**Keywords:** Hassan Case, Human Rights, International Humanitarian Law, the Right to Liberty and Security of the Person, International Armed Conflicts

\* Dr. Öğr. Üyesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,  
E-Mail: bahar.konuk@yasar.edu.tr

## GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 16 Eylül 2014 tarihinde vermiş olduğu Hassan v. Birleşik Krallık Kararı<sup>1</sup>, Mahkeme'nin uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku arasındaki ilişkiyi açıkça ortaya koyduğu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) uluslararası silahlı çatışmalar sırasında uygulanabilirliği konusunda tereddütleri ortadan kaldırdığı ilk karar olması bakımından son derece önemlidir. İlgili kararında Mahkeme, uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuk ilişkisini özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında değerlendirmiştir.

Özgürlük ve güvenlik hakkı, kişinin fiziki hareket serbestisini koruma altına alır ve bu serbestiden devlet tarafından keyfi bir biçimde yoksun bırakılmasına karşı güvenceler içeren, demokratik bir toplumda büyük öneme sahip bir temel haktır<sup>2</sup>. Geçmişten günümüze kadar insan haklarına ilişkin belgelerin neredeyse tamamında güvence altına alınan bu hak, AİHS'nin de 5. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Sözleşme'nin 5/1. maddesine göre herkes, özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. 5/1. madde aynı zamanda kişinin hangi hallerde özgürlüğünden hukuka uygun bir biçimde yoksun bırakılabileceğini göstermektedir. Buna göre kişinin özgürlüğüne yalnızca maddenin (a) ve (f) bentleri arasında düzenlenen sebeplerden birine dayalı olarak müdahale edilebilir. Bu sebepler sınırlı bir biçimde sayılmış olup genişletilmeleri mümkün değildir. Bu anlamda AİHS'ne Taraf Devletlerin iç hukuklarının Sözleşme ile uyumlu olması zorunludur. Zira kişinin hukuka uygun bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için uygulamanın iç hukukta bir temele dayanması ve iç hukuka uygun olması<sup>3</sup>, iç hukukta yer alan düzenlemelerin de Sözleşme'ye uygun olması bir başka deyişle 5/1. maddenin (a) ve (f) bentleri arasında sayılan sebeplerden birine dayanması gerekir<sup>4</sup>. Bu sebepler, hükümlünün hapsedilmesi, yükümlülük nedeniyle tutulma, suç şüphelisinin tutulması, küçüğün tutulması, hasta, bağımlı veya serserilerin tutulması ve sınır dışı edileceklerin tutulması şeklinde düzenlenmiştir.

AİHS' nin 15. maddesi savaş veya ulusun tehlike altında olduğu durumlarda<sup>5</sup>, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek kaydıyla<sup>6</sup>

- 1 Hassan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 29750/09, 16.09.2014, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- 2 Serap Keskin, "Kişi Özgürlük ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları, (Ed. Korkut Tankuter), Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 64; D. J. Harris/M. O'Boyle/C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Konseyi, 2013, s. 124; Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa Konseyi, 2018, s. 3.
- 3 D.J. Harris/M. O'Boyle/C.M. Buckley, s. 135.
- 4 Winterwerp v. Hollanda, Başvuru No: 6301/73, 24.10.1979, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 39.
- 5 AİHM, Lawless v. İrlanda Kararı'nda "ulusun tehlike altında olduğu durum"la ne ifade edilmek istendiğine açıklık getirmiştir. Buna göre, "Sözleşme'nin 15. maddesinin genel bağlamında, ulusun tehlike altında olmasından, toplumun bütününe etkileyen ve Devleti oluşturan insan topluluğunun düzenli yaşamına yönelik tehdit oluşturan kriz durumları ve olağanüstü hal anlaşılır" Lawless v. İrlanda, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 28.
- 6 "Bu kapsamda anılabilecek en önemli belgeler Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile 1949 Cenevre Sözleşmeleridir. Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 4/1. fıkrası ayrımcılığı yasaklarken, 4/2. fıkrasında, yaşam hakkı (md. 6), işkence ve kötü muamele yasağı (md. 7), kölelik ve kulluk yasağı (md. 8), borç nedeniyle hapis yasağı (md. 11), suç ve cezada kanunilik (md. 15), kişi olarak tanınma (md. 16) ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne (md. 18) ilişkin maddelerin askıya alınmayacağını düzenlenmiştir. Bu bağlamda askıya alma rejiminde bile dokunulamayacak alanın Sözleşme'nin 4. maddesindeki hakları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanması önem taşımaktadır". Oya Boyar,



Taraf Devletlere, Sözleşme çerçevesindeki yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilme hakkını tanımaktadır. Düzenlemenin devamında ise bu hallerin varlığında dahi ihlal edilemeyecek haklar sayılmıştır. Bu haklar arasında 5. madde ile düzenlenmiş olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yer almamaktadır. Dolayısıyla, olağanüstü hallerde Taraf Devletlerce Sözleşme'nin 15. maddesine dayanılarak, normal zamanlarda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlaline sebep olabilecek nitelikte tedbirler alınabilecektir. Ancak söz konusu tedbirler, AİHM'in içtihatlarıyla ortaya koymuş olduğu ilkeler çerçevesinde alındığı takdirde Sözleşme'ye uygun kabul edilir<sup>7</sup>.

Çalışmamızda yer verdiğimiz Hassan v. Birleşik Krallık Kararı'nda tartışılan temel hukuki mesele, AİHS'ni askıya alma hakkını kullanmayan Taraf Devletlerin müdahil olduğu uluslararası silahlı çatışmalarda, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin devam edip etmediği, eylemlerinin AİHS hükümlerine mi yoksa "lex specialis"<sup>8</sup> yani özel hüküm genel hükmü ilga eder ilkesi gereğince uluslararası insancıl hukuk hükümlerine göre mi değerlendirilmesi gerektiğidir. Çalışmamız içerisinde Hassan v. Birleşik Krallık Kararı'na konu olan olaylardan kısaca bahsedildikten sonra, Mahkeme'nin "lex specialis" ilkesine başvurmaksızın hukukun bu iki ayrı alanının bir arada uygulanması gerektiğine ilişkin vermiş olduğu ilk karar olma özelliğini taşıyan ilgili kararının öncelikle AİHM tarafından değerlendirilen yönlerine, sonuç bölümünde ise kendi değerlendirmemize yer verilecektir.

## I. HASSAN v. BİRLEŞİK KRALLIK KARARI'NA KONU OLAYLAR

Başvuran, Baas Partisi'nin milli sekreterliğinde genel müdür ve aynı zamanda partinin ordusu olan Kudüs ordusunda görev yapan üst düzey rütbeli bir subaydır. Nisan 2003 tarihinde Birleşik Krallık ordusunun Basra'yı işgal etmesinden sonra başvuran ve ailesi, başvuranın kardeşi Tarek Hassan ve kuzenini aile evinin korunması için geride bırakarak saklanmak üzere şehirden ayrılmıştır. 23 Nisan 2003 sabahı Britanya ordusu, başvuramı tutuklamak amacıyla geldikleri evde Tarek Hassan'la karşılaşmış ve Hassan, Irak'ta Birleşik Devletler tarafından yönetilen bir tutma merkezi olan Bucca Kampı'na götürülmüştür. Hassan, 23 ve 25 Nisan tarihlerindeki sorgusunun ardından istihbarat değeri taşımadığı gerekçesiyle 2 Mayıs 2003'te Umm Qasr'taki bir tahliye noktasında salıverilmiştir. Salıverildikten sonra ortadan kaybolan Hassan'ın cansız bedeni, 1 Eylül 2003'te Bağdat'ın 125 km kuzeyinde yer alan ve salıverilme noktasına yaklaşık 700 km uzaklıkta bulunan Samara kenti yakınlarında bulunmuştur. Göğsünde makinalı bir tüfekten çıktığı anlaşılan sekiz kurşun yarası bulunan Hassan'ın cansız bedeninde kötü muameleye maruz kaldığına dair izler de mevcuttur<sup>9</sup>.

"Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yan Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara, 2013. s. 111.

7 Jim Murdoch, Article 5 of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 2002, s. 14.

8 "“Lex specialis derogat legi generali”, “generalia specialibus non derogant” olarak da ifade edilen bu ilke,” özel hüküm genel hükmü geçersiz kılar” anlamına gelmekte olup, uluslararası hukukta andlaşma hükümlerinin yorumlanmasında başvurulan tamamlayıcı ilkelerden biridir". John P. Grant/J. Craig Barker, Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law, Oxford University Press, 3rd Edt, 2009, s. 346.

9 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 10-29.

2007’de başvuran tarafından Birleşik Krallık İdare Mahkemesi’nde açılan dava, Mahkemece, 25 Şubat 2009 tarihinde, Bucca Kampı’nın Birleşik Krallık’tan ziyade Birleşik Devletlere ait bir askeri tesis olduğu, dolayısıyla Tarek Hassan’ın kendi yargılama yetkisi içerisinde olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>10</sup>. Bunun üzerine başvuran, konuyu AİHM’ne taşımış ve kardeşi Tarek Hassan’ın Irak’ta Birleşik Krallık güçleri tarafından yakalanıp göz altına alındığını ve sonrasında da bahsi geçen koşullarda bulunduğunu ileri sürmüştür. Başvuran, kardeşinin AİHS’nin 5. maddesinin 1, 2, 3 ve 4. fıkraları hükümlerine aykırı olarak keyfi bir biçimde özgürlüğünden yoksun bırakıldığını, Birleşik Krallık yetkililerinin Sözleşme’nin 2 ve 3. maddelerinde düzenlenen yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağının gereği olan etkili soruşturma yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmediklerini iddia etmiştir<sup>11</sup>.

## I. AİHM’NİN HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

### A. YARGI YETKİSİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

AİHM, somut olayla ilgili olarak ilk önce Tarek Hassan’ın Birleşik Krallık’ın yargı yetkisi içerisinde olup olmadığını değerlendirmiştir. AİHS’nin “insan haklarına saygı yükümlülüğü” başlığını taşıyan 1 maddesi gereğince Taraf Devletler, kendi yetki alanları içerisinde bulunan herkese Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü altındadırlar. Söz konusu yetki alanının normal şartlarda devletin ülkesinin tamamını kapsadığı varsayılır<sup>12</sup>. Bununla birlikte, Taraf Devletlerin ülke dışında gerçekleştirdikleri ya da etki doğuran eylemleri, bazı durumlarda o devletin yargı yetkisinin içerisinde değerlendirilebilir. Ülke dışında gerçekleşen bir durumun devletin yargı yetkisinin içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine somut olayın özelliklerine göre karar verilir<sup>13</sup>.

AİHM’ne göre, hukuka uygun veya aykırı askeri bir harekâtın sonucu olarak bir Taraf Devletin kendi ulusal topraklarının dışındaki bir ihlalden dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için o bölge üzerinde “etkin denetim” kurmuş olması gerekir<sup>14</sup>. Üzerinde bir Taraf Devletçe etkin denetim kurulan bir bölgede AİHS’nden kaynaklanan yükümlülüklerin varlığının iddia edilebilmesi için bölge üzerindeki kontrolün doğrudan devletin kendi silahlı güçleri tarafından sağlanıp sağlanmadığı önemli değildir. Etkili denetimin belirlenmesinde öncelikle devletin askeri varlığının bölgedeki gücüne bakılır. Toprak üzerinde herhangi bir tür tahakkümün olduğu zamanlarda başka bir kriter değerlendirilmeksizin etkili denetimin olduğu varsayılır<sup>15</sup>. Bunun olmadığı hallerde ise devletin

10 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 31-32.

11 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 59-60 ve 65.

12 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhana Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2018, s. 70.

13 Al-Skeini v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 55721/07, 07.07.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 132.

14 Füsün Arsava, “AİHK’nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM’nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 591.

15 Kıbrıs v. Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10.05.2001, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 76-77.

bağımlı yerel yönetime verdiği askeri, ekonomik veya siyasi desteğin düzeyi ve bundan elde ettiği kazanımlar değerlendirilir<sup>16</sup>.

Belirli koşullar altında “etkin denetim”, bir Taraf Devletin ülkesi dışında, onun kamu gücünü kullanan görevlilerince bir kişi üzerinde kontrol sağlanması halinde de söz konusu olur<sup>17</sup>. Bu tür durumlarda belirleyici olan, söz konusu kişinin üzerinde güç kullanmak suretiyle kontrol altına alınmasıdır<sup>18</sup>. AİHM'e göre somut olayda Tarek Hassan, Birleşik Krallık askerlerinin fiziksel gücü ve kontrolüne tabidir ve bu nedenle de Birleşik Krallık'ın yargı yetkisi içerisinde kabul edilmelidir<sup>19</sup>. Birleşik Krallık'ın, AİHS'ne Taraf Devletlerin işgalci güç olmadıkları bir bölgede faaliyet halindeyken ve aktif olarak uluslararası savaş durumundayken yargı yetkisinin kullanılmaması, onun yerine Devletin uluslararası insancıl hukukunun gerektirdiklerinden sorumlu olması savı Mahkemece kabul görmemiştir. Birleşik Krallık'ın bölge üzerinde etkin denetim kurmuş olup olmadığını tartışmayan Mahkeme, somut olayda, tutukluların sınıflandırılması ve salıverilmelerine ilişkin kararların Birleşik Krallık yetkililerinin sorumluluğunda olduğundan hareketle, “kişi üzerinde etkin denetim kurma” halini esas alarak, Tarek Hassan'ın yakalandığı andan salıverildiği ana kadar Birleşik Krallık'ın yargı yetkisi içerisinde olduğuna karar vermiştir<sup>20</sup>.

## **B. YAŞAM HAKKI VE İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME**

AİHS'ne Taraf Devletler, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde düzenlenen yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı ile ilgili iddiaları etkili bir şekilde soruşturma yükümlülüğü altındadırlar<sup>21</sup>. Soruşturma yükümlülüğünün hukuki dayanağı, “Sözleşme'ye Taraf Devletler, Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içerisinde bulunan herkes için güvence altına alır.” şeklindeki Sözleşme'nin 1. maddesidir<sup>22</sup>.

Devletin ölüm veya işkence ya da kötü muameleyi soruşturma yükümlülüğü pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğüdür ve yaşam hakkına hukuka aykırı bir şekilde müdahale etmeme ve işkence veya kötü muamele yapmama şeklindeki maddi yükümlülüğünden bağımsızdır<sup>23</sup>. Usul yükümlülüğü, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan cezai, idari ve medeni muhakemelerin hepsini ve bu muhakemelerin bütün aşamalarını kapsar<sup>24</sup>. AİHM'ne göre usul yükümlülüğü, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte etkili bir soruşturma yapılmasını

16 İlaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, 08.07.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 388-394.

17 Arsava, s. 592.

18 Al-Skeini v. Birleşik Krallık, para. 136.

19 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 80.

20 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 80.

21 Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Legal, İstanbul, 2012, s. 171.

22 McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 19009/04, 13.08.2008, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 161.

23 Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 160-161.

24 Doğru/Nalbant, s. 22.

gerektirir<sup>25</sup>. Bu gerçekleşmediği takdirde maddi yönden ihlal söz konusu olmasa bile Taraf Devletler AİHS çerçevesinde yükümlülük altına girmekten kurtulamazlar.

AİHM, somut olaya ilişkin olarak Tarek Hassan'ın, resmi bir soruşturma yürütmeye yol açacak şekilde, tutuklu bulunduğu süre zarfında Birleşik Krallık yetkililerince işkence veya kötü muameleye maruz bırakıldığına dair hiçbir delil bulunmadığına işaret etmiştir. Yine, Mahkeme'ye göre, Tarek Hassan'ın Birleşik Krallık yetkililerince tutulduğu kamptan tahliye edildikten dört ay sonra, ülkenin Birleşik Krallık denetiminde olmayan bir bölgesinde meydana gelen ölümünden dolayı Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının ihlalinden dolayı ilgili devletin sorumlu tutulması beklenemez. Bu nedenle Mahkeme, başvuranın ilgili Taraf Devlet aleyhine 2 ve 3. maddelerin gereği olan soruşturma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle hüküm kurulması talebini reddetmiştir<sup>26</sup>.

### **C. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME**

AİHM'nin somut olayla ilgili olarak özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin belirtmiş olduğu ilk husus, AİHS'nin 5/1. maddesinin "herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ve maddenin (a) ve (f) bentleri arasında belirtilen koşullardan biri haricinde hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı" genel kuralını düzenlediğidir<sup>27</sup>. Madde 5/1'de izin verilen tutma nedenleri listesi, makul sürede kişinin salıverilmesine karar verme yetkisini haiz bir organ önüne çıkarılmasının amaçlanmadığı durumlarda ya da kişinin suç işleminin önlenmesi veya başka bir nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılmasını içermez<sup>28</sup>. Buna ek olarak, 5. madde içerisinde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin tutulma nedenleri hakkında derhal bilgilendirilmesi ve bir mahkeme tarafından tutulmasının hukukiliğine süratle karar verilmesi için başvurma hakkı gibi güvencelerden de yararlandırılması gerekir.

Somut olayda Birleşik Krallık Hükümeti Mahkemeden, 5. maddeden doğan yükümlülüklerini uygulamamasını ya da uluslararası insancıl hukuk uyarınca sahip olduğu tutma yetkileri ışığında bu yükümlülükleri farklı bir biçimde yorumlamasını istemiştir. Zira Hükümet'e göre, AİHS hükümlerinin uluslararası bir silahlı çatışma bağlamında uygulandığı durumlarda Mahkeme, "lex specialis" olarak uygulanan ve Sözleşme'nin belirli bir hükmünü değişikliğe uğratabilen veya yerinden edebilen insancıl hukuka ilişkin düzenlemelerin esas alınması gerekir. Somut olayda bu düzenlemeler, silahlı çatışma sırasında güvenliğe karşı risk teşkil eden sivillerin ve savaşa katılanların kişi özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını mümkün kılan III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri hükümleridir<sup>29</sup>. Yine bu nedenle Birleşik

25 Aktaş v. Türkiye, Başvuru No: 24351/94, 24.04.2003, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 299.

26 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 62-64.

27 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 96.

28 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 97.

29 III. Cenevre Sözleşmesi md. 21 "Alıkoyan Güç, savaş esirlerini enterne edebilir. Onları belirli sınırların ötesinde tutuldukları kampın dışına çıkmamaya ya da söz konusu kamp kapalıysa bu alanın dışına çıkmamaya zorlayabilir. Bu Sözleşme'nin ceza ve disiplin yaptırımlarına ilişkin hükümlerine tabi olarak, savaş esirleri, sağlıklarının korunmasının gerekli kıldığı durumlarda ve bu durumda da sadece tecridi gerekli kılan koşulların devam ettiği süre haricinde tecrit edilemezler. ... [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitiy-crimes/Doc.32\\_GC-III-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocitiy-crimes/Doc.32_GC-III-EN.pdf) (Erişim

Krallık Hükümeti, kendisine Irak'taki faaliyetleri bakımından 5. maddeden doğan yükümlülüklerini azaltma imkânı veren, Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca herhangi bir resmi talepte bulunmamıştır<sup>30</sup>.

AİHM incelemesine, AİHS'ne Taraf Devletler arasında uluslararası silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 5. maddesinin öngördüğü yükümlülüklerle ilişkin olarak bir görüş birliği olmadığı hususunu belirterek başlamıştır. Bugüne kadar 5. madde bakımından 15. maddeye başvurulmak suretiyle devletlerin yükümlülüklerinin azaltılması, iç çatışmalar ya da Taraf Devlete yönelik terör tehdidinin ortadan kaldırılması durumlarında söz konusu olmuştur<sup>31</sup>. Bu nedenle Mahkeme, incelemesi için başlangıç noktası olarak 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi'nde düzenlenen kuralların ışığında AİHS'nin yorumlanmasını almıştır<sup>32</sup>.

Viyana Sözleşmesi'nin "genel yorum kuralını" içeren 31/3. maddesinin (a) fıkrasına göre, bir antlaşmanın yorumlanması için, antlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak taraflar arasında sonradan yapılan herhangi bir anlaşmanın hükümleri esas alınır. Aynı maddenin (b) ve (c) fıkralarındaki düzenlemelere göre ise antlaşmanın yorumlanmasına ilişkin olarak tarafların mutabakatını gösteren ve antlaşmanın uygulanması ile ilgili olarak sonradan kabul edilen herhangi bir uygulamanın varlığı veya taraflar arasındaki ilişkiye tatbiki kabil herhangi bir uluslararası hukuk kuralının gözetilmesi gerekir. Mahkeme'ye göre, 31/3 (a) maddesine ilişkin olarak, Taraf Devletler arasında uluslararası silahlı çatışmalarda 5. maddenin yorumlanması hakkında daha sonra herhangi bir fikir birliğine varılmamıştır. Ancak, 31/3 (b) maddesine ilişkin olarak Mahkeme, Sözleşme'yi onayladıktan sonra Taraf Devletlerce gerçekleştirilen tutarlı bir uygulamanın, sadece yoruma ilişkin değil aynı zamanda Sözleşme metni üzerinde değişiklik yapma konusunda görüş birliği sağladıklarına işaret ettiğinin düşünülebileceğini belirtmiştir. Taraf Devletlerin bu uygulaması, uluslararası silahlı çatışmalarda III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'ne dayanarak kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakmak amacıyla 5. madde kapsamında yükümlülüklerinin askıya alınması için AİHM'ne başvuruda bulunmamak yönündedir.

31/3 (c) maddesinde belirtilen kritere ilişkin olarak Mahkeme, AİHS'nin uluslararası insancıl hukukunun kuralları da dâhil olmak üzere diğer uluslararası hukuk kurallarıyla uyum içerisinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Birleşik Krallık Hükümeti'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin yorumunda uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin dikkate alınması gerektiğine yönelik iddiasını kabul etmiştir<sup>33</sup>. Bir başka deyişle, silahlı çatışma dönemlerinde uluslararası insancıl hukuk ve Sözleşme tarafından sağlanan koruyucu hükümlerin eş zamanlı olarak var olmalarından dolayı 5. maddenin (a) ve (f) bentleri arasında düzenlenen özgürlükten

Tarihi: 02.02.2020).

IV. Cenevre Sözleşmesi md. 42 "Koruma altındaki kişilerin enterne edilmesi ya da tahsis edilmiş bir konuta yerleştirilmesi, ancak Alıkoyan Gücün güvenliğinin mutlaka gerekli kılması halinde emredilebilir". [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.33\\_GC-IV-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf) (Erişim Tarihi 29.01.2020).

30 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 99.

31 Andrea Gioia, "The Role of the European Court of Human Rights in Monitoring, Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict", *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Edt. by Orna Ben Naftali, Oxford University Press, 2011, s. 204-205.

32 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 100.

33 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 103.

yoksun bırakma nedenleri III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'ne göre güvenlik tehdidi oluşturan sivillerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ile uzlaştırılmalıdır. Bununla birlikte, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının uluslararası insancıl hukuktaki yetkilere uygun olarak gerçekleştirildiği hallerde, bu durumun 5/1. maddeye uygun kabul edilebilmesi için “hukuka uygun” olarak gerçekleştirilmesi yani 5/1. maddenin temel amacı olan kişileri özgürlüklerine yönelik keyfi müdahalelerden koruma amacına uygun olması aranır<sup>34</sup>. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygunluğu, IV. Cenevre Sözleşmesi'nde düzenlenen<sup>35</sup>, tutmanın hukukiliğinin yeterli tarafsızlık güvencesi sağlayan ve adil yargılanma şartlarını yerine getiren yetkili bir organ tarafından periyodik denetime tabi tutulmasını da gerektirir<sup>36</sup>.

AİHM, somut olayda Tarek Hassan'ın Birleşik Krallık yetkililerince uluslararası bir silahlı çatışma sırasında güvenlik tehdidi oluşturan bir sivil olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ve sorgusunun hemen ardından salıverildiği gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edilmediği yönünde hüküm kurmuştur.

#### **D. ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK VE İNSAN HAKLARI HUKUKU İLİŞKİSİNE DAİR DEĞERLENDİRME**

AİHM, Hassan v. Birleşik Krallık Kararı'na dek, Taraf Devletlerin müdahil oldukları silahlı çatışma veya işgal sırasında yaşanan ihlallere dair önüne gelen davalarda, her ne kadar Bankoviç Kararı'nda “kendi yargılama yetkisine ilişkin soruları incelediği zaman, konuyla ilgili uluslararası hukuk kurallarını göz önüne almak ve sonuç olarak hakim uluslararası hukuk kuralları ile uyumlu olarak devlet sorumluluğu saptamak zorunda olduğu” hususunu belirtmiş olsa dahi<sup>37</sup>, uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin Sözleşme hükümleri ile bir arada uygulanabileceğine dair bir içtihat ortaya koymaktan kaçınmıştır<sup>38</sup>. Öğretide, Mahkeme'nin geçmiş bazı kararlarında kullandığı ifadelerin uluslararası insancıl hukuka ilişkin düzenlemelerde kullanılan ifadeler olduğundan

34 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 105.

35 IV. Cenevre Sözleşmesi md. 43 “Enterne edilen ya da tahsis edilmiş bir konuta yerleştirilmiş koruma altındaki herhangi bir kimse, bu eylemin, uygun bir mahkeme ya da Altkoyan Güç tarafından bu amaçla oluşturulmuş idari bir kurul tarafından gözden geçirilmesi isteme hakkına sahiptir. Enterne edilme ya da tahsis edilmiş bir konuta yerleştirilme devam ettirilirse, mahkeme ya da idari kurul, yılda en az iki kez, periyodik olarak, koşulların izin vermesi halinde ilk kararın lehe olarak değiştirilmesi amacıyla kişinin durumunu gözden geçirir”.

Md. 78 “Eğer İşgalci Güç, güvenliğin zorunlu kıldığı nedenlerden dolayı, koruma altındaki kişilere ilişkin güvenlik tedbirleri alınmasını gerekli görürse, onları en çok tahsis edilmiş bir konuta yerleştirebilir ya da enterne edebilir.

Bu tür tahsis edilmiş bir konuta yerleştirme ya da enterne kararları, İşgalci Güç tarafından bu Sözleşme'nin hükümlerine uygun olarak tayin edilen düzenli bir usule göre alınır. Bu usul, ilgili taraflar bakımından itiraz hakkını içerir. İtirazlar mümkün olan en kısa sürede karara bağlanır. Kararın onanması halinde, mümkünse her altı ayda bir, söz konusu Güç tarafından oluşturulan yetkili bir organ tarafından periyodik incelemeye tabi tutulur”. [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.33\\_GC-IV-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf) (Erişim Tarihi 29.01.2020).

36 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 106.

37 Bankoviç ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, 12.10.2001, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).

38 Christine Byron, “A Blurring of the Boundries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies”, Virginia Journal of International Law, 47/4, 2007, s. 851; Melike Batur Yamaner, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi”, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul, 2017, s. 384-385.

yola çıkarak bazı yazarlar tarafından hukukun bu iki ayrı alanının bir arada kullanılma eğiliminin varlığı iddia edilse de<sup>39</sup> Mahkeme, Varnava v. Türkiye Kararı'na dek AİHS hükümlerinin uluslararası insancıl hukuk hükümleri ışığında yorumlanabileceğini açıkça zikretmemiştir<sup>40</sup>. Bununla birlikte Mahkeme'nin Hassan Kararı'na giden yolda pratikte önünü açan ilk kararının Al-Skeini v. Birleşik Krallık Kararı olduğu söylenebilir<sup>41</sup>. Zira bu Karar ile ilk defa Sözleşme'den doğan hakların "bölünebileceği" veya "uyarlanabileceği" kabul edilmiş, böylece bir hakkın öngördüğü güvencelerin de bölünebilmesinin veya somut olayda söz konusu olduğu gibi özelliklerine göre farklı bir biçimde yorumlanabilmesinin önü açılmıştır<sup>42</sup>.

AİHM, somut olayda uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları hukuku ilişkisine dair değerlendirme yaparken bahsi geçen Al-Skeini v. Birleşik Krallık Kararı ile birlikte, Uluslararası Adalet Divanı'nın konu ile ilgili içtihatlarına atıfta bulunmuştur. Uluslararası Adalet Divanı'nın "İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Bir Duvar İnşa Edilmesinin Hukuki Sonuçlarına İlişkin Tavsiye Görüşü"<sup>43</sup>ne göre; *"..Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku arasındaki ilişki konusunda, üç muhtemel durum söz konusudur: bazı haklar münhasıran uluslararası insancıl hukukun konusu olabilir; diğerleri münhasıran insan hakları hukukunun konusu olabilir; fakat diğerleri uluslararası hukukun bu iki alanının da konusuna girebilir. Önüne konulan soruyu cevaplayabilmek için, Mahkeme, uluslararası hukukun bu iki alanını da dikkate almalıdır; yani insan hakları hukukunu ve lex specialis olarak da uluslararası insancıl hukuku"*.

"Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler Kararı"<sup>44</sup>nda ise Divan, uluslararası hukukun bu iki alanının da konusuna girebilecek haklar olduğu yönündeki görüşünü tekrar ederek, uluslararası insan hakları hukuku belgelerinin "bir devletin yargı yetkisini kendi ülkesi dışında kullanımı sırasında gerçekleştirdiği fiiller bakımından" özellikle de işgal altındaki topraklarda uygulanabilir oldukları sonucuna ulaşmıştır.

AİHM de somut olaya ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın söz konusu içtihatlarını takip ettiğini belirtmiş, bunlara uygun olarak AİHS'ne Taraf Devletlerin müdahil oldukları uluslararası silahlı çatışma durumlarında AİHS'nin sağladığı güvencelerin uygulanmaya devam ettiğini kabul etmiştir<sup>45</sup>. Mahkeme'ye göre somut olayda AİHS'nin 5. maddesi ve III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'nin ilgili hükümleri bir arada yorumlanmalı ve Tarek Hassan'ın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygun olup olmadığı buna göre değerlendirilmelidir. Bu yorumdan hareketle Mahkeme Hassan'ın Birleşik Krallık yetkilileri tarafından kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmasını, AİHS ve III. ve IV. Cenevre Sözleşmelerinde öngörülen esaslara uygun bulmuştur.

39 Aisling Reidy, "The approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law", International Review of the Red Cross, 38/324, 1998, s. 513-529.

40 Varnava ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, 18.09.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).

41 Luke Dimitros, "Does Article 15 ECHR Still Matter in Military Operations Abroad?", ZaöRV, 2019, s. 168.

42 Al-Skeini v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 55721/07, 07.07.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020), para. 137.

43 <https://www.icj-cij.org/en/case/131> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).

44 <https://www.icj-cij.org/en/case/116> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).

45 Hassan v. Birleşik Krallık, para. 104.



## SONUÇ

AİHM somut olayda, uluslararası bir silahlı çatışma sırasında, AİHS'ne taraf olan bir devletin, Sözleşme'nin 15. maddesi gereğince Sözleşme hükümlerini askıya almaksızın, III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'ne uygun bir biçimde gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakma eyleminin, 5. maddede düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin yanıtını aramıştır. Bu değerlendirmeyi yaparken Mahkeme, Taraf Devletin Sözleşme'yi askıya almadığı ve yargılama yetkisinin varlığının kabul edildiği hallerde AİHS'nden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin beklendiğine yönelik hüküm kurduğu Al-Skeini<sup>46</sup> ve Al-Jedda<sup>47</sup> Kararları'ndan ayrılmış ve Taraf Devletlere uluslararası insancıl hukuk hükümlerine uygun davrandıkları takdirde somut olayın özelliklerine göre AİHS'nin getirdiği yükümlülükleri esnetebilme imkânını tanımıştır. Bir başka deyişle Mahkeme'ye göre, AİHS hükümleri, Taraf Devletlerin uluslararası insancıl hukuk hükümleri çerçevesinde sahip oldukları yetkileri sınırlandıracak biçimde yorumlanmamalıdır. Bu nedenle somut olayda Mahkeme, 5/1. maddenin (a) ve (f) bentlerinde sınırlı olarak sayılan özgürlükten yoksun bırakma nedenlerine III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'ne uygun tutma halini eklemiş ve IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 43 ve 78. maddelerinde bahsi geçen<sup>48</sup> denetim organının, AİHS 5/4'te yer alan tutmanın hukukiliğinin denetimini yapmaya ehil organ olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir.

Bize göre, AİHM'nin, somut olayda "lex specialis" ilkesinin uygulanması gerektiği iddiasını kabul etmeksizin her somut olayın kendi özelliklerine göre uluslararası insancıl hukuk ile insan hakları hükümlerinin bir arada uygulanması gerektiğine dair yorumu, Taraf Devletlerin uluslararası silahlı çatışmalar sırasındaki eylemleri üzerinde Mahkeme'nin denetimini mümkün kılmak bakımından olumludur<sup>49</sup>. Bu yorumdan hareketle Mahkeme, uluslararası bir silahlı çatışma sırasında III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'ne uygun bir biçimde kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygun kabul edilebilmesi için 5/1. maddenin temel amacı olan keyfi müdahaleye karşı korunma nihai amacını taşıması gerektiğini ifade etmiştir. Yine Mahkeme'ye göre, IV. Cenevre Sözleşmesi'nin 43 ve 78. maddelerinde yer verilen tutmanın hukukiliğini denetlemeye ehil organın, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 5/4. maddesini yorumlarken belirttiği "tarafsızlık niteliğini haiz ve adil bir yargılanmanın asgari şartlarını yerine getirebilecek nitelikte" olması gerekliliğini karşılaması zorunludur. Bu hususlar, AİHS'ne Taraf Devletlerin müdahil oldukları uluslararası silahlı çatışmalar sırasında gerçekleştirdikleri eylemlerden doğan yükümlülüklerini uluslararası insancıl hukukun gerekliliklerine nazaran ağırlaştırması, dolayısıyla uluslararası silahlı çatışmalar sırasında söz konusu olabilecek hak ihlalleri bakımından daha nitelikli güvenceler getirmesi bakımından olumlu olarak değerlendirilebilir.

46 Al-Skeini v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 55721/07, 07.07.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).

47 Al-Jedda v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 27021/08, 07.07.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).

48 Bkz. 34 no'lu dipnot.

49 Aynı yönde bkz. Lawrence Hill-Cawthorne, "The Grand Chamber Judgment in Hassan v. UK", <https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>, 16.09.2014, Cedric de Koker, "Hassan v. United Kingdom: The Interaction of Human Rights Law and International Humanitarian Law with regard to the Deprivation of Liberty in Armed Conflicts", Utrecht Journal of International and European Law, 31(81), 2015, s. 93; Elizabeth Stubbins Base, "Introductory Note to Hassan v. The United Kingdom", International Legal Materials, Vol. 54, 2015, s. 85.



Öte yandan ilgili kararın eleştiriye açık yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bu karar ile Sözleşme'nin 15. maddesinde yer alan ve savaş veya ulusun tehlike altında olduğu durumlarda, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek kaydıyla Taraf Devletlere, Sözleşme'yi askıya alma imkânı tanıyan düzenlemenin hükmünü azaltmış olmasıdır<sup>50</sup>. Bu kararlar birlikte artık, Taraf Devletler açısından, uluslararası silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda 15. maddede yer alan düzenlemeye başvurmadan Sözleşme ile öngörülen yükümlülüklerin uluslararası insancıl hukuk hükümlerinin gerektirdiği seviyeye çekilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bununla birlikte, bize göre ilgili kararın asıl tartışmaya açık yönü, Mahkeme'nin, 5/1. maddenin lafzını ve düzenlenme amacını dikkate almaksızın 5/1. maddenin (a) ve (f) bentlerinde sınırlı olarak sayılan özgürlükten yoksun bırakma nedenlerine bir yenisinin daha eklenmiş olmasıdır. Oysa 5/1. maddede, kişinin özgürlüğüne hukuka uygun olarak müdahale edilebilecek haller, "sınırlı bir biçimde" bir liste halinde sayılmıştır. Bu düzenlemeyi, kişi özgürlüğünü korumaya yönelik yalnızca genel bir keyfi müdahale yasağı getiren Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesinden ayıran temel özellik budur<sup>51</sup>. 5/1. maddede sınırlı olarak sayılan özgürlükten yoksun bırakma nedenlerine yorum yoluyla bir yenisinin eklenmesi mümkün değildir. AİHM de bugüne kadar ilgili düzenlemeyi dar yorumlamış ve bu sayılanlar dışında bir nedene dayanarak gerçekleştirilen kişi özgürlüğüne yönelik müdahalelerin Sözleşmeyi ihlal ettiğini kabul etmiştir<sup>52</sup>. 5/1. madde hükmü bu kadar açıkken ve Mahkeme'nin bugüne kadarki içtihadı ilgili hükmü dar yorumlamak yönündeyken, bu karar ile insan hakları hukuku ve insancıl hukuk hükümlerinin bir arada yorumlanması gerektiğini söyleyerek Sözleşme'de öngörülen kişi özgürlüğünden yoksun bırakma nedenlerine bir yenisini eklemiş olması bize göre isabetli olmamıştır.

Sonuç olarak yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız gibi Hassan Kararı'nın olumlu yönü, AİHS'ne Taraf Devletlerin müdahil olduğu uluslararası silahlı çatışmalar sırasındaki eylemleri üzerinde Mahkeme'nin yargılama yetkisinin kabul edilmesi suretiyle Sözleşme ile garanti altına alınan hak ve özgürlükler bakımından denetimin sağlanmasıdır. Öte yandan, somut olayda Mahkeme'nin uluslararası insancıl hukuk hükümleri ile insan haklarına ilişkin hükümlerin bir arada uygulanması gerektiği dolayısıyla uluslararası bir silahlı çatışmanın varlığı halinde III. ve IV. Cenevre Sözleşmeleri'ne uygun bir özgürlüğe müdahale halinin AİHS'nin 5/1. maddesine uygun olduğuna ilişkin içtihadına 5/1. maddenin lafzı ve düzenlenme amacı göz önüne alındığında katılmak mümkün gözükmemektedir. AİHM, bu kararı ile 5/1. madde ile ilgili içtihadının uluslararası niteliği haiz olmayan silahlı çatışmalar bakımından da geçerli olup olmadığı veya Taraf Devletlerin müdahil olduğu uluslararası silahlı çatışmalar söz konusu olduğunda Sözleşme ile garanti altına alınan diğer haklar bakımından da benzer bir yaklaşım sergileyip sergilemeyeceği hususunda akla gelebilecek soruları ise yanıtız bırakmıştır.

50 Dimitros, s. 181.

51 Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi md. 9; "Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak Gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz". [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin133.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf) (Erişim Tarihi: 02.02.2020).

52 Murdoch, s. 51; Claire Macken, "Preventive Detention and the Right to Personal Liberty and Security under Article 5 ECHR", *The International Journal of Human Rights*, 10/3, September, 2006, s. 195; Doğru/Nalbant, s. 378.

## KAYNAKÇA

- ARSAVA Fusun, "AİHK'nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM'nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, ss. 590-601.
- BASE Elizabeth Stubbins, "Introductory Note to Hassan v. The United Kingdom", International Legal Materials, Vol. 54, 2015, ss. 83-85.
- BOYAR Oya, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yan Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, Şen Matbaa, Ankara, 2013.
- BYRON Christine, "A Blurring of the Boundries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies", Virginia Journal of International Law, 47/4, 2007, ss. 839-896.
- DIMITROS Luke, "Does Article 15 ECHR Still Matter in Military Operations Abroad?", ZaöRV, 2019, ss. 156-183.
- DOĞRU Osman /NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Legal, İstanbul, 2012.
- GIOIA Andrea, "The Role of the European Court of Human Rights in Monitoring, Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict", International Humanitarian Law and International Human Rights Law, (Edt. by Orna Ben Naftali), Oxford University Press, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref /GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- GRANT John P./BARKER J. Craig, Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law, Oxford University Press, 3rd Edt, 2009.
- HILL-CAWTHORNE Lawrence, "The Grand Chamber Judgment in Hassan v. UK", <https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>, 16.09.2014.
- KESKİN Serap , "Kişi Özgürlük ve Güvenliği Hakkı", İnsan Hakları, (Ed. Korkut Tankuter), Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 64-98.
- de KOKER Cedric, "Hassan v. United Kingdom: The Interaction of Human Rights Law and International Humanitarian Law with regard to the Deprivation of Liberty in Armed Conflicts", Utrecht Journal of International and European Law, 31(81), 2015, ss. 90-96.
- MACKEN Claire, "Preventive Detention and the Right to Personal Liberty and Security under Article 5 ECHR", The International Journal of Human Rights, 10/3, September, 2006, ss. 195-217.
- MURDOCH Jim, Article 5 of the European Convention on Human Rights, Strasburg, 2002.
- REIDY Aisling, "The approach of the European Commission and Court of Human Rights to International Humanitarian Law", International Review of the Red Cross, 38/324, 1998, ss. 513-529.
- ŞİRİN Tolga, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa Konseyi, 2018.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara, 2018.
- YAMANER Batur Melike, "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Uluslararası İnsancıl Hukuk İlişkisi", Erdoğan Teziçe Armağan, İstanbul, 2017, ss. 379-391.
- Aktaş v. Türkiye, Başvuru No: 24351/94, 24.04.2003, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- Al-Skeini v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 55721/07, 07.07.2011, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- Bankoviç ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, Başvuru No: 52207/99, 12.10.2001, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).

- Hassan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 29750/09, 16.09.2014, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya, Başvuru No: 48787/99, 08.07.2004, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- Kıbrıs v. Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10.05.2001, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- Lawless v. İrlanda, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 19009/04, 13.08.2008, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- Varnava ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, 18.09.2009, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).
- Winterwerp v. Hollanda, Başvuru No: 6301/73, 24.10.1979, <https://hudoc.echr.coe.int/> (Erişim Tarihi: 29.01.2020).
- UAD İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Bir Duvar İnşa Edilmesinin Hukuki Sonuçlarına ilişkin Tavsiye Görüşü <https://www.icj-cij.org/en/case/131> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).
- UAD Kongo Topraklarında Silahlı Faaliyetler Kararı <https://www.icj-cij.org/en/case/116> (Erişim Tarihi: 01.02.2020).
- Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/metin133.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf) (02.02.2020).
- III. Cenevre Sözleşmesi [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.32\\_GC-III-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.32_GC-III-EN.pdf) (Erişim Tarihi: 02.02.2020).
- IV. Cenevre Sözleşmesi [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.33\\_GC-IV-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf) (Erişim Tarihi 29.01.2020).

## Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi

### Evaluation of Serial Procedure and Simplified Trial Regulations

Zahit YILMAZ\*   
Özge APIŞ\*\* 

#### Öz

Seri muhakeme ve basit yargılama Türk Ceza Muhakemesi Sistemi'ne 7188 sayılı Kanun ile dahil olmuşlardır<sup>1</sup>. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 250 ila 252. maddeleri arasında düzenlenen kurumlar, yargı sisteminin iş yükünü azaltma temelinde şekillenmişlerdir. Hal böyle olunca, adı geçen kurumlar ceza muhakemesine hakim olan bir çok ilke ve diğer yandan şüpheli/sanık hakları bakımından eleştirilere maruz kalmıştır.

Bu kapsamda yapacağımız çalışmada, seri muhakeme ve basit yargılama usullerinin uygulanma şartları, her bir madde ve fıkra kapsamında ayrı ayrı ele alınacak, bunların uygulanmasına ilişkin görüş, öneri ve eleştirilerde bulunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** 7188 Sayılı Kanun, Seri muhakeme, Basit yargılama, Şüpheli/sanık hakları.

#### Abstract

Serial procedure and simplified trial have been included in the Turkish Criminal Procedure System with Law No. 7188. The institutions regulated between the articles 250 and 252 of the Criminal Procedure Code (CMK) no. 5271 were formed on the basis of reducing the workload of the judicial system. The aforementioned institutions have been exposed to criticism in terms of many principles dominate criminal procedure and, on the other hand, suspect/accused rights.

In this context, the conditions of application of serial procedure and simplified trial will be discussed separately within the scope of each article and subsection, and opinions, suggestions and criticisms regarding their application will be made.

**Keywords:** Law No. 7188, Serial procedure, Simplified trial, Suspect/accused rights.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: zahityilmaz@marmara.edu.tr

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Ömer Halisdemir Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, E-Mail: ozge.apis@ohu.edu.tr

1 Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No:7188, Kabul Tarihi: 17/10/2019, RG, 24.10.2019, s.30928.

## Giriş

17/10/2019 Tarihinde 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23 ila 25. maddeleriyle, 2/7/2012 Tarihinde ve 6352 Sayılı Kanun'un 105. maddesiyle ilga edilen 250, 251, 252. maddeler, başlıkları ile birlikte yeniden düzenlenmiş, ceza muhakemesi sistemimize “*seri muhakeme usulü*” ve “*basit yargılama usulü*” dahil edilmiştir.

Seri muhakeme usulü, CMK'nun 250. maddesi ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği (CMSMY) kapsamında düzenlenmiş, basit yargılama usulüne ise CMK'nun 251. ve 252. maddelerinde yer verilmiştir.

Gerek seri muhakeme ve gerekse basit yargılama usulü, muhakeme sürecini formal gerekliliklerden arındırarak makul sürede yargılanma hakkını tesis etme iddiasında olmakla birlikte, diğer yandan bu düzenleme açısından şüpheli/sanık açısından ceza indirimini ve seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları söz konusu olmaktadır. Bunun yanında davayı kaybetme ihtimalinde muhakeme masraflarına ya da avukat tutma ihtimalinde vekalet ücretine, zaman kaybına katlanılması söz konusu olmamakta, sanık aleni yargılamada halkla yüz yüze gelmekten kurtulmaktadır. Bu usul ile ayrıca, yargılamanın ne zaman sona ereceğine ilişkin sorular da ortadan kalkmaktadır. Soruşturma/kovuşturma organları bakımından ise bu usuller muhakeme ekonomisine katkı sağlamaktadır.

Tüm bu olumlu özelliklerine rağmen gerek seri muhakeme usulünün gerçek anlamda bir “*muhakeme*”, basit yargılamanın ise “*yargılama*” olup olmadığı tartışmalıdır. Zira aşağıda izah edileceği üzere seri muhakeme usulünde, Cumhuriyet savcısına oldukça geniş yetkiler tanınmakta, mahkeme bir onay mercii işlevi görmektedir. Basit yargılama usulü açısından ise yine aşağıda ayrıntılarıyla izah edileceği üzere genel muhakeme usulünün terk edilmesi ve kurumun niteliği gereği sözlülük esas olan ceza kovuşturmasının yazılı şekilde gerçekleştiği görülmektedir.

Şu halde söz konusu kurumların, ceza muhakemesine hakim olan temel ilkeler ve özellikle sözlülük, yüz yüzelik, halka açıklık, vicdani kanaatin huzura getirilmiş ve tartışılmış delillere dayanılarak oluşturulacağı ilkeleriyle çatışmakta olduğu ifade edilebilir.

Çalışmamız dört bölümden oluşmakta olup, ilk bölümde seri muhakeme ve basit yargılama kavramlarına değinilecek, ikinci bölümde benzer kurumlarla karşılaştırma yapılacak, üç ve dördüncü bölümlerde ise seri muhakeme ve basit yargılama kurumları, her bir madde ve fıkra bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

## I. Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Kavramları

### A. Seri Muhakeme

7188 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 250. maddesi ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği (CMSMY) <sup>2</sup> kapsamında düzenlenen seri muhakeme

<sup>2</sup> (CMSMY) (31.12.2019/30995 R.G.)

usulü, Cumhuriyet savcısının etkin bir rol üstlendiği muhakeme türüdür. Aslen, bunun bir muhakeme olup olmadığı da tartışılabilir; zira muhakeme kavramı, ileride de ifade edileceği üzere muhakeme sülhlerinin kolektif olarak katıldıkları bir süreci ifade etmektedir.

Seri muhakeme, soruşturma evresinin sonunda Cumhuriyet savcısına, Kanun'da tahdidi olarak sayılmış bazı suçlar bakımından uygulanacak cezai yaptırım hususunda takdir yetkisinin verildiği ve Cumhuriyet savcısının teklifi üzerine şüphelinin müdafii huzurunda bu teklifi kabul etmesiyle gerçekleşen bir anlaşma olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle seri muhakeme, soruşturma evresinde, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına altına alan Cumhuriyet savcısının (CMK m. 160), kamu davasının açılmasının ertelenmesi yahut kamu davasının açılmasına yer olmadığı hallerde ve suçun işlendiği hususunda yeterli delile ulaştığında, Kanun'da belirtilen koşulların oluşmasına binaen, iddianame düzenlediği ve kolektif bir yargılamanın yapılmadığı ancak ceza yaptırımının belirlenebildiği bir muhakeme türüdür. Seri muhakeme usulünün mülga CMUK'ta yer alan ceza kararnamesi usulüne benzediği ifade edilmektedir<sup>2</sup>. Bununla birlikte ileride ifade edileceği üzere ceza kararnamesi usulü basit yargılama usulü ile de benzerlik taşımaktadır.

Şu halde, seri muhakeme usulü soruşturma evresine ilişkin bir düzenleme olup, iddianamenin düzenlenmesi yerine, görevli mahkemeye hitaben seri muhakeme talep yazısının (talepname) düzenlendiği, Cumhuriyet savcısının, bu yazıda belirlediği cezai yaptırıma temel aldığı delilleri göstermek zorunda olmadığı (CMK m. 250/8), kural olarak hakimin yetkisinde olan hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51), seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) kurumlarının da Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenebildiği *sui generis* bir kurumdur.

CMK'nun 174/1-c maddesine göre, seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin iadesi söz konusu olduğundan, seri muhakeme usulünün kabul edilmemiş olması doktrinde dava şartları kapsamında kabul edilmektedir<sup>3</sup>. Ayrıca doktrinde, seri muhakeme usulü açısından her ne kadar yaptırımı belirleyen makam savcı ise de hükmü kuracak olan merciin mahkeme olacağından hareketle, Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan ve yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır şeklindeki hükmün ihlal edilmemiş olacağı ifade edilmektedir<sup>4</sup>.

Seri muhakeme usulü, muhakeme sürecini formal gerekliliklerden arındırarak makul sürede yargılanma hakkını tesis etme iddiasında olan bir kurum olmakla birlikte, sözlülük, yüz yüzelik, halka açıklık, vicdani kanaatin huzura getirilmiş ve tartışılmış delillere dayanılarak oluşturulacağı ilkeleriyle çatışmaktadır<sup>5</sup>. Ancak diğer yandan kurumun, gerek şüpheli ve gerek ise soruşturma/kovuşturma organları bakımından pratik bir takım faydalarının olduğu da ifade edilmektedir. Şüpheli açısından bakıldığında, ceza indirimi ve seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme ya da hükmün açıklanmasının

2 Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2020, s.92.

3 Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.89.

4 Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.93.

5 Mustafa Ruhan Erdem / Cahide Şentürk, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2019, C: 14, S: 41, s. 575, 581 vd.

geri bırakılması kurumları söz konusu olmakta, davayı kaybetme ihtimalinde muhakeme masraflarına ya da avukat tutma ihtimalinde vekalet ücretine, zaman kaybına katlanılması söz konusu olmamakta, şüpheli aleni yargılamada halkla yüz yüze gelmekten kurtulmaktadır. Bu usul ile ayrıca, yargılamanın ne zaman sona ereceği yahut hangi ağırlıkta bir cezaya hükmedileceği gibi belirsiz hususlar ortadan kalkmaktadır. Soruşturma/kovuşturma organları bakımından ise muhakeme ekonomisine katkı sağlamaktadır<sup>6</sup>.

## **B. Basit Yargılama**

7188 sayılı Kanun ile CMK'nun 251. maddesi kapsamında düzenlenen basit yargılama usulü, mahkemenin etkin bir rol üstlendiği muhakeme türüdür. Aslen, bunun da bir muhakeme olup olmadığı tartışılabilir; zira muhakeme kavramı, muhakeme sùjelerinin kolektif olarak katıldıkları bir süreci ifade etmektedir.

Basit yargılama, iddianamenin kabulünden yani kovuşturma aşamasına geçilmesinden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından getirilmiş olan bir muhakeme türüdür. Görüldüğü üzere bu muhakeme türünde, seri muhakemenin aksine katalog suçların bulunduğu bir liste mevcut değildir. Esasen basit yargılamaya konu olan suçlar bakımından, daha kovuşturma aşamasına geçmeden kamu davasının açılmasının ertelenmesi<sup>7</sup> gibi alternatif yollar söz konusudur.

Basit yargılama usulünün uygulanıp uygulanmayacağı mahkemenin takdirine bırakılmıştır (kşz. CMK m.250/1-m.251/1). Bir başka ifadeyle basit yargılama usulü, şartları oluştuğunda seri muhakeme usulü gibi tatbiki zorunlu olmayıp, söz konusu muhakeme türünün uygulanmasına karar verildiği takdirde, iddianamenin sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmelerinin istendiği bir yöntemdir. Bu süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, TCK'nun 61. maddesi dikkate alınmak suretiyle, CMK'nun 223.maddesinde belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir<sup>8</sup>.

Şu halde basit yargılama usulü, kovuşturma evresine ilişkin bir düzenleme olup, iddianamenin düzenlenip kabul edilmesinin ardından, görevli mahkemenin duruşma açmasına gerek olmaksızın, mahkumiyet kararı da dahil olmak üzere, hüküm verebildiği, Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaada bulunmadığı, duruşma söz konusu olmadığından klasik bir yargılamadaki gibi iddia makamı olarak savcının bir yer işgal etmediği, mahkeme tarafından hapis cezasının ertelenmesi (TCK

6 Erdem/Şentürk, s. 575.

7 Murat Volkan Dülger, Yargı Reformu: Gerçekten Bir Reform Mu? [https://www.academia.edu/40554795/Yarg%C4%B1\\_Reformu\\_Ger%C3%A7ekten\\_Bir\\_Reform\\_Mu,?](https://www.academia.edu/40554795/Yarg%C4%B1_Reformu_Ger%C3%A7ekten_Bir_Reform_Mu,?) (Erişim Tarihi:13.04.2020) s.9

8 Doktrinde basit yargılama usulünün, duruşma yapılmaksızın hüküm verilemeyeceği ilkesine, nispeten hafif suçlar için düzenlenmesi, tebligatta bu hususun sanığa bildirilmesi, sanığın açık biçimde karşı çıkması halinde duruşma açılması mecburiyeti sebepleriyle aykırı olmayacağı ifade edilmektedir. Olgun Değirmenci, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ocak 2020, C:15 (1), S. 161,36-51, s.40.

m. 51), seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231) kurumlarının da uygulanabildiği *sui generis* bir kurumdur.

## II. Benzer Kurumlardan Farkı

### A. İddia-Ceza Pazarlığı

Doktrinde savcı – sanık pazarlığı<sup>9</sup>, suçu üstlenme-itham pazarlığı<sup>10</sup>, itiraf pazarlığı<sup>11</sup>, iddianame pazarlığı<sup>12</sup>, şeklinde ifade edilen kurumun Türk hukukunda isimlendirilmesi konusunda bir birlik söz konusu değildir<sup>13</sup>. Kurumun sanığın, ceza muhakemesi neticesinde alacağı neticenin kendi hakkında daha lehe olması ve bunun için suçlu olduğunu kabul etmesi ile gerçekleşen bir tarafta sanık diğer tarafta savcılık ve bir onay-denetim mekanizması olarak mahkemenin yer aldığı bir anlaşmayı ifade ettiği tespit edilmektedir<sup>14</sup>.

İddia pazarlığının sonucu olan iddia anlaşmasının “*savcı ve sanığın, mahkemeye sundukları ve üzerinde anlaşmaya vardıkları metinde yer alan hükümler doğrultusunda aralarındaki ihtilaflı çözümlerini ifade ettikleri çift taraflı bir anlaşma*” olduğu da ifade edilmektedir<sup>15</sup>. Kurum açısından sanığın suçu ikrar ederek ceza muhakemesine katkıda bulunduğu, bunun karşılığında işlediği suçların bazılarının düşürülmesi bazıları açısından da alacağı cezanın indirilmesi söz konusu olmaktadır<sup>16</sup>.

Pazarlık usulünün çeşitli türleri söz konusudur. Başlıca türleri; sanığın isnat olunan suçu, daha az bir ceza karşılığında ikrar ettiği “*suç isnat pazarlığı*”, birden çok suç açısından suçlamanın söz konusu olduğu hallerde sanığın suçların tamamını değil bir kısmını ikrar ettiği “*suçlama sayısı pazarlığı*” ve sanığın kendisine verilecek cezayı bilerek, üst sınırdan ceza almak yerine pazarlık ederek daha az ceza almayı amaçladığı “*ceza pazarlığıdır*”<sup>17</sup>.

İddia pazarlığı ile ceza pazarlığı arasındaki farka işaret eden bir görüşe göre iddia pazarlığında savcının isnat edeceği suçu kesin olarak belirleyip sanığın ikrar etmesi halinde sanık temyiz yoluna

9 Yusuf Solmaz Balo / Ekrem Çetintürk, “Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. XVII, Sa. 1-2, s.1247.

10 ahit ,Bıçak, “Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet Sisteminin Yeniden İnşası (Tebliğ)”, *Adalet Şurası 10 – 11 Ocak 2018 / Ankara, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi & Sheraton Hotel III. Oturum Türk Ceza Hukukunda Adalet Anlayışı*, <https://www.bicakhukuk.com/wp-content/uploads/2018/01/Vahit-B%C4%B1%C3%A7ak-2018-Adalet-%C5%9Euras%C4%B1-Tebliğ%C4%9F.pdf>, (Erişim Tarihi 18.12.2019), s.7.

11 Mustafa Yücel , Ceza Adaletinde Sapmalar, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s.19.

12 Pınar Bacaksız, “İddianame Pazarlığı (Plea Bargaining)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2008, Sayı: 7, s. 151.

13 Buna gerekçe olarak sistemin amaç olarak aynı doğrultuda olmasına rağmen ülkeden ülkeye uygulanma açısından farklılıklar arz etmesi gösterilmektedir. Enver KAŞLI, “Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı ve Türkiye’de Basit Yargılama Kanun Taslağının Değerlendirilmesi”, *Güvenlik Çalışmaları Dergisi*, 2016, C.18, S.3, s.72.

14 Balo/Çetintürk, s.1247-1248, Ayrıca bkz. Mehmet Emin Yapar, Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Hukukunda Plea Bargaining (İddia Pazarlığı) Kavramı ve Uygulaması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2012, s.136, Kaşlı, s.73.

15 Yapar, s.130.

16 Balo/Çetintürk, s.1248.

17 Balo/Çetintürk, s.1248. Ayrıca bkz. Yapar, s.188.



başvuramamakta, hakimin ceza konusunda geniş takdir hakkı olmaktadır<sup>18</sup>. Ceza pazarlığında ise gerek isnat gerekse de cezanın miktarı pazarlık konusu yapılmaktadır<sup>19</sup>.

Esas olarak bir ABD ceza adaleti kurumu olan iddia-ceza pazarlık kurumunun birçok hukuk sisteminde bir takım değişikliklerle kabul edildiğini ifade etmek gerekmektedir. ABD sistemi açısından kuruma genellikle yeterli delilin olmadığı haller açısından başvurulduğu ifade edilmektedir. Suçunu ikrar eden kişinin masumiyet karinesi, jüri yargılaması ve tanıklarla yüzleşme gibi haklarından feragat ettiği anlaşılmaktadır. ABD sistemi açısından bazı eyaletlerde suçlar açısından sınırlandırmalar söz konusu olsa da kural olarak kurumun tüm suçlar bakımından uygulandığı ifade edilmektedir<sup>20</sup>. Savcı-sanık pazarlığını en önemli amacının mahkemelerin iş yükünü azaltmak olduğu görülmektedir<sup>21</sup>. Bu sistem açısından savcının, yargılanma hakkından feragat eden sanık karşısında *de facto* olarak hakim fonksiyonu icra ettiği belirtilmektedir<sup>22</sup>. Müdafii ile savcı arasındaki pazarlık, sistemin ana yapısını oluşturmaktadır. Sistem açısından şüpheli müdafii, savcıyı, müvekkilinin daha az cezayı gerektiren isnadı ikrarı karşılığında daha az cezayı gerektiren bir isnatta bulunmaya ikna edebilir yahut savcı, şüpheliye daha az cezayı gerektiren bir isnatta bulunup bunun sanık tarafından kabulünü teklif edebilir<sup>23</sup>. Bununla birlikte sistem açısından hakimin tamamen devre dışı kaldığını iddia etmek de doğru değildir. Doktrinde bu usulün savcı-müdafii arasında geçse de usul açısından hakimin tavrının önemli olduğu, hakimin ister istemez iddianame pazarlığının aktif-pasif süjesi olduğu ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Ancak her ne kadar kuruma “pazarlık” adı verilse de nihai olarak hükme karar veren hakimin, tarafların iradesini yerine getirdiği bu iradenin de esasen üstün durumda olan savcının iradesini yansıttığı ifade edilerek bu durumun tek taraflı bir yargılama olduğu belirtilmektedir<sup>25</sup>.

7188 sayılı Kanun ile Türk hukuk sistemine dâhil olan seri muhakeme usulü bazı yönlerden iddia-ceza pazarlığı sistemine benzemektedir. Gerek seri muhakeme usulü gerekse de iddia-ceza pazarlığı usulleri savcının etkin olduğu ceza muhakemesi kurumlarıdır. Yine her iki sistem açısından da amaçlanan husus iş yükünün azaltılmasıdır. Ayrıca her iki sistem de tarafların anlaşmasına dayanmaktadır. Ancak seri muhakeme usulü ile iddia-ceza pazarlığı usulleri arasında belirgin farklılıklar da söz konusudur. Öncelikle iddia-ceza pazarlığı yukarıda ifade ettiğimiz üzere kural olarak belirli suçlara özgülenmiş bir düzenleme olmamasına karşın seri muhakeme usulü 5271 sayılı CMK’nun 250/1. fıkrasında belirtilen suçlar açısından söz konusudur. Seri muhakeme usulünün işletilmesi açısından suçun işlendiği konusunda yeterli delilin olması gerekirken, ABD sisteminde iddia-ceza pazarlığı genel olarak savcılık tarafından yeterli delilin olmadığı durumlar açısından söz konusu olmaktadır<sup>26</sup>.

18 Nazım Tunç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Bilecik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilecik 2010, s.45.

19 Tunç, s.45.

20 Balo/Çetintürk, s.1258.

21 Balo/Çetintürk, s.1275.

22 Yücel, s.19, Kaşlı, s.73.

23 Bacaksız, s.155.

24 Bacaksız, s.163.

25 Bacaksız, s.166.

26 Balo/Çetintürk, s.1258.

CMK'nun 250/1 inci maddesine göre seri muhakeme usulü soruşturma evresi sonunda belirli suçlarla ilgili olarak *kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği* takdirde uygulanabilecek bir usulken, iddia-ceza pazarlık usulü doğrudan uygulanabilecek bir usuldür. Sistemlerin uygulanma şartları haricinde, iddia-ceza pazarlığından farklı olarak seri muhakemenin uygulanacağı katalog suçların mağduru bakımından kanun koyucunun bu sistemi mağduru toplum olan diğer bir ifadeyle gerçek kişi olmayan suçlar açısından öngördüğü hususudur. Pazarlık usulü açısından söz konusu olan masum kişilerin de pazarlığın baskısıyla işlemedikleri suçu kabul etme tehlikesi<sup>27</sup> seri muhakeme usulü açısından da söz konusu olabilecektir.

CMK'nun 251. maddesi ile yürürlüğe giren basit yargılama usulü ile de tıpkı pazarlık usulünde olduğu gibi yargılamanın hızlanması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte basit yargılama usulü kovuşturma aşamasına dahil bir süreç olmasına karşın, pazarlık usulü yukarıda da ifade edildiği üzere soruşturma aşamasına dahil olan bir süreçtir. Dolayısıyla pazarlık usulünde savcı aktif bir rol oynamasına karşın basit yargılama usulü iddianamenin kabulünün ardından geçerli olan ve mahkemenin takdirinde olan bir süreçtir. CMK'nun 251/3. fıkrasına göre C. Savcısının bu süreçte görüşü alınmamaktadır. Bu durum iki kurum arasındaki en önemli farklılıklardan biridir. Son olarak basit yargılama usulü belirli ceza aralığına dahil olan suçlar açısından söz konusu iken, pazarlık usulünde kural olarak böyle bir sınır mevcut değildir.

İddianame pazarlığına yönelik doktrinde yer alan eleştiriler ise çalışmamızda ifade edileceği üzere seri muhakeme usulü açısından da söz konusu olabilecek niteliktedir<sup>28</sup>.

## **B. Uzlaştırma**

Uzlaştırma, CMK'nun 253 ila 255. maddelerinde ve diğer yandan Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nde<sup>29</sup> (CMUY) düzenlenmiş olan bir kurumdur. Ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 24. maddesinde de "*Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaşmaya ilişkin hükümleri suça sürüklenen çocuklar bakımından da uygulanır*" ifadelerine yer verilmek suretiyle uzlaştırma kurumunun, çocuklar bakımından uygulanacağı da açıkça dile getirilmiştir.

Uzlaştırma, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur, suçtan zarar gören veya kanuni temsilcisinin, Kanun ve Yönetmelikteki usul ve esaslara uygun olarak uzlaştırmacı tarafından anlaştırılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecidir. (CMUY m. 4/1-k) Uzlaştırma, bir ceza muhakemesi şartıdır; bir başka ifadeyle söz konusu kurum, ceza muhakemesinin olağan gidişatını etkileyen bir süreç olarak, şartların oluşması halinde uzlaştırma girişiminde bulunulması takdiri değil, mecburidir. Aksi takdirde, yani uzlaştırma yoluna başvurulmaksızın iddianame düzenlenmesi olasılığında, bu iddianamenin iadesi gerekmektedir (CMK m.174/1-c)<sup>30</sup>.

27 Bacaksız, s.167.

28 Eleştiriler için bkz. Bacaksız, s.167.

29 (CMUY) (05.08.2017/30145 R.G.)

30 Yener Ünver / Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), 15.Baskı, Ankara 2019, s. 1829. Gökçen/ Balcı/Alşahin/Çakır,s.561. vd. Selman Dursun, Avrupa Konseyi'nin Uzlaştırmaya Dair Tavsiye Kararları Ve Türk

Böylece uzlaştırmanın, uyuşmazlıkların çözümü için kullanılan ve tahkim, arabuluculuk veya kısa duruşma gibi geleneksel ceza yargılaması ve dava yolu dışındaki diğer yolları ifade eden alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olduğunu ifade etmek mümkündür<sup>31</sup>.

Seri muhakeme usulü açısından da uzlaştırmada söz konusu olduğu gibi, koşulları oluştuğunda uygulanmaksızın iddianame düzenlendiğinde, iddianamenin iadesi gündeme gelmektedir. Dolayısıyla uzlaştırma gibi seri muhakemenin de genel hükümlere göre gerçekleştirilen muhakeme bakımından bir muhakeme şartı olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Basit yargılama için ise böyle bir durum söz konusu değildir; zira basit yargılama kovuşturma evresine geçilmesinin ardından Mahkeme'nin takdirine bağlı olarak başvurulabilen bir muhakeme türüdür.

Bu anlamda uzlaştırmanın seri muhakeme ile benzer yönü, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme usulü uygulanması konusunda Cumhuriyet savcısının bir takdir yetkisinin olmamasıdır. Bir diğer ifadeyle Cumhuriyet savcısı, kamu davasını mutlaka açmak istiyorsa, bunu seri muhakeme şeklinde gerçekleştirmek zorundadır. Oysa, basit yargılama usulünde mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra basit yargılama yapmaya mecbur olmadığı gibi hüküm verilinceye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir (CMK m. 251/1, 6).

Uzlaştırmanın uygulanabilmesi, uzlaştırma kapsamına giren bir suç bulunması, ilgili suçun işlendiği konusunda yeterli suç şüphesinin olması, tarafların sürece özgür iradeleriyle katılmaları ve belirlenen edimin yerine getirilmesi şartlarının oluşmasına bağlıdır<sup>32</sup>. Uzlaştırma, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar hariç olmak üzere, evleviyetle şikayete bağlı suçlar bakımından uygulanan bir kurumdur. Şikayete bağlı olmamakla birlikte, Kanun ve Yönetmelik maddelerinde gösterilen katalog suçlar da uzlaştırma kapsamındadır. Ancak burada dikkat çeken husus, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağıdır<sup>33</sup>. (CMK m. 253/3, CMUY m. 8/4)

Seri ve basit yargılama usulleri de uzlaştırma gibi tüm suçlar bakımından uygulanabilir muhakeme türleri değildirler. Nitekim seri muhakeme usulünün uygulanması CMK'nun 250/1-a bendinde gösterilen katalog suçlarla sınırlıyken, basit yargılama usulünün uygulanması adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlıdır. Bu konuda şikayete bağlı yahut re'sen kovuşturulan suç ayrımı yapılmamıştır. Ancak dikkat çeken husus, uzlaştırmada olduğu gibi, basit yargılama kapsamına giren bir suçun, kapsamın girmeyen başka bir suçla birlikte

Uzlaştırma Düzenlemeleri, Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri Sempozyumu, Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, Deniz Ofset Matbaacılık, 2018, s.56 vd. Meral Ekici Şahin/ Kürşat Yemenici, "6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", *ERÜHFD*, 2018, C. XIII, S. 1, s. 454.

31 Şeniz Anbarlı Bozatat / Avni Akın Ürünal "Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Uzlaştırma Kapsamına Giren Suçlar: Kuramsal ve Hukuksal Bir Değerlendirme", *Yönetim Bilimleri Dergisi / Journal of Administrative Sciences*, 2018, Cilt/Volume 16, Sayı/N: 32, s. 332.

32 Ayrıca bkz. Şahin, Ekici/Yemenici, s. 458 vd.

33 Yarg. 3. CD., 14.06.2017, 3691/8707. Kerim Çakır, "Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2018, Cilt 24, Sayı 1, s. 448.

işlenmiş olması hâlinde basit yargılama usulünün, uygulanamayacağıdır (CMK m. 251/8). Seri muhakeme hususunda ise kanun koyucu, böyle bir sınırlandırma getirmemiştir.

Uzlaştırmanın uygulanabilmesi için ilgili suçun işlendiği konusunda yeterli suç şüphesinin bulunması<sup>34</sup> şartı, seri ve basit yargılama usullerinin uygulanabilmesi için de zaruridir. Zira, gerek seri ve gerek ise basit yargılama usulünde, muhakemeyi yapan makamlar nihai olarak bir hüküm vermektedir. Bu hüküm seri muhakeme usulünde, iddianame düzenlemeden ve fakat görevli mahkemeye hitaben Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırımı ihtiva eden seri muhakeme talep yazısının yani “mahkumiyet” kararının mütalaasını temel almaktayken, basit yargılama usulünde ise, zaten iddianamenin düzenlenip kabulünden sonra CMK’nun 223. maddesinde yer verilen kararlardan birine hükmedilmektedir. Bu anlamda yeterli şüphe sebepleri yok ise, ceza muhakemesine, gerek genel hükümler çerçevesinde ve gerekse seri yahut basit şekilde devam edilmesini gerektiren bir neden de olmayacaktır.

Son olarak, uzlaştırma hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarını etkileyen bir muhakeme şartıyken, seri muhakeme usulü sadece soruşturma, basit yargılama usulü ise sadece kovuşturma aşamasında uygulanabilen kurumlardır.

### C. Önödeme

Önödeme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 75. maddesinde düzenlenen bir kurumdur. Söz konusu düzenlemeye göre önödeme, uzlaştırma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan ve 75. maddenin 6. fıkrasında tahdidi olarak sayılan suçların failinin, Kanun’da gösterildiği şekilde hesaplanan bir miktar parayı soruşturma giderleriyle birlikte devlet hazinesine ödemesi üzerine, hakkında kamu davası açılmamasını yahut açılmışsa bu davanın düşmesini sağlayan bir kurumdur<sup>35</sup> (TCK m. 75/1,2).

Önödeme, bir ceza muhakemesi şartıdır; bir başka ifadeyle söz konusu kurum, ceza muhakemesinin olağan gidişatını etkileyen bir süreç olarak, şartların oluşması halinde önödeme girişiminde bulunulması takdiri değil, mecburidir. Aksi takdirde, yani önödeme yoluna başvurulmaksızın iddianame düzenlenmesi olasılığında, bu iddianamenin iadesi gerekmektedir (CMK m.174/1-c)<sup>36</sup>.

Aynı şekilde seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen iddianamenin iade edileceği de Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği’nde açıkça düzenlenmiştir (CMSMY m. 5/10). Bu hususta önödeme ve seri muhakeme usulleri benzerlik göstermekteyse de basit yargılama usulünde

34 Yeterli şüphe kavramı için bkz. Gökçen/Alşahin/Balcı, Çakır, s. 377.

35 Handan Yokuş Sevik, “Çocuk Yargılamasında Ön Ödeme ve Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesi”, *TBB Dergisi*, 2004, S. 52, s. 67 vd. Ayrıca bkz. Erdener Yurtcan, “Önödeme ve Sulh Yargıcının Ceza Kararnamesi Yolları Aynı Konuda Peşpeşe Uygulama Alanı Bulabilir mi?” [https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/07BA79DF74414FA296.479.5353268588D?doi=, \(E.T. 19.3.2020\).](https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/07BA79DF74414FA296.479.5353268588D?doi=,)

36 Ünver/Hakeri, s. 221. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.561vd. Mustafa Özen, “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Y.67, S. 3, s. 25 vd.

bu nevi bir mecburiyet yoktur. Zira zaten şartları oluştuğunda seri muhakemeye başvurmak mecburi, basit yargılamaya başvurmak ise takdirdir.

Seri muhakeme ve basit yargılama usulleri de önödeme gibi tüm suçlar bakımından uygulanabilir nitelikte değildirler. Nitekim seri muhakeme usulünün uygulanması CMK'nun 250/1-a bendinde gösterilen katalog suçlarla sınırlıyken, basit yargılama usulünün uygulanması adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlıdır.

Önödemenin uygulanabilmesi için, ilgili suçun işlendiği konusunda yeterli suç şüphesinin bulunması şartı, seri ve basit yargılama usullerinin uygulanabilmesi için de zaruridir. Zira, gerek seri muhakeme ve gerek ise basit yargılama usulünde, yargılamayı/muhakemeyi yapan makamlar nihai olarak bir hüküm vermektedir. Bu hüküm seri muhakeme usulünde, iddianame düzenlemeden ve fakat görevli mahkemeye hitaben Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırımı ihtiva eden seri muhakeme talep yazısını yani “mahkumiyet” kararının mütalaasını temel almaktayken, basit yargılama usulünde ise, zaten iddianamenin düzenlenip kabulünden sonra CMK'nun 223. maddesinde yer verilen kararlardan birine hükmedilmektedir. Bu anlamda yeterli şüphe sebepleri yok ise, ceza muhakemesine, gerek genel hükümler çerçevesinde ve gerek ise seri yahut basit şekilde devam edilmesini gerektiren bir neden de olmayacaktır.

Son olarak, önödeme hem soruşturma hem de kovuşturma aşamalarını etkileyen bir muhakeme şartıyken, seri muhakeme usulü sadece soruşturma, basit yargılama usulü ise sadece kovuşturma aşamasında uygulanabilen kurumlardır.

#### **D. Etkin Pişmanlık**

Türk Ceza Hukuku açısından etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasının ardından niteliği etkin pişmanlık kurumuna uygun olan bir takım suçlar açısından söz konusu olan ve cezayı ortadan kaldıran yahut cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmektedir<sup>37</sup>.

Tam teşebbüs – eksik teşebbüs ayırımına 5237 sayılı TCK kapsamında yer verilmemesi, gönüllü vazgeçmenin suça teşebbüs kapsamında ele alınmasına, etkin pişmanlığın ise belirli suçlar açısından söz konusu olmasına yol açmıştır<sup>38</sup>. Kanun koyucunun etkin pişmanlık kurumunu, gönüllü vazgeçme kurumundan farklı olarak bütün suçlar açısından değil<sup>39</sup> sadece Kanun'da yer alan çeşitli suçlarla sınırlı tutması genel ve kapsayıcı bir etkin pişmanlık düzenlemesinin varlığından bahsetmeyi güç hale getirmektedir.

Doktrinde etkin pişmanlık kurumunun, iddia pazarlığını akla getirdiği ifade edilmekte olup, özellikle savcının etkin pişmanlık halinde kamu davası açmama noktasındaki takdir hakkı

37 M.Emin Artuk /Ahmet Gökçen / M.Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2020, s.710. Ayrıca bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara 2018, s.515.

38 Özgenç, s.89.

39 Gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık kurumlarının farkı açısından bkz. Bahri Öztürk / Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19.Baskı, Ankara 2019, s.368.

ve TCK'nun 192 vd. maddelerinde ifade edilen uyuşturucu suçlarına ilişkin etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının, resmi mercilerle işbirliği içerisinde olunmasına bağlı bulunmasına yönelik düzenlemelere vurgu yapılmaktadır<sup>40</sup>. Pazarlık usulünden farklı yönü ise, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması açısından savcılığın bir takdir hakkının olmaması ve etkin pişmanlık neticesinde uygulanacak yaptırımın Kanun'da belirlenmiş olması olarak gösterilmektedir<sup>41</sup>. Esasında şahsın etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için pazarlıksız bir biçimde pişmanlığını göstermesi gerektiği de ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

Etkin pişmanlık ile seri muhakeme usulü arasındaki öncelikli ilişki, CMK'nun 171. maddesinin 1. fıkrasında ifade edildiği üzere “*Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık*” hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebileceği ancak seri muhakeme usulünün uygulanabilmesinin, soruşturma evresinin sonunda kamu davası açılmasının ertelenmesine yer olmadığı kararı verilmemesine bağlı tutulmasıdır (CMK m.250/1). Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması da seri muhakeme usulü gibi belirli suçlarla sınırlı tutulmuştur. Etkin pişmanlık hükümleri, ilgili suç tipinin niteliğine göre soruşturma veya kovuşturma aşamasında tatbik edilebilecekken, seri muhakeme usulünün soruşturma evresinin sonu ile sınırlandırıldığı görülmektedir (CMK m.250/1). Seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısının etkinliği ceza miktarının tayinine varacak kadar yoğun iken etkin pişmanlık hükümleri açısından Cumhuriyet savcısının sadece “*cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık*” halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi noktasında takdir hakkı söz konusudur.

### III. Seri Muhakeme Kurumunun Değerlendirilmesi

#### A. Genel Bilgi

7188 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesi ile yargı sistemimize dahil olan seri muhakeme usulü, en öz ifade ile Kanun'da gösterilen bazı katalog suçlar için öngörölmüş mecburi bir muhakeme türüdür.

Çalışmamızın başlangıcında seri muhakeme hakkında verdiğimiz genel bilgileri tekrarlamaktan kaçınmak adına bu bölümde bahse konu muhakeme türünün Kanun'daki düzenlemesi, olan ve olması gereken hukuk açısından ele alınmaya çalışılacaktır. Çalışmamızda bu bölüm için öngördüğümüz usul, düzenlemeyi açıklamaya muhtaç her bir fıkra açısından olabildiğince detaylı ve uygulama açısından önemi ile birlikte ele almak olacaktır.

Maddenin izah ve eleştirisine geçmeden önce ilk olarak, Kanun'da yer verilen “*seri muhakeme*” ifadesini, kanun koyucunun ulaşmak istediği amacı yansıtırıyor olması sebebiyle yerinde bulduğumuzu ifade

40 Bacaksız, s.153 ( dn.6).

41 Balo/Çetintürk, s.1289.

42 Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *TAAD*, (Ocak 2017) Yıl:7, , Sayı:29, [https://www.researchgate.net/publication/329372057\\_Turk\\_Ceza\\_Ogretisi\\_ve\\_Uygulamasinda\\_Etkin\\_Pismanlik\\_Effective\\_Repentance\\_in\\_Turkish\\_Criminal\\_Doctrine\\_and\\_Practice](https://www.researchgate.net/publication/329372057_Turk_Ceza_Ogretisi_ve_Uygulamasinda_Etkin_Pismanlik_Effective_Repentance_in_Turkish_Criminal_Doctrine_and_Practice), (Erişim Tarihi: 9.1.2020), s.327.

etmek gerekmektedir. Zira söz konusu muhakeme türü, “hızlı” yahut “*muhakeme işlemlerinin olağan muhakeme usulüne göre daha çabuk yapıldığı ve sonlandırıldığı*” bir muhakeme türünü izah etmektedir. Bu nedenle, muhakeme kavramına ilişkin yukarıda izah ettiğimiz eleştiriler bir yana, terminolojik olarak “*seri*” ifadesinin kurumu anlatmak bakımından uygun olduğu kanaatindeyiz.

İkinci olarak, seri muhakeme usulü ile bazı suçlar bakımından Cumhuriyet savcısı ile şüpheli arasında bir anlaşma ortamının hazırlanması temelinde kanun koyucunun, ceza adalet sisteminin işleyişini hızlandırmak, suçta karşı tepkideki gecikmelerinin meydana getirdiği aşınmaları ortadan kaldırmak ve kaynakları etkin kullanmak gibi amaçları olduğu anlaşılmaktadır<sup>43</sup>. Ancak öte yandan, aşağıda ilgili kısımlarda belirteceğimiz üzere bu tip istisnai kurumlar, iddia, savunma ve yargılama makamlarının temel işlevleri ve şüpheli/sanık hakları bakımından endişe uyandırabilmektedir. Konuya ilişkin görüş ve eleştirilerimizi fıkralar bazında ele almak istediğimizden, burada bu iki hususu belirtmekle yetiniyoruz.

## **B. 5271 Sayılı CMK Kapsamında Seri Muhakeme**

### **I. Seri Muhakeme Usulünün Uygulanma Koşulu CMK m. 250/I**

“*Soruşturma evresi sonunda aşağıdaki suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme usulü uygulanır.*”<sup>44</sup> şeklindeki hüküm, bahse konu kurumun ana yapısı hakkında bilgi vermektedir.

Fıkra ile ilgili değinilmesi gereken ilk husus, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesinin, Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturmanın sonuna gelmiş olması, yani savcının, suçun işlendiği hususunda yaptığı araştırma faaliyeti neticesinde yeterli şüphe oluşturacak yeterli delile ulaşmış olması

43 Değirmenci, s. 17.

44 a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),
2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),
3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),
4. Gürültüye neden olma (madde 183),
5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),
6. Mühür bozma (madde 203),
7. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),
8. Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (madde 228, birinci fıkra),
9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268), suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanununun 13 üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanununun 2 nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

Belirtmek gerekir ki kanun koyucu seri muhakeme usulünün uygulanması bakımından katalog halinde suçları belirlerken, sadece suçun ismi belirlemediği aynı zamanda madde numarası ve fıkrası yazmak suretiyle özelleştirmiştir.

Değirmenci, s. 19.



ve bu kapsamda iddianame düzenleyebilecek koşulların oluşmasına bağlı bulunduğu<sup>45</sup>. Bir diğer deyişle, suç haberinin alınmasından iddianamenin hazırlanma koşullarının oluştuğu evreye kadar, soruşturma iş ve işlemleri olağan ceza muhakemesi seyrinde ilerlemektedir. Bu anlamda Cumhuriyet savcısı, emrindeki adli kolluk marifetiyle delil toplamakta, ifade almakta, gerekirse çeşitli koruma tedbirlerinin uygulanması için Sulh Ceza Hakimi'nden talepte bulunmakta vs., ezcümle soruşturma işlemlerini, muhakemeyi kovuşturma aşamasına hazırlayacak şekilde devam ettirmektedir. Nitekim CMSMY'nin 8/1. maddesine göre, "*Cumhuriyet savcısı seri muhakeme usulüne tâbi bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Soruşturma konusu suçun seri muhakeme usulüne tâbi olması Cumhuriyet savcısının maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.*"

Bazı yazarlar, m. 250/1/1. cümle içerisinde geçen "soruşturma evresi sonunda" kavramı yerine "yeterli şüpheye ulaşıldıktan sonra seri muhakeme usulü talebi koşulları oluştuğunda" ifadesine yer verilmesini daha isâbetli buluyor olsalar da<sup>46</sup>, biz soruşturmanın sonuna varılmasını, Cumhuriyet savcısı bakımından iddianame düzenleyebilecek nitelikte yeterli delile ulaşılmış olma olarak algıladığımızdan, böyle bir değişikliğin esaslı bir etki meydana getirmeyeceği kanaatindeyiz.

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için ikinci şart, Cumhuriyet savcısının, iddianame düzenlemek yerine kamu davasının açılmasının ertelenmesi yolunu da işletmemesidir.

Bir başka ifadeyle, ceza muhakemesinde kural, yeterli şüphe derecesine ulaşan Cumhuriyet savcısının soruşturmanın mecburiyeti ilkesi gereğince iddianame düzenlemesidir<sup>47</sup>. Ancak CMK'nun 171. maddesinde gösterilen hallerde savcının, kamu davası açmada takdir yetkisi söz konusudur, kamu davasının açılmasının ertelenmesi de bu istisnalardan biridir. Kanun'da gösterilen diğer şartların yanında CMK'nun 171/2. maddesine göre, "*.Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir.*" Şu halde, CMK'nun 250/1. maddesindeki suçların muhakemenin konusunu oluşturduğu hallerde, Cumhuriyet savcısı suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheye ulaşmış ve 250. maddede gösterilen suçlar üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiriyor olmasına rağmen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı vermemişse, seri muhakeme usulünü uygulamak mecburiyetindedir; artık bu hususta bir takdir yetkisi yoktur. (Ayrıca bkz. CMSMY m. 8/4)

Burada dikkat edilmesi gereken, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını, şartları gerçekleşmediği için vermemiş olabileceği gibi bu durumun şartları mevcut olmasına rağmen takdir yetkisini o yönde kullanmamış olmasından kaynaklı da vermemiş

45 CMSMY'nin 5/2 maddesine göre, "*Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlarda kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi üzerine kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde, seri muhakeme usulünün uygulanması zorunludur.*"

46 Gülsün A. Aygörmez Uğurlubay / Nuran Haydar/ Mehmet Korkmaz, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (2019/2), s. 263.

47 Hans Kudlich, "Akademik Bakış: Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti ve Maslahata Uygunluk İlkeleri Arasındaki Denge", *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2010, Cilt:7, Sayı: 19, , s. 360 vd. Özen, s. 18-20.



olabileceğidir<sup>48</sup>. Bu anlamda kamu davasının açılması şartları oluşmadıysa, örneğin, Kanun'da öngörülen katalog suçlardan biri mevcut olup da şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûmiyeti söz konusu ise, bu durumda savcı yine serî muhakeme usûlü kararı vermek zorunda kalacaktır<sup>49</sup>.

## **2. Seri Muhakeme Usulünün Tatbik Şekli CMK m. 250/2,3**

*“(2) Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi, seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirir.*

*(3) Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usul uygulanır.”*

CMSMY'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre de “*Seri muhakeme usulü, şüphelinin müdafii huzurunda özgür iradesi ile bu usulün uygulanmasını kabul etmesi hâlinde gerçekleştirilir.*” Bu nedenle seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmek amacıyla şüpheli hakkında zorla getirme kararı verilemeyeceği gibi yakalama emri de düzenlenemez (CMSMY m. 5/7). Şüpheli kendisine yapılan seri muhakeme teklifini kabul etmemişse, muhakeme olağan şekilde seyrederek. Ancak yine de şüpheli, iddianamenin düzenlenmesine kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını talep edebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulü uygulanır (CMSMY m. 5/11).

Teklifin usulü hususunda CMK'nda bir düzenleme olmamakla birlikte, CMSMY'nin 9. maddesinde bu konuya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Nitekim söz konusu maddeye göre, “*(1) Cumhuriyet savcısı şüpheliyi seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmek amacıyla en kısa sürede davet eder. Davet; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarından yararlanmak suretiyle de yapılabilir.*

*(2) Şüphelinin mazeretsiz olarak davete icabet etmemesi, resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmaması veya yurt dışında olması ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde Cumhuriyet savcısı tarafından bu durum tutanağa bağlanır ve soruşturmaya genel hükümlere göre devam edilir.”*

Burada dikkat çeken husus, Yönetmelik hükmünde seri muhakeme usulünün uygulanmasının teklif edilmesi amacıyla şüphelinin davet edilmesi ve şüphelinin bu davete icabet etmesi bakımından belirli bir düzenleyici süre belirlenmemesidir. Kanaatimizce önödeme ve uzlaştırma usullerinde olduğu gibi seri muhakeme usulünde de bu sürelerin kanun koyucu tarafından açık bir biçimde belirlenmesi, hızlılık ve çabukluk üzerine kurulmuş sistemin tasarlandığı gibi işlevselleşmesini sağlayacaktır.

Yönetmelik kapsamında bu hususta belirlenen tek süre, şüphelinin teklifi değerlendirebilmesi bakımındandır. Nitekim talebi hâlinde teklifi değerlendirmesi için şüpheliye bir ayı aşmamak üzere

48 Erdem/Şentürk, s. 586.

49 Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, s. 264.

makul bir süre verilecektir (CMSMY m. 10/3). Ancak bu süre, seri muhakeme usulünün teklif edilmesi yahut teklife icabet edilmesi için belirlenmiş olan azami süre değildir. Diğer yandan CMSMY m.10/4. maddesine göre, şüphelinin mazereti olmaksızın belirlenen azami bir aylık süre içinde gelmemesi veya bu usulün uygulanmasını kabul etmediğini bildirmesi durumunda soruşturmaya genel hükümlere göre devam edilecektir.

Seri muhakeme usulü, olağan ceza muhakemesine nazaran, şüphelinin başta savunma hakkı olmak üzere, çeşitli haklarını kullanmaktan sarfınazar ettiği bir muhakeme türüdür. Zira söz konusu muhakeme usulü, tabiatı itibarıyla usul işlemlerinin hızlı yapılması anlayışı üzerine inşa edilmiştir. Bu nedenle söz konusu usulün uygulanması, şüphelinin layıkıyla bilgilendirilmesi ve bu usulün uygulanmasını kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, seri muhakeme yapılarak şüpheli hakkında verilen hüküm hukuka aykırı olacaktır.

Kanaatimizce şüphelinin kolluk yahut Cumhuriyet savcısı tarafından bilgilendirilmesi, sadece şifahi olmamalıdır. Zira söz konusu muhakeme türüyle şüpheli, Cumhuriyet savcısı tarafından kendisine isnat edilen bir suçta kabul edip, buna ilişkin hızlı muhakemeye onay vermektedir. Bu ise, şüpheli açısından daha teminatlı bir yöntem tercih edilmesi gerektiğini açıkça göstermektedir. Bu nedenle kanaatimizce kolluk veya savcının şifahi bilgilendirmesi dışında, yazılı bilgilendirmenin de yapılmış olması gerekir. En azından şüphelinin bilgilendirilmesi hususu tutanak altına alınmalıdır. Elbette bu durum, uygulamada karşılaşıldığı üzere, ifade ve sorgu öncesinde kişiye haklarının öğretilmesinde olduğu gibi otomatik bir tatbika dönüşmemelidir.

Burada dikkat çekilmesi gereken husus, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan teklifin içeriğinin ne olacağı ve bilgilendirmenin nasıl yapılacağıdır. Bir başka ifadeyle, şüpheli ve Cumhuriyet savcısı arasında teklif ve kabule konu olan husus, sadece seri muhakeme usulünün uygulanması değil, hangi suçta ilişkin olarak bu usulün uygulanacağıdır. Kanaatimizce, şüphelinin bilgilendirilmesi ve Cumhuriyet savcısının teklifi, temelde şüpheliye isnat edilen suç ve buna bağlı olarak seri muhakemeye ilişkin işlemlere tabi olmayı kabul edip etmemek üzere iki hususu da kapsamaktadır.

Nitekim CMSMY'nin 10. maddesinde, seri muhakeme teklifinin yapılmasından önce şüphelinin hangi hususlarda bilgilendirileceği düzenlenmektedir. Söz konusu maddeye göre, bilgilendirme;

- a) İsnat edilen eylem, eylemin oluşturduğu suç ile bu suçun seri muhakeme usulü kapsamına girdiği,
- b) Kamu davasının açılması için yeterli şüphenin bulunduğu,
- c) Özgür iradesiyle ve müdafî huzurunda kabul ettiği takdirde bu usulün uygulanacağı ve belirlenecek temel cezanın yarı oranında indirileceği,
- ç) Cumhuriyet savcısı tarafından teklif edilen yaptırım hakkında talep doğrultusunda mahkemenin hüküm kuracağı, bu hükme karşı itiraz kanun yoluna başvurabileceği,
- d) Teklifin kabulünün ancak müdafî huzurunda gerçekleştirilebileceği, seçtiği bir müdafî yoksa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafî görevlendirileceği,

- e) Mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar her aşamada seri muhakeme usulünden vazgeçebileceği,
- f) Mahkemece verilen hükmün adli siciline kaydedileceği,
- g) Bu usulün uygulanmasını kabul etmediği takdirde genel hükümlere göre hakkında iddianame düzenlenerek kamu davası açılacağı,
- ğ) Genel hükümlerin uygulanmasına geçilmesi halinde, seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgelerin, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamayacağı hususlarını kapsamaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken mesele, aynı maddenin 2. fıkrasında yer alan “*Seri muhakeme usulünün uygulanması Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye teklif edilir; şüpheliye uygulanacak yaptırımların neler olduğu açıklanır.*” ibaresidir. Zira söz konusu düzenleme, Cumhuriyet savcısının teklifi yapmasından sonra, uygulanacak yaptırımın açıklanacağı şeklinde anlaşılmaktadır. Bu ise şüphelinin, teklif kendisine yapılırken ve müdafî huzurunda bu teklif kabul edilirken, kendisine uygulanacak yaptırım hususunda bilgisi olmayacağı gibi bir neticeyi sebep olmaktadır. Böyle bir ihtimal ise, hem seri muhakemenin özgür irade temelinde şekillenmesi hem de şüphelinin bilgilendirilmesi kuralına aykırılık teşkil edecektir. Kanaatimizce söz konusu maddenin, bilgilendirme aşamasının uygulanacak yaptırımı da kapsayacak şekilde ve teklif yapılırken şüphelinin bu teklifi kabul etmesiyle hangi yaptırımla karşılaşacağını tartışmasız bir şekilde biliyor olması olarak yorumlanması gerekmektedir. Zaten Yönetmelik’in 10/8 maddesinde, “*Şüphelinin teklifi kabul etmesi hâlinde buna ilişkin Ek-1’de yer alan örneğe uygun seri muhakeme usulü kabul tutanağı düzenlenir. Tutanağa; şüpheliye isnat edilen eylem, şüphelinin kabul beyanı, belirlenen sonuç ceza ve/veya güvenlik tedbiri ile uygulandığı takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırım veya hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hususlar yer alır. Kabul tutanağı Cumhuriyet savcısı ve şüpheli ile müdafî tarafından imzalanır.*” şeklindeki düzenleme bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Teklif sürecinde CMK’nun 147. ve 148. maddeleri de kıyasen uygulanmalıdır<sup>50</sup>.

Diğer yandan, seri muhakeme usulünü teklif yetkisi sadece Cumhuriyet savcısındadır. Kolluğun, seri muhakeme usulü hakkında şüpheliyi bilgilendirmek dışında bu hususta bir yetkisi yoktur. Teklif de şüpheli tarafından ancak müdafî huzurunda kabul edilirse, bu özel usul uygulanabilecektir. Aksi takdirde, usule aykırılık söz konusu olacak ve yapılan muhakeme hukuka aykırı olacaktır. Eğer şüpheli kabul etmezse, zaten seri muhakeme usulünün uygulanması mümkün olmayacaktır.

Seri muhakeme usulünde, teklif yetkisinin sadece Cumhuriyet savcısında bulunmasını ve teklifin de şüpheli tarafından ancak müdafî huzurunda kabul edilmesi ihtimalinde, bu özel usulün uygulanabileceği yönündeki düzenlemeyi makul bulduğumuzu ifade etmemiz mümkündür. Bu anlamda, CMK bu düzenleme ile zorunlu müdafilik durumu meydana getirmiş olduğundan, şüphelinin seçilmiş bir müdafinin bulunmaması durumunda baro tarafından müdafî atanması sağlanmalıdır (CMSMY m. 10/3, 11). Müdafî bu süreçte etkin bir rol oynayabilmelidir. Zira seri

50 Aynı yönde görüş için bkz. Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, s. 268, 269.

muhakeme usulünün kabul edilmesiyle şüpheli, aleni bir duruşmada yargılanma hakkından vazgeçtiğinden, şüpheli ile müdafii arasında bir ön görüşme yapılmasına olanak tanınmalı, müdafiiye, seri muhakeme usulüne ilişkin teklifin öncesinde dosyayı inceleme ve delilleri görme olanağı da sağlanmalıdır<sup>51</sup>.

Belirtmek gerekir ki, şüphelinin teklifi reddetmesi hâlinde Cumhuriyet savcısı tarafından buna ilişkin tutanak düzenlenerek soruşturma dosyasına eklenir; teklifin müdafii huzurunda kabul etmesi halinde ise şüpheli, aynı gün mahkemeye yönlendirilir. (CMSMY m. 10/9, 10/10)

### **3. Seri Muhakeme Usulünde Talepname ve Hüküm (CMK m. 250/4-8)**

Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan teklifin, müdafii huzurunda kabul edilmesi olasılığında, artık seri muhakemeye ilişkin iş ve işlemler başlayacaktır. Cumhuriyet savcısı, iddianame yerine seri muhakeme talep yazısı (talepname) düzenleyecek ve yetkili ve görevli mahkemeye bu yazıyı gönderecektir.

CMK'nun 250/8. ve CMSMY'nin 12. maddelerinde talep yazısında hangi hususların olacağı açıkça gösterilmiştir. Söz konusu maddeye göre, "*Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep eder. Talep yazısında; a) Şüphelinin kimliği ve müdafii, b) Mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi, c) İsnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri, d) İsnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, e) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, f) İsnat olunan suç oluşturulan olayların özeti, g) Üçüncü fıkrada belirtilen şartların gerçekleştiği, h) Belirlenen yaptırım ile beşinci ve altıncı fıkra uygulanmış ise bunlara ilişkin hususlar ve güvenlik tedbirleri, gösterilir*".

Burada dikkat çeken husus, talep yazısında isnat edilen suç ve ilgili kanun maddelerinin gösteriliyor olmasıdır. Aslında seri muhakeme usulünün temel yapısını oluşturan husus da budur. Zira Cumhuriyet savcısı, iddianameyi düzenlerken olduğu gibi, iddia faaliyetini yerine getirmesindeki en önemli faktör olan, isnat edilen suç, kanun maddeleri ve isnat edilen suç oluşturulan olayları seri muhakeme talep yazısında da göstermektedir. Yine iddianamenin kabul edilmesinden sonra, suçun hukuki niteliğinin değişmesi gibi haller dışında, kovuşturma aşaması iddianamede gösterilen suç kapsamında tartışılmaktadır. Bu husus seri muhakeme talep yazısı ile de benzer niteliktedir. Fark, seri muhakeme usulüne ilişkin Kanun'da gösterilen tüm şartlara uyularak işlemler yapılmışsa, şüpheli hakkında seri muhakeme talep yazısında isnat edilen suç ve belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurulup, muhakemenin bu şekilde bitmesinden kaynaklanmaktadır. (CMK m. 250/9)

Cumhuriyet savcısı, seri muhakeme talep yazısına esas teşkil eden yaptırımın belirlenmesi hususunda bir takım hakim yetkileriyle donatılmıştır. Zira iddia faaliyetinin temelini oluşturan suç isnadı yanında isnat ettiği suçla ilişkin yaptırımı belirleme yetkisi de Kanun ve Yönetmelik kapsamında

51 Değirmenci, s. 20.

kendisine verilmiştir. Nitekim CMK'nun 250/4. maddesi gereğince, “*Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler.*” ifadesi bu durumu açıkça göstermektedir. (Ayrıca bkz. CMSMY m. 10/5).

Madde metninde dikkat çeken bir diğer husus, savcının temel cezaı belirlemesinin ardından, bu cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirlemesidir. Yani Cumhuriyet savcısı, kural olarak tamamen hakimın görev ve yetkisinde bulunan ceza indirimi konusunda da yetkilendirilmiştir. Ancak cezadan indirilecek oran kanuni olarak belirlenmiş bu hususta Cumhuriyet savcısına takdir hakkı bırakılmamıştır<sup>52</sup>. Burada adeta şüphelinin, yapılan teklifi kabule ve hızlandırılmış muhakemeye teşviki yahut ikna edilmesine yönelik bir düzenleme getirilmiş olduğu, bu nedenle de indirimin takdire bağlı olarak değil, mecburi olarak uygulanması yönteminin tercih edilmiş olduğu görülmektedir<sup>53</sup>.

Kanaatimizce ceza muhakemesi sistemine, bu derece olağan dışı bir muhakeme usulünü öngörmek, tüm muhakeme sùjelerinin hak ve yetkilerini, bu sùjelerin işgal ettiği makamı sorgulatacak kadar kısıtlamak anlamına gelmemelidir. Böyle bir usule sistemde ihtiyaç olduğu düşünülüyorsa bile, seri muhakeme talep yazısında belirlenen temel ceza konusunda Mahkeme'nin salt bir onay merci haline getirilmemesi, bu hususta yargılama makamına takdir yetkisi verilmesi gerekirdi. Her ne kadar Mahkeme'ye CMSMY'nin 13. maddesi ile taleptenamenin iadesi yetkisi verilmiş olsa da, *on ikinci maddeye aykırı olarak düzenlenen, belirlenen yaptırında maddi hata yapılan, yaptırım hakkında Kanununun 231. veya Türk Ceza Kanununun 50. ve 51. maddelerinin uygulanmasında objektif koşulların gerçekleşmediği anlaşılan ve teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmeyen taleptenamenin iade edilebileceği düzenlenmiştir.* Bu ise Mahkeme'yi salt bir onay merci olmaktan çıkarmamaktadır<sup>54</sup>. Ayrıca hakimın talebi reddetmemesi halinde talepte belirtilen yaptırım doğrultusunda hüküm kurması gerekmektedir. Hakimın yaptırımı değiştirme yetkisi bulunmamaktadır<sup>55</sup>. Aynı husus, 250. maddenin 5., 6. ve 7. fıkraları bakımından da geçerlidir. Zira 5. fıkra, “*Dördüncü fıkra uyarınca sonuç olarak belirlenen hapis cezası Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya 51 inci maddesine göre ertelenebilir.*” (CMSMY m. 10/7). İken, 6. fıkra, “*Bu maddeye göre belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde 231 inci madde kıyasen uygulanabilir.*” şeklindedir. (CMSMY m. 10/6). 7. Fıkraya göre ise, “*Bu madde kapsamında yaptırım uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.*” (CMSMY m. 5/9)

52 Ancak savcının TCK'nun 62. maddesi kapsamında takdiri indirim uygulama yetkisi söz konusu değildir. Aynı yönde bkz. Değirmenci, s. 20.

53 Bu durumun Nemo Tenatur ilkesi ve Masumiyet Karinesi'ne aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. Erdem/Şentürk, s. 583, 584. Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, s. 286 vd.

54 Bu durumun delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. Erdem/Şentürk, s. 583.

55 Bkz. Madde gerekçesi.

Talep yazısında belirlenen yaptırım bakımından yargılama makamına getirilen ve sadece üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar*” şeklindeki (CMK m. 250/9, CMSMY m. 14/1) kısıtlama kanaatimizce doğru değildir. Mahkeme’ye en azından, varılan anlaşmayı uygun bulup bulmama konusunda takdir yetkisi verilebilmeli, muhakeme süjelerine görüşlerini bildirme fırsatı da tanınmalıdır<sup>56</sup>. Hatta TCK’nun 61. maddesinin uygulanarak yaptırımın belirlenmesi hususunda sadece maddi hatalar bakımından değil (CMSMY m. 13/2-b) alt ve üst sınırı arasında temel cezanın belirlenmesi, 50. madde kapsamında cezanın seçenek tedbirlere çevrilmesi halinde, çevrilen seçenek tedbirin uygunluğu, 51. madde kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanıyorsa, uygulanan tedbirin uygunluğu konularında, 231. ve 51. maddeler birlikte uygulama koşullarına sahip olup da 231. maddenin daha lehe olmasına rağmen uygulanmaması ihtimallerinde Mahkeme’ye en azından talepnameyi iade etme yetkisi tanınmalıdır. Oysa bu hususta Yönetmelik sadece objektif koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığında talepten iade edilebileceğini düzenlemiştir.

Bu anlamda Mahkeme, bu kurumların uygulanma şekli bakımından Cumhuriyet savcısının takdir yetkisine müdahale edemeyecek, Kanun’da söz konusu kurumların uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığı, süre bakımından değerlendirilmesi gereken bir husus olup olmadığı gibi (örneğin TCK m. 51/1, 1,a, 3 gibi) tartışmaya açık olmayan objektif hususlarda bir eksiklik söz konusu değilse, talepnameyi onaylayacaktır<sup>57</sup>. Bu konuda takdir edebileceğimiz tek düzenleme, Yönetmelik’in 13/2,ç maddesine göre teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmeyen talepten iade edilebileceği hususudur. Zira bu ihtimalde Mahkeme’ye bir takdir hakkı tanınmıştır. Diğer yandan kanaatimiz, güvenlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin objektif şartlarda hata yapılmış ise yahut bu hususta eksiklik söz konusuysa Mahkeme’nin talepnameyi iade edebilmesi gerektiği şeklindedir.

Doktrinde, seri muhakeme sonucunda verilecek hükmün ya mahkumiyet yahut dosyanın Başsavcılığa geri gönderilmesi niteliğinde olacağı, Mahkeme’nin bu iki tür karar dışında bir karar vermesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu yazarlara göre, örneğin dosya zamanaşımına uğrasa bile Mahkeme, düşme kararı veremeyecek, soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması için dosyayı Başsavcılığa geri gönderecektir<sup>58</sup>. CMK ve Yönetmelik hükümleri kapsamında bu görüşün makul olduğunu ifade etmemiz mümkündür. Ancak, kanaatimizce, davanın reddi, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı ve hatta derhal beraat kararı verme koşullarının olduğu hallerde Mahkeme’nin bu kararlara hükmedebilme yetkisi olmalıdır.

Görüldüğü üzere, seri muhakeme usulüyle Cumhuriyet savcısına sadece uygulanacak yaptırımı değil, aynı zamanda bu yaptırımı seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasını geri bırakma ve güvenlik tedbirlerini belirleyebilme yetkileri devredilmiştir. Söz konusu düzenlemenin, dosya yükünün azaltılması amacıyla iddia ve yargılama makamlarının tek bir kişide birleştirilmesine ve savunma makamının da kısmen işlevsiz hale getirilmesine yol açması, ceza muhakemesinin maddi

56 Almanya ve Fransa örnekleri için bkz. Değirmenci, s. 18, 19.

57 Erdem/Şentürk, s. 591, 592.

58 Erdem/Şentürk, s. 597.

gerçeğe hukuk devleti ilkesi aracılığıyla ulaşma yolunun terk edilmemesi adına sistemin, özellikle yargılama makamının yukarıda değindiğimiz şekilde işlevsel hale getirilmesi yoluyla revize edilmesi yerinde olacaktır.

#### **4. Talepnamenin İadesi ve Reddi ile Seri Muhakeme Usulünün Tatbik Edilemeyeceği Haller (CMK m. 250/9-15)**

Yukarıda da kısaca belirttiğimiz üzere, Cumhuriyet savcısı seri muhakeme talep yazısını hazırlamasının ardından, şüpheli hakkında öngördüğü yaptırımın uygulanabilmesi için bu yazıyı yetkili ve görevli mahkemeye göndermektedir. Hatta Mahkeme, talepnamenin verildiği gün incelemesini derhal yapmakta, şüpheliyi müdafî huzurunda seri muhakeme usulü ile ilgili olarak dinleyerek usulü sonuçlandırmaktadır. (CMSMY m. 13/1)

CMSMY'nin m. 10/9'a göre de teklifi müdafî huzurunda kabul etmesi halinde şüpheli, aynı gün mahkemeye yönlendirilmektedir. Bu kapsamda Yönetmeliğin, teklifin kabul edilmesi, bunun kabul tutanağına bağlanması, talepnamenin Mahkeme'ye gönderilmesi ve Mahkeme'nin de gerekli incelemeleri yaparak usulü sonuçlandırma işlemlerinin aynı gün içinde sonuçlandırılması iradesini ortaya koyduğunu göstermektedir.

Yetkili ve görevli mahkemenin talep yazısını almasıyla muhakemeye ne şekilde devam edileceği ise Kanun'da gösterilmiştir.

Nitekim CMK'nun 250/9. ve maddesine göre, "*Mahkeme, şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır.*" (CMSMY 13/4, 5)

CMSMY'nin 13. maddesinde ayrıca "*talepnamenin iadesi*" olarak adlandırabileceğimiz bir düzenlemeyle daha yer verilmiştir. Nitekim söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre,

Mahkeme tarafından eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle;

- a) 2 nci maddeye aykırı olarak düzenlenen,
- b) Belirlenen yaptırımda maddi hata yapılan,
- c) Yaptırım hakkında Kanununun 231 inci veya Türk Ceza Kanununun 50 ve 51 inci maddelerinin uygulanmasında objektif koşulların gerçekleşmediği anlaşılan,
- ç) Teklif edilen cezanın mahiyetine uygun bir güvenlik tedbiri belirtilmeyen,

Talepnamenin eksikliklerin tamamlanması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verilir.

Bu doğrultuda talep yazısını alan yetkili ve görevli mahkeme, temel olarak üç usul işlemi yapabilecektir:



- 1 – Sanığın dinlenilmesi,
- 2 – Talepnamenin incelenmesi ve koşulları varsa iade edilmesi,
- 3 – Talepnamenin incelenmesi ve koşulları varsa reddedilerek soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması.

İlk olarak mahkeme şüpheliyi müdafii huzurunda dinleyecektir. Kanaatimizce bu dinleme sorgu niteliğinde değildir ancak bu durumda sorgu usulüne ilişkin CMK'nun 147. ve 148. maddesindeki kurallara uyulması gerekmektedir. Bu dinleme sırasında, teklifin Cumhuriyet savcısı tarafından yapıp yapılmadığı, müdafinin teklif işlemine katılıp katılmadığı, isnat edilen suç, isnat edilen suça ilişkin olaylar mahkeme tarafından dinlenilmelidir. Zira Mahkeme, fiilin talepnameye nitelendirilmesinden farklı bir nitelendirme yaparak, talepnameyi reddedebilir.

Burada akli meşgul eden bir soru, şüpheli tarafından, Cumhuriyet savcısının teklifi ve müdafii huzurunda kabul edilmiş olan seri muhakeme usulünden mahkeme huzurunda vazgeçilip vazgeçilemeyeceği sorusudur. Bir başka ifadeyle, daha önceden kabul edilmiş olan seri muhakeme usulünden mahkeme huzurunda dönmek mümkün müdür?

Her ne kadar teklifin sadece Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir olması ve teklifin kabul edilmiş sayılabilmesi, sonuç doğurabilmesi için bunun müdafii huzurunda gerçekleşmesinin aranması, kanun koyucunun aksi iradesini gösteriyor gibi anlaşılrsa da 9. maddenin son cümlesinde “*Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır*” ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümle sanığın, Mahkeme önünde de açık ve net bir şekilde özgür iradesini açıklaması aranmış, mahkemeye gelmemeye dahi “*vazgeçmiş sayılma*” sonucu bağlanmıştır. Diğer yandan zaten CMSMY m. 5/4 bu konuda açık bir düzenleme yapmış ve “*Şüpheli mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar seri muhakeme usulünün uygulanmasına yönelik iradesinden vazgeçebilir.*” düzenlemesine yer vermiştir.

Bir diğer mesele, hükümden önce mahkemenin, şüpheli dışında muhakeme sùjelerinden herhangi bir kimseyi dinleyip dinlemeyeceği yahut diğer muhakeme sùjelerine şüphelinin dinleneleceği günü tebliğ edip etmeyeceğidir. Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün görünmemektedir. Bunun nedeni bir yandan seri muhakeme usulünün uygulandığı suçların çok büyük bir kısmının mağdurunun kamu olmasından kaynaklanması diğer yandan ise bu özel muhakemenin şüpheli, Cumhuriyet savcısı ve Mahkeme arasında hızlıca bitirilmesi iradesinden kaynaklanmaktadır. Nihayetinde söz konusu muhakeme türü, savcı-şüpheli anlaşması temelinde şekillenmekte, diğer muhakeme sùjelerinin katılımını gerektirmeksizin suç isnadının ve karşılığında öngörülen yaptırımın kabulünü ihtiva etmektedir. Bu ise diğer muhakeme sùjelerinin, muhakemeyi yönlendirme, ona müdahale etme iradelerinden ziyade savcı-şüpheli iradelerine üstünlük tanındığı hususunu göstermektedir<sup>59</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki seri muhakeme usulünün hükümle sonuçlandırılması halinde bu hüküm, varsa mağdur, suçtan zarar gören veya genel hükümlere göre katılma hakkını haiz

59 Bu durumun silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. Erdem/Şentürk, s.583. Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, s. 278 vd.



olan kişilere tebliğ edilecektir. (CMSMY m.14/2). Kanaatimizce bunun nedeni, söz konusu kişilerin de hükme itiraz edebilme haklarından kaynaklanmaktadır.

Mahkeme'nin şüpheliyi dinlemesi ardından yapacağı ikinci işlem, üçüncü fıkradaki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olup olmadığı hususunu incelemektir.

Yani bu aşamada Mahkeme,

- 1) Seri muhakeme usulünün şüpheliye Cumhuriyet savcısı tarafından mı teklif edildiği,
- 2) Şüphelinin teklifi müdafii huzurunda mı kabul ettiği ve,
- 3) Seri muhakeme talep yazısında isnad edilen eylemin seri muhakeme usulü kapsamında bir suç olup olmadığı hususlarını inceleyecektir.

Eğer tüm bu şartlar oluşmuşsa Mahkeme, talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracak, aksi takdirde talebi reddedecek ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir.

Burada üçüncü şarta dikkat çekmek istiyoruz.

Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla Mahkeme, diğer hususların yanında bir de talep yazısında isnat edilen suçun CMK'nun 250/1. maddesinde gösterilen suçlardan biri olup olmadığı denetimini yapacaktır. Eğer talep yazısında gösterilen suç, madde metninde gösterilen suçlardan biriyle örtüşüyorsa ve diğer koşullar da oluşmuşsa, talep yazısındaki yaptırıma hükmedilecek ve muhakeme sonlandırılacaktır. Bu kapsamda Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir<sup>60</sup>. (m. 250/14, CMSMY m. 15) Aksi takdirde, talep reddedilerek soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilecektir. Doktrinde, ancak kurulan hükme itirazın mümkün olabileceği, buna karşılık genel hükümlere göre soruşturmanın sonuçlandırılması için dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi olasılığında, savcının bu kararla bağlı olduğu ve bu karara karşı gidilebilecek bir kanun yolu olmadığı görüşü ifade edilmektedir<sup>61</sup>. Bu görüşe katılmak mümkündür. Zira CMK'nun 267. maddesine göre, itiraz kanun yolu ceza muhakemesinde, kural olarak hakim ve kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı gidilebilen olağan bir kanun yoludur.

60 Bu konuda doktrinde yer alan, "itiraz müessesesi, hükme karşı değil, hâkim/mahkeme kararına karşı gidilebilecek bir kanun yoludur. CMK m. 250/9'da itiraza başvurulacağı açıkça norma bağlanmadığına göre, ortada bir hüküm değil, karar bulunmak zorundadır." şeklindeki eleştiriye katılıyoruz. Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, s. 273. İtiraz yoluna başvurabilecek kişiler hakkında madde metninde özel bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu nedenle CMK'nun 260, 261 ve 262. maddesinde gösterilen kişiler itiraz kanun yoluna başvurabilirler. Doktrinde, mağdur/suçtan zarar görenin itirazda bulunabilmesi için katılan sıfatını kazanması, bunun için şikayetçi olduklarını bildirmeleri yanında ayrıca davaya bakan mahkemenin bu konuda karar vermiş olması gerektiği için bu kişilerin itiraz yoluna gitme haklarının bulunmadığı ifade edilmektedir. Erdem/Şentürk, s. 598. Biz görüşe katılmıyoruz. Zira, katılan sıfatını almış olanlar dışında katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açık olduğundan bu kişiler de itiraz hakkını kullanabilir; itiraz merci bu kişilerin katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olup olmadığını değerlendirebilir.

61 Erdem/Şentürk, s. 597.

Bu nedenle madde metninde belirtmemiş olan, bir başka ifadeyle kanunun göstermediği bir hal kapsamında Mahkeme'nin verdiği karara karşı CMK'nun 267 vd. maddeleri kapsamında itiraz yolunu işletmek mümkün görünmemektedir.

Burada akli meşgul eden soru, Mahkeme ile Cumhuriyet savcısının suçun hukuki nitelendirilmesi konusunda görüş ayrılığı olması durumunda ne şekilde hareket edileceğidir. Bir başka ifadeyle, kendisine seri muhakeme talep yazısı gelen Mahkeme, talep yazısında olaylarla ilişkilendirilerek açıklanan fiilin, m. 250/1. kapsamındaki katalog suçlardan biri olmadığını, savcının fiilin hukuki nitelendirmesini yanlış yaptığını düşünüyorsa, talebi reddedebilecek midir?

Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek gerekmektedir. Madde metninde, seri muhakeme talep yazısının reddedilebileceği haller tahdidi olarak sayılmıştır ve ceza muhakemesinde bu nitelikteki istisnai hükümler bakımından kıyas mümkün değildir. Ancak madde metninde Mahkeme'nin, "eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine" varmasından söz etmekte ve kanımızca Mahkeme'ye fiilin hukuki değerlendirmesi konusunda bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, madde gerekçesi de, bağlayıcı olmama özelliği olmasına rağmen, bizi destekler niteliktedir. Zira gerekçeye göre hakimin görevi, gerek teklifin kabulü ve gerek ise hukuki vasıflandırmanın dosyaya yansıyan olaya uygunluğunu denetlemektir. Bu nedenle hakim, Cumhuriyet savcısının suça ilişkin vasıflandırmasıyla bağlı olmayıp, farklı bir sonuca ulaşması halinde talebi reddedecektir.

Seri muhakeme usulünün bazı kişiler bakımından uygulanması mümkün değildir. Zira bu sistem, iradi olarak kişinin kendisine yaptırım uygulanmasını kabul etme ve bu suretle bir anlaşmanın tarafı olma yetisini gerektirmektedir. Bu nedenle seri muhakeme usulü, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinde uygulanmaz. (m. 250/12, CMSMY m. 7/1) Yine resmi mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde, seri muhakeme usulü uygulanmaz. (m. 250/13, CMSMY m. 5/6). Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, şüphelinin yurt dışında olması yahut adreste bulunamaması hallerinin tek başına seri muhakeme usulünün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği, bunun için ayrıca şüpheliye ulaşılamıyor olması gerektiğidir<sup>62</sup>.

Suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi hâlinde de seri muhakeme usulünün uygulanması mümkün değildir. (m. 250/11, CMSMY m. 7/2). Doktrinde, şüphelinin teklifi kabul etmesi ve fakat suçun iştirak halinde işlendiğinin sonradan anlaşılması durumunda, hükmün kurulup kurulmadığına göre bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda eğer hüküm kurulmuşsa, sonradan ortaya çıkan şüphelinin teklifi kabul etmemiş olması, kurulan hükmün bu sebeple ortadan kalkmasını gerektirmeyecektir<sup>63</sup>. Kanaatimizce bu hususta hüküm verinceye kadar değil, itiraz kanun yoluna başvurulmuşsa karar verinceye kadar, henüz başvurulmamışsa itiraz süresi doluncaya kadar iştirak eden şüpheliye seri muhakeme usulü teklifi götürülebilirdir. Zira genel hükümlere göre yapılacak yargılama ile seri muhakeme usulünün uygulanması arasında, gerek muhakemeler yürütülürken

62 Erdem/Şentürk, s. 587.

63 Erdem/Şentürk, s. 588.

uygulanacak ilkeler gerek muhakeme süreleri ve gerek ise hükmedilecek yaptırımlar konusunda esaslı farklar bulunmaktadır. Bu nedenle, fiili birlikte işleyen kişilere uygulanacak hükümlerin eşit bir şekilde uygulanması bakımından farklılık ortaya çıkacaksa bunun, hükmün kesinleşmesi anına kadar yapılması daha makul görünmektedir.

Son olarak, seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamaz. (m. 250/10, CMSMY m. 5/8). Burada kanun koyucunun, şüphelinin seri muhakeme usulünün uygulandığı aşamada yaptığı açıklamaların, genel hükümlere göre yapılan muhakemede kullanılamayacağına ilişkin bir delil değerlendirme yasağı öngördüğünü ifade etmek mümkündür. Söz konusu yasağın, seri muhakeme usulü başladıktan sonra elde edilen deliller için geçerli olup, seri muhakeme usulünün uygulanmasından önce elde edilen deliller bu yasağın dışındadır<sup>64</sup>.

## IV. Basit Yargılama Kurumunun Değerlendirilmesi

### A. Genel Bilgi

7188 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK'nun 251. maddesi ile yargı sistemimize dahil olan basit yargılama usulü üst sınırı belirli bir ağırlığın altında olan suçlar için öngörülmüş takdiri bir muhakeme türüdür. Düzenlemeye ilişkin Adalet Komisyonu raporunda basit yargılama usulü "*alternatif yargılama usulü*" olarak tanımlanmıştır<sup>65</sup>. Bu "*alternatif yargılama usulü*" ile hedeflenenin, yargılamayı hızlandırmak, yargının iş yükünü hafifletmek ve kaynakların verimli kullanılmasına katkı sağlamak olduğu ifade edilebilir<sup>66</sup>. Belirtelim ki basit yargılama usulünün kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi ve sonrasında gelişen haksızlık içerikleri ile yaptırımları hafif olan suçlar açısından söz konusu olan alternatif uyuşmazlık çözüm arayışlarının bir sonucu olduğu öne sürülmektedir<sup>67</sup>.

Çalışmamızın başlangıcında basit yargılama hakkında verdiğimiz genel bilgileri tekrarlamaktan kaçınmak adına bu bölümde bahse konu yargılama türünün Kanun'daki düzenlemesi olan ve olması gereken hukuk açısından ele alınmaya çalışılacaktır.

Kuruma neden ihtiyaç duyulduğuyla ilgili olarak Adalet Komisyonu raporunda yer alan ifadelere temas etmek yerinde olacaktır. Raporda "*Ceza yargılaması sistemimizde tek bir yargılama usulü öngörülmüş olup, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulanan yargılama usulü ile bir ay hapis cezası öngörülen suçlar için uygulanan yargılama usulü aynıdır. Başka bir ifadeyle, basit*

64 Erdem/Şentürk, s. 584, 595.

65 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/2215) ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM, Sıra Sayısı 105, (Bundan sonra Rapor olarak anılacaktır), s.19.

66 Rapor, s.19.

67 Dülger, s.7, 8.

*suçlarla ağır suçlar arasında bir ayrım yapılmadan, duruşma açmak suretiyle aynı yargılama usulünün tüm prosedürlerinin uygulanması kabul edilmiştir. Bu durum, ağır suçların yargılanmasına daha az vakit ve emek ayrılmasına sebebiyet vermektedir”* denilerek sistemin kabulünün esas gerekçesi ifade edilmiştir<sup>68</sup>.

Kurumun ihdas gerekçelerinden biri olan daha çabuk bir yargılama ile “*daha önemli*” işlere vakit ayırma imkanının doğması şeklindeki düşüncüyü makul sürede yargılanma hakkı ile birlikte değerlendirmek gerekir. Makul sürede yargılanma hakkı, (duruşmaya ara vermeme) esas itibarıyla şüpheli veya sanık hakkındaki iddiaların makul bir sürede mahkeme tarafından incelenmesini öngören bir ilke<sup>69</sup> olarak, davanın süratle görülmesi şeklinde anlaşılmıştır ki bunun sebebi davaların iş yoğunluğu yüzünden uzun süreler boyunca görülememesidir. Nitekim bu ilkenin “*hızlılık ilkesi*” olarak da tanımlandığını görmek mümkündür<sup>70</sup>. İlkenin dayanağı, AİHS’nin 6. ve Anayasa’nın 141/4. maddesidir.

Basit yargılama kurumu, makul sürede yargılanma ilkesinin amacına hizmet eden bir işleve sahiptir. Gerçekten bu sistem, bir çok usul işlemi yapılmaksızın ve duruşma açılmaksızın hüküm vermeye imkan tanımaktadır ki bu durum hem en az giderle hem de genel yargılamaya nazaran oldukça süratli şekilde hüküm vermeye imkan sağlamaktadır. Ancak kanaatimizce makul sürede yargılanma, yargılamanın süratli olması için maddi gerçekten taviz verme hakkı olarak anlaşılamaz.

Bir başka husus, her ne kadar “*basit yargılama*” ifadesiyle kast edilen, genel muhakeme usulünün şart kıldığı usulü mecburiyetlerin yer almadığı, karmaşıklıktan uzak ve kısa sürede sonuç veren ve böylece sözlük anlamı itibarıyla “*yapılması veya anlaşılması kolay olan, karışık olmayan*”<sup>71</sup> bir muhakeme türü olsa da “*basit*” kavramı kanaatimizce “*muhakeme*” ile birlikte ifade edildiği takdirde olumsuz bir yargı uyandırabilecek niteliktedir. Bu kavram yerine “*seri yargılama usulü*” yahut “*seri kovuşturma usulü*” şeklindeki bir ifadenin tercihinin daha yerinde olabileceği kanaatindeyiz. Her ne kadar önemli olan kurumun adından çok, uygulamada ne şekilde tatbik edileceği ise de bu şekildeki bir yaklaşımın kurumun imajı açısından daha olumlu olabileceğini düşünüyoruz.

Kurumun kovuşturmayı ilgilendiren bir kurum olmasına karşın soruşturma ile de ilişkisini göz ardı etmemek gerekir. Nitekim doktrinde “*Basit yargılama usulü ile adaletin vaktinde tecelli etmesi ve adliyelerin iş yükünün azalması amaçlanmıştır. Fakat burada savcılara yine büyük görev düşmektedir. Etkin soruşturma yapmaksızın nasıl olsa basit bir yargılama ile netice alınıyor düşüncesi, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir*”<sup>72</sup> görüşüne yer verilmektedir.

Basit yargılama usulünün incelenmesinden önce kurumun, mülga CMUK’da yer alan Ceza Kararnamesi ile ilişkisine değinmek istiyoruz. 1402 Sayılı mülga CMUK’da düzenlenen ve hususi

68 Rapor, s.18, 19.

69 Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2019, s.80.

70 Veli Özer Özbek / Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı Ankara 2019, s.56.

71 Bahse konu kelimesi sözlük anlamı itibarıyla “1. *sıfat* Yapılması veya anlaşılması kolay olan, karışık olmayan, bayağı, 2. *sıfat* Kolay: 3. *sıfat*, mecaz Süssüz, gösterişsiz: 4. *sıfat*, mecaz Bilgi ve görgüsü sınırlı olan, bayağı, görgüsü: 5. *sıfat*, mecaz Her zaman rastlanan, özelliği olmayan, olağan” anlamlarına gelmektedir. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi.17.03.2020).

72 Gökçen/Balci/Alşahin/Çakır, s.640.

muhakeme usulleri arasında yer alan Sulh Hakimleri'nin ceza kararlamaları, CMUK'un 386-391. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kurumun detaylarına girmek çalışmamız kapsamını aşacağından, bahse konu kurumun *basit yargılama* usulü açısından dikkate alınabilecek özelliklerine değineceğiz<sup>73</sup>.

Mülga CMUK'un 386. maddesinde düzenlenen kurum, duruşma yapılmaksızın sulh hakiminin ceza kararı ile hüküm verilebilmesi, hakim belirlenmiş sınırların altında kalan cezaya hükmedebilmesi, duruşma yapılmaksızın ceza tertibinin mahzurlu görülmesi halinde duruşma için gün tayin edilmesi, itiraz olmayan hükmün kesinleşmesi gibi özellikleri ile basit yargılama usulüne benzemektedir. Öğretide Mülga CMUK sisteminde sulh ceza hakiminin ceza kararlamasının kabule bağlı olduğu ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Kurumun ilk hali açısından duruşmanın yapılabilmesi, sanığın karşı gelmeyi geri almamış olmasına bağlıydı<sup>75</sup>. Karşı gelme halinde ise duruşma açılmakta ve hakim ceza kararı ile bağlı olmadığı buna karşın sonuç-ceza hükmün artırılmayacağı ifade edilmekteydi<sup>76</sup>.

Sistemin genel yapısından ziyade dikkat edilmesi gereken husus, genel olarak ceza kararlamalarının duruşmasız yargılama ilkesine aykırılık teşkil edip etmeyeceğine yönelik olan tartışmalardır. Doktrinde ceza kararlamalarının kabul edilebilmesi için hakim haricindeki kişilerin vereceği cezaların para cezası ve hürriyeti sınırlandırmayan bir ceza olması ve bu cezaların hapis cezasına çevrilememesi, ceza kararlamasının onu kabul etmeyenler hakkında sonuç doğurmaması ve bu ihtimalde duruşma açılarak davanın sonuçlandırılmasıdır<sup>77</sup>. Bu noktada 1402 sayılı CMUK'da yer alan bu muhakeme türüne ilişkin düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından "*duruşma açılmadan karar verildiği için*" iptal edildiğini ifade etmek gerekir<sup>78</sup>.

73 Mülga Kanun'daki sulh hakiminin ceza kararı kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah Kunter / Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2010, s.1209 vd.

74 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1210.

75 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1212.

76 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1212, 1213.

77 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1205.

78 "*CMUK'nun ceza kararlamalarıyla ilgili düzenlemesine göre ceza kararıyla hafif hapis cezasına hükmedilmiş ise itiraz üzerine duruşma yapılacaktır. Ceza kararıyla para cezasına bir meslek veya sanatın tatiline zor alıma bunlardan bir kaçına veya hepsine hükmedilmiş ise itiraz üzerine Asliye Ceza Mahkemesince itiraz CMUK'nun 301., 302. ve 303. maddeleri hükümlerine göre incelenip kesin olarak sonuçlandırılacaktır. CMUK'nun 390/3. maddesindeki CMUK'nun 302. maddesine yapılan yollama gereğince Asliye Ceza Mahkemesi itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde karar verecek aynı maddenin 2. fıkrası gereğince itirazı yerinde görürse itirazın konusu olan mesele hakkında da karar verecek, verdiği bu karar CMUK'nun 303. maddesi gereğince kesin olacaktır. (...) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde tanımlanan ve Anayasamızın 36. maddesine 4709 sayılı Kanununun 14. maddesiyle eklenen adil yargılanma ilkesine CMUK'nun 302., 386. maddeleri, CMUK 390/3. maddesindeki aynı Yasanın 301., 302. ve 303. maddelerine yaptığı yollama sanığın savunma hakkını, suçlamalar konusunda karar verecek olan mahkeme önünde davasının açık olarak görülmesini isteme hakkını, hükmünün açık oturumda verilmesini istemek hakkını, suçlamasının niteliği ve nedeninden en kısa zamanda ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkını, müdafinin yardımından yararlanma hakkını, elinden alınmakta ve böylece Anayasamızın 36. maddesindeki savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir". Resmi Gazete tarih/sayı: 22.10.2004/25621, Esas Sayısı : 2001/481, Karar Sayısı : 2004/91, Karar Günü 30.6.2004. <http://www.kararlariyeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/68d2396f-671d-454b-8d3f6b05ea4cc809?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 10.04.2020).*

## B. 5271 Sayılı CMK Kapsamında Basit Yargılama

### I-Basit Yargılama Usulünün Uygulanma Koşulu CMK m. 251/1

CMK'nun 251/1 inci maddesinde yer alan “Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir” şeklindeki hüküm, bahse konu kurumun ana yapısı hakkında bilgi vermektedir.

Basit yargılama usulünün tatbiki açısından öncelikle iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekmektedir (CMK m.175). 251/1. Fıkra gereğince, seri muhakemedeki gibi katalog bir düzenleme içerisindeki suçlar değil üst sınırı belirli bir miktarın altında kalan suçlar için öngörölmüş bir yargılama türünden bahsedildiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan seri muhakemeden farklı olarak basit yargılama usulünde, belirli bir şüphe aşamasının geçilmiş ve iddianamenin kabul edilmiş olması itibarıyla artık “*basit*” dahi olsa bir yargılama usulü tatbik edilecektir. Bu nedenle seri muhakemeye nazaran basit yargılama usulünün çerçevesi oldukça geniş tutulmuştur.

Süreler açısından ne şekilde bir belirleme yapılacağına ilişkin olarak doktrinde daha az veya daha fazla ceza gerektiren nitelikli hallerin dikkate alınmayacağı, suçun temel şeklinin esas alınacağı ifade edilmektedir<sup>79</sup>. Zira bu görüşe göre, kanun koyucu aksi bir düşünce olsa idi TCK m.61/3<sup>80</sup> düzenlemesine benzer bir düzenleme öngörülebilirdi. Bununla birlikte, nitelikli haller açısından ayrıca alt-üst sınırların belirlendiği suçlar açısından, bu sürelerin dikkate alınacağı ifade edilmektedir ki (ör. TCK m.142)<sup>81</sup> bu düşünceye, böyle bir ayrıma yol açabilecek bir ifadenin Kanun metninde yer almaması gerekçesiyle, katılmamaktayız. Bu görüş açısından tehdit suçunun 106/1 birinci cümle kapsamındaki halinin cezası 6 aydan 2 yıla kadar hapis olduğundan, basit yargılama usulüne tabi iken ikinci fıkrada suçun silahla işlenmesi halinde cezanın bağımsız alt (2 yıl) ve üst (5 yıl) sürelerle tabi olması ve üst sınırın 5 yıl olması sebebiyle bu ihtimalde basit yargılama usulü uygulanamayacaktır. Oysa düzenleme yarı oranında artırım şeklinde olsa idi, ikinci ihtimal açısından da basit yargılama usulü uygulanabilecekti<sup>82</sup>.

Kanaatimizce kanun koyucunun düzenlemesi açısından yukarıdaki görüşün kabul edilmesi güçtür. Zira bahse konu görüş açısından TCK m.61/3'e benzer bir düzenleme öngörölmemişse de TCK'nun 65/3. fıkrasında “*Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur*” şeklindeki düzenlemeye benzer bir ifade de 251. madde metninde yer almamaktadır. Dolayısıyla, basit yargılama usulü açısından daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren hallerin alt-üst sınırlarının tespit edildiği durumlara adeta bağımsız bir suç vasfı kazandırmanın, düzenlemenin lafzına uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu kapsamda kanaatimizce gerek suçun alt üst sınırlarının açık

79 Değirmenci, s.43.

80 TCK m.61/3 “Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz”.

81 Değirmenci, s.43.

82 Değirmenci, s.43.

bir biçimde belirlenmesi gerekse de belirli oranda artırım öngörülmesi ihtimallerinde, eğer ceza 251/1. maddenin belirlediği sınırlar dışında kalıyorsa, istisnai olan basit yargılama kurumunun tatbik edilmemesi gerekmektedir.

Bu fıkra açısından değinmek istediğimiz bir diğer husus, kanun koyucunun “*karar verilebilir*” şeklinde yaptığı düzenleme gereği, mahkemeye bu usulün tatbiki hakkında takdir yetkisi verilmesi hususudur ki bunun amacının da yukarıda ifade ettiğimiz üzere iddianamesi kabul edilen, bu anlamda yeterli şüphe seviyesine ulaşan bir vakianın 251. maddede yer alan usulle, örneğin duruşma yapılmaksızın, çözüme bağlanmasının mümkün olup olamayacağı noktasında mahkemeyi serbest bırakma isteğidir.

Bahse konu düzenleme açısından mahkemenin basit yargılama usulünü tatbik edebilmesi için diğer fıkralarda yer alan istisnalar saklı kalmak şartıyla ( bkz. 251/7 ve 8. fıkra) ilgili suç tipi için öngörülen cezanın sadece adli para cezasını içermesi, adli para cezası ile seçimlik olarak üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren bir suç olması, adli para cezasının yanında üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren bir suç olması yeterli olacaktır.

İddianamenin kabulünün ardından bahse konu muhakeme usulünün işletilmesi konusunda mahkemeye takdir hakkı tayin edilmesi, kanaatimizce kurumun amacı açısından isabetli olmamıştır. Zira kurumun amacı belirli suçlar açısından hızlı bir yargılama yapılması olup bunun için kanun koyucu belirli bir üst sınır öngörmüş ise, bu durumda artık takdir hakkını Mahkeme’ye bırakmak kurumun işlevini azaltacaktır. Ayrıca yine bazı Mahkemelerce bahse konu kurum tatbik edilecekken, diğerleri tarafından tatbik edilmemesi usul açısından ve özellikle de ¼ oranında ceza indiriminin kimi sanıklar hakkında uygulanacakken diğerlerine tatbik edilmemesi sebebiyle farklılıklara yol açacaktır.

Basit yargılama usulünün tatbikinin takdiri konusunda herhangi bir ölçüt konulmamasına karşın, doktrinde, iddianamenin kabulü ile birlikte Mahkeme’de vicdani kanaatin oluşması için ayrıca delil ikamesi ihtiyacı da hissedilmiyorsa bu usule müracaat edilebileceği düşünülmektedir. Ayrıca bu görüş açısından Mahkeme’nin vicdani kanaatin oluşması için delil ikame etmesi gerekiyorsa, CMK m. 217/1 gereği bu usule başvurulmamalıdır<sup>83</sup>. Doktrinde “*dosya itibarıyla bakıldığında vicdani kanaate ulaşılma ihtimalini göz önünde bulunduracak, dosyadaki maddi olayı sabit kabul etmesi için gerekli olan bilgileri ve belgeleri gerekli gördüğünde ilgili kurumlardan talep edecektir*” şeklinde ifade edilen <sup>84</sup> görüş ise “*bilgi ve belge toplama*” durumunun “*Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilme*” şartına bağlanması karşısında vicdani kanaatin oluştuğu ancak buna ilişkin belge ve bilgilerde durumun tevsiki olarak anlaşılmalıdır.

## **2. Basit Yargılama Usulünün Tatbik Şekli CMK m. 251/2**

CMK’nun 251/2. fıkrasında basit yargılama usulünün ne şekilde tatbik edileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bahse konu fıkrada “*Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde*

83 Değirmenci, s.45.

84 Değirmenci, s.45.



*mahkemece iddianame; sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edilerek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri istenir. Tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir. Ayrıca, toplanması gereken belgeler, ilgili kurum ve kuruluşlardan talep edilir”* denilmektedir.

Fıkıradaki usulün ne şekilde tatbik edileceği belirtilmektedir. Değinmek gerekir ki maddelerin yorumu ve izahı açısından yol gösterici olması beklenen Adalet Komisyonu raporu da birkaç istisna haricinde maddelerin tekrarından ibaret olup uygulama açısından yol gösterme işlevinden uzaktır.

251/2. fıkrada iddianamenin sanığa, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ edileceği<sup>85</sup> ifade edilmekle birlikte, muhataplarının iddianameyi sadece tebliğ almış olmalarının hukuken yeterli olmadığı özellikle de iddianamede yer alan suçlamaların sanık tarafından tam olarak anlaşılması ve savunmaya imkan tanır bir açıklıkta olması gerekmektedir. Nitekim ifade alınmaksızın kişi hakkında iddianame düzenlenmesi hukuk açısından mümkün olduğuna göre, kişinin o ana kadar haberdar dahi olmadan suçlandığı bir konu hakkında mahkeme huzuruna çıkmadan sadece yazılı savunma ile kendisini müdafaa etmesinin yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Bilindiği üzere adil yargılanma ilkesi gereği şüpheli/sanığa yeterli savunma hakkının verilmesi gerekmektedir<sup>86</sup>.

Doktrinde suçlamayı ve hakları öğrenme hakkı kapsamında “*silahlar gerçekten eşit*” olsa bile hukukçu olan hakim ve savcının geniş bilgisi karşısında şüpheli/sanığın aciz kaldığı ve şüpheli/sanığa bütün haklarının hatırlatılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>87</sup>. Nitekim bildirimden isnadı ve hakları öğrenme ilkesi doğrultusunda *belirsiz ve genel ifadelerle* yapılmaması gerektiği ifade edilmiştir<sup>88</sup>. Kanaatimizce bu hususta en azından sanığa suçlamaların sözlü olarak bildirilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Basit yargılama usulü delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi ile de doğrudan çelişmektedir. “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatıyla serbestçe takdir edilir*” şeklinde CMK m.217’de yer alan bu ilke, mahkemenin yargılayacağı sanık, tanıklar ve tüm deliller ile doğrudan doğruya temasa geçmesi<sup>89</sup> anlamına gelmektedir. Vasıtasızlık ilkesi olarak da ifade edilen bu ilke en özet şekilde “*kararı verecek olan mahkeme veya hakim, delil sözlü ise, dinleyecek, yazılı ise, okuyacak, eşya veya iz şeklinde ise görecektir*” şeklinde ifade edilmektedir ki<sup>90</sup> basit yargılama usulü açısından bu ilkenin

85 İddianamenin tebliğ edilmemesinin savunma hakkını kısıtlayacağına ilişkin yargı kararları ve doktrin görüşleri için bkz. Özge Apiş, “Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, Cilt 25, Sayı 1, ISSN 2146-0590, DOI: 10.33433/maruhad.583646, DOI: 10.33433/maruhad.583646, s. 65 vd.

86 Özbek/Doğan/Bacaksız, s.53.

87 Özbek/Doğan/Bacaksız,s.61-62.

88 Ünver/Hakeri, s.69.

89 Yenisey / Nuhoglu, s.79; Ayrıca bkz. Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9.Baskı, İstanbul 2012, s.623.

90 Bahri Öztürk / Durmuş Tezcan/ M.Ruhan Erdem/ Özge Sırma Gezer/ Yasemin F.Saygılar Kırıt/ Esra Alan Akcan/ Özdem Özyayın/ Efser Erden Tütüncü/ Derya Altınok Villemin/ Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Baskı, Ankara 2019, s.147-148.



sözlü deliller açısından göz ardı edildiği açıktır. Tarafların beyan ve savunmalarının on beş gün içerisinde yazılı olarak istenmesini, sözlülük ilkesi açısından değerlendirmek mümkündür. Esasen Sözlülük ilkesinin sonuçlarından en önemlisi, *hüküm verme faaliyetinde, yalnızca duruşmada sözlü olarak açıklanan hususların dikkate alınmasıdır*.<sup>91</sup>. Anlaşılacağı üzere duruşmasız dava olmaz ilkesinin bir sonucu olan ilke, tamamlayıcı bir işlev görmektedir. Bu nedenle düzenleme sözlülük ilkesine esasen aykırılık teşkil etse de kanaatimizce kanun koyucunun ceza muhakemesi politikası gereği “*basit yargılama*” usulünü benimsemesinin ardından, savunmaların sözlü olarak istenmesi gibi bir yola gidilmesi, bu muhakeme usulünün tercihini anlamsız hale getirirdi. Elbette sözlülük esas kural ve tercih sebebi olsa da sistemin amacının daha kısa sürede yargılamayı neticelendirmek olduğu dikkate alındığında ve özellikle de dava yükü karşısında uygulamada sözlülük ilkesinin amaçlanan işlevinden uzak kaldığı düşünüldüğünde, bu durumun sistemin tamamına karşı çıkmaya gerekçe olamayacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte silahların eşitliği ilkesinin esnetilerek sadece sanığa sözlü olarak savunma hakkının tanınması, bu hakkını kullanırken daha sonra savunmasına herhangi bir ilave yapıp yapamayacağını ifade edilmesi ya da yukarıda ifade ettiğimiz üzere en azından iddianın sözlü olarak bildirilmesinin savunma hakkı açısından doğacak bazı sıkıntıları engelleyebileceği kanaatindeyiz.

### **3. Basit Yargılama Usulü Açısından Hüküm (CMK m.251/3)**

Söz konusu düzenleme “*Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle, 223 üncü maddede belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir. Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir.*” şeklindedir.

Öncelikle fıkrada yer alan “*hükmedebilir*” ifadesinin “*hükmeder*” şeklinde anlaşılması gerektiğini söylemek gerekmektedir. Zira “*hükmedebilir*” ifadesi, Kanun’un yorumlanmasında mahkemenin takdiren 223. maddede belirtilen kararlardan birine hükmetmeyebileceği gibi bir anlamı da ihtiva etmektedir. Fıkra kanaatimizce belirtilmek istenen husus, mahkemenin 223. maddedeki kararlardan herhangi birine hükmetme mecburiyeti olduğu ancak elbette hükümlerden dilediğini takdir edebileceğidir. Bu nedenle fıkranın bu kısmının “*hükmeder*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fıkra “*Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın*” şeklinde yer verilen düzenleme açısından, basit yargılama usulünün esasında klasik anlamda bir muhakeme olmadığı söylenebilir. Zira duruşma yapılmadan, Cumhuriyet savcısının görüşüne başvurulmadan taraflar sözlü olarak dinlenilmeden hükme varılması halinde ortada bir muhakeme olduğunu söylemek güçtür. Bu usul açısından tez, anti-tez ve sentez şeklinde ortaya çıkan bir hükümden değil, mahkemenin önündeki yazılı savunma, beyan ve iddianmeden yola çıkarak varmış olduğu sonucu bildirmesi söz konusudur. Davasız muhakeme yapılamaması ilkesi ise, tez ile sentezin yani iddia ve yargının birbirinden açık şekilde

91 Ünver/Hakeri, s.112.

ayrıldığı sistemler açısından söz konusudur kanaatindeyiz<sup>92</sup>. Delillerin kolektifliği ilkesi kapsamında delillerin dosyada bulunması yetmemekte duruşmada tartışılması gerekmektedir<sup>93</sup>.

Kurum açısından dikkate alınması mümkün olan bir diğer ilke olan maddi gerçeği re'sen araştırma ilkesi, esasında ceza muhakemesi ile medeni muhakeme arasındaki farkı ortaya koyması açısından önemlidir. Hakim bu ilke gereğince, önüne gelen her delili uyumsuzlukla ilgisi olup olmadığını tespit için değerlendirir ve tarafların talepleri ile de bağlıdır<sup>94</sup>.

Bahse konu kurum açısından sözlülükten yazılılığa doğru bir evrilme olduğu görülmektedir. Bu kurum açısından mahkemenin gerek görmesi halinde bu usulden vazgeçerek m.251/6 gereğince “*hüküm verinceye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir*” ifadesi re'sen araştırma ilkesinin tamamen göz ardı edilmediği kanaatini uyandırmaktadır. AİHS'e göre (md.6/3-d) “*sanığın, iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmesini ve dinlenilmesini isteme*” hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir ki bu husus doktrinde, maddi gerçeğin re'sen araştırılma ilkesi kapsamında ele alınmaktadır<sup>95</sup>. Basit yargılama usulünde ise tanıkların sadece yazılı beyanlarının alınması mümkündür (m.251/2. ). Ayrıca taraflardan on beş gün içerisinde savunmanın hazırlanma zorunluluğunun adli yargılama hakkı kapsamında güç olabileceği bu anlamda sürenin etkin şekilde kullanılabilmesinin sağlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>96</sup>.

Gerçekten CMK m. 225/2 gereğince “*Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir*”. Dolayısıyla mahkemenin gerekli gördüğü takdirde bu yola başvurma imkanının olması olumludur. Her ne kadar tarafların yazılı beyanda bulunma hakları bulunsun da bu ilkenin gayesi olan şüpheli/sanığın “*muhakemeye yön verme*” hakkını yeterince kullanılabildiğini söylemek güçtür<sup>97</sup>. Basit yargılama hakkında sanığın, yazılı beyan verme haricinde bir fonksiyonunun olduğu ifade edilemez. Meram anlatma ilkesinin sonucu olarak da ifade edilen ve sanığın obje değil, muhakemenin gidişine yön veren bir kişi olması gerektiği ilkesi<sup>98</sup> basit yargılama usulü açısından tamamen göz ardı edilmemişse de kurumun doğası gereği oldukça ihmal edilmiştir.

Mahkeme hükme varırken TCK'nun 61. maddesi dikkate alınmak suretiyle CMK'nun 223. maddesinde belirtilen kararlardan birine hükmedilebilecektir. Öncelikle fıkrada TCK'nun 61. maddesi dikkate alınarak CMK'nun 223. maddesinde belirtilen kararlardan birine hükmedileceğinin ifade edilmesi isabetli olmamıştır. Zira TCK'nun 61. maddesi suçun işlendiğinin tespitinden sonra cezanın belirlenmesine ilişkin prensipleri düzenlemektedir. Oysa CMK'nun 223.maddesinde yer alan hüküm çeşitleri arasında beraat de söz konusudur. Fıkrada “*suçun işlendiğinin sabit olmasının*

92 Ünver/Hakeri, s.101.

93 Ünver/Hakeri, s..122, Centel/Zafer, s.625.

94 Yenisey/Nuhoğlu, m.79.

95 Centel/Zafer, s.625-627.

96 Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.639.

97 Özbek/Doğan/Bacaksız, 56.

98 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin./Tok, s.138 vd.

Ayrıca bkz. Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.117 vd.

ardından *Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi dikkate alınmak suretiyle*” denilmesi daha isabetli olabilirdi.

CMK’nun 223. maddesinin 1.fikrasının “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir*” şeklindeki düzenlemesi açısından 251. maddenin istisna teşkil ettiği açıktır. Bununla birlikte “*olağan*” bir hükmün ancak “*duruşma*” yapılmasının ardından verilebileceğini göstermesi açısından bu fıkranın dikkat çekici olduğunu da ifade etmek istiyoruz.

TCK’nun 61. maddesinde cezanın belirlenmesi açısından esas alınan kriterlere temas etmek çalışmamız kapsamı dışında kalacağından, bahse konu düzenleme açısından eleştiriye açık olan hususlara değinmekle yetinmeyi uygun görmekteyiz.

61. Maddede yer alan kimi hallerin duruşma olmaksızın ne şekilde tespit edileceği ve cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı izaha muhtaçtır. Bu durumlara kısaca değinecek olursak 1-f) *Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı*, g) *Failin güttüğü amaç ve saiki*, 2) *Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi* gibi sübjektif unsura dahil olan özelliklerin mahkemece sadece yazılı beyan üzerinden tespitinin güç olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte kurumun istisnai niteliği bir nitelikte olduğu ve sadece üst sınırı nispeten düşük ceza içeren suçlar için tatbik imkanı olduğu da unutulmamalıdır. Bu nedenle konuya genelleyci bir bakışla değil ve fakat suç özelinde bakmak daha isabetli olacaktır. Örneğin TCK 123. maddede düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma veya TCK m.105. maddede düzenlenen cinsel taciz suçunun işlenip işlenmediğinin tespiti açısından bile failde bulunması gereken maksadın yazılı beyanla ne şekilde tespit edileceği dahi izaha muhtaçken, cezanın belirlenmesinde bu hususun ne şekilde dikkate alınacağı soru işareti meydana getirmektedir. Yazılı olma ilkesi esasında yargılamanın daha doğrusu kovuşturmanın aleniliği prensibine de uygun değildir. Halka açıklık olarak da ifade edilebilen bu ilkenin amacı yargılamanın kapalı kapılar ardında yapılamamasıdır ki <sup>99</sup> ceza miktarının nispeten az olduğu suçlar söz konusu olduğu için basit yargılama usulünde bu ilkenin ihmal edildiğini ifade etmek gerekmektedir.

Fıkırada “*mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir*” ibaresi yer almakta olup bu hükmün amacının ne olduğu konusu belirsizdir. Seri muhakeme usulünde olduğu gibi kurumun işlemesi için şüpheliye teklif ve teklifin kabulü halinde cezanın indirilmesi gibi bir teşvik ve bir avantaj söz konusu olmamasına rağmen, basit yargılama usulü tatbik ediliyor diye cezada indirimde neden gerek duyulduğuna ilişkin bir gerekçe bulunmamaktadır.

#### **4. Basit Muhakeme Usulünde Hüküm Sonuçları (CMK m.251/4-6)**

251/4. Fıkırada uygulamada farklılıklara neden olmama adına mahkemenin bu usulde de kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevrilebileceği, hapis cezasını erteleyebileceği ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebileceği ifade edilmektedir. Nitekim söz konusu düzenlemeye göre, “*Mahkemece, koşulları bulunması hâlinde; kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara*

99 Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır, s.128.

*çevrilebilir veya hapis cezası ertelenebilir ya da uygulanmasına sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir”.*

Fıkra da hükmün açıklanmasının ertelenmesine *yazılı olarak* sanık tarafından karşı çıkılmaması halinde hükmedilebileceği ifade edilmektedir. 231. Maddenin 6. fıkrasına eklenen cümlede sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmez denirken, 251. maddede bu durum “*sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla*” formüle edilmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun detaylarına girmek çalışmamız kapsamı dışında kalacağından basit yargılama ile ilgili olarak da değerlendirme imkanı verecek olan HAGB’ye karar verilmeden önce bunun kabul edilip edilmeyeceğinin sanığa sorulup sorulmayacağı konusuna temas etmek istiyoruz.

Doktrinde bu hususta HAGB’ye karar verilmesi için mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği ve önceden bunun sanığa hatırlatılmasının mahkemenin önyargı ile hareket ettiği anlamına geleceği belirtilmektedir<sup>100</sup>. Aynı durum basit yargılama açısından da geçerli olduğu için sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi söz konusu olduğu takdirde sanığa başvurularak bu durumun sorulması yerinde olabilirdi. Ancak bahse konu düzenlemenin kaleme alınış biçiminden ve 251. maddenin 2. ve 3. fıkraları dikkate alındığında sanığın bahse konu bildirim yazılı olarak 2. fıkra da belirtilen sürede yapmasının gerektiği yorumu yapılabilir

Maddenin 5. fıkrasında (m.251/5) “*Hükümde itiraz usulü ile itirazın sonuçları belirtilir*” denilmektedir ki konu ile ilgili ayrıntılı izaha 252. maddede yer verileceğinden bu kısımda ayrıca itiraz konusunun detayına girilmeyecektir.

251/6. fıkra da, “*mahkemece gerekli görülmesi hâlinde bu madde uyarınca hüküm verilinceye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebileceği*” düzenlenmiştir. Böylece söz konusu fıkra, mahkemelere basit yargılama usulünden vazgeçilerek gerekli görüldüğü takdirde duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam etme imkanı vermektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki bu tarz bir düzenlemenin yer alması isabetli olmuş, basit yargılama usulünün tatbiki ile maddi gerçeğe ulaşamayacağıın anlaşılması halinde genel ilkelere dönülmesi ile ceza muhakemesinin esas amacına dikkat çekilmiştir. Doktrinde de basit yargılama usulünün yeterli olmaması ve muhakemeye genel hükümlere göre devam dilmesi gerektiğine kanaat getirilmesi halinde, genel hükümlere göre yargılamanın yapılacağı ifade edilmektedir<sup>101</sup>.

Bununla birlikte fıkranın düzenlemesinden kaynaklı bazı belirsizlikler vardır ki bu belirsizliklerin uygulama ile çözülebileceğini söyleyebiliriz. Öncelikle fıkra da duruşma açılarak genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edileceğinden bahsedilmesine karşın, duruşma açıldıktan sonra Mahkemenin tekrar basit yargılama usulüne dönerek örneğin cezanın belirlenmesinde 251/3. fıkrayı esas alıp alamayacağı belirsizdir. Kanaatimizce mahkemenin maddi gerçeğe bu usulle ulaşamayacağına kanaat getirmesi halinde artık basit yargılamanın ve dolayısıyla basit yargılamanın öngördüğü indirimin de tatbik edilmesi söz konusu olmayacaktır.

100 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok s.645.

101 Değirmenci, s.46.

Doktrinde suçun hukuki niteliğinin değişmesi veya cezanın artırılması veya cezaya ek güvenlik tedbirlerinin ortaya çıkmasından dolayı ek savunma ihtiyacı ortaya çıkması halinde 226. madde uyarınca duruşma açılacağı ifade edilmektedir<sup>102</sup>. Yukarıda belirttiğimiz fikre uygun olarak, mahkemenin basit yargılama kapsamına girmeyen bir uyuşmazlığı bu kapsamda ele alması ancak daha sonra bu durumu re'sen ya da tarafların ileri sürmesiyle fark etmesi halinde bu fıkranın tatbik edilip edilemeyeceğine ilişkin Kanun'da açık bir hüküm olmasa da buna gerek olmadığı, 251/6. madde gereği, duruşma açılarak işin muhakemenin genel hükümlere göre görülebileceğini düşünmekteyiz. Bu durum uyuşmazlık açısından CMK'nun 251/7-8 inci fıkralardaki hallerden birinin gerçekleşmesi sonucu olabileceği gibi yukarıda ifade edildiği üzere suçun hukuki niteliğinin değişmesi veya cezanın artırılması veya cezaya ek güvenlik tedbirlerinin söz konusu olması ihtimalinde de gerçekleşebilir. Bu takdirde basit yargılama usulü terk edilerek genel yargılama prensipleri geçerli olacaktır ki sanık da ¼ lük ceza indiriminden mahrum kalacaktır.

Ancak kanaatimizce eğer ortaya çıkan yeni durum 251/1. maddede yer alan sınırlar içerisinde bir ceza aralığına tekabül ediyor ve basit yargılama usulünün uygulanamayacağı haller kapsamına girmiyorsa, CMK m.226 uyarınca ek savunma istenmesi mecburi ise de bunun için duruşma açılıp genel hükümlerle devam etmeye gerek yoktur. Duruşma açılıp genel hükümlerle devam edilmesi halinde artık sanık hakkında ¼ indirimin uygulanamayacağı, kurumun amacının belirli cezanın altında kalan suçlar hakkında süratli bir yargılama görülmesi olduğuna göre, duruşma açılmasının son çare olduğuna, mümkün oldukça sanığın indirimden, yargının da kurumdan istifade etmesinin sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

### **5. Basit Yargılama Usulünün Tatbik Edilemeyeceği Haller (CMK m.251/7-8)**

251/7. maddede basit yargılama usulünün istisnalarına sınırlı sayıda yer verilmiştir. Buna göre adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren bir suç açısından, "*failde yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik halleri söz konusu ise ve bahse konu suç hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında*" uygulanamayacaktır.

Öncelikle fıkradaki durumun iki kısım halinde ele alınması gerekmektedir. Birinci kısım kusurluluğu azaltan ve ortadan kaldıran haller; diğer kısım ise soruşturma ve kovuşturma koşulları ile alakalıdır.

Birinci kısım açısından kanun koyucu failin özelliklerini dikkate almış, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik durumları açısından uygulanacak farklı muhakeme kurallarının söz konusu olması açısından basit yargılama usulünün tatbik edilemeyeceği öngörülmüştür. Bu durumun kusuru kaldıran ya da azaltan hallerin tamamını içermediği görülmektedir. Zira geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olma halinde de basit yargılama usulü uygulanabilecektir. İkinci kısım açısından ise kanun koyucunun soruşturulması ve kovuşturulmasını genel muhakeme ilkeleri dışında farklı şartlara tabi kıldığı suçların basit yargılama ile çözümlenmesini uygun görmediği

102 Değirmenci, s.46.

anlaşılmaktadır. Esasen soruşturma ve kovuşturulabilme yapılabilmesinin bir takım şartlara tabi olduğu hallerin diğer suç tiplerine nazaran önem arz ettiği ifade edilebilir.

Maddenin yedinci fıkrasına gerekçe olarak “yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik halleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında faillerin özel durumları sebebiyle elde edilen delillerin duruşmada tartışılmasının ve taraf beyanlarının bizzat hâkim tarafından alınmasının gerekli olması sebebiyle basit yargılama usulünün uygulanmayacağı” gösterilmektedir<sup>103</sup>.

Yaş küçüklüğünün hangi evrede olacağı hususunda Kanun’da herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde yaş küçüklüğünün fiilin işlendiği tarih mi yoksa muhakemenin gerçekleşeceği tarihte mi söz konusu olacağı konusunun belirsiz olduğu ifade edilmektedir<sup>104</sup>. Bazı yazarlar, fiili işlediği sırada, 18 yaşını tamamlamış olsun ya da olmasın 251. madde tatbikinin adaletsizliğe neden olduğunu, bunun sebebinin 251. maddenin öngördüğü ceza indirimi olduğunu ifade etmektedir, zira bazı 251. maddenin tatbik edilemeyeceği hallerde genel hükümler tatbik edilecek ve 251. maddenin öngördüğü indirim tatbik edilemeyecektir. 16 yaşında suç işleyen bir kişinin 18 yaşını tamamlamasının ardından basit yargılama usulü ile alacağı cezadan hem yaş küçüklüğünün öngördüğü hem de 251. madde gereği indirim yapılacağı, oysa indirimin yapılamadığı hallerde genel usullere göre yapılan yargılama neticesinde failin ¼ ’lük indirimden yararlanamayacağı bunun adaletsiz bir durum olduğu ifade edilmektedir. 250. Madde bakımından da bahse konu istisnaya yer verilmekle beraber, seri muhakeme usulü açısından cezanın bireyselleştirilmesinde TCK m.61/1 dikkate alınacağından bir sorun söz konusu olmayacak zira yaş küçüklüğü indirimi uygulanmayacaktır. Oysa basit yargılama usulünde 61.maddenin tamamına atıf söz konusudur<sup>105</sup>.

Kanaatimize göre, basit yargılama usulünün uygulanması için fiilin işlendiği tarih değil yargılamanın gerçekleştiği tarih esas alınmalıdır. Madde gerekçesinde taraf beyanlarının bizzat hâkim tarafından alınmasının gerekli olması sebebiyle bu istisnaya yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla yargılama esnasında kişi, yaş küçüklüğü sınırından uzaklaşmış ise, artık basit yargılama usulünü uygulamada bir sakınca yoktur.

Özetlersek fiili işlediği tarih itibarıyla 17 yaşında olan bir kişinin , 251/1. maddede basit yargılama usulünün “iddianamenin kabulünden sonra” gündeme geldiği düşünüldüğünde, bu tarih itibarıyla 18 yaşını doldurmuş ise artık bu usulün uygulanmasında bir sorun yoktur. Gerçekten 16 yaşında suç işleyen bir çocuk hakkında eğer 18 yaşına kadar bir yargılama yapılacak olur ise bu durumda failin cezasında sadece TCK m.31/3. madde kapsamında indirim yapılacak iken, bu kişinin 18 yaşını tamamlaması ve dolayısıyla basit yargılamanın süjesi olması ihtimalinde hem TCK m. 31/3 hem de 251/3 üncü fıkra kapsamında indirim yapılacaktır. Her ne kadar yukarıda da ifade edildiği üzere bu durum adaletsizliğe yol açsa da kanaatimize kanun koyucunun amacı muhakeme işlemlerinin yapıldığı esnada sanığın yaşının bu işlemleri idrak edecek bir yaşta olmasıdır. Şüpheli hakkında

103 Rapor, s.19.

104 Değirmenci, s.43.

105 Değirmenci, s.43.

soruşturma açılmasının ardından iddianamenin kabulünden sonra yani şüphelinin sanık sıfatına kavuşmasının ardından 18 yaşını tamamlaması ihtimalinde artık genel hükümlere göre başlanan muhakemenin, basit yargılamaya dönmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bununla birlikte maddede gerek bu hususa gerekse de bahse konu adaletsizliğe engel ve açık bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

251. Maddenin 8. ve son fıkrasında “*basit yargılama usulü kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde bu usulün tatbik edilemeyeceği*” ifade edilmektedir. 251. madde gerekçesinde bu düzenlemenin sebebinin “*uygulamada yaşanabilecek sorunların önüne geçmek*” olduğu ifade edilmektedir<sup>106</sup>. Fıkırada kastedilen birlikte işlenmiş olma ifadesinin ne şekilde yorumlanacağına ilişkin uzlaştırma kurumuna müracaat edilmesi yerinde olabilir<sup>107</sup>.

CMK’ nun 253/3. fıkrasında, uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz denilmektedir. Belirtelim ki “*aynı mağdura karşı*” işlenme ölçütünün 7188 sayılı Kanun’la uzlaştırma kurumuna dahil edilmesi ancak basit yargılama usulü açısından benzer bir düzenlemenin olmamasının tereddütlere yol açması muhtemelse de bu durumun basit yargılamanın uzlaştırma gibi bir dava şartı olmaması nedeniyle aynı derecede sorun meydana getirmeyeceği ifade edilmektedir<sup>108</sup>. Yazara katılmakla beraber yine de uzlaştırma kapsamında yaşanan tartışmalar ve Kanun değişikliğiyle meselenin çözülmeye çalışıldığı dikkate alınır, aynı sorunların basit yargılama açısından da çıkmasının beklenmemesi, “*aynı mağdura karşı*” ifadesinin 251. maddeye eklenmesinin daha yerinde olabileceği kanaatindeyiz.

## **6. Basit Yargılama Usulü Açısından İtiraz (CMK m.252/1—6)**

### **a. Basit Yargılama Usulünün İtiraza Tabi Olması (CMK m.252/1)**

252. Maddede kanun koyucu, basit yargılama usulünde itirazı düzenlemektedir. Kanun koyucu *basit yargılama usulü ile verilen hükümlere karşı itiraz edilebileceğini* öngörmekte ve (m.252/1) *süresi içinde itiraz edilmeyen hükümlerin kesinleşeceği* belirtilmektedir. Doktrinde basit yargılama açısından öngörülen itiraz usulünün, normalde itiraz kanun yolunun hükümler için geçerli olmamasına rağmen bu usul açısından geçerli olması bakımından, istisnai bir durum olduğu ifade edilmektedir<sup>109</sup>.

Kural olarak itiraz kanun yolu “*hakim kararları, kanunun açıkça belirttiği durumlarda da mahkemelerce son karardan önce verilen ara kararlardan mağdur olduğunu ileri süren ilgililerin başvurusu üzerine,*

106 Rapor, s.20.

107 Uzlaştırma açısından Yargıtay’ın benimsediği kriterler bakımından bkz. Değirmenci, s.44.

108 Tartışmalar için bkz. Değirmenci, s.44.

109 Değirmenci s.47.



*bu kararın gerek maddi ve gerekse hukuksal yönden başka bir yargı organı tarafından yeniden incelenmesini sağlayan bir denetim muhakemesi yoludur*<sup>110</sup>.

252. Madde kapsamında itiraz açısından da CMK m. 267 ve devamı hükümlerine müracaat edilecektir. Bu anlamda itiraz usulü 268/1. madde gereğince ilgililer tarafından kararın öğrenildiği günden itibaren yedi gün içinde basit yargılama neticesinde karar veren mahkemeye başvuru suretiyle gerçekleşecektir. İtiraza başvurmaya hakkı olanların tespitinde 260 vd. hükümleri de bu ihtimalde esas alınacaktır<sup>111</sup>.

### **b. İtirazın Sonuçları (CMK m.252/2)**

Hükme itiraz hakkı olan taraflarca yapılan itiraz üzerine hükmü veren mahkemece duruşma açılır. Kanun yolları açısından kimlerin başvuru hakkına sahip olduğu CMK' nun 260 ve devamı maddelerinde belirtilmiştir<sup>112</sup>.

İtirazın kabulü üzerine basit yargılama usulü değil genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Kanun koyucu tarafların gelmemesi ihtimalinde de duruşmanın yapılacağını ve yokluklarında 223. madde uyarınca hüküm verilebileceğini düzenlemektedir. Bu hususun taraflara gönderilecek davetiyede yazılacağını ifade etmektedir. Duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi hâlinde duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır.

Yukarıda basit yargılama usulü açısından geçerli olan itiraz usulünün, 5271 sayılı CMK'nun 267. madde ve devamında düzenlenen itiraz kanun yolundan farklılık gösterdiğini ifade etmiştik. 252/2. Fıkra da itiraz açısından yargılamanın duruşmalı olacağı, istisnai olarak duruşmasız olacağı ifade edilmektedir. Doktrinde de itiraz incelemesinin dosya üzerine duruşma açılmaksızın yapılacağı ifade edilmektedir<sup>113</sup>. Oysa 271. maddenin 1. fıkrasında “*Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir*” şeklinde bir düzenleme öngörülmektedir. 268/2. Fıkra da “*Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir*” denilmektedir. Basit yargılama usulünde, kararını düzeltmesi açısından mahkemenin müracaat edebileceği yegâne usul duruşma açılmasıdır. Doktrinde bu usul açısından mahkemenin başka bir şekilde kararını düzeltme ihtimalinin göz ardı edildiği ifade edilmiştir<sup>114</sup>.

### **c. Duruşma Açılmasının Sonuçları (CMK m.252/3)**

Üçüncü fıkra düzenlemesi gereğince, duruşması açılan ve genel hükümlere göre devam eden yargılama neticesinde Mahkeme'nin basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle (m.251) bağlı olmadığı

110 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s.684.

111 Değirmenci s.47.

112 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 661 vd.

113 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s. 689.

114 Değirmenci, s.47.



anlaşılmaktadır. Bu anlamda itiraz halinde, sanığın 251/3. maddedeki indirim hakkından da yararlanma imkânı ortadan kalkacaktır. Belirtelim ki bu durumun 265. maddede yer verilen cezayı ağırlaştırma yasağına bir istisna teşkil ettiği ifade edilmektedir<sup>115</sup>. İtirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hâllerde basit yargılama usulünün getirmiş olduğu indirim korunacaktır. Bu ifadenin mefhum-u muhalifinden sanığın itirazı halinde ceza indiriminin korunmayacağı anlaşılmaktadır.

İtirazın sanık dışındaki kişilerce yapıldığı halde indirimin korunmasının gerekçesi Adalet Komisyonu Raporu'nda “*Ancak, itirazın mağdur, müşteki veya Cumhuriyet savcısı tarafından yapıldığı hallerde dörtte bir oranındaki bu indirim korunacaktır. Böylelikle, basit yargılama usulünden umulan faydanın gerçekleşmesi öngörülmektedir*” şeklinde belirtilmektedir<sup>116</sup>.

Doktrinde 252/2. fıkrada dolaylı bir cezayı aleyhe ağırlaştırma yasağının olduğu ifade edilmektedir<sup>117</sup>. Buna gerekçe olarak da “*itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hâllerde 251 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan indirim korunur*” şeklindeki düzenlemenin ilk hükümdeki ceza miktarının sabit kalacağı şeklinde anlaşılması gerektiği gösterilmektedir<sup>118</sup>. Aşağıda ifade edeceğimiz gerekçeler ışığında 252/2. fıkrada yer alan düzenlemenin dolaylı bir cezayı aleyhe ağırlaştırma yasağından ziyade *atipik bir cezayı ağırlaştırma yasağı* olduğu kanaatindeyiz.

Gerçekten *itirazın mağdur, müşteki veya Cumhuriyet savcısı tarafından yapıldığı hallerde* (CMK m.252/3) genel muhakeme usulü tatbik edilecek ve sanık hakkında cezaya hükmedildiğinde 251. maddede belirtilen ¼ lük indirim korunacaktır. Belirtelim ki burada kast edilen aleyhe itirazdır. Cumhuriyet savcısının sanık lehine itirazda bulunması ihtimaline ise aşağıda değineceğiz. Örneğimize dönersek, sanık hakkında basit yargılama neticesinde TCK m. 106/1 uyarınca 20 ay hapis cezası verilmiş ve şahıs hakkında ¼ lük indirim tatbik edilmiş olsun. Bu durumda sanığın alacağı ceza 15 ay hapis cezadır. Verilen hükme “*mağdur, müşteki veya Cumhuriyet savcısı*” itiraz ettiği takdirde genel muhakeme usulü tatbik edilecektir. Bu ihtimalde örneğin sanığın eyleminin TCK'nun 106/2. fıkrasına giren bir hale tekabül ettiği anlaşılıp sanığın cezasının 36 ay olduğuna hükmedilebilir ki bu ihtimalde ¼ lük indirim yapılırsa dahi sanığın cezası 27 ay olacaktır. Bu durumda indirim korunsu da sanığın, itiraz etmediği ceza aleyhine değişmektedir.

Bilindiği üzere aleyhe değiştirme yasağı, kanun yolu incelemesinden sonra geçerli olan ve cezanın miktar ve türünü belirleyen, esasında aleyhe bozma yasağı ilkesini tamamlayıcı bir ilkedir<sup>119</sup>. Aleyhe değiştirme yasağı, sanığın kanun yoluna başvurduğunda aleyhe bir durum ortaya çıkacağından korktuğu için müracaat etmekten vazgeçmesini engellemeyi amaçlamaktadır<sup>120</sup>. Kuralın özü

115 Değirmenci, s.48. CMK'nun 265. maddesi “Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhine kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir. Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez” şeklindedir.

116 Rapor, s.20.

117 Değirmenci, s.48.

118 Görüş için bkz. Değirmenci, s.48.

119 Ünver / Hakeri, s.1910.

120 Ali Rıza Çınar, “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, No 2, s.647, 648.

“mahkemenin/yargıcın son hükümde öngördüğü yaptırım/ceza önceki hükümden ağır olamaz” prensibine dayanmaktadır<sup>121</sup>.

Doktrinde aleyhe değiştirme yasağı kuralının olağan kanun yolları açısından istinaf ve temyiz bakımından olağanüstü kanun yolları yönünden ise kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi yollarında benimsendiği ifade edilse de CMK’nın altıncı kitabının genel hükümleri arasında yer alan Cumhuriyet savcısının sanık yararına kanun yoluna başvurması durumunda da bahse konu kuralın uygulanacağı belirtilmiştir<sup>122</sup>.

Doktrinde 265. maddenin yazımından hareketle yani kanun yolları açısından herhangi bir ayırım yapılmadığından yola çıkılarak, Cumhuriyet Savcısının sanık lehine itiraz yoluna başvurması halinde yeniden verilecek hükmün önceki hükümde yer alan cezadan daha ağır olmayacağı iddia olunabilir şeklinde bir görüşe rastlamak mümkün<sup>123</sup> ise de temyiz, istinaf, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi kanun yollarına ilişkin bahse konu kural açıkça düzenlenmiş olmasına karşın, itiraz açısından böyle bir yola başvurulmaması durumunun kanun koyucu tarafından itiraz kanun yolu açısından bahse konu kuralın tatbikinin istenmediği şeklinde anlaşılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>124</sup>.

Cezanın aleyhe ağırlaştırılması yasağının, olağan bir kanun yolu olması açısından itiraz kanun yolu bakımından da uygulanması mümkün ise de itiraz neticesinde verilen kararların niteliği dikkate alındığında bu yasağın itiraz açısından tatbik edilmediği ifade edilmektedir<sup>125</sup>. Nitekim doktrinde aleyhte değiştirme yasağının yalnızca mahkûmiyet hükümleri bakımından etkisini göstereceği ifade edilmektedir<sup>126</sup>.

Sonuç olarak kanaatimizce, sanığın diğer süjelerle birlikte yahut tek başına asliye ceza mahkemesinin verdiği karara itiraz edilmesi halinde, sanığın suçlu bulunması halinde sanığa verilen cezada 251 /3 üncü fıkrada yer alan indirim korunmayacaktır.

İtirazın sanık dışındaki “mağdur, müşteki veya Cumhuriyet savcısı” tarafından ve sanığın aleyhine ki burada Cumhuriyet savcısının sanık aleyhine itirazda bulunmasını kastetmekteyiz sanık hakkında genel muhakeme usulüne göre yürütülen yargılama neticesinde alacağı cezada indirim korunacaktır. Ancak sonuç ceza, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere farklılık arz edebileceğinden bu cezanın mutlaka ilk hükümdeki cezadan fazla olamayacağı söylenemez.

Son olarak 265. maddenin genel hüküm olması dikkate alındığında Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan

121 Çınar, s.648.

122 Çınar, s.606. Belirtelim ki yazar bahse konu çalışmasında “Kuralın Uygulanabileceği Yasayolları ve Koşulları” başlığı altında itiraz kanun yolunu zikretmemektedir. s.634 vd.

123 Seydi Kaymaz, “Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, No 2, s.1416.

124 Kaymaz, s.1416.

125 Değirmenci, s.48.

126 Kaymaz, s.1415.

cezadan daha ağır bir cezayı içeremez ifadesinin, Cumhuriyet savcısı sanık lehine itirazda başvuruda bulunması halinde cezanın aleyhe ağırlaştırılması yasağının muhafaza olunacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar sanık, itiraz ettiği takdirde indirim korunmazken Cumhuriyet savcısının sanığın lehine itirazında indirimin korunması çelişkili görünebilirse de 265. maddenin 252. madde ile bertaraf edilmediği ve sanığın itirazı halinde indirim korunmaması sebebinin sanığın basit yargılamayı itiraz ile uzatmasının önüne geçme maksadı olduğu kanaatinden hareketle bu sonuca varmaktayız.

Yukarıda ifade ettiğimiz CMK'nun 252. madde düzenlemesi ve 5271 sayılı CMK'da yer alan cezayı ağırlaştırma yasaklarına ilişkin düzenlemeler<sup>127</sup> dikkate alındığında kanun koyucunun basit yargılama açısından *atipik bir cezayı aleyhe ağırlaştırma yasağı* ihdas ettiği kanaatini uyandırmaktadır.

#### **d. İtiraz Sonucu Verilen Hükümün Sanık Lehine Olması ve Diğer Hükümler (CMK m.252/4 – 6)**

252/4. fıkrada itiraz üzerine verilen hükmün sanık lehine olması hâlinde, bu hususların itiraz etmemiş olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da itiraz etmiş gibi verilen kararlardan yararlanır denilmektedir. Bu durum bozmanın sirayeti kurumunun da sistem açısından kabul edildiğini göstermektedir<sup>128</sup>. Maddenin 5. fıkrasında ise (252/5) ikinci fıkra uyarınca verilen hükümlere karşı genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmektedir.

Maddenin son fıkrası olan 252/6. fıkraya göre, birinci fıkradaki itirazın, süresinde yapılmadığı veya kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayan tarafından yapıldığı mahkemesince değerlendirildiğinde dosya, 268. maddenin ikinci fıkrası uyarınca itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderilir.

CMK'nun 268/2. fıkrası "*Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir*" şeklindedir. 268/3. Maddenin c bendi gereğince "*Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesi*" yetkilidir. İtiraz merciin kararı kesin olduğu için (271/4) artık bu karar karşı olağan bir kanun yolu imkanı kalmamış olacaktır<sup>129</sup>.

Doktrinde 251. maddede belirtilen sürenin geçmesi üzerine kesinleşen hüküm hakkında CMK m. 309 gereği kanun yararına bozma müessesinin tatbik edilebileceği belirtilmektedir<sup>130</sup>.

127 Bkz. CMK m.265, 307/5, 283, 309/4-b, 323/2.

128 Doktrinde kanun yollarının etkilerinden aktarma, sirayet ve bazı hallerde geçerli olan durdurma etkisinden bahsedilmektedir. Buna göre sirayet "*denetim muhakemesine başvurmanın diğer sanıklara da sirayet etmesi*" şeklinde belirtilmektedir. Ünver/Hakeri, s.1906. Ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s.717. Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırtı/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin./Tok, s.669. Ancak doktrinde itirazın aktarma ve durdurma etkisinin bulunmadığı da belirtilmektedir. Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s.744.

129 Değirmenci, s.48.

130 Değirmenci, s.48.

## SONUÇ

7188 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK'nun 250. maddesi ile yargı sistemimize dahil olan seri muhakeme usulü, ceza adalet sisteminin işleyişini hızlandırmak, suçun işlenmesine, ceza hukuku bakımından gösterilen reaksiyonun gecikmesinden kaynaklanan olumsuzlukları azaltmak ve kaynakları etkin kullanmak gibi amaçlarla sistemimize dahil edilmiştir. Ancak bu tip istisnai kurumlar, iddia, savunma ve yargılama makamlarının temel işlevleri ve şüpheli/sanık hakları bakımından endişe uyandırabilmektedir. Bu nedenle seri muhakeme usulünün uygulanma alanının kısıtlı bir katalog suç kapsamında kalması bu endişe verici durumu sınırlandırması bakımından olumludur.

Yukarıda izah ettiğimiz hususları tekrarlamamak adına burada, kısaca öneri ve eleştirilerimizi sıralamak istiyoruz:

Seri muhakeme usulü bakımından,

- Yönetmelik kapsamında, talebi hâlinde teklifi değerlendirmesi için şüpheliye bir ayı aşmamak üzere makul bir süre verilecektir (CMSMY m. 10/3). Ancak şüphelinin davet edilmesi ve şüphelinin bu davete icabet etmesi bakımından belirli bir düzenleyici süre söz konusu değildir. Kanaatimizce bu sürelerin kanun koyucu tarafından açık bir biçimde belirlenmesi, hızlılık ve çabukluk üzerine kurulmuş sistemin tasarlandığı gibi işlevsel bir hale gelmesini sağlayacaktır.
- Seri muhakeme usulü, olağan ceza muhakemesine nazaran, şüphelinin başta savunma hakkı olmak üzere, çeşitli haklarını kullanmaktan sarfınazar ettiği bir muhakeme türüdür. Bu nedenle söz konusu usulün uygulanması, şüphelinin layıkıyla bilgilendirilmesi ve bu usulün uygulanmasını kabul etmesine bağlıdır. Bu nedenle kanaatimizce kolluk veya savcının şifahi bilgilendirmesi dışında, yazılı bilgilendirmenin de yapılmış olması gerekir. En azından şüphelinin bilgilendirilmesi hususu tutanak altına alınmalıdır. Elbette bu durum, uygulamada karşılaşıldığı üzere, ifade ve sorgu öncesinde kişiye haklarının öğretilmesinde olduğu gibi otomatik bir tatbika dönüşmemelidir.
- Bilgilendirme aşamasının, uygulanacak yaptırımı kapsayacak şekilde ve teklif yapılırken şüphelinin bu teklifi kabul etmesiyle hangi yaptırımla karşılaşacağını tartışmasız bir şekilde biliyor olmasını ihtiva etmesi gerekmektedir. Teklif sürecinde CMK'nun 147. ve 148. maddeleri de kıyasen uygulanmalıdır.
- CMK bu düzenleme ile zorunlu müdafilik durumu meydana getirmiştir. Müdafî bu süreçte etkin bir rol oynayabilmelidir. Zira seri muhakeme usulünün kabul edilmesiyle şüpheli, aleni bir duruşmada yargılanma hakkından vazgeçtiğinden şüpheli ile müdafî arasında bir ön görüşme yapılmasına olanak tanınmalı, müdafîye, seri muhakeme usulüne ilişkin teklifin öncesinde dosyayı inceleme ve delilleri görme olanağı da sağlanmalıdır.
- Mahkeme'ye CMSMY'nin 13. maddesi ile talepten önce iadesi yetkisi verilmiş olsa da bu Mahkeme'yi salt bir onay merci olmaktan çıkarmamaktadır. Ayrıca hakimin talepten önce reddetmemesi halinde talepte belirtilen yaptırım doğrultusunda hüküm kurması gerekmektedir.

Hakimin yaptırımını değiştirme yetkisi bulunmamaktadır. Aynı husus, 250. maddenin 5., 6. ve 7. fıkraları bakımından da geçerlidir. Mahkeme'ye en azından, varılan anlaşmayı uygun bulup bulmama konusunda takdir yetkisi verilebilmeli, muhakeme süjelerine görüşlerini bildirme fırsatı da tanınmalıdır. Hatta TCK'nun 61. maddesinin uygulanarak yaptırımın belirlenmesi hususunda sadece maddi hatalar bakımından değil (CMSMY m. 13/2-b) alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlenmesi, 50. madde kapsamında cezanın seçenek tedbirlere çevrilmesi halinde, çevrilen seçenek tedbirin uygunluğu, 51. madde kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanıyorsa, uygulanan tedbirin uygunluğu konularında, 231. ve 51. maddeler birlikte uygulama koşullarına sahip olup da 231. maddenin daha lehe olmasına rağmen uygulanmaması ihtimallerinde Mahkeme'ye en azından talepnameyi iade etme yetkisi tanınmalıdır.

– Davanın reddi, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı ve hatta derhal beraat kararı verme koşullarının olduğu hallerde Mahkeme'nin bu kararlara hükmedebilme yetkisi olmalıdır.

– Kurulan hükme itiraz mümkündür. Buna karşılık genel hükümlere göre soruşturmanın sonuçlandırılması için dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesi olasılığında, savcı bu kararla bağlıdır; bu karara karşı gidilebilecek bir kanun yolu yoktur.

– Kendisine seri muhakeme talep yazısı gelen Mahkeme, talep yazısında olaylarla ilişkilendirilerek açıklanan fiilin, m. 250/1. kapsamındaki katalog suçlardan biri olmadığını, savcının fiilin hukuki nitelendirmesini yanlış yaptığını düşünüyorsa, talebi reddedebilecektir.

– Şüphelinin teklifi kabul etmesi ve fakat suçun iştirak halinde işlendiğinin sonradan anlaşılması durumunda, hüküm verilinceye kadar değil, itiraz kanun yoluna başvurulmuşsa karar verilinceye kadar, henüz başvurulmamışsa itiraz süresi doluncaya kadar iştirak eden şüpheliye seri muhakeme usulü teklifi götürülebilmelidir.

Çalışmamızın bir diğer kısmını oluşturan basit yargılama usulü de seri muhakeme usulü gibi 7188 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK'nun 251 ve 252 nci maddesi ile ceza muhakemesi sistemimize dahil olmuştur. Kurum, belirli cezanın altındaki suçlar açısından genel muhakeme usulüne başvurulmadan alternatif bir yargı usulü getirilmesini amaçlamaktadır. Ancak bu benzer amaçla sistemimize dahil olan seri muhakeme usulü bakımından geçerli olan ve esasen alternatif çözümler açısından gündeme gelen kimi sorunlar farklı şekillerde basit muhakeme açısından da söz konusu olmaktadır. Esasen belirli bir cezanın altında kalan suçlar açısından alternatif bir yargılama usulünün öngörülmesi, genel muhakeme usulünden vazgeçilerek gerek mahkemelerin yoğun iş yükünün azaltılması gerekse de yargılamanın süjelerinin ciddi bir mesai harcamalarının önüne geçilmesi açısından olumludur. Buna karşın yukarıda ifade ettiğimiz ve aşağıda kısaca sıralayacağımız eleştirilerin de kurum açısından söz konusu olduğunu ifade etmek gerekmektedir.

– Öncelikle kurumun ismi açısından, olumsuz bir izlenim veren *basit yargılama* ifadesi yerine gerek kurum adının seri muhakeme usulü ile de uyumlu olarak "*seri yargılama usulü*" yahut "*seri kovuşturma usulü*" şeklindeki bir ifadenin tercihinin daha yerinde olabileceği kanaatindeyiz.

– Basit yargılama usulünün *adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar* açısından söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte uygulamada suçların daha ağır veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halleri açısından söz konusu olabilecek sorunların önceden halledilerek basit yargılama usulü açısından suçların daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren nitelikli hallerinin dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin açık bir düzenlemenin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

– Kurumun tatbikinin Mahkemenin takdirine dayalı olmasının, kurumun ihdas gayesi ile çeliştiği kanaatindeyiz bu anlamda özellikle kurumun bazı mahkemeler tarafından tatbik edilmesi ancak diğer mahkemeler tarafından edilmemesinin çeşitli eşitsizliklere neden olacağı söylenebilir.

– CMK'nun 251/2. fıkrasında basit yargılama usulünün ne şekilde tatbik edileceğine ilişkin düzenlemenin yeterli açıklıktan uzak olması karşısında kurumun ne şekilde işleyeceğine ilişkin açık bir düzenleme yahut seri muhakeme açısından öngörüldüğü üzere konu hakkında bir yönetmeliğin kabul edilmesi gerektiği ifade edilebilir. Kurumun yazınlık esasına bağlı olduğu görülmekte, bu durumun kanun koyucunun politikası olduğu kabul edilmekle birlikte özellikle sanığın, adil bir yargılanma açısından haklarının korunabilmesi açısından en azından suçlama açısından sözlü şekilde ve aydınlatıcı olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir.

- TCK'nun 61. maddesinin CMK'nun 251/3. fıkrası gereğince sanığın cezasının belirlenmesinde dikkate alınacağını öngörülmesi karşısında, 61. maddede yer alan ve çalışmamızda yer verdiğimiz kimi sübjektif unsurların duruşma olmaksızın ne şekilde tespit edileceği belirsizdir. Seri muhakeme usulü açısından söz konusu olan karşılıklı teklif/kabul gibi bir usulün basit yargılama açısından söz konusu olmamasına karşın, sırf kurumun uygulanması karşısında sanığın cezasında indirim yapılması özellikle de kurumun tatbikinin Mahkemenin takdirinde olması karşısında anlaşılabilir değildir.

– Sanığın yazılı olarak HAGB'na karşı çıkmaması halinde, HAGB'na karar verilebilmesi ciddi sıkıntılar doğuracak bir düzenlemedir. Yine yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik gibi hallerde kurumun uygulanamayacak olması anlaşılır olsa da çalışmamızda ifade edilen gerekçelerle uygulamada bu kişiler açısından meydana gelebilecek eşitsizliklerin dikkate alınması ve düzenlemenin daha açık şekilde yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

– Basit yargılama açısından itiraz kurumunun söz konusu olduğu görülmektedir. Bununla birlikte kurumun aleyhe değiştirme yasağı gibi düzenlemeler dikkate alındığında tartışmalara konu olacağı, bu sebeple ya maddede yer verilen *atipik* düzenlemelere yer verilmemesi ve uygulamanın 265 ve devamı maddeleri dikkate alınarak ele alınması yahut tamamen basit yargılamaya ilişkin itiraz usulünün basit yargılama açısından açık şekilde ele alınması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

**Anbarlı Boztay, Şeniz/ Ürünel, Avni Akın,** “Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Uzlaştırma Kapsamına Giren Suçlar: Kuramsal ve Hukuksal Bir Değerlendirme”, *Yönetim Bilimleri Dergisi /Journal of Administrative Sciences*, 2018, Cilt/Volume 16, Sayı/N: 32.

- Apiş, Özge**, “Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2019, Cilt 25, Sayı 1.
- Artuk, M.Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M.Emin / Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020, 14.Baskı.
- Bacaksız, Pınar**, “İddianame Pazarlığı (*Plea Bargaining*)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2008, Sayı: 7.
- Balo, Yusuf Solmaz / Çetintürk, Ekrem**, “Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukuku Uygulamasında Savcı-Sanık Pazarlığı Ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. XVII.
- Bıçak, Vahit**, “Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet Sisteminin Yeniden İnşası (Tebliğ)”, Adalet Şurası 10 – 11 Ocak 2018 / Ankara, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi & Sheraton Hotel III. Oturum Türk Ceza Hukukunda Adalet Anlayışı, <https://www.bicakhukuk.com/wp-content/uploads/2018/01/Vahit-B%C4%B1%C3%A7ak-2018-Adalet-%C5%9Euras%C4%B1-Tebli%C4%9F.pdf>, (Erişim Tarihi 18.12.2019).
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Baskı, İstanbul 2012.
- Çakır, Kerim**, “Uzlaştırmanın Kapsamı ve Şartları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Haziran 2018, Cilt 24, Sayı 1.
- Çınar, Ali Rıza**, “Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, No 2.
- Değirmenci , Olgun**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)”, Ocak 2020, *Terazi Hukuk Dergisi*, C:15 (1), S. 161,:36-51.
- Dülger, Murat Volkan**, Yargı Reformu: Gerçekten Bir Reform Mu? [https://www.academia.edu/40554795/Yarg%C4%B1\\_Reformu\\_Ger%C3%A7ekten\\_Bir\\_Reform\\_Mu](https://www.academia.edu/40554795/Yarg%C4%B1_Reformu_Ger%C3%A7ekten_Bir_Reform_Mu), (Erişim Tarihi:13.04.2020).
- Ekici, Şahin, Meral / Yemenici, Kürşat**, “6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma”, *ERÜHFD*, 2018, C. XIII, S. 1.
- Erdem, Mustafa Ruhan/ Şentürk, Cahide**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi (CMK m. 250)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2019, C: 14, S: 41.
- Gödeklî, Mehmet**, “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, *TAAD*, (Ocak 2017), Yıl:7, Sayı:29. [https://www.researchgate.net/publication/329372057\\_Turk\\_Ceza\\_Ogretisi\\_ve\\_Uygulamasinda\\_Etkin\\_Pismanlik\\_Effective\\_Repentance\\_in\\_Turkish\\_Criminal\\_Doctrine\\_and\\_Practice](https://www.researchgate.net/publication/329372057_Turk_Ceza_Ogretisi_ve_Uygulamasinda_Etkin_Pismanlik_Effective_Repentance_in_Turkish_Criminal_Doctrine_and_Practice), (Erişim Tarihi: 9.1.2020)
- Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim**, Ceza Muhakemesi Hukuku 4.Baskı, Ankara 2020.
- Kaşlı, Enver**, “Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı ve Türkiye’de Basit Yargılama Kanun Taslağının Değerlendirilmesi”, *Güvenlik Çalışmaları Dergisi*, 2016, C.18, S.3.
- Kaymaz, Seydi**, Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değiştirme Yasağı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, No 2.
- Kudlich, Hans**, “Akademik Bakış: Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti ve Maslahata Uygunluk İlkeleri Arasındaki Denge”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2010, Cilt:7, Sayı: 19.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe**, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Baskı, İstanbul 2010.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı Ankara 2019.
- Özen, Mustafa**, “Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2009, Y.67, S. 3.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara 2018.



- Öztürk, Bahri / Erdem, M. Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19.Baskı, Ankara 2019.
- Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M.Ruhan/Gezer, Özge Sırma/Kırıt, Yasemin F.Saygılar/ Akcan, Esra Alan/ Özaydın, Özdem / Tütüncü, Efser Erden/ Villemin, Derya Altınok/Tok, Mehmet Can**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Baskı, Ankara 2019.
- Sevük Yokuş, Handan**, “Çocuk Yargılamasında Ön Ödeme ve Sulh Hakiminin Ceza Kararnamesi”, *TBB Dergisi*, 2004, S. 52.
- Tunç, Nazım**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Bilecik Üniversitesi , Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilecik 2010.
- Uğurlubay, Gülsün A. Aygörmez / Haydar, Nuran/ Korkmaz, Mehmet**, “Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2019/2).
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, (3 Cilt), 15.Baskı, Ankara, 2019.
- Yapar, Mehmet Emin**, Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Hukukunda Plea Bargaining (İddia Pazarlığı) Kavramı Ve Uygulaması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2012.
- Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2019.
- Yurtcan, Erdener**, “Önödeme ve Sulh Yargıcının Ceza Kararnamesi Yolları Aynı Konuda Peşpeşe Uygulama Alanı Bulabilir mi?”  
<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/07BA79DF74414FA296.479.5353268588D?doi=>, (E.T. 19.3.2020).
- Yücel, Mustafa**, “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *TBB Dergisi* 2013 (105).  
<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi.17.03.2020).
- <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/68d2396f-671d-454b-8d3f6b05ea4cc809?excludeGerce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 10.04.2020).

# Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları\*

## Presidential Policy Councils in the Presidential Government System

Ömer Faruk EROL\*\* 

### Öz

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kabul edilmiştir. Yeni yürütme sistemi ile birlikte hem idari teşkilatlanmada hem de idari işleyişte önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliklerden birisi Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve kurulların yapacağı politika oluşturma faaliyetleridir. Çalışma kapsamında, kurulların idari teşkilatlanmadaki yeri ve faaliyetlerinin niteliği ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kurulların işlevsel olarak yeri ve önemi incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Kamu Hizmeti, Planlama Faaliyeti.

### Abstract

Presidential government system was adopted with the 2017 Constitutional amendment. With the new executive system, there have been important changes in both administrative organization and administrative functioning. One of these changes is the Presidential Policy Councils and policy-making activities of the councils. Within the scope of the article, the place of the councils in the administrative organization and the legal nature of their activities will be determined. Afterwards, the place and functional role of the councils in the Presidential government system will be examined.

**Keywords:** Presidential Policy Councils, Public Service, Planning.

### Giriş

21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 16/04/2017 tarihinde zorunlu halk oylaması neticesinde kabul edilmiş, bu durum Yüksek

\* Makale konusuna ilişkin çalışmanın özeti, Kamu Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu II (Anayasa ve İdare Hukuku Perspektifinden Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi), Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, 09 Ekim 2019'da bildiri olarak sunulmuştur.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: omer.erol@ihu.edu.tr

Seçim Kurulunun 27/04/2017 tarih ve 663 sayılı kararı<sup>1</sup> ile tespit edilmiştir. Anayasa değişikliği neticesinde Bakanlar Kurulu ve Başbakanlık kaldırılmış ve düalist yürütme anlayışından monist yürütmeye geçilmiştir.<sup>2</sup> Anayasal düzlemde yapılan bu değişiklik doğrultusunda başta 700 ve 703 sayılı “Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” olmak üzere ilgili yasal düzenlemeler yapılmıştır.<sup>3</sup> Söz konusu değişiklikler sonrasında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımlanarak Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin idari yapılanması teşkil edilmiştir.<sup>4</sup> 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı teşkilatı kapsamında Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları teşkil edilmiş ve bu kurullara politika yapımına ilişkin temel görevler verilmiştir. Bu çalışmada, kurulların görev ve yetkileri kapsamında gerçekleştireceği faaliyetlerin hukuki niteliği ve kurulların teşkili ile idari işleyişte meydana gelen değişiklikler ele alınacaktır.

## I. Genel Olarak Politika ve Politika Uygulamaları

İdare hukukunun sürekli gelişen bir hukuk dalı olması nedeniyle yeni kavramların ortaya çıktığı, “eski ve yıkılmaz sanılan kavramlar”ın içerik değiştirdiği yahut krize girdiği ifade edilmektedir.<sup>5</sup> İdare hukukuna ilişkin bu durum, yürütme sisteminin köklü değişikliğe uğradığı dönemde çok yakın ve farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş ile birlikte idare hukukundaki bazı kavramların “güncellenmesi” , “içerik değişikliğine” uğraması yahut yeniden yorumlaması gerektiğini söyleyebiliriz.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde politika kurullarının teşekkül edilmesi ile birlikte, politika kavramı ve politika uygulamaları, yeni idari teşkilatlanmanın ve işleyişin anlaşılması açısından önem kazanmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, politika kavramı ve uygulamalarının hem siyaset bilimi ve kamu yönetimi boyutu hem de hukuki boyutu bulunmaktadır. Bu nedenle politika kavramı ile politika uygulamalarının, teorik ve pratik yönü ile hukuki niteliği birlikte dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

### A. Politika Kavramı

Türk Dil Kurumu, politika kavramını, “Devletin etkinliklerini amaç, yöntem ve içerik olarak düzenleme ve gerçekleştirme esaslarının bütünü, siyaset, siyasa” olarak tanımlamaktadır.<sup>6</sup> Siyaset

1 27/04/2017 tarih ve 30050 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete

2 Hüseyin Melih Çakır, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanlığı – Bakan İlişkisi,” *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu* 30 Kasım 2018, Marmara Üniversitesi Yayınları No:861 (2018): 41.

3 07/07/2018 tarih ve 30471 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete ve 09/07/2018 tarih ve 30473 (3. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete

4 10/07/2018 tarih ve 30474 sayılı Resmi Gazete

5 Aydın Gülan, “Danıştay’ın Yargılama Dışındaki İşlevlerini Gerekliliği Sorunu,” *Danıştay ve İdari Yargı Günü* 146. Yıl Sempozyumu 12 Mayıs 2014, Danıştay Yayınları No:86 (2014): 59.

6 Kavrama ilişkin diğer tanımlar ise şunlardır: “*Davranış biçimi, düşünce yapısı; Bir hedefe varmak için karşındakilerin*

biliminde kullanılan “siyasa” teriminin, İngilizcedeki “policy” terimine karşılık olduğu; kamu politikasına ilişkin çalışmalarda ise “policy” karşılığı olarak “politika” veya “siyasa” kavramlarının kullanıldığı ifade edilmektedir.<sup>7</sup> Gerçekten de politika ve siyaset kavramları arasındaki farkı, “policy” ve “politics” kavramları üzerinden ortaya koyabiliriz. Bu doğrultuda “policy”<sup>8</sup>, bir yönetim tarafından resmi bir şekilde oluşturulmuş standart yol haritası / eylem planı anlamına gelirken; “politics”<sup>9</sup>, Devletin sevk ve idaresi bilimi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla hukuki açıdan bu iki kavramın farklı olduğunu söyleyebiliriz.

Öte yandan politika kavramının çok geniş anlamları ihtiva edebileceği, literatürde farklı durum ve olguları ifade etmek için kullanıldığı da belirtilmektedir. Örneğin; “faaliyet alanları, amaçlar, kararlar, otorite, plan ve programlar, çıktılar, sonuçlar, teoriler, modeller, tavsiyeler ve süreçler” gibi hususlar politika kavramı ile ifade edilebilmektedir.<sup>10</sup>

Türk hukukuna bakıldığında, politika kavramının ve politika uygulamalarının yeni bir şekilde ilk kez ortaya çıkmadığı, bir çok kanunda farklı hususlar için düzenlendiği görülmektedir. Örneğin Anayasanın çeşitli maddelerinde farklı biçimlerde politika lafzı kullanılmaktadır. Anayasanın başlangıç kısmında Devlet işleri ve politika ayrımı yapılmış<sup>11</sup>; madde 73’te, vergi ödevine ilişkin olarak vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu belirtilmiş<sup>12</sup>; madde 104’de, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında, milli güvenlik politikalarını belirleyeceği ve gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiş; madde 166’da ise, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında Cumhurbaşkanına istişari nitelikte görüş bildirmesi amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konseyin kurulacağı düzenlenmiştir<sup>13</sup>.

*duygularını okşama, zayıf noktalarından veya aralarındaki uyumsuzlıklardan yararlanma vb. yollarla işini yürütme”*  
www.sozluk.gov.tr (E.T. 27/12/2019)

- 7 Şükrü Karatepe, Hatice Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri* (Ankara: Püf Yayıncılık, 2019), 7.
- 8 Bryan A. (Editor) Garner *Black’s Law Dictionary*, 11 b. (Thomson Reuters, 2019). Sözlükte kavram şu şekilde tanımlanmaktadır: “1. A standard course of action that has been officially established by an organization, business, political party, etc.”
- 9 Ibid. Sözlükte kavram şu şekilde tanımlanmaktadır: “1. The science of the organization and administration of the state. 2. The activity or profession of engaging in political affairs.”
- 10 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 8.
- 11 Anayasa Başlangıç kısmındaki ilgili bölüm: “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı”. Belirtmek gerekir ki, bu bölümde kullanılan politika lafzı, siyaset anlamı içermektedir. Fakat Devlet işleri ile politika (siyaset) ayrımı, bu ayrımın isabetliliği ya da gerçekliğine bu çalışma kapsamında değinilmemektedir.
- 12 Madde 73: “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünü adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleri ile oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir.”
- 13 Madde 166: “Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında Cumhurbaşkanına istişari nitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir.”

Belirtmek gerekir ki, çeşitli kanunlarda da politika kavramı yer almaktadır. Fakat hepsini tek tek belirtmek yerine “politika kurulu”na yer verilen şu iki kanunu örnek olarak verebiliriz: 04/04/2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu ile 28/07/2016 tarih ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununda “Göç Politikaları Kurulu” düzenlenmişti. 6458 sayılı Kanunda düzenlenen “Göç Politikaları Kurulu” 02/07/2018 tarih ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ilga edilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde, “Göç Politikaları Kurulu” yerine, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 522. maddesinde “Göç Kurulu” teşkil edilmiştir. Fakat ilgili kanunlarda “göç politikaları kurulu” lafzı yer almaya devam etmektedir. Bu durum, Cumhurbaşkanlığı Hükümet sistemine geçişte mevzuat çalışmalarının bir eksikliği olarak ifade edilebilir.

Ayrıca 14/01/1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununda da politika kavramı ve uygulamaları yer almaktadır. Kanunun 4. maddesinde, Bankanın temel amacının fiyat istikrarını sağlamak olduğu, bunu sağlamak için kendisinin belirlediği para politikasını uygulayacağı ve para politikası araçlarını kullanacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Banka fiyat istikrarını sağlamak amacı ile çelişmemek üzere Hükümetin büyüme ve istihdam politikalarını destekleyecektir. Ayrıca, Bankanın organları arasında “Para Politikası Kurulu”na yer verilmiştir. Madde 22/A’da, Kurul’un, fiyat istikrarını sağlamak amacıyla para politikası ilke ve stratejilerini belirlemeye, para politikası stratejisi çerçevesinde Hükümetle birlikte enflasyon hedefini belirlemeye ve raporlar hazırlayarak Hükümeti ve kamuoyunu bilgilendirmeye görevli ve yetkili olduğu düzenlenmiştir. 1211 sayılı Kanunda yer alan bu düzenlemeler, politika kavramının ve politika kurulu uygulamasının, Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminden önce de mevzuatta yer aldığını göstermektedir.

Politika kavramı, özellikle kamu politikası kavramı, Anayasa Mahkemesi tarafından bir ölçüt kavram olarak da kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi, kamu politikasının tayinine katılan kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olduğunu ifade etmiştir.<sup>14</sup> Kamu politikası kavramının ölçüt olarak kabul edilmesi karşısında bu kavramın mevzuatta tanımının yer almaması nedeniyle literatürde yer alan çalışmalar üzerinden tanımlama yapılması gerektiğini söyleyebiliriz.

## **B. Kamu Politikası Uygulamaları ve Süreçleri**

Kamu politikası kavramı, “hükümetlerin önceden belirlenen koşullara, uzun vadede hazırladığı cevaplarını temsil eden eylem ve eylemsizlikler bütünü” olarak tanımlanmaktadır.<sup>15</sup> Toplumsal taleplerin yahut sorunların kamu politikaları kapsamına alınabilmesi için ilgili talebin / sorunun kamusal bir hal alması, bir başka ifadeyle “sorunun sorunla doğrudan ilgisi olmayan kişiler tarafından da hissedilir olması” gereklidir. Fakat bu durumda bile politika yapıcılar, bilinçli olarak tepki

14 “Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması Anayasal zorunluluktur.” Anayasa Mahkemesi, 19/12/2005 tarih ve E.2005/143 K.2005/99 sayılı kararı (21/02/2006 tarih ve 26087 sayılı Resmi Gazete)

15 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 8.

göstermeyebilir.<sup>16</sup> Bu nedenle toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak, politika yapıcıların, aktif olarak faaliyete geçmesinin yanı sıra pasif kalmasının da bir politika olduğu belirtilmektedir.<sup>17</sup>

Günümüzde kamu politikalarından etkilenenlerin, politika yapım süreçlerine dahil olması neticesinde “daha işlevsel ve sağlıklı politika” yapılabileceği ifade edilmektedir.<sup>18</sup> Bireylerin yönetime katılabilmesi, ortak yönetim – birlikte yönetmek anlamına gelen yönetim kavramı, etkileşim ve iletişim kavramlarını da içermektedir.<sup>19</sup> Yönetişimin birden çok aktörlü olması, politika yapım sürecini, kamu politikası yapım sürecinden, ortaklaşa politika yapım sürecine dönüşmesine neden olmuştur. Bu politika yapım süreçlerine, sivil toplum ve özel sektörün katılma seviyesi ise ülkenin ekonomik ve siyasi gelişmişlik düzeyine göre değişkenlik göstermektedir.<sup>20</sup>

Kamu politikası süreci, ilk olarak politika probleminin tanımlanmasıyla başlamaktadır. Probleme neden olan konu ele alınır ve buna ilişkin geliştirilen politika alternatifleri arasından hangisinin uygulanacağına karar verilir. Fakat karar verme ile kamu politikası süreci sona ermez; ilgili politikanın uygulanma aşaması takip edilir ve politikanın uygulanmasına ilişkin değerlendirmeler yapılır.<sup>21</sup> Dolayısıyla kamu politikasının süreçleri şu aşamalardan oluşmaktadır: “Sorunların tanımlanması ve gündem oluşturma; amaçların ve alternatiflerin çözüm önerilerinin tespiti; politikaların oluşturulması ve uygulanması; politikanın değerlendirilmesi ve gerektiğinde süreci yeniden başlatma.”<sup>22</sup>

Kamu politikası olarak adlandırılan bu uygulamaların / süreçlerin hukuki açıdan niteliğinin belirlenmesi faaliyetin değerlendirilmesi açısından isabetli olacaktır.

### **C. Politika Uygulamalarının Hukuki Niteliği**

Doktrinde idarenin faaliyetlerine ilişkin çeşitli sınıflandırmalar yapılmaktadır.<sup>23</sup> Duran’a göre, idarenin faaliyetleri, idari kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri, özendirme ve destekleme işlemleri, öngörme ve alternatif belirtme ödevi, özyönetim işleri olarak tasnif edilebilir.<sup>24</sup>

16 Berat Akıncı, “Türkiye’de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları,” *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 9, no. 16 (2018): 2133.

17 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 9.

18 Elvettin Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri,” *Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi* 15, no. 1 (2019): 47.

19 Oğuz Sancakdar et al., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8 b. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 94.

20 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 27-28.

21 İbid., 10.

22 Akıncı, “Türkiye’de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları,” 2134.

23 Ulusoy’a göre, idarenin faaliyetleri üç gruba ayrılabilir: Kolluk, Kamu Hizmeti ve Özendirme – Destekleme Faaliyetleri. Ali Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (İstanbul: Ülke Kitapları, 2004), 11 ve 43 dp.54. Günday’a göre, idarenin şu faaliyetlerde bulunduğunu ifade etmektedir: Milli Güvenliğin Korunması, Kolluk Faaliyetleri, Kamu Hizmetleri, Özendirme ve Destekleme (Teşvik) Faaliyetleri, İçdüzen (Özyönetim) Faaliyetleri, Planlama Faaliyetleri. Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10 (Aynı Baskı) b. (Ankara: İmaj Yayınevi, 2013), 21 vd. Aynı şekilde: Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 6 b. (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2018), 30 vd. Yayla ise idarenin faaliyetlerini şu şekilde tasnif ederek incelemektedir: Devletin Korunması – İktidarın Kendisini Koruması, Demokratik Kamu Düzeninin Korunması: İdari Kolluk, Kamu Hizmetleri. Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2009), 22 vd.

24 Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 247.

Kamu yönetimi açısından kamu politikası olarak adlandırılan faaliyetler, idare hukuku bakımından geniş anlamda kamu hizmeti<sup>25</sup>, daha net ifade etmek gerekirse öngörme ve alternatif belirtme ödevidir. Kamu politikası uygulaması neticesinde ortaya konulan plan ve programlar<sup>26</sup>, kamu politikası süreçlerini içermektedir. Dolayısıyla kamu politikası uygulamalarının hukuki niteliğinin “öngörme ve alternatif belirtme ödevi” olduğu ifade edilebilir.

İdare, öngörme ve alternatif belirtme ödevi kapsamında, toplumun günlük yaşamına dair sorunların çözümüne ilişkin gerekli tedbir ve kararları almalı, hem kısa hem de uzun döneme ilişkin ihtiyaçları ve bunlara ilişkin imkanları planlamalıdır.<sup>27</sup> İdare, planlama faaliyetlerini, toplumun ve devletin etkinliklerinin geleceği için gerçekleştirmektedir.<sup>28</sup> Bu amaçla, idare, toplumun yaşantısını oluşturan tüm kesim, alan, konu ve durumlara ilişkin bilgi derlemeli ve değerlendirmeli, gelecekte ortaya çıkabilecek ihtiyaçları ve bu ihtiyaçları karşılayabilecek imkanları tespit etmelidir.<sup>29</sup>

Planlama faaliyetlerinin, tarihsel açıdan 1930’lardan itibaren var olduğu söylenebilir de planlı kalkınma yönteminin 1961 Anayasasında kalkınma planlarının düzenlemesiyle başladığı ifade edilmektedir.<sup>30</sup> Öte yandan doktrinde, “idarenin oldum olası öngörme ve önerilerde bulunma görevi” bulunduğu ve bu faaliyetin sürekli ve genel nitelikte olduğu belirtilmektedir.<sup>31</sup> Günümüzde kamu politikası uygulamaları olarak da adlandırılacak olan bu faaliyetler, gelecekte farklı isimlendirme ve idari teşkilatlanmayla gerçekleştirilebilir. Faaliyetin değişik kavramlar altında ve farklı teşkilat yapılanmasıyla gerçekleştirilmesi ise, kural olarak hukuki niteliğinde bir değişiklik meydana getirmeyecektir.

## II. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Aktörleri

Cumhurbaşkanlığı sistemi olarak adlandırılan başkanlık sistemine geçiş, 2007 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimi ile başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa madde 102’de yer alan “*Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir*” ifadesini, toplantı yeter sayısı olarak yorumlamış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin

25 Anayasa Mahkemesi, E.1994/71, K.1995/23 sayı ve 28.06.1995 tarihli kararında, kamu hizmetini şu şekilde tanımlamaktadır: “*En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*” 20/03/1996 tarih ve 22586 sayılı Resmi Gazete. Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bu kamu hizmeti tanımının, en geniş kapsamlı tanım olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Yasin, Kamu Hizmeti bölümü, içinde: Turan Yıldırım et al., *İdare Hukuku*, 7 b. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 412.

26 Duran, genel olarak plan ve programlara ilişkin şu tespitte bulunmaktadır: “*Türkiye’de plan ve programlar, bir önceki dönemin gelişmelerini ve sonuçlarını, yani halihazır durumu tespit etmekle işe girer, başarı ya da başarısızlık nedenlerini belirtir, alınması gerekli tedbir ve kararları önerir, ertesi dönem için yapılan tahminleri ve tasarlanan işleri gösterir, bunların gerçekleştirilmesi imkanlarını ve olasılığını açıklar, bir kelime ile ileriye doğru “projection”lar yapar.*” Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 365.

27 Ibid., 362.

28 Atay, *İdare Hukuku*, 33.

29 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 363.

30 Turgut Tan, *Planlamanın Hukuki Düzeni* (Ankara: Sevinç Matbaası TODAİE Yayınları No.154, 1976), 5.

31 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 361-362.



27/4/2007 günlü, 96. birleşiminde alınan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısı ile ilgili kararını, eylemleri içtüzük değişikliği niteliğinde ve Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesinin bu kararı üzerine, Cumhurbaşkanı seçimi tekrar sorun haline gelmiş ve Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi için madde 101 ve 102'de 31/05/2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır.<sup>33</sup> Nihayet, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandum sonucunda<sup>34</sup> başkanlık sistemi olan Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmiştir.<sup>35</sup>

Parlamente sistemden, başkanlık sistemi olan Cumhurbaşkanlığı sistemine geçiş temelinde "güçlü yürütme" arzusunun olduğu ifade edilmektedir.<sup>36</sup> Cumhurbaşkanlığı sisteminde, yürütme yetkisi Devletin başı olan Cumhurbaşkanına aittir ve Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabilecektir (Anayasa madde 104). Ayrıca, Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına ilişkin hususları düzenleyebilecektir (Anayasa madde 106). Nitekim 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Makamı, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Cumhurbaşkanına vekalet, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar, Bakanlıklar ve Cumhurbaşkanlığı Ofislerine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

### **A. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları**

21/01/2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun yürürlüğe girmesiyle, parlamente sistemden Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilerek kamu politikası aktör ve süreçlerinde değişiklikler yapılmıştır.<sup>37</sup> 24 Haziran seçimleri sonrasında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle merkezi idarede köklü değişiklikler meydana gelmiştir.<sup>38</sup>

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine göre Cumhurbaşkanlığı teşkilatı, Cumhurbaşkanı Özel Kalem Müdürlüğü, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığına Bağlı Kurum ve Kuruluşlar ile Cumhurbaşkanlığı Ofislerinden müteşekkildir.<sup>39</sup> Bu düzenlemeler kapsamında Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Türkiye'nin politika yapım sürecine eklenen yeni politika aktörü niteliğindedir.<sup>40</sup>

32 Anayasa Mahkemesi, E.2007/45, K.2007/54 sayı ve 01/05/2007 tarihli kararı, 27/06/2007 tarih ve 26565 sayılı Resmi Gazete

33 16/06/2007 tarih ve 26554 sayılı Resmi Gazete

34 Yüksek Seçim Kurulunun 27/04/2017 tarih ve 663 sayılı kararı, 27/07/2007 tarih ve 30050 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete

35 Yıldırım, Türkiye'nin İdari Teşkilatı Bölümü içinde: Yıldırım et al., *İdare Hukuku*, 49-50.

36 Çakır, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı – Bakan İlişkisi" 35.

37 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 16.

38 Akıncı, "Türkiye'de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları," 2136.

39 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 9 b. (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 198.

40 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 33.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. kısmında, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının oluşumu (madde 20-22), kurullar (madde 23-31), koordinasyon toplantıları (madde 32), çalışma usul ve esasları (madde 33-36) düzenlenmiştir. Bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı bünyesinde şu politika kurulları kurulmuştur: Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu, Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulu, Ekonomi Politikaları Kurulu, Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu, Hukuk Politikaları Kurulu, Kültür ve Sanat Politikaları Kurulu, Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu, Sosyal Politikalar Kurulu, Yerel Yönetim Politikaları Kurulu.

Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarına ilişkin hususlar, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde açıkça belirtilmektedir. Madde 21’de, kurulların en az üç üyeden oluşacağı ve Cumhurbaşkanınca kurul üyelerinin atanacağı, Cumhurbaşkanının kurulların başkanı olduğu ve kurul üyelerinden birisini başkanvekili olarak görevlendireceği düzenlenmiştir. Madde 22’de ise, kurulların genel görev ve yetkileri genel olarak düzenlenmiştir.<sup>41</sup> Ayrıca her bir politika kurulunun görev ve yetkisi, ilgili kurulun görev alanının gerektirdiği hususlar göz önüne alınarak müteakip maddelerde tek tek düzenlenmiştir.

Öte yandan, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarına 2018/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi<sup>42</sup> ile bazı görev ve yetkiler tevdi edilmiştir. Genelgeye göre, 2.7.2018 tarih ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>43</sup> ile kaldırılan bazı kurul ve komisyonlara ilgili mevzuatta verilmiş olan görev ve yetkilerden bazıları ilgili politika kurulu tarafından kullanılacaktır.<sup>44</sup> Ayrıca genelgede, “mezkur kurul, komisyon ve komitelerin görev ve

41 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Madde 22: “(1) Kurulların genel görev ve yetkileri şunlardır: a) Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmek, b) Geliştirilen politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak, c) Küresel rekabetin getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri geliştirmek, ç) Görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek, d) Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak, e) Cumhurbaşkanını programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak, f) Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin davet edilmesi suretiyle genişletilmiş kurul toplantıları yapmak, g) Görev alanlarına giren konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak ve/veya yaptırtmak, ğ) Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak”

42 02/08/2018 tarih ve 30497 sayılı Resmi Gazete

43 09/07/2018 tarih ve 30473 (3. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete

44 Genelgeye göre, 03/06/2011 tarih ve 641 sayılı Kalkınmaya İlişkin Bazı Kurullar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Madde 22/3(a)’da yer alan Yüksek Planlama Kuruluna ait görevlerden, “İktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı planlamada ve politika hedeflerin tayininde Cumhurbaşkanına yardımcı olmak” görevi Ekonomi Politikaları Kurulu’na, “hazırlanacak kalkınma planları ile yıllık programları, Cumhurbaşkanına sunulmadan önce, belirlenen amaçlara uygunluk ve yeterlik bakımından incelemek” görevi ise tüm politika kurullarına ; Madde 23/3(c)’de yer alan Para-Kredi ve Koordinasyon Kuruluna ait görevlerden, “Destekleme politikalarını esaslarını belirleyerek destekleme fiyatları konusunda Cumhurbaşkanına tavsiyelerde bulunmak” görevi (Ticaret Bakanlığı ile Hazine ve Maliye Bakanlığı ile birlikte) Ekonomi Politikaları Kurulu’na ; Madde 23/A/4(a)-(b)’de yer alan Bölgesel Gelişme Komitesine ait görevlerden “Bölgesel gelişme alanında ulusal düzeyde politika önerileri geliştirmek” ve “Bölgesel gelişmeyle ilgili konularda koordinasyonu ve işbirliğini geliştirmeye yönelik önerilerde bulunmak” görevleri Ekonomi Politikaları Kurulu’na tevdi edilmiştir. 13/10/1983 tarih ve 2918 sayılı Karayolları

yetkilerine ilişkin olarak diğer mevzuatta yapılan atıflardan; politika belirleme ve istişari nitelikte olanların ilgili Cumhurbaşkanlığı politika kuruluna, icrai nitelikte olanların ise mezkur listede karşılarında gösterilen ilgili kurum ya da makama yapılmış” sayıldığı düzenlenmiştir.<sup>45</sup>

Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarına ilişkin yasal düzenlemeler doğrultusunda, kurulların “birer danışma birimi”<sup>46</sup>, “yardımcı kuruluş” “danışma organı”<sup>47</sup>, “danışma kurulu”<sup>48</sup> olduğu belirtilmektedir. Öte yandan doktrinde, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının, önceki sistemde yer alan Milli Eğitim Şurası, Sağlık Şurası, Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulu gibi yardımcı ve danışma kurullarının yerine kurulduğu, kurul kararlarının icrai değil, istişari nitelikte olduğu ifade edilmektedir.<sup>49</sup> Belirtmek gerekir ki, politika kurullarının, parlamenter sistemde yer alan şura ve kurulların görev ve yetkilerinden çok daha fazla ve farklı nitelikte görev ve yetkileri bulunmaktadır. Her ne kadar kurulların bu görev ve yetkileri icrai değil istişari nitelikte olsa da bakanlık ile kurum ve kuruluşların faaliyetlerini izleyebiliyor / denetleyebiliyor olması nedeniyle klasik bir danışma kurulunun varlığından söz edemeyiz. Bu nedenle, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının politika yapımına ilişkin istişari, politikanın hayata geçirilmesi bakımından ise icrai nitelikte görev yapabileceğini söyleyebiliriz.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, politika kurullarına verilen görev ve yetkileri, sistemde yer alan diğer idari makamlar ile kurullar arasındaki ilişkiyi ele alarak ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Bu nedenle, sonraki bölümde, politika yapımında yer alan ofisler ile bu politikalar doğrultusunda faaliyet gösteren bakanlıkların Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları arasındaki ilişkinin tespit edilmeye çalışılacaktır.

Trafik Kanununda Karayolu Trafik Güvenliği Kurulu’na ait görevler, Cumhurbaşkanlığı Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu’na; 09/08/1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanunu Madde 5/1(a)’da yer alan Yüksek Çevre Kurulu’na ait görevlerden, “Etkin bir çevre yönetiminin sağlanması için hedef, politika ve strateji belirlemek” görevi Yerel Yönetim Politikaları Kurulu’na; 03/06/2011 tarih ve 633 sayılı Sosyal Hizmetler Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Madde 34/3(d)’de yer alan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu Kurulu’na ait görevlerden, “Toplumda dayanışma ve paylaşma bilincini geliştirmek ve desteklemek üzere bilimsel, sosyal ve kültürel programlar ve projeler önermek” görevi Sosyal Politikalar Kurulu’na; 09/01/2002 tarih ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu ve Organize Sanayi Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununda Endüstri Bölgeleri Koordinasyon Kurulu’na ait görevler, Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’na; 13/10/2010 tarih ve 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanununda yer Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu’na ait görevler, Cumhurbaşkanı ve Ekonomik Politikaları Kurulu’na tevdi edilmiştir.

45 Ayrıca genelge (1) sayılı liste no 17’de, 03/07/2014 tarih ve 6550 sayılı Araştırma Altyapılarının Desteklenmesine Dair Kanununda Araştırma Altyapıları Kurulu’na ait görevlerin, Sanayi ve Teknoloji Bakanının Başkanlığında, Milli Eğitim Bakanı, Cumhurbaşkanlığı Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu ile Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulu Başkanvekilleri, Strateji ve Bütçe Başkanından oluşan Araştırma Altyapıları Komisyonuna tevdi edildiği düzenlenmiştir. Hem bu düzenleme hem de “mezkur kurul, komisyon ve komitelerin görev ve yetkilerine ilişkin olarak diğer mevzuatta yapılan atıflardan; politika belirleme ve istişari nitelikte olanların ilgili Cumhurbaşkanlığı politika kuruluna, icrai nitelikte olanların ise mezkur listede karşılarında gösterilen ilgili kurum ya da makama yapılmış” düzenlemesi kanuni idare ilkesi açısından eleştirilebilir niteliktedir.

46 Gül Üstün, “Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri,” *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu* 30 Kasım 2018, Marmara Üniversitesi Yayinevi No:861 (2018): 30.

47 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, 3 b. (Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2019), 367.

48 Atay, *İdare Hukuku*, 279.

49 Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, 367.

## **B. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Aktörleri Arasındaki İlişki**

Parlamente sistemde, hükümet programının meclisin güvenoyuna sunulması, yürütmenin genel politikalarını kamuoyuna duyurmasını sağlamaktaydı. Yürütmenin genel politikalarında köklü değişiklikler yapabilmek için teknik olarak hükümet programının tekrardan meclise sunulması ve güvenoyu alınması gerekmekte idi.<sup>50</sup> Öte yandan parlamente sistemin gereği olarak, kamu politikasının belirlenmesi ve uygulanmasında yasamanın belirleyici olmasının, toplumsal ihtiyaçların kamu politikası haline gelmesini zorlaştırdığı ifade edilmektedir.<sup>51</sup>

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise, Cumhurbaşkanının “kamu politikası süreçlerinin gündeminin belirlenmesi, oluşturulması, uygulanması, izlenmesi ve değerlendirilmesinde başrol oynayan bir aktör” olduğu ifade edilmektedir.<sup>52</sup> Gerçekten de yürütmenin tek başlı hale gelmesi, siyasi sistemde istikrarın sağlanması, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılabilmesinin politika uygulamalarına doğrudan bir yansıması olacaktır.<sup>53</sup> Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişiliğinin kurulabilmesi, ilgili politikaların uygulamaya geçirilebilmesi için idari teşkilatlanmada hızlı değişiklik yapılabilmesini sağlayacaktır.<sup>54</sup>

Öte yandan, kamu politikası sürecine ilişkin Meclis’in de önemli bir rolü bulunmaktadır. Meclis’in kanun yapımı yoluyla kamu politikaları oluşturma ve yön verme imkanı bulunmaktadır. Fakat Meclis’in kanun yapma yoluyla kamu politikalarına yön verebilmesi için yapısal ve fonksiyonel bir takım değişikliklere ihtiyaç olduğu, bu kapsamda politikaların izlenmesi ve denetlenebilmesi için alanında uzman kişilerin istihdam edilmesi, yasama faaliyetlerini destekleyici birimlerin tesis edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>55</sup>

Netice itibarıyla Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kamu politikası sürecine ilişkin üç aktör bulunmaktadır: Politika Kurulları, Ofisler ve Bakanlıklar. Özet olarak, politika kurulları, politika oluşturacak yahut geliştirecek; ofisler, bu politikalara ilişkin ön araştırma ve hazırlık yapacak; bakanlıklar ise bu politikaları uygulayacaktır.<sup>56</sup> Belirtmek gerekir ki, politika kurullarının geliştireceği politikalar, Cumhurbaşkanının gündeminde yer alan konulara ilişkin olacaktır ve bunlardan Cumhurbaşkanınca kabul edilen önerilerin uygulanma aşamasına geçilecektir.<sup>57</sup>

Son olarak belirtmek gerekir ki, idarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği başlıklı Anayasa madde 123’te, idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, kamu tüzel kişiliğinin

50 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 20.

51 Akıncı, “Türkiye’de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları,” 2131.

52 Erhan Örselli, Veyssel Babahanoğlu, Zekeriya Bilici, “Kamu Politikalarında Yeni Aktörler: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Ofisleri,” *Turkish Studies* 13, no. 30 (2018): 309.

53 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 21.

54 Özer Köseoğlu, “Kamu Politikalarında Yeni Aktörler ve Değişen Roller,” *Kriter Dergi* 13 (2017).

55 Ibid.

56 Çiğdem Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: Sosyal Politikalar Kurulu Üzerinden Bir Değerlendirme,” *Route Educational and Social Science Journal* 6, no. 3 (2019): 663-664.

57 Akıncı, “Türkiye’de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları,” 2139.

ise kanun veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla “idare hem teşkilat olarak hem de faaliyet olarak bir bütündür”<sup>58</sup>. Bu bütünlük, hiyerarşi ve idari vesayet hukuki araçlarıyla sağlanmaktadır.<sup>59</sup> Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde politika uygulamalarına ilişkin görevli olan idareler arasındaki ilişki, idarenin bütünlüğü ilkesi ve hukuki araçlar kapsamında değerlendirilmelidir.

## I. Bakanlık – Politika Kurulları

2017 Anayasa değişikliği neticesinde Cumhurbaşkanı, Devletin başıdır ve Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil edecek tek organdır. “Bakanların artık kendi görev alanlarında yürütme yetkisini kullanan, Devlet tüzelkişiliğini temsil eden organlar” olmadığı ifade edilmektedir.<sup>60</sup> Dolayısıyla Bakanlar, Devlet tüzelkişiliğini artık temsil eden organ değil, “idare içinde yer alan bir yönetim kademesi, birim niteliğini taşıyan makamlar” haline gelmiştir.<sup>61</sup> Nitekim bu duruma ilişkin olarak, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 503’te, Bakanların, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olduğu ve bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmek ve Bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer Bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanı karşı sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Parlamente sistemde Bakanlar Kurulunun bir üyesi olan Bakanlar hükümet politikasını belirleyerek uygulamaya geçirmektedirler. Cumhurbaşkanlığı sisteminde ise Bakanlıkların rollerinde önemli değişiklikler meydana gelmiş ve Bakanlıkların politika yapım yetkisi, idare içindeki diğer kurullar ile paylaştırılmıştır.<sup>62</sup> Gerçekten de, bakanların artık siyasi kimliklerinin kalmadığını ve dolayısıyla Bakanlar Kurulunda bir araya gelerek kolektif siyasi karar alma ve hükümet politikalarını belirleme imkanlarının olmadığını söyleyebiliriz.<sup>63</sup>

Cumhurbaşkanlığı sisteminde yürütmenin yasa tasarısı sunma yetkisinin kaldırılması ve Bakanların milletvekili olamaması nedeniyle, Bakanların yasa yapım sürecinden çıktıkları ve hatta bürokrat kimliği dahi kazandıkları ifade edilmektedir.<sup>64</sup> Gerçekten de Bakanların rollerinin Cumhurbaşkanlığı sisteminde daha teknik nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.<sup>65</sup> Hatta Cumhurbaşkanlığı sisteminde Bakanların “siyasi teknisyen” niteliğinde olacağı dahi ifade edilmektedir.<sup>66</sup>

58 Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 159.

59 Günday, *İdare Hukuku*, 81; Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, 247.

60 Yıldırım, Türkiye’nin İdari Teşkilatı bölümü içinde: Yıldırım et al., *İdare Hukuku*, 51.

61 Çakır, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanlığı – Bakan İlişkisi,” 47-48.

62 Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri,” 39.

63 Sancakdar et al., *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 127.

64 Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri,” 42.

65 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 36.

66 “Yeni sistem, bakanların da siyasi sorumluluğunun olduğu, başbakanın eşitler arasında birinci sayıldığı, oylamaya ve oybirliği esasına dayanan kabine hükümetinden farklıdır. Yeni sistem oylama değil istişare esaslıdır. Siyasi kararları verme yetkisi yürütme görevini yerine getirmek için seçilmiş cumhurbaşkanına aittir. Yeni sistemde cumhurbaşkanının atayacağı

Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı sisteminde politika yapımı ve uygulamasına ilişkin yapılanmanın ikiye bölüldüğü<sup>67</sup>, politika yapım ve uygulama süreçlerinden yapım kısmının politika kurullarına ve ofislere verildiği belirtilmektedir.<sup>68</sup> Bu doğrultuda, politika kurullarının, bakanlıkların faaliyetlerini izlemesi ve buna ilişkin Cumhurbaşkanına rapor sunması nedeniyle, kurulların bakanlıklara nazaran kamu politikası oluşturma açısından aktif olabileceği ifade edilmektedir.<sup>69</sup>

Nitekim, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kurullar ve ofislerin kamu politikası oluşturulmasında en önemli aktörlerden biri haline geldiği<sup>70</sup>, bakanlıkların ise Cumhurbaşkanının politikalarını uygulayan ikincil aktör durumuna geçtiği de ifade edilmektedir.<sup>71</sup> Bu tespitleri destekler nitelikte, koordinasyon toplantılarına başkanlık edebilme yetkisinin üç kişiye verildiği ve bu sıralamanın “Cumhurbaşkanı – Politika Kurulu Başkanvekili – Bakan” şeklinde olduğu, sıralamada bakana son sırada yer verilmesinin politika yapımında kurulların bakanlıklara göre daha etkin olacağı belirtilmektedir.<sup>72</sup>

Öte yandan koordinasyon kurullarına ilişkin bu düzenleme, devletin üst yönetiminde olumsuz etki yapacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Ulusoy, ilgili düzenlemede, koordinasyon toplantılarına görevlendireceği politika kurulu başkanvekili veya bakanın başkanlık yapacağı ifade edilirken, “veya” ifadesi nedeniyle net bir kuralın ortaya konulmamasının isabetli olmadığını, farklı toplantılarda farklı kişilerin başkanlık yapmasının üst yönetimdeki “insicamı” bozacak bir sonuç ortaya çıkarabileceğini ifade etmektedir.<sup>73</sup> Bu eleştiriye katılmakla beraber belirtmek gerekir ki, koordinasyon kurullarına ilişkin bu düzenleme, politika kurullarının bakanlıkların faaliyetleri üzerindeki izleme görevi ile beraber değerlendirilmelidir. Çünkü Cumhurbaşkanlığı sisteminde, bakanlıkların rolü köklü değişikliğe uğramış, üst yönetimde Cumhurbaşkanının takdiri doğrultusunda geçişken ve dinamik bir yapılanma olabilmektedir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanı farklı konularda farklı koordinasyon mekanizmalarını öngörebilecek, ilgili hususun koordinasyon görevini uygun gördüğü kişiye tevdi edebilecektir.

Politika kurullarının, bakanlıkların faaliyetlerini Cumhurbaşkanının politikaları doğrultusunda yönlendirme ve koordine etme açısından yetkili olacağını şu iki düzenleme doğrultusunda söyleyebiliriz: 1 – Madde 32’de<sup>74</sup>, müşterek alanlardaki görev ve faaliyetlere ilişkin koordinasyon

*bakanlar siyasi karar veremezler. Seçilmiş iradenin, yani cumhurbaşkanının siyasi kararlarının uygulanmasını sağlarlar, uygulamanın gerektirdiği kararları verirler. Bu yönüyle her bakanın siyasi karar verdiği ve çok başlılığı kurumsallaştıran kabine hükümetinden farklıdır. Ayrıca bakanların teknisyen özellikleri öne çıkacaktır. Diğer deyişle bakanlar siyasi teknisyen olacaklardır. Bu nedenle teknik açıdan cumhurbaşkanı yardımcısı/yardımcıları ve bakanlardan oluşan yapı teknik ekip hükümetidir. Teknik hükümetin kuruluşu, meclise bağımlı olmaktan çıkarılmıştır. Teknisyen özelliklerinin üstün olduğu bir ekibin ortaya çıkması beklenir.” Mehmet Uçum, 16 Nisan, 15-16 Temmuzdan Cumhurbaşkanlığı Sistemine (İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, 2018), 116.*

67 Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri,” 46-47.

68 Ibid., 44.

69 Örselli, Babahanoğlu, Bilici, “Kamu Politikalarında Yeni Aktörler: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Ofisleri,” 316.

70 Ibid.

71 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 35.

72 Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: Sosyal Politikalar Kurulu Üzerinden Bir Değerlendirme,” 667.

73 Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 168-169.

74 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Madde 32: “(1) Müşterek alanlardaki



toplantılarının yapılacağı, bu toplantılara üst düzey yöneticilerin iştirak edeceği, toplantılara ilişkin bütün iş ve işlemlerin ilgili politika kurulu tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. 2 – Madde 22'de<sup>75</sup> hem görev alanına giren konularda politika kurullarının kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vereceği hem de bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından izleyeceği ve raporlama yapacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, politika yapımında politika kurullarının bakanlıklara göre daha etkin olacağını söyleyebiliriz.

Netice itibariyle, politika kurulları bakanlıkların faaliyetlerini, Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından izler ve raporlarken, doğrudan Cumhurbaşkanı ile çalışmakta ve Cumhurbaşkanının talimatlarını yerine getirmektedir. Dolayısıyla hiyerarşik üst olarak Cumhurbaşkanı, bakanlık faaliyetlerinin Cumhurbaşkanı programına uygunluğunu, yardımcı kuruluş olarak politika kurulları aracılığıyla denetleyebilmektedir.

## 2. Ofisler – Politika Kurulları

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 7. kısmında, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içinde yerinden yönetim ilkesine uygun olarak<sup>76</sup>, Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi kurulmuştur. Ofisler, Cumhurbaşkanına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzelkişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahiptir. Her bir ofisin görev ve yetkisi ayrı ayrı düzenlenmiş, ortak hükümler başlıklı 6. bölüm madde 528'de ise, ofis başkanının, ofisin en üst amiri olduğu, ofisin genel yönetim ve temsilinden Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğu, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun olarak ofisi yöneteceği, ofisin görev alanına giren hususlarda tüm kamu kurum ve kuruluşlarını koordine edeceği, bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlarla yakın işbirliği içinde çalışacağı düzenlenmiştir.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yer alan ofislere ilişkin düzenlemeler uyarınca Cumhurbaşkanının politika üretme ve idareyi denetleme görevine ofislerin de yardımcı olacağını söyleyebiliriz.<sup>77</sup> Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin tüm görev ve yetkileri birlikte değerlendirildiğinde, ofislerin görevleri şu şekilde sınıflandırılabilir: “*Analiz, raporlama, proje geliştirme, proje üretme ve çalışmalar yapmak, koordine etme, işbirliği yapma, çalışmalarını yürütme ve*

---

görev ve faaliyetlere ilişkin koordinasyonu sağlamak üzere ilgili bakanlar, kurum ve kuruluşların üst yöneticileri ile ilgili politika kurulunun başkanvekilinin katılımıyla koordinasyon toplantıları yapılabilir. Bu toplantılarda tespit edilen esaslar Cumhurbaşkanına sunulur. (2) Koordinasyon toplantılarına Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği politika kurulu başkanvekili ya da bakan başkanlık eder. (3) Koordinasyon toplantılarına ilişkin bütün iş ve işlemler ilgili politika kurulu tarafından yerine getirilir.”

75 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Madde 22: “(1) Kurulların genel görev ve yetkileri şunlardır: ... ç) Görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek. ... e) Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak. ...”

76 Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 198.

77 Yıldırım, Türkiye'nin İdari Teşkilatı bölümü, içinde: Yıldırım et al., *İdare Hukuku*, 55.



*takip etme, öncülük etme ve öneri geliştirme*”. Bu doğrultuda, ofislerin görevlerinden olan analiz, politika yapımına olumlu yönde katkı sağlayacağı ifade edilmektedir.<sup>78</sup>

Cumhurbaşkanlığı Ofisleri, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları gibi danışma, görüş bildirme işlevini yerine getirecektir. Fakat politika kurullarından farklı olarak, ofislerin tüzel kişiliği haiz olduğu 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 525’de düzenlenmiştir.<sup>79</sup> Öte yandan Cumhurbaşkanlığı Ofisleri ve Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, bakanlıklar ile kurum, kuruluş ve kurulların faaliyetlerini hem hukuka uygunluk açısından değerlendirerek hem de yerindeliği açısından yönlendirerek devlet idaresini bütüncül olarak inceleyebilecektir.<sup>80</sup>

Belirtmek gerekir ki, tüm ofisler, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun hareket edeceklerdir. Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek politikalara ilişkin öneri, taslak hazırlama görev ve yetkisi esas olarak politika kurullarında olsa da ofislerin de bu konuda doğrudan öneride bulunma görevi bulunmaktadır. Örneğin, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Madde 527’de Dijital Dönüşüm Ofisinin görevleri arasında, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun olarak kamunun dijital dönüşümüne öncülük edeceği ve görev alanına giren konularda politika ve strateji önerilerinde bulunacağı; Madde 527/Ç’de ise, Finans Ofisinin, İstanbul’un küresel bir finans merkezi olmasını sağlayacak strateji ve politika geliştireceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilecek politikaların sadece politika kurullarınca oluşturulmayacağını, ofislerin de bu politika oluşumuna katkı sağlamaya yönelik faaliyetlerde bulunacağını göstermektedir.<sup>81</sup>

Öte yandan, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 527/D’de, İnsan Kaynakları Ofisinin, politika kurullarının öncelediği alanlarda küresel düzeyde insan kaynağının tespitini yaparak milli projelere kazandırılmasını sağlayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, İnsan Kaynakları Ofisinin bu faaliyetini, politika kurullarının öncelediği alanlarda gerçekleştireceğini göstermektedir. Dolayısıyla insan kaynağının tespiti ve milli projelere kazandırılması faaliyetinde politika kurulları, İnsan Kaynakları Ofisini yönlendirecektir.

Netice itibarıyla Cumhurbaşkanlığı sisteminin, politika kurulları ve ofisler olarak, kamu politikası yapımına ilişkin iki yeni aktörü ortaya çıkardığı ifade edilmektedir: Politika kurulları, politika ve uzun vadeli strateji önerileri geliştirecek; ofisler ise bilgi, analiz ve raporları hazırlayacaktır.<sup>82</sup> Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Ofisleri de, faaliyetleri aracılığıyla hükümet politikalarının oluşturulmasında belirleyici olacaktır.<sup>83</sup> Her iki idare de Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek

78 Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri,” 48.

79 Üstün, “Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri,” 31.

80 Atay, *İdare Hukuku*, 272-273.

81 İlgili düzenlemeler genel olarak ele alındığında; politika üretmek, strateji belirlemek, önerilerde bulunmak ve proje üretmek arasında belirli bir sistematik kullanımın olmadığını; bu faaliyetlerin kimi zaman birbiri yerine kimi zaman genelden özele olacak şekilde kullanıldığını söyleyebiliriz. Öngörme ve alternatif belirleme ödevi içinde kabul edilebilecek olan bu faaliyetlerin, genelden özele veya aralarındaki ilişki net olacak şekilde bir sistematik çerçevesinde düzenlenmesinin isabetli olacağını söyleyebiliriz.

82 Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri,” 39-40.

83 Atay, *İdare Hukuku*, 276.

politikaların altyapısını oluşturmaya yönelik faaliyetlerde bulanabilecektir. Öte yandan, politika kurulları ve ofisler arasında, politika yapımına ilişkin sınırları net olan bir görev – yetki ayrımından söz etmek mümkün değildir. Fakat belirtmek gerekir ki, ofislerin kamu tüzelkişiliğini haiz olması nedeniyle aktif faaliyetlerde bulunabilmesi ve politika kurullarının ise bakanlık faaliyetlerini yerindelik açısından denetleyebilmesi, bu iki idarenin politika yapımına farklı açılardan yön vereceğini göstermektedir.

### III. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Yapım Belgeleri

İdare, mevcut koşullar ve verilerden yola çıkarak geleceği planlamaya çalışmaktadır. Müstakbel gelişmelere yönelik plan ve programları icra edebilmek için idarenin yapacağı işlemler, “geleceği öngören düzenleyici işlemler” olarak ifade edilmektedir. Ayrıca plan ve program niteliğinde olan işlemler ve bu işlemler için kullanılan farklı kavramların mevcut olduğu belirtilmektedir.<sup>84</sup>

Cumhurbaşkanlığı sistemine geçiş ile birlikte kamu politikasına ilişkin aktörlerin yanı sıra araçlar ve süreçlerin de değişikliğe uğradığı; bu doğrultuda kalkınma planları, Cumhurbaşkanlığı yıllık programları, eylem planları, strateji belgeleri, politika belgeleri, etkili olması muhtemel metinler olarak belirtilmektedir.<sup>85</sup> Bu nedenle, politika yapımının, bir başka ifadeyle planlama faaliyetinin en önemli araçlarından olan kalkınma planları ve yıllık programlarına politika kurullarının etkisinin incelenmesi gerekmektedir.

#### A. Kalkınma Planları

1982 Anayasasında planlama faaliyetine ilişkin düzenleme, mali ve ekonomik hükümler kısmında, ekonomik hükümler bölümünde yer almaktadır. Anayasa madde 166’da, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı planlamanın Devletin görevi olduğu, planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirlerin öngörüleceği, yatırımlarda toplum yararı ve gereklerin gözetileceği, kaynakların verimli şekilde kullanılmasının hedef alınacağı düzenlenmiştir.

Parlamente sistemde planlamaya ilişkin yetki ve görevi haiz olan Kalkınma Bakanlığı yerine Cumhurbaşkanlığı sisteminde 24.07.2018 tarih ve 13 sayılı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle<sup>86</sup> kurulan Strateji ve Bütçe Başkanlığı geçmiştir.

84 Yayla, *İdare Hukuku*, 157-158.

85 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 23. Ayrıca yazarlar, siyasi parti programlarını da birer politika aracı olarak tanımlamakta ve şu tespitte bulunmaktadır: “Partilerin siyasi, sosyal ve ekonomik alanlarda uygulamayı vaat ettikleri kamu politikalarının ana hatları parti programlarında yer alır. Bu yönüyle parti programları, kamuoyuna açıklanan bir tür kamu politikası taslağıdır. ... Parti programı aynı zamanda, iktidardaki partinin kamuoyu tarafından denetlenmesinin önemli bir aracıdır.” Ibid., 26. Siyasi parti programlarının hukuken bir bağlayıcılığı olmadığından, bu programları, Cumhurbaşkanlığı sisteminde bir politika aracı olarak tanımlamak yerine “politika taslağı” olarak ifade etmek daha isabetli olacaktır.

86 24/07/2018 tarih ve 30488 sayılı Resmi Gazete

Başkanlık, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile birlikte, politika kurullarının ve ilgili kamu idarelerinin görüşlerini ararak planlama faaliyetini gerçekleştirecektir.<sup>87</sup>

Kalkınma planları, uzun vadeli ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı hedefleyen, hukuki niteliği ve bağlayıcılığı tartışmalı bir belgedir.<sup>88</sup> Doktrinde, kalkınma planının onaylanması hakkında kanunun, düzenleme konusu olan normun niteliği açısından şekli kanun olarak ifade edilebileceği; şekli kanunun, TBMM tarafından “kanun koyma usulüne göre kanun adı altında yapılan bir yasama tasarrufu” olmakla birlikte, “yasama organına verilen idari fonksiyonların kullanılmasında başvurulmuş bir yol” niteliğinde olduğu belirtilmektedir.<sup>89</sup> Yayla, bugünkü hukukumuzda planı yargılayabilme imkanını ortaya koyacak bir içtihadın gelişmesine olanak olmadığını, fakat idarenin bu plana dayanarak veyahut uymayarak yaptığı işlemlerde dikkate alınması gereken bir belge olduğunu ifade etmektedir.<sup>90</sup>

Belirtmek gerekir ki, kalkınma planları, politika yapımına ilişkin önemli bir araç olmakla birlikte, yürütme ile yasama arasında politika yapımına ilişkin bir bağ niteliğini korumaktadır.<sup>91</sup> Kalkınma planları, 13 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 2’de belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenen temel hedef, ilke ve amaçlar çerçevesinde, Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanacaktır. Fakat bu planlar sonrasında, 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun Madde 1 gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulacaktır. Dolayısıyla kalkınma planının hazırlanıp yürürlüğe konulabilmesi için Cumhurbaşkanının politikaları doğrultusunda hazırlık ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onay gerekmektedir.

Netice itibarıyla, Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından kalkınma planları hazırlanırken, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarından da görüş alınması, kalkınma planı gibi önemli bir politika aracının hazırlık sürecine politika kurullarının etkisi olabileceğini göstermektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, planlama faaliyetinde bütünlük ve sürekliliğinin sağlanabilmesi için hem plan dönemleri ile yasama / yürütme görev sürelerinin paralel olması gerektiğini<sup>92</sup> hem de planlamaya ilişkin işlemlerin / belgelerin arasındaki ilişkinin net bir şekilde yasal düzenleme ile belirlenerek yapım ve ilan sürecinin şeffaf ve katılımcı olması gerektiğini söyleyebiliriz.

87 Karatepe, Altunok, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*, 25.

88 Yayla, *İdare Hukuku*, 158-159.

89 Akyılmaz, Sezginer, Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 28. Kalkınma planının kanunla onaylanmasının, plana kazandıracağı hukuki nitelik ve kuvvet hakkında değerlendirmeler için bkz: Tan, *Planlamanın Hukuki Düzeni*, 121 vd.

90 Yayla, *İdare Hukuku*, 159.

91 Ayrıca ifade etmek gerekir ki, doktrinde yasamanın kalkınma planlarını kabul etmesi, siyasi görevle bağlantılı yasama işlemi olarak nitelendirilmektedir. Bu doğrultuda, siyasi görevle bağlantılı yasama işlemi ile yasama organının oluşumunu etkileyen işlemler ve üye seçme işlemlerinin, yasama ile idare fonksiyonları arasında yalnızca maddi açıdan ayırım yapmanın zorluğunu gösterdiği belirtilmektedir. Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, 3 b. (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 43.

92 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 367.

## **B. Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı**

Yıllık programlar, kalkınma planının “küçük bir modeli görünümündedir” ve ilgili yıl içerisinde gerçekleştirilmek istenen işleri içeren bir belge niteliğindedir.<sup>93</sup> Gerçekten de uzun vadeli planlar, yıllık programlar aracılığıyla, bütçe ve teknik öncelikler dikkate alınarak aşama aşama hayata geçirilir.<sup>94</sup>

Parlamentar sistemde, Yüksek Planlama Kurulu tarafından Bakanlar Kurulu’na sunulan yıllık programlar, Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilerek Resmi Gazetede yayımlanmaktaydı.<sup>95</sup> Cumhurbaşkanlığı sisteminde de kalkınma planlarını yıllık olarak uygulamaya geçirmek üzere Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı yapılmaktadır. Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanan programlar, Cumhurbaşkanınca onaylanarak yürürlüğe alınır. Nitekim Cumhurbaşkanlığı sisteminde, “2020 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı” ve “2019 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı” bu usulle uygulamaya alınmıştır.

2020 yılı Cumhurbaşkanlığı Programı, 1733 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmış ve 4 Kasım 2019 tarih ve 30938 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazetede yayımlanmıştır.<sup>96</sup> 2019 yılı Cumhurbaşkanlığı Programı ise 256 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmış ve 27 Ekim 2018 tarih ve 30578 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazetede yayımlanmıştır.<sup>97</sup> Yıllık programlarda, dünya ve Türkiye ekonomisi ile kamu maliyesindeki gelişmeler ve hedefler öncelikle ele alınmakta, sonrasında programın hedefleri ve politikaları ortaya konulmaktadır. Örneğin 2020 yılı Cumhurbaşkanlığı Programında, bu hedef ve politikalar, istikrarlı ve güçlü ekonomi, rekabetçi üretim ve verimlilik, nitelikli insan gücü topluluğu, yaşanabilir şehirler sürdürülebilir çevre, hukuk devleti demokratikleşme ve iyi yönetim başlıkları altında somutlaştırılmıştır.

Yıllık programlarda, ilgili politikanın veya tedbirin, hangi faaliyet veya projeler ile uygulamaya geçirileceği ve bu durumdan sorumlu olan idare ile işbirliği halinde olacağı idareler düzenlenmiştir. Programa bakıldığında, ilgili idareler arasında politika kurullarının doğrudan yer almadığını söyleyebiliriz. Fakat politika kurullarının, “uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek” görevi kapsamında, genel olarak idarelerin faaliyetlerini takip edeceğini, bu nedenle de politikanın uygulamaya geçirilmesinde aktif – icrai olarak yer alması da uygulamanın, ilgili politikanın hedeflerine uygunluğunu denetleme açısından görevli ve yetkili olduğunu ifade etmek gerekir.

## **IV. Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Hakkında Değerlendirmeler**

Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının politika oluşturma sürecine ilişkin üç temel görevi bulunmaktadır. Birincisi, bilgi toplamaktır: Politika kurulları, toplumun çeşitli kesimleri ile

93 Turgut Tan, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, 2 b. (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015), 273.

94 Yayla, *İdare Hukuku*, 159.

95 1996 – 2020 yıllarına ait programlar için bakınız: <http://www.sbb.gov.tr/yillik-programlar/> (E.T. 13/01/2020)

96 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/11/20191104M1-1.pdf> (E.T. 13/01/2020)

97 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/10/20181027M1-1.pdf> (E.T. 13/01/2020)

görüşerek toplumsal sorunlara ilişkin bilgi toplayacaktır. İkincisi, danışmanlık görevidir: Politika kurulları, Cumhurbaşkanına ilgili konularda politika oluşturacak ve danışmanlık yapacaktır. Üçüncüsü ise, değerlendirme ve geri bildirim görevidir: Politika kurulları, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen politikaların uygulanma aşamasına yönelik olarak Bakanlık ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerini izleyecek ve politika analizi yaparak Cumhurbaşkanına raporlama yapacaktır.<sup>98</sup>

Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarına verilen görev ve yetkiler icrai nitelikte değildir. Dolayısıyla kurullar, merkezi idareye rapor ve görüşleriyle yön vererek önerilerde bulunabilecektir.<sup>99</sup> Fakat belirtmek gerekir ki, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarına sadece politika üretme ve Cumhurbaşkanınca kabul edilen politikaların izlenmesi görevi verilmemiştir. Aynı zamanda üretilen politikaların pratiğe geçirilmesinde önem arz eden kalkınma planı, yıllık program, mali plan, sektörel plan ve programlar gibi planlamaya yönelik faaliyetlere ilişkin yetki ve görev de verilmiştir. Örneğin, 13 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 2 ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 271'de belirtildiği üzere, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığı, “*Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen temel hedef, ilke ve amaçlar çerçevesinde kalkınma planı, Cumhurbaşkanlığı Programı, orta vadeli program, orta vadeli mali plan, Cumhurbaşkanlığı yıllık programı ile sektörel plan ve programları, ilgili kamu idareleri ile Cumhurbaşkanlığı bünyesinde bulunan Politika Kurullarının görüşlerini de almak suretiyle*” müştereken hazırlayacaktır.

Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarına verilen yetki ve görevler çeşitli açılardan ele alınabilir ve inceleme konusu yapılabilir. Fakat genel olarak, idari teşkilatlanmada önemli bir yenilik olan politika kurullarına ilişkin düzenlemelerin, işlevsel açıdan idari işleyişte iki esaslı değişiklik meydana getirdiğini söyleyebiliriz: İstişare mekanizmasının politika kurullarına devri ve Cumhurbaşkanlığı politikaları kapsamında idari işleyişin yerindelik denetimi.

### **A. İstişare Mekanizmasının Politika Kurullarına Devri**

Danıştay, idareye (esasen devlete) danışmanlık görevi yapmakla görevlendirilmiş, tarihsel süreci açısından bakıldığında da bu gaye ile kurulmuş bir yargı kuruluşudur.<sup>100</sup> Bu kapsamda, Danıştay'ın danışma ve inceleme fonksiyonunun önemli ve gerekli olduğu ifade edilmektedir.<sup>101</sup> Ayrıca Danıştay'ın, bu işlev gereğince ortaya koyacağı fikir, yaklaşım ve önerilerin, idari işlemlerin hukuka uygunluk standardını yükselteceği, hukuki belirliliği güçlendireceği ve bireylerin devletin işlem ve uygulamalarına olan güvenini artıracığı belirtilmektedir.<sup>102</sup>

98 Akıncı, “Türkiye’de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları,” 2140.

99 Atay, *İdare Hukuku*, 279.

100 Murat Sezginer, “Örneklerle Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonunun Gerekliliği,” *150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştaya Uluslararası Sempozyumu* 24-25 Ekim 2018, Danıştay Yayınları No:103 (2018): 168.

101 Yasin, bu gerekliliğe ilişkin kabulünün, Danıştay'ın idari işleve ortak olma veya yürütme fonksiyonuna müdahale anlamına gelecek bir yaklaşımı içermediği ön kabulüne dayandığını da belirtmektedir. Melikşah Yasin, “Danıştayın Danışma ve İnceleme Görevinin Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Önemi,” *150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştaya Uluslararası Sempozyumu* 24-25 Ekim 2018, Danıştay Yayınları No:103 (2018): 155.

102 Ibid., 160.

Parlamentar sistemde, idare, uygulamada karşılaştığı idari ve hukuki sorunları bertaraf edebilmek için Danıştay'dan istişari karar alabilmekte idi.<sup>103</sup> Doktrinde, danışma ve inceleme faaliyetlerinin Danıştay ile yapılmasının, idarenin kendi içinde danışmanları ile yürütülmesine nazaran daha etkili olacağı, çünkü kurumun tecrübe sahibi ve idare hukukunun pratik ve teorik çerçevesine vakıf olduğu da ifade edilmektedir.<sup>104</sup> Ayrıca, Danıştay'ın bir yüksek mahkeme olması nedeniyle, idare hiyerarşisi dışında, idare ile organik yapısı olmayan yapısının var olduğu; bu nedenle de Danıştay'ın görüş ve değerlendirmelerinde hukuku bütüncül kavrayarak objektif olacağı ve idarenin kendi iç işleyişinde üretilen fikirlere göre daha etkin olacağı da ifade edilmektedir.<sup>105</sup>

Danıştay'ın bazı konularda görüş vermesinin, “politika belirlemek veya siyasi iradenin amacını denetlemek ya da yürütme ve idare yetkisine ortak olmak anlamına” gelmeyeceği, Danıştay'ın görüş vererek Devletin “kamu yararını gerçekleştirme amacına hukukun içinde kalarak ulaşılmasına” yardımcı olacağı ifade edilmektedir.<sup>106</sup> Fakat belirtmek gerekir ki, Danıştay'a genel ve somut nitelikte olsa bile idari işleyişe ilişkin bir hususun sorulması, bu uygulama ile beraber uygulamanın dayanağı olan programın, politikanın ve işleyişin değerlendirilmesi anlamına da gelebilecektir. Bu nedenle, Danıştay'ın görüş vermesi, pek tabii ki tek başına politika belirlemek anlamına gelmeyecekse de görüşü konu uygulamanın sebebi olan politikanın, idari işleyişin dolaylı olarak değerlendirilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Bu durumu, Danıştay'ın hukuk alanındaki tecrübesinin, yerindelik alanına bir yansıması olarak değerlendirebiliriz. Dolayısıyla görüş talep edilecek konunun genel – objektif veya öznel – birel nitelikte sorulması önem arz etmektedir.

Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre, istişari karar niteliğinde görüş bildirme görevinin, idarenin yetki ve görevi kapsamındaki genel ve objektif konulara ilişkin olarak, uygulamada düştüğü tereddütlerin ortadan kaldırılması ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir.<sup>107</sup> Fakat uygulamada, görüş istenilen konular genel ve nesnel nitelikte soyut olarak belirtilmek yerine, öznel ve birel nitelikte ifade edilmekte; bu nedenle de Danıştay'ın yükünün gittikçe ağırlaştığı ve idare – dava daireleri arasında çelişkilerin ortaya çıkmaya başladığı belirtilmektedir.<sup>108</sup> Nitekim, idare isteğe bağlı görüş almayı tercih etmemekte, sadece zorunlu görüş istemeler devam etmektedir. Dolayısıyla “Danıştay'ın bu misyonunun ölmeye yat”ığı ifade edilmektedir.<sup>109</sup>

Danıştay'ın, idari görevleri bakımından bir gerileme içinde olduğu, idari görevlere ilişkin mevzuatların sürekli şekilde yürürlükten kaldırıldığı, 1961 Anayasasından itibaren Danıştay'ın idari görevlerinin istisnai niteliğe büründüğü ve asli işlevinin “yargılama” olduğu<sup>110</sup>, son Anayasa değişikliği ile de

103 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 105.

104 Yasin, “Danıştayın Danışma ve İnceleme Görevinin Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Önemi,” 160.

105 Murat Sezginer, “Dünden Bugüne Conseil D'etat ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu,” *Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu* 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları No:93 (2017): 130.

106 Yunus Aykın, “Yeni Sistemde Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonunun Kapsamı ve Yöntemine İlişkin Öneriler,” *150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştaya Uluslararası Sempozyumu* 24-25 Ekim 2018, Danıştay Yayınları No:103 (2018): 187.

107 Günday, *İdare Hukuku*, 424 dp.352.

108 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, 105.

109 Gülan, “Danıştay'ın Yargılama Dışındaki İşlevlerinin Gerekliliği Sorunu,” 57-58.

110 Sezginer, “Dünden Bugüne Conseil D'etat ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu,” 118.

“Danıştay” sisteminden “Yüksek İdare Mahkemesi” sistemine doğru ciddi bir adım atıldığı belirtilmektedir.<sup>111</sup> Netice itibariyle, uygulamada verimli olarak işlemeyen (işletilemeyen) bu fonksiyon, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş ile mevzuatta yapılan son değişiklikler neticesinde büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.

Bu doğrultuda, 2.7.2018 tarih ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>112</sup> ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 42’de düzenlenen Danıştay Birinci Daire görevlerinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre; Başbakanlık veya Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarı ve tekliflerini, Başbakanlıktan gönderilen tüzük tasarılarını, İdari makamlar arasında görev ve yetkiden doğan ve Başbakanlıktan gönderilen uyuşmazlıkları ve Danıştayca istişari mahiyette incelenmek ve düşüncesini bildirmek için Cumhurbaşkanlığı veya Başbakanlıktan gönderilecek işleri incelemek ve düşüncesini bildirmek görevi kaldırılmıştır.

Danıştayca istişari mahiyette incelemek ve düşüncesini bildirmek için Cumhurbaşkanlığı veya Başbakanlıktan gönderilecek işleri incelemek görevinin kaldırılması, Danıştay’ın idari işleyişe ilişkin istişari bir görüş bildirme görev ve yetkisinin artık olmadığını göstermektedir. Söz konusu bu değişiklikte 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulan politika kurullarına idari işleyişe ilişkin politika ve teklif üretme yetkisinin verilmesi birlikte değerlendirildiğinde, bu istişare mekanizmasının politika kurulları aracılığıyla sürdürüleceğini söyleyebiliriz. Fakat belirtmek gerekir ki, Danıştay’ın ortadan kaldırılan bu fonksiyonu birebir aynı şekilde politika kurullarına verilmemiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin farklı niteliği öngörülerek, idari teşkilat içinde teşkil edilen kurullar aracılığıyla istişare mekanizmasının işletileceğini söyleyebiliriz.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, Danıştay’ın yargısal olmayan işlevlerinden bir diğeri ise üye verdiği kurullar aracılığıyla “idare” içinde işlev görüyor olmasıdır. Örneğin, Yükseköğretim Denetleme Kurulu, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu gibi kurullara Danıştay üye vermektedir.<sup>113</sup> Bu kurullar ile politika kurullarının görev ve işlevlerinin birbirinden çok farklı olduğu gerçeği unutulmaksızın, Danıştay üyelerinin teknik hukuk bilgisi ve uygulamaya ilişkin tecrübesinden faydalanmak amacıyla, kurullara üye verme uygulamasının politika kurulları için de değerlendirilmesi gerektiğini ifade edebiliriz.

Netice itibariyle, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, kendi görev alanına giren konularda, Cumhurbaşkanına önerilerde bulunarak istişari hizmet verecektir.<sup>114</sup> 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 22 uyarınca<sup>115</sup>, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının istişare mekanizmasına

111 Sezginer, “Örneklerle Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonunun Gerekliliği,” 168.

112 09/07/2018 tarih ve 30473 (3. Mükerrer) Resmi Gazete

113 Gülan, “Danıştay’ın Yargılama Dışındaki İşlevlerinin Gerekliliği Sorunu,” 53-54.

114 Atay, *İdare Hukuku*, 279.

115 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Madde 22: “(1) Kurulların genel görev ve yetkileri şunlardır: a) Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmek. b) Geliştirilen politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak. c) Küresel rekabetin



yönelik görev ve yetkileri şunlardır: Cumhurbaşkanı tarafından alınacak kararlar ile oluşturulacak politikalar hakkında öneri geliştirmek, Cumhurbaşkanı tarafından uygun görülen politika ve strateji önerilerine dair gerekli çalışmaları yapmak, görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek, sivil toplum ile genişletilmiş kurul toplantıları yapmak ve görev alanına ilişkin konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak.

### **B. Cumhurbaşkanlığı Politikaları Kapsamında İdari İşleyişin Yerindelik Denetimi**

Hiyerarşi yetkisi kapsamında üst, astın işlemlerini hukukilik ve yerindelik açısından değerlendirebilmektedir.<sup>116</sup> Gerçekten de, üstün astın işlemlerini hem hukuk kurallarına hem de hizmetin gereklerine uygunluğunu denetlemesi, hiyerarşik denetimin hem bir hukukilik denetimi hem de yerindelik denetimi olduğunu göstermektedir.<sup>117</sup> Bu doğrultuda, üst astın işlemlerini, hukukilik ve yerindelik denetimi kapsamında, “hukuka, ihtiyaca ve hizmetin gereklerine uygunluğunu” denetlemektedir.<sup>118</sup>

Parlamente sistemi, Bakan, bakanlık faaliyetlerinin kalkınma planlarına, yıllık programlara, hükümet programına ve mevzuata uygun yürütülmesinden Başbakanı karşı sorumlu idi. Bu kapsamda, bakan, bakanlık teşkilatı ile bağlı ve ilgili idarelerin faaliyetlerini hem yerindelik hem hukukilik açısından denetlemeye yetkili ve görevli idi. Söz konusu denetim, bakanlık teşkilatı ile bağlı idareler açısından hiyerarşi, tüzel kişiliği haiz idareler açısından ise vesayet denetimi niteliğindedir.<sup>119</sup>

Hiyerarşi ilişkisi gereğince, ast üstün görüş ve anlayışına göre yasal düzenlemeleri uygulamalı, faaliyette bulunmalıdır. Nitekim Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanı – Bakan arasındaki ilişki bu şekilde tesis edilmiştir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 503/2’de bu durum açıkça düzenlenmiştir: “*Bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanımı amacıyla, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle, bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanına karşı sorumludur.*”. Cumhurbaşkanı, hiyerarşiden kaynaklanan yetkilerini, kendiliğinden veya şikayet ya da başvuru üzerine kullanabilecektir.<sup>120</sup>

*getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri geliştirmek, ç) Görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek. d) Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak. e) Cumhurbaşkanına programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak. f) Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin davet edilmesi suretiyle genişletilmiş kurul toplantıları yapmak. g) Görev alanlarına giren konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak ve/veya yaptırtmak. ğ) Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak.”*

116 Atay, *İdare Hukuku*, 165.

117 Günay, *İdare Hukuku*, 84.

118 Yaşar, *İdare Hukuku*, 88.

119 Günay, *İdare Hukuku*, 392-393.

120 Çakır, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı – Bakan İlişkisi,” 51-52.

Öte yandan, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 22’de, politika kurullarının, kendi görev alanlarıyla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi ilgili bakanlık ile kamu kurum ve kuruluşlarından talep edebileceği, Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından bakanlık ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izleyeceği ve Cumhurbaşkanına rapor sunacağı ve görev alanına ilişkin konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vereceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla politika kurulları, Bakanın Cumhurbaşkanına olan sorumluluğunu yerine getirip getirmediği, Cumhurbaşkanının politikası ile karar ve talimatları doğrultusunda faaliyet gösterip göstermediği hususunda Cumhurbaşkanına raporlama yapacaktır. Bu durum, politika kurullarının iki yönlü faaliyet göstereceğini göstermektedir: İstişare mekanizması içinde politika alternatifleri geliştirerek Cumhurbaşkanına sunacak ve Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilen politikaların tam ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi için izleme ve raporlama yapacaktır.

Kamu politikalarını belirlemede Cumhurbaşkanı ile birebir çalışacak kurullar, “politika yapım merkezi” olarak ifade edilmektedir. Kurullar aracılığı ile politikaların oluşturulacağı, Cumhurbaşkanı tarafından uygun görülen politikaların ise bakanlıklar tarafından uygulamaya geçirileceği, tüm bu süreçte son karar mercii Cumhurbaşkanlığı olduğu belirtilmektedir.<sup>121</sup> Fakat kurulun personel yapısı itibariyle bazı hususlara ilişkin eksiklik bulunduğu, ayrı bir yapılanmasının olmadığı, sekretarya hizmetlerinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı yerine kendi personeli eliyle yürütülmesi gerektiği de ileri sürülmektedir.<sup>122</sup> Gerçekten de politikaların izlemesini yapacak kurulların ayrı bir personel yapılanmasına ihtiyaç olup olmadığı tartışılması gereken bir husustur. Kurulun ayrı bir personel yapılanmasının olması durumunda etkili bir şekilde Bakanlık faaliyetlerini takip edebileceği söylenebilir. Fakat öte yandan ayrı bir yapılanmanın “Bakanlık üstü bir idare” şeklinde yorumlanması da mümkündür.<sup>123</sup> Bu nedenle, kurulların personel yapısı ile sekretarya hizmetlerinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığından ayrı ve Bakanlık faaliyetlerini politika temelinde izleyebilmesi için personel sayısının yeteri kadar olması gerektiğini söyleyebiliriz.

Netice itibariyle, politika kurullarının görev ve yetkileri ile Cumhurbaşkanının karar ve işlemlerindeki takdir yetkisinin yerindelik açısından objektifleştirilmesi ve hizmetin gereklerine uygun yürütülmesi hedeflenmektedir.<sup>124</sup> Dolayısıyla politika kurullarına verilen bakanlıkların faaliyetlerini izlemek, raporlamak ve Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilen politikaların uygulamaya geçirilmesi için çalışmalar yapmak görevleri, “bu kurulların fonksiyonlarının salt “istişari” olmadığını göstermektedir”.<sup>125</sup> Gerçekten de, politika kurullarının, bakanlıklar gibi icrai karar alma yetkisi olmamasına karşın, bakanlık faaliyetlerinin denetimine ilişkin görev ve yetkileri bulunmaktadır. Politika kurullarının denetim işlevine ilişkin görev ve yetkileri ise şunlardır: Uygulanan politikaları izlemek ve yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor vermek, Cumhurbaşkanı

121 Akman, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: Sosyal Politikalar Kurulu Üzerinden Bir Değerlendirme,” 674-675.

122 Ibid., 668.

123 “Nitekim kamuoyunda da politika kurullarının bir tür “süper bakanlıklar”, “üst bakanlıklar” veya Cumhurbaşkanı ile bakanlıklar arasında bir ara tampon gibi algılandığına tanık olunmaktadır.” Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 169.

124 Atay, *İdare Hukuku*, 279.

125 Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 169.

programına uygunluk açısından bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak. Cumhurbaşkanlığı programı ve politikası kapsamında gerçekleştirilecek bu denetimin, idari işleyişin hukukilik denetiminden ziyade yerindelik denetimi kapsamında yer aldığını söyleyebiliriz.

## Sonuç

Anayasa değişikliği ve yasal düzenlemeler ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin genel yapısına ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır. Sistemin uygulamaya başlaması ise cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile tam anlamıyla başlamıştır. Bu doğrultuda, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde hem idari işleyişte hem idari teşkilatlanmada esaslı değişiklikler meydana gelmiştir. Politika kurullarını, sadece kurulların görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuat ile değerlendirilmemesi, diğer tüm değişiklikler ile hedeflenen netice doğrultusunda ele alınması isabetli olacaktır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, politika kurulları cumhurbaşkanlığı sisteminin olmazsa olmaz bir kurulu değildir. Hatta bu sistemde, idari teşkilatlanmada kanunla kurulanlar hariç diğer tüm idari teşkilat, her yeni Cumhurbaşkanının tasarrufu doğrultusunda yeni Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle değiştirilebilmektedir. Bugün için cumhurbaşkanlığı sistemi olarak incelenen idari teşkilatlanma ve idari işleyişin temel olarak düzenlendiği kararnameler, bir başka Cumhurbaşkanının döneminde değişikliğe uğrayabilecek ve farklı bir teşkilatlanma ve işleyiş düzenlenebilecektir. Bu nedenle cumhurbaşkanlığı sisteminde, yürütme ve idari teşkilatlanmaya ilişkin temel hususların, politika kurulları özelinde ise bu kurulların sistemde varlığı ile görev ve yetkilerinin genel çerçevesinin, anayasa ve/veya kanun ile düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Netice itibariyle, mevcut düzenlemeler ışığında, politika kurullarının görev ve yetkileri ile her bir kurulun ayrı ayrı düzenlenen görev ve yetkileri bir arada ele alındığında, bu kurulların hem Cumhurbaşkanı tarafından politika oluşturulması için danışma fonksiyonu ile hareket edeceği hem de bu politikaların uygulanması açısından denetim fonksiyonu ile görev yapacağını söyleyebiliriz.

## KAYNAKÇA

- Akıncı, Berat.** “Türkiyede Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları.” *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 9, no. 16 (2018): 2128-2146.
- Akman, Çiğdem.** “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: Sosyal Politikalar Kurulu Üzerinden Bir Değerlendirme.” *Route Educational and Social Science Journal* 6, no. 3 (2019): 659-676.
- Akman, Elvettin.** “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri.” *Paradoks Ekonomi Sosyoloji ve Politika Dergisi* 15, no. 1 (2019): 35-54.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer, Cemil Kaya.** *Türk İdare Hukuku*. 9 b. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Atay, Ender Ethem.** *İdare Hukuku*. 6 b. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2018.
- Aykın, Yunus.** “Yeni Sistemde Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonunun Kapsamı ve Yöntemine İlişkin Öneriler.” *150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştaya Uluslararası Sempozyumu* 24-25 Ekim 2018, Danıştay Yayınları No:103 (2018): 186-196.

- Çakır, Hüseyin Melih.** “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı – Bakan İlişkisi.” *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu* 30 Kasım 2018, Marmara Üniversitesi Yayınları No:861 (30 Kasım 2018): 35-55.
- Duran, Lütfi.** *İdare Hukuku Ders Notları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Garner , Bryan A. (Editor).** *Black’s Law Dictionary*. 11 ed.: Thomson Reuters, 2019.
- Gözler, Kemal.** *İdare Hukuku Cilt 1*. 3 b. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2019.
- Gülan, Aydın.** “Danıştay’ın Yargılama Dışındaki İşlevlerinin Gerekliliği Sorunu.” *Danıştay ve İdari Yargı Günü 146. Yıl Sempozyumu* 12 Mayıs 2014, Danıştay Yayınları No:86 (2014): 49-62.
- Günday, Metin.** *İdare Hukuku*. 10 (Aynı Baskı) b. Ankara: İmaj Yayınevi, 2013.
- Karatepe, Şükrü, Hatice Altunok.** *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları Kamu Politikasının Yeni Aktör ve Süreçleri*. Ankara: Püf Yayıncılık, 2019.
- Köseoğlu, Özer.** “Kamu Politikalarında Yeni Aktörler ve Değişen Roller.” *Kriter Dergi* 13 (2017): <https://kriterdergi.com/yazar/ozerkoseoglu/kamu-politikalarinda-yeni-aktorler-ve-degisen-roller> (E.T. : 06.10.2019).
- Örselli, Erhan, Veysel Babahanoğlu, Zekeriya Bilici.** “Kamu Politikalarında Yeni Aktörler: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Ofisleri.” *Turkish Studies* 13, no. 30 (2018): 303-318.
- Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan.** *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. 8 b. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Sezginer, Murat.** “Dünden Bugüne Conseil D’etat ve Danıştayın İnceleme ve Danışma Fonksiyonu.” *Danıştay ve İdari Yargı Günü 149. Yıl Sempozyumu* 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları No:93 (2017): 101-132.
- Sezginer, Murat.** “Örneklerle Danıştayın Danışma ve İnceleme Fonksiyonunun Gerekliliği.” *150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştaya Uluslararası Sempozyumu* 24-25 Ekim 2018, Danıştay Yayınları No:103 (2018): 164-185.
- Tan, Turgut.** *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*. 2 b. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015.
- Tan, Turgut.** *Planlamanın Hukuki Düzeni*. Ankara: Sevin Matbaası TODAİE Yayınları No.154, 1976.
- Uçum, Mehmet.** *16 Nisan, 15-16 Temmuzdan Cumhurbaşkanlığı Sistemine*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 2018.
- Ulusoy, Ali.** *Kamu Hizmeti İncelemeler*. İstanbul: Ülke Kitapları, 2004.
- Ulusoy, Ali.** *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Üstün, Gül.** “Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri.” *Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyumu* 30 Kasım 2018, Marmara Üniversitesi Yayınevi No:861 (2018): 29-34.
- Yaşar, Hasan Nuri.** *İdare Hukuku*. 3 b. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Yasin, Melikşah.** “Danıştayın Danışma ve İnceleme Görevinin Hukuki Güvenlik İlkesi Bakımından Önemi.” *150. Yılında Şûrâ-yı Devletten Danıştaya Uluslararası Sempozyumu* 24-25 Ekim 2018, Danıştay Yayınları No:103 (2018): 154-163.
- Yayla, Yıldızhan.** *İdare Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2009.
- Yıldırım, Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy.** *İdare Hukuku*. 7 b. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.

# Tespit Edici İşlemlerle Bağlantılı Olarak İdari Yargılama Hukukunda Tespit Davalarının Uygulama Alanı ve Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme\*

## An Evaluation on the Purview and Necessity of Declaratory Cases in Administrative Procedure Law Connection with Declaratory Acts

Onur KAPLAN\*\*   
Gül FİŞ ÜSTÜN\*\*\* 

### Öz

İdarenin kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak tesis ettiği idari işlemlerin hukuk düzeninde etki ve sonuç doğurabilmesi karşısında, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasında en etkin yol yargısal başvuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte idari yargılama hukukunda dava türlerinin belirli formlarla ifade edilen sınırlı bir yapıda bulunduğu göz önüne alındığında; bu durumun bireylerin etkin bir yargısal yoldan yararlanamaması neticesine yol açacağı da ifade edilebilecektir. Özellikle idari işlemlerin çeşitli konulara yönelmesi ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanması karşısında belirli hukuki konuların yargısal yola başvuruyla saptanmasında bireylerin hukuki menfaatlerinin bulunduğundan bahsedilebilir. Bu anlamda kamu hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların idari yargı düzeninde çözümlenmesi gereğine rağmen, idari yargılama hukukunda delil tespiti kurumunun sadece maddi olguların tespitine yönelmesi ve dava türlerinin sınırlı sayıda olduğu görüşü karşısında, söz konusu hukuki menfaatin tam olarak karşılanmasına yönelik herhangi bir hukuki müessesenin bulunmadığı belirtilebilir. Bu doğrultuda, çalışmada öncelikle tespit davası kavramı tanımlanarak uygulama alanı belirtilecek; sonrasında tespit davalarının idari yargılama hukukunda gerekliliği meselesi irdelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İdari İşlem, İdari Dava, Tespit Davası, Delil Tespiti, Hukuki Menfaat.

### Abstract

Judicial application is the most effective way to protect the fundamental rights and freedoms of individuals in the face of the administrative acts established by the administration by taking advantage of the privileges of the public power and which may have an effect and result in the legal order. However, considering that the types of cases in administrative procedure law have a limited structure expressed

\* Bu çalışma, "İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemler" isimli doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: onur.kaplan@bilgi.edu.tr

\*\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, gul.ustun@marmara.edu.tr, Yazar, bu çalışmaya doğrudan katkı sunmamış; Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin 27. maddesi gereği makalede ortak yazar olarak yer almıştır.

in certain forms; it can also be stated that this situation will result in individuals not benefiting from an effective judicial way. In particular, it can be said that there is a legal interest in determining certain legal issues by applying judicial means in the face of administrative procedures oriented towards various issues and benefiting from the presumption of compliance with law. In this sense, despite the necessity to resolve the disputes concerning public law in the administrative judicial system, it can be stated that there is no legal opportunity in the administrative procedure law to address the legal interest in question, in view of the fact that the evidence finding institution only focuses on the determination of material facts and the types of cases are limited. In this direction, first of all, the concept of declaratory cases and the field of application will be defined and then the question of the necessity of declaratory cases in administrative procedure law will be examined.

**Keywords:** Administrative Act, Administrative Case, Declaratory Case, Determination of Evidence, Legal Interest.

## I. GİRİŞ

İdari işlemlerin farklı pek çok konuya yönelmesi ve hukuk düzeninde sonuç doğurarak muhataplarının hukuki durumlarını etkileyebilmeleri karşısında, bunlardan doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde mevcut dava türlerinin yanında tespit davalarının üzerine yoğunlaşılması bir gereklilik olarak belirmektedir<sup>1</sup>. Gerçekten, Türk idari yargılama hukuku bakımından tespit davalarının bulunmayışının yarattığı boşluk yanında, bu dava türünün hukuk sistemine yabancı kaldığı da ifade edilebilecektir<sup>2</sup>. Buna koşut biçimde, doktrinde tespit davalarının yorum davalarını kapsayan bir dava türü olarak; “*İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda yer almamasına ve bu nedenle ayrı bir dava türü olarak kabul edilemeyeceği yolunda yaygın kanaye rağmen, idari yargı bakımından bir gereksinim ve gereklilik olduğu ileri sürüldüğünden, konunun güncelliğini yitirmediği*” ifade edilmektedir<sup>3</sup>.

Tespit davaları, esasen bir hukuki ilişkinin var olup olmadığını yaht hukuki ilişkinin içeriğinin ve anlamının ne olduğunun belirlenmesi amacıyla açılan davalar olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>4</sup>. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (“İYUK”) md.2 kapsamında öngörülmemesine rağmen, kimi hallerde bir hukuki ilişkinin tespitine yönelik bireylerin menfaati bulunabilmektedir<sup>5</sup>. Bu noktada söz konusu gereksinimin; (i). adli yargı düzeninde açılacak davalarla, (ii). delil tespiti kurumuyla karşılanabileceği yönünde bir sav ileri sürülebilir. Ne var ki, tespit davalarının kimi hallerde kamu hukuku hükümlerine tabi hukuki ilişkileri konu edinmesi, bu iddianın geçerliliğini oldukça düşündürmektedir<sup>6</sup>. Zira 1982 Anayasası (“AY”) md.125 ve md.155 hüküm

1 ERDOĞDU, Ahmet, “Tespit Davası”, Danıştay Dergisi (DD.), Sayı:3, 1971, s.13.

2 ERDOĞDU, Tespit Davası, s.13.

3 ODER, Burak/AYANOĞLU, Taner, “Yorum ve Tespit Davaları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2003, s.105.

4 KURU, Baki, Tesbit Davaları, AÜHF Yayınları, Ankara, 1963, s.18; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt-II: İdari Yargılama Hukuku, 7.Baskı, Ankara, 2014, s.247.

5 ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 11.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.718.

6 Nitekim bu hallerde Uyuşmazlık Mahkemesi, “*eda davasının öncüsü niteliğinde bir özel hukuk ilişkisinin tespitine ilişkin olmayan, ancak idari usuller çerçevesinde idarece değerlendirilmesi gereken bir tespitin yapılması istemiyle müstakil olarak açılan tespit davasına bakılıp bakılamayacağı konusunda idari yargı yerinin görevli bulunduğu(na)*” karar vermektedir: UM. E.2000/58, K.2001/4, T.26.02.2001, RG.18.06.2001-24436; UM. E.2002/102, K.2002/100, T.23.12.2002, RG.27.03.2003-

leri<sup>7</sup> bir arada değerlendirildiğinde; kamu hukuku ilişkisi olarak ifade edilecek hususların<sup>8</sup> adli yargı düzenine bırakılması, bu konuda görevli ve uzman yargı yeri tarafından gerekli incelemenin yapılamaması neticesini doğuracaktır<sup>9</sup>. Bu nedenle çalışmanın devamında öncelikle, idari yargılama hukukunda bu davaların uygulama alanına değinilecek; sonrasında söz konusu dava türünün idari yargılama hukukunda gerekliği meselesi yargı kararları ışığında irdelenecektir.

## II. TESPİT DAVALARININ KAPSAMI VE UYGULAMA ALANI

İYUK'ta açıkça öngörülme-yen tespit davaları 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu md.106 hükmünde açık biçimde düzenleme imkanı bulmuştur<sup>10</sup>. Buna göre, “*Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz*”. Bu doğrultuda “*hukuken korunmaya değer güncel menfaati bulunan*” kişiler tarafından açılacak tespit davalarının “*maddi vakılardan*” ziyade “*bir hakkın ya da hukuki ilişkinin var olup olmadığı*” meselesine yöneldiği açıkça ortaya konulmuştur<sup>11</sup>. Esasen, bu konuda her ne kadar farklı görüşler ileri sürülse de idari yargılama hukukunda uygulanabilecek tespit davaları bakımından da aynı esasen geçerli olduğu ifade edilebilecektir<sup>12</sup>. Zira idari yargılama hukukunda halihazırda delil tespiti kurumun yer verilmiş olup, maddi vakıaların tespiti bu sayede yapılabilmektedir.

Oysa aşağıda değinileceği üzere, bu müessesenin tek başına hukuki ilişkilerin varlığı ya da yokluğunun tespitinde işlevsel olmayacağını belirtmesi gerekir. Zira idari yargılama hukuku

25061; UM. E.2015/76, K.2015/95, T.02.03.2015, RG. 27.03.2015-29308 (Mükerrer); UM. E.2012/291, K.2013/479, T.08.04.2013, RG.21.05.2013-28653 (Mükerrer); UM. E.2014/568, K.2014/725, T.14.07.2014, RG.26.07.2014-29072 (Mükerrer).

7 AY md.125/1 “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır (...)*”. AY md.155/1 “*Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar*”.

8 Özellikle, doktrinde Erkut'un aktardığı üzere; “*bir idari işlemin tesisinin sağlanması amacının ön planda olduğu haller bakımından*” kamu hukuku ilişkisinin varlığından bahsedilebilecektir. ERKUT, Celal, “*Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorununa Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD), Cilt:11, Sayı:1-3, 1990, s.7.

9 ERKUT, Celal/SOYBAY, Selçuk, Uyuşmazlık ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, 5.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s.235. Ayrıca bkz. ERKUT, Celal, “*İ.Y.U.K. Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usuli Değişiklikler*”, İÜHF, Cilt:51, Sayı:1-4, 1985, s.222. Bununla birlikte doktrinde Günday'a göre, “*idari işlem ve eylemlerle uzaktan ya da yakından ilgili olmakla beraber, bu işlem ve eylemlerin hukuka uygunluk denetimlerinin yapılmadığı davaların adli yargının görev alanına sokulmasına anayasal bir engel yoktur*”. GÜNDAY, Metin, “*İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:14, 1997, s.354. Bu anlamda tespit davalarında bir idari işlem ya da eylemin hukuksal denetimi yapılmadığından böyle bir sonuca ulaşılabilirse de “*tespit davalarının*” adli yargıda görüleceğine ilişkin genel ve kesin bir kanun hükmü bulunmadığından; söz konusu uyuşmazlıkların çözümünde kaide olarak idari yargı düzeninin görevli olduğu belirtilecektir.

10 Dolayısıyla “*tespit davalarının*” hukukumuzda hiç yer almadığı yönünde ileri sürülen ifade, artık geçerliliğini yitirmiştir. KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016, s.148.

11 KALABALIK, Halil, İdari Yargılama Hukuku, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.158-159.

12 GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.247.



bakımından da bireylerin tespit davasının açılması hususundaki menfaati salt “*maddi olgunun*” tespitine yönelmemektedir<sup>13</sup>. Bu noktada, hukuki durumların tespitine yönelik uyumsuzluklar bakımından delil tespiti kurumunun bu ihtiyacı karşılamadığı açıktır<sup>14</sup>. Bununla birlikte bu düşünce metodolojisi, tespit davalarında maddi olguların hiçbir durumda belirlenemeyeceği biçiminde de yorumlanmamalıdır. Zira çoğu hukuki ilişkinin temelinde bir maddi olgunun/olguların yer aldığı göz önüne alındığında; tespit davalarında da arka planda maddi olgunun tespit edildiği söylenebilir<sup>15</sup>. Ne var ki, bu durumun varlığı tespit davalarının uygulama alanının sadece “*maddi olguların tespitiyle*” sınırlandırıldığını göstermemektedir<sup>16</sup>. Nitekim söz konusu durumlarda dahi sadece maddi olguların tespitine yönelmekle yetinilmeyip, bu tespitlerin esasen “*bir hakkın ya da hukuki ilişkinin olup olmadığına*” yönelik olduğu ifade edilecektir<sup>17</sup>. Dolayısıyla tespit davalarının uygulama alanını “*maddi olguların tespiti*” biçiminde dar bir çerçevede ele alınmaması gerekmektedir.

### III. TESPİT EDİCİ İŞLEMLERLE BAĞLANTILI OLARAK TESPİT DAVALARININ ÖZELLİKLERİNİN ORTAYA KONULMASI

İdarenin pozitif hukuk kurallarıyla kendisine verilen görevleri yerine getirirken kamu gücü kullanımına bağlı olarak tesis ettiği hukuki araçlardan biri olan “*idari işlemler*” kimi hallerde maddi olgunun ya da hukuki durumun tespitine yönelebilmektedir<sup>18</sup>. Bu kapsamda “*tespit*” kavramının anlam olarak belirli hususları “*subüt etmeye, sabitlemeye yöneldiği*”<sup>19</sup> gözetildiğinde; idarenin idari işlev kapsamında<sup>20</sup> ortaya koyduğu irade açıklamasına bağlı olarak o anki maddi olgunun veya hukuki durumun sabitlenmesi söz konusu olabilmektedir. Burada, idarenin iradesi ilgili maddi olgunun ya da hukuki durumun tespit edilmesine yönelmekte ve bununla yetinmektedir<sup>21</sup>. Bununla birlikte hukuk düzeni kimi hallerde söz konusu tespitlere birtakım hukuki sonuçlar da bağlayabilir<sup>22</sup>.

13 Nitekim İYUK md.58/1 uyarınca “*Taraflar, idari dava açtıktan sonra bu davalara ilişkin delillerin tespitini ancak davaya bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemelerinden isteyebilirler*”. Bu anlamda delil tespiti yalnızca “*maddi olguların*” saptanması çerçevesinde ele alınabilecek bir hukuki müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda bkz. YASIN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.144.

14 ÇAĞLAYAN, s.369.

15 ODER/AYANOĞLU, Yorum ve Tespit Davaları, s.132.

16 CANDAN, Turgut, “*Tespit Davası ve İdari Yargı*”, DD. Sayı:72-73, 1989, s.3; DURSUN, Hasan, “*İdari Yargıda Tespit Davasına Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur*”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:24, 2008, s.112.

17 ERDOĞDU, Tesbit Davası, s.26.

18 KARAHANOĞULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 4.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.293-294. Ayrıca bkz. SCHENKE, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 12.Baskı, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, s.67.

19 DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Doğu Matbaası, Ankara, 1962, s.1309.

20 İdari işlev kavramının tanımı ve idari işlemlerin idari faaliyetlerin yürütümü sırasında tesis edilen hukuki araçlar olduğu hakkında bkz. ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.416-417.

21 Ancak, bu durumdan hareketle tespit edici işlemlerin yalnızca enformel nitelikte işlemler olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim bu işlemler bakımından da yetkili idari makamın “*tespit etmeye yönelik irade açıklaması*” bir “*değerlendirme*” süreci içerebilmekte ve bu doğrultuda muhatapları üzerinde hukuki sonuçlarını doğurabilmektedir. Bkz. DEFOORT, Benjamin, La décision administrative, LGDJ, Paris, 2015, s.239.

22 Örneğin, yetkili idari makamlar tarafından yapılan riskli yapı tespiti, riskli alan tespiti, bir yapının ruhsata tabi olmadığının tespiti, bir yerin mera, yaylak ve kışlak arazisi olup olmadığının tespiti gibi işlemler neticesinde nesnelere yaratılan statülere girmesi söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda idari makam tarafından “*tespite yönelik irade açıklamasının dışavurumu*” neticesinde, işlemin muhataplarının daha önce hukuk düzeninde öngörülen statülere

Bu nedenle tespit edici işlem kavramının belirli hallerde muhatabı üzerinde hukuki sonuç doğuran ve buna bağlı olarak etki üreten nitelikte olduğu ifade edilebilecektir<sup>23</sup>. O halde, tespit edici işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması ve sabitlediği hususlara bağlı biçimde hukuk düzeninde etki üretebilmesi karşısında menfaati olumsuz biçimde etkilenen yahut hakkı ihlal edilen kişilerin idari yargıda dava açabileceğinin kabulü gerekecektir<sup>24</sup>. Nitekim bu sebeplerdir ki; Danıştay'ın bazı kararlarında tespit edici işlemlerin dava konusu edilebildiği görülmektedir<sup>25</sup>. Bu doğrultuda tespit edici işlemlerle içeriği saptanan bir hususun, bireyin hukuki menfaati bulunduğu ölçüde idari yargıda dava konusu olabileceğini belirtmiş bulunmaktayız.

Bununla birlikte, bireylerin açacakları dava türleri bakımından İYUK md.2 hükmünün dar manada yorumlanması nedeniyle tespit edici işlemler, tespit davasına konu edilememektedir<sup>26</sup>. İdare hukukunda tespit edici işlemlerin yöneldiği hususların genellikle kamu hukuku alanını ilgilendirmesi, bu bağlamda kurulan ilişkinin “*kamu hukuku ilişkisi*” olarak nitelendirilmesi söz konusu olsa da tespit davası formatında bir dava türünün bulunmadığı şeklindeki görüş, bu işlemlerin “*iptal ya da tam yargı davası*” biçiminde sıkıştırılmış bir sistemde incelenmesine neden olmuştur<sup>27</sup>. Bu noktada şu çıkarımlarda bulunmak mümkündür: (i). Yetkili idari makam tarafından tespit edici işlemin tesis edilmesi neticesinde bir kamu hukuku ilişkisinin kurulması söz konusu ise, söz konusu uyuşmazlığın çözüm yeri adli yargı olamayacağından; idari yargı düzeninin görev alanına giren bir halin varlığı söz konusudur<sup>28</sup>. (ii). İdari yargı düzeninde İYUK md.2 kapsamında belirtilen dava türleri arasında “*tespit davasına*” yer verilmediğinden; dar bir yorumla kamu hukuku ilişkisinin varlığı ya da yokluğuna dair davalar tespit davası formatında

girmesi veya çıkması gündeme gelebilmektedir. Bu husus aynı zamanda yargı kararlarında da etkisini göstermektedir; bkz. D6D. E.2019/7992, K.2019/14605, T.18.12.2019, (<http://www.kazanci.com>, Anılış: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.19.03.2020; D8D. E.2014/8739, K.2019/6877 T.11.07.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.19.03.2020; D14D. E.2016/11073, K.2019/761, T.31.01.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.19.03.2020; D6D. E.2019/7966, K.2019/10375, T.06.11.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.19.03.2020. Ayrıca bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt-II, 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.792.

- 23 Özellikle idari makamların tespit edici işlemleri tesis ederken irade açıklaması “*kanunların öngördüğü hukuki sonuçların belirlenmesinde yattığından*”; söz konusu tespitlerin “*sabitlediği maddi olgu veya hukuki durumların*” muhatabı üzerinde hukuki sonuç doğurması ve bu bağlamda etki üretmesi söz konusu olabilmektedir. Bkz. BULL, Hans Peter/MEHDE, Veith, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8.Baskı, C. F. Müller, Heidelberg, 2005, s.301.
- 24 AUBY, Jean-Bernard, “Administrative Law in France”, Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States (A Comparative Analysis) (ed. SEERDEN, René/STROINK, Fritz), Intersentia, Antwerpen-Groningen, 2002, s.79. Ayrıca bkz. FİŞ ÜSTÜN, Gül, “Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2011, s.70.
- 25 D14D. E.2011/5212, K.2011/7, T.01.06.2011, (<https://www.lexpera.com.tr>, Anılış: Lexpera İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.01.11.2019; D2D. E.2016/2337, K.2018/6381, T.15.11.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.03.03.2020; D15D. E.2013/4617, K.2015/1969, T.07.04.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.03.03.2020; D6D. E.2002/1915, K.2003/4413, T.22.09.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.03.03.2020.
- 26 ULUSOY, Ali D., İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.83; KARAHANOGULLARI, Onur, İdari Yargı İdaresinin Hukukla Zorlanması (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.229-230; ERGEN, Cafer, İdari Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.125.
- 27 Bkz. ERKUT, Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorununa Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı, s.8.
- 28 UM. E.1991/43, K.1991/44, T.23.12.1991, RG.13.02.1992-21141; UM. E.2015/76, K.2015/95, T.02.03.2015, RG.27.03.2015-29308 (Mükerrer); UM. E.2002/13, K.2002/30, T.24.06.2002, (<http://www.uysuzmazlik.gov.tr>, Anılış: UM. İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.30.10.2019.

irdelenemeyecektir. (iii). Maddi olguların tespiti, yargılama sürecinde delil tespiti kurumundan yararlanarak gerçekleştirilirse de hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespitinde bu müessese yetersiz kalmaktadır. (iv). Tespit edici işlemlerin hukuk düzeninde doğurduğu sonuçların hukuki sonuç doğurmaya başladığı andan itibaren giderilmesi iptal davalarıyla mümkün olsa da bireylerin sadece “*kamu hukuku ilişkisinin tespiti bakımından menfaatinin*” bulunduğu durumlarda iptal davaları, yetersiz kalacaktır<sup>29</sup>. Zira belirli hallerde bireylerin davayı açma konusundaki hukuki menfaati o hukuki ilişkinin tespitine yönelebilmektedir ki; bu ihtimalde “*istenen*” işlemin iptal edilerek hukuk düzenindeki etkilerinin baştan itibaren silinmesi değildir. Bu anlamda doktrinde Erku’tun vurguladığı üzere, şu hususu da gözden kaçırmamak gerekir: İYUK md.2’de dava türlerinin sayılmış olması, AY md.155 hükmü göz önüne alındığında, idari yargı önüne getirilebilecek taleplerin dava formatında sınırlandırılması anlamını taşımamaktadır<sup>30</sup>. Keza Bilgen’in ifade ettiği üzere, “*idari dava*” ve “*idari uyumsuzluk*” kavramları birbirine eşdeğer olmadıklarından<sup>31</sup>; hukuki menfaati bulunan kişilerin tespite yönelik uyumsuzluklarını yargı merciine taşıyabilmeleri hususunda bir sınırlamanın bulunmadığından bahsedilebilecektir<sup>32</sup>. Bu anlamda bireylerin yargısal taleplerini kullanmaları bakımından var olan kısıtlama, “*yargı yerinin idare yerine geçerek idari işlem niteliğinde karar verememesi*” ve “*yerindelik denetiminden*” ibarettir<sup>33</sup>. (v). Bir an için tespit sürecinin iptal ve tam yargı davaları bakımından da işletildiği ileri sürülebilirse de<sup>34</sup> bu davaların neticesinde ortaya çıkan sonuç, “*hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitinden*” ziyade idari işlemin iptaline<sup>35</sup> ya da idari işlemde ya da eylemden doğan zararın tazminine yönelmekte olduğundan<sup>36</sup> elde edilen sonuç bakımından menfaatin yine sağlanmadığı ifade

29 İptal davalarının açılması hususunda “*sübjektif dava açma ehliyetini*” açıklarken kullanılan “*menfaat*” kavramı, tespit davalarında “*hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığı*” noktasında anlam kazanabilmektedir. Esasen bir hakkın ya da hukuki ilişkinin olup olmadığının tespit edilmesi ifadesi de bu konuya değinmektedir. Bu durum, iptal davaları karşısında tespit davalarına “*neden ihtiyaç duyulabileceği*” sorusunun cevaplandırılması noktasında da işlevsel niteliktedir. Bu anlamda kişilerin “*sübjektif hak ihlalleri*” nedeniyle açacakları tespit veya iptal davalarında elde edecekleri hükümler idarenin o konuda yeniden işlem yapmasını sonuçlayabilecektir (Bkz. ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim II: Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.269.) de “*menfaatin*” söz konusu olduğu hallerde durum farklılaşmaktadır. Nitekim “*hukuki menfaati*” bulunan kişiler tarafından tespit davası açıldığında; “*sübjektif hak ihlali söz konusu olmasa dahi*”, elde edilecek kesin hükme bağlı olarak idarenin bu yönde yeniden işlem yapma yükümlülüğü doğacaktır. Dolayısıyla tespit davalarının konusu “*olumsuz idari işlemler*” olmasa dahi idareye “*yol gösterici nitelikte*” yargı kararı verilebilecektir. Bu hususun özellikle idari işlemin hukuki geçerliliğine etkisi bakımından uygun görüş vb. işlemler yönünden önemli hakkında bkz. DERDİMAN, R. Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, 3.Baskı, Aktüel Yayıncılık, Bursa, 2014, s.91.

30 ERKUT, Celal, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, s.91. Ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN, s.426.

31 BİLGİN, Pertev, “İdari Uyumsuzluklar, Hukuki Nitelikleri, Çözüm Usulleri”, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993, s.82. Belirtmek gerekirse Alman hukuku yönünden de “*uyumsuzluk*” kavramı tam olarak “*dava*” kavramına tekabül etmemektedir. PRÉVÉDOUROU, Eugénie, Les recours administratifs obligatoires étude comparée des droits Allemand et Français, LGDJ, Paris, 1996, s.3. İdari uyumsuzluk teriminin, karşılıklı sebebiyet vermemesi için, idari davalar dışındaki uyumsuzluklarda kullanılmasında yarar olduğu yönünde bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.117. Ayrıca bkz. ZABUNOĞLU, Yahya K., İdare Hukuku Cilt-II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.166.

32 ÇAĞLAYAN, s.718.

33 ERKUT, İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı, s.91.

34 ÇAĞLAYAN, s.718.

35 D1D. E.2004/1314, K.2005/3187, T.27.05.2005, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.24.11.2019.

36 DİBK. E.1983/1, K.1983/10, T.29.12.1983, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.24.11.2019. Yargı kararlarında da

edilecektir. Kaldı ki, hukuki çıkarı bulunan bir kişinin lehine sonuçlanan tespit davası neticesinde elde ettiği hükme dayalı olarak idare, kişinin talebine uygun hukuki işlemi tesis edebilir ki; bu sayede kişinin ayrıca bir idari dava açmasına lüzum kalmayabilir<sup>37</sup>. Bu nedenle iptal veya tam yargı davalarında nihai karar verilirken zaten tespitin yapıldığı şeklindeki argüman<sup>38</sup>; söz konusu hukuki menfaatin sadece tespite yöneldiği hususları açıklamak bakımından yetersizdir.

Bu çıkarımlardan hareketle hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun saptanması bakımından idari yargılama hukukunda “*tespit davası*” olarak ayrı bir dava türüne yer verilmesi gerektiği söylenebilecektir<sup>39</sup>. Ancak, tespit davalarının idari yargılama hukukunda uygulama alanı bulması açısından tespit davaları neticesinde verilecek kararların idari makamlar yönünden etkisini de ele almak gerekmektedir<sup>40</sup>. Bu durumda ise iki ihtimal söz konusu olabilir: (i). tespit edici işleme yönelik idari makam tarafından herhangi bir irade açıklaması olmaksızın dava açılması, (ii). daha önce tesis edilen tespit edici işleme bağlı olarak idari yargıda tespit davasının açılması. Bu kapsamda aşağıda, söz konusu ihtimaller çerçevesinde idari yargıda “*idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağı*”nın değerlendirilmesine geçilecektir.

#### IV. TESPİT DAVALARI BAKIMINDAN İDARİ EYLEM VEYA İŞLEM NİTELİĞİNDE YARGI KARARI VERİLMESİ YASAĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

AY md.125 uyarınca “*Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez*”. Buna koşut biçimde İYUK md.2’de, “*idarî yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu*” hususu vurgulanmıştır. Bu doğrultuda daha önce yetkili idari makamlar tarafından irade açıklamasında bulunulmayan hallerde, mahkemece ilk-elden hüküm kurulması bu yasağı ihlal edebilecektir. Tespit davaları yönünden ise bunun anlamı, idari makamların yerine geçerek belirli bir maddi olgu veya hukuki durumun tespitinin hukuka aykırı olacağıdır. O halde tespit edici işlemlerle saptanması gereken bir hususun, ilk-elden mahkeme kararıyla saptanamayacağı ifade edilebilir.

Belirtmek gerekirse, idari yargılama hukukunda yargı merciinin idare yerine geçip karar alması söz konusu olmasa da bazı davalar bakımından “*hukuka uygun işlemin içeriğinin saptanması*” söz

uygulama alanı bulan ve tam yargı davalarını “*salt tazminat talebine indirgeyen*” yaklaşım sebebiyle salt tespite yönelik biçimde hüküm kurulması da engellenmiş olmaktadır. Halbuki, “*idare tarafından sübjektif hak ihlali varsa ihlal edilen hakkın iadesi*” şeklinde benimsenecek yaklaşım tam yargı davalarında giderimin kimi hallerde tespitle sağlanabildiği gözetildiğinde; daha işlevsel nitelikte olacaktır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.252.

37 ERDOĞDU, Tespit Davası, s.18.

38 CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.226.

39 ERKUT, Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorununa Uyumsuzluk Mahkemesinin Yaklaşımı, s.13. Tespit davasının içtihat yoluyla yahut kanuni düzenleme yapılması neticesinde kabulünün gerektiği hakkında bkz. TAN, Turgut, İdare Hukuku, 7.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s.1158; ÇAĞLAYAN, s.273; TANRIVERDİ, Ayşe Almıla, “Danıştay Beşinci Dairesinin 03.02.1988 Tarih, 1987/2333 E. 1988/408 K. Sayılı Kararı Uyarınca Danıştay’ın Tespit Davasına Bakışı”, 5. İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Kararı İncelemeleri” 4-6 Mayıs 2018, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.114-115.

40 CANDAN, Tespit Davası ve İdari Yargı, s.3.

konusu olabilmektedir<sup>41</sup>. Nitekim konuyla ilgili olarak Danıştay kararlarına göre, “*vergi idaresi tarafından, vergi mahkemelerince verilen kararlara göre tespit edilen vergi ve ceza miktarı ihbarname ile vergi yükümlüsü ya da sorumlusuna tebliğ edilmektedir*”<sup>42</sup>. Buna koşut biçimde, Danıştay’ın içtihadı kapsamında vergi davaları bakımından idari işlemin hukuka uygunluğu denetimi yanında idarece yapılacak idari işlemlerin içeriğinin belirlenmesi de söz konusu olmaktadır<sup>43</sup>. Doktrinde Duran, bu konu hakkında yüksek mahkemenin “*idarenin kamu alacağını daha çabuk ve basit biçimde tahsilinin sağlanması açısından*” böyle bir içtihadı yer verildiği düşüncesindedir<sup>44</sup>. Bununla beraber yazar, söz konusu gerekçelerden hareketle AY md.125 ve İYUK md.2 hükümlerine istisna getirilemeyeceğini ifade etmektedir<sup>45</sup>. Zira artık idari işlemin içeriği yargı yeri tarafından saptanmış olduğundan; idarece İYUK md.28 kapsamında buna uygun biçimde davranma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır<sup>46</sup>. Ancak, yapılacak yargısal denetim neticesinde idari yargı mercii tarafından hukuka uygun idari işlemin içeriğinin saptanması, onun yerine geçerek idari işlem niteliğinde bir kararın verildiğini göstermemektedir<sup>47</sup>. Esasen idari yargı mercii tarafından verilecek kararların “*idari işlem veya eylem niteliğinde olamayacağı*” gerekçesiyle bireylerin kullanabileceği yargısal olanakları bu denli kısıtlamak hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmayacaktır<sup>48</sup>.

Bunun yanında dikkat edilirse bu davalar bakımından da önceden tesis edilen (mevcut) bir idari işlemin varlığı söz konusudur. Nitekim Danıştay’ın vermiş olduğu bir kararda da “*henüz ortada ihtilaflı indirim oranına göre yapılmış bir tarh işlemi bulunmadığı ve bu aşamada yatırım indiriminin ne olacağına karar verilemeyeceği*”<sup>49</sup> ifade edilerek bu hususa vurgu yapıldığı görülmektedir. Ancak, bir tespit edici işlem yapılmaksızın bu dava açılabilir mi sorusu bu örnekler bakımından yanıtız kalmaktadır. Bu nedenle, (i). önceden idari makam tarafından tespit edici işlemin yapılması durumunda, tespit davasıyla belirlenen içeriğe uyma yükümlülüğü ile (ii). böyle bir işlem yokken mahkeme tarafından bir hukuki durumun varlığı ya da yokluğunun tespit edilmesinin idare üzerindeki etkisini ayırt etmek gerekecektir. O halde, bu konudaki irdelemenin; tespit edici

41 KARAHANOĞULLARI, Onur, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyükte Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.209.

42 DVDDK. E.2013/464, K.2013/895, T.25.12.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.24.11.2019.

43 D7D. E.1984/3570, K.1985/1039, T.12.04.1985, DD. Sayı:60-61, s.333.

44 DURAN, Lütfi, “İdari İşlem Niteliğinde Vergi Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt:21, Sayı:1, 1988, s.76.

45 DURAN, s.77.

46 KARAHANOĞULLARI, İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları, s.209.

47 KARAHANOĞULLARI, İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları, s.209.

48 YILDIRIM, Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2001, s.159. Aynı görüşte; GÜRAN, Sait, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, İÜHFİM (Ord. Sulhi Dönmezer’e Armağan), Cilt 52, Sayı:1-4, 1985, s.43.

49 “Öte yandan; uygulanacak yatırım indirimi oranı ve miktarının bir idari işlemle tespiti yukarıda sözü edilen 198 sayılı Kanunun ilgili maddeleriyle idareye tanınmış bir yetki olup, idarece bu konuda tesis edilen idari işlemler dolayısıyla açılan davada idari yargı yerlerinin yetkisi, yatırım indirimi ile ilgili olarak idareye tanınan bu yetkinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 2. bendinde yer alan düzenleme çerçevesinde denetlemekten ibarettir. Bu bakımından; Mahkeme kararında, davanın konusunun, yatırım indirimi oran ve miktarının tesbiti şeklinde nitelendirilmesinde de isabet görülmemiştir”. D3D. E.1986/1733, K.1986/1500, T.04.06.1986, DD. Sayı:64-65, s.104-105.

işlemlerin yapılmasından sonra açılacak tespit davaları ile böyle bir idari işlemin bulunmadığı haller bakımından ayrı ayrı yapılması daha uygun olacaktır.

### **A. İDARİ İŞLEM TESİS EDİLDİKTEN SONRA AÇILACAK TESPİT DAVALARI YÖNÜNDEN**

Yetki idari makam tarafından tespite yönelik irade açıklamaları çeşitli konuları ihtiva edebilmektedir. Bu doğrultuda tespit davaları bakımından da bireylerin hukuki menfaatlerinin bulunduğu ölçüde farklı konuda taleplerin ileri sürülmesi gündeme gelebilmektedir. Örneğin, babasının şehit olduğundan hareketle ilgili mali yardımlardan yararlanmak isteyen bireyler bakımından, idarece o kişinin “*şehitlik*” durumunun saptanmasından sonra açılacak tespit davasında da söz konusu hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığı irdelenecektir<sup>50</sup>. Keza, yapılacak sosyal yardımlar bakımından kişinin “*bakıma muhtaç durumda olup olmadığının tespiti*” bakımından da benzer ifadelerin kullanılması söz konusu olabilecektir<sup>51</sup>. Verilen örneklerde idarenin tespite yönelik bir irade açıklaması bulunmakla birlikte, yargı organı tarafından yeniden değerlendirme yapılarak hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitiyle sınırlı biçimde karar verileceği ifade edilebilir. Yani, tespit davaları bu durumda tespit edici işlemlerin yarattığı hukuki sonuçlara bağlı olarak bir değer kazanmaktadır. Buna bağlı olarak tespit davalarının içerik itibarıyla tespit edici işlemlerle kesişmesi söz konusu olabilir. İşte, bu halde idarenin yerine geçerek işlem yapma yasağının ihlal edildiğinden bahsedilebilir mi, bu sorunun cevabının irdelenmesi gerekmektedir.

Bu konuda Danıştay’ın vermiş olduğu bir karara göre, “*ödenen vergilerin faiziyle birlikte iadesine hükmedilmesi istemi hakkında, Mahkemece, “182.505,00 Yeni Türk lirasının davalı İdareden alınarak davacıya verilmesine” şeklinde hüküm kurulması yerine, “...ödenen 182.505,00 YTL damga vergisinin davacıya iadesine...” denilmek suretiyle, vergi idaresi yerine geçilerek, idari işlem niteliğinde karar verilmesi sebebiyle Yargılama Hukuku kurallarına uygun olmamakla birlikte; bu husus, bozma sebebi olarak görülmemiştir*”<sup>52</sup>. Bir başka Danıştay kararında ise, “*dönem matrahının takdiri gerektiği sonucuna varan mahkemenin matrahı tayin ve tesbit etmesi gerekirken, takdir komisyonu kararını iptal ile yetinmesinde isabet görülmemiştir*”<sup>53</sup>. Dolayısıyla AY md.125 ve İYUK md.2 uyarınca idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilemezse de “*tespite yönelen yargı kararlarında*” bu husus ayrı bir nitelik kazanabilmektedir.

Bu doğrultuda, yargı mercii tarafından verilen kararın hukuki etkisi ile idarenin kararı uygulaması arasında bir ayırımın varlığı söz konusu olmaktadır<sup>54</sup>. Tespit davalarında kararın hukuksal etkisi, bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunu saptamaktan ibarettir. Ancak, tespit edici işlemin ve tespit davasının ayrı sonuçlara ulaşması halinde, tespit davasında verilen kararın idareyi belirli yönde işlem yapma yükümlülüğüne soktuğundan bahsedilebilir. Dolayısıyla bu ihtimalde

50 ÖZKOL, Adil, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s.24.

51 D10D. E.2012/2974, K.2016/1083, T.29.02.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.24.11.2019.

52 D7D. E.2009/1034, K.2010/1665, T.07.04.2010, (<https://legalbank.net>), Erişim T.20.03.2020.

53 D4D. E.1983/2799, K.1985/1246, T.24.04.1985, DD. Sayı:60-61, s.197.

54 KARAHANOĞULLARI, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, s.153.



idarenin yerine geçerek işlem tesis etmekten ziyade idareye “*yol gösteren*” bir halin varlığı söz konusudur<sup>55</sup>. Belirtmek gerekirse, yargı kararlarında “*idareye yol gösterilmesi idari işlem ve eylem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir*”<sup>56</sup>. Nitekim bu durum, olumsuz idari işlemlerin iptali ya da yürütmesinin durdurulması konusunda da ortaya çıkabilmektedir<sup>57</sup>. Buna koşut biçiminde tespit davası neticesinde idarenin yükümlülüğü, mahkemece tespit edilen “*hukuki gerçekliğe*” göre işlemin yeniden değerlendirmek ve buna göre tesis etmek olacaktır<sup>58</sup>.

Burada, tespit davası neticesinde verilecek kararlar hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu konusu sabitlenmiş olacağından; iptal davasından farklı olarak sadece hukuka uygunluk değerlendirmesi yapılmayacaktır<sup>59</sup>. Bu anlamda bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun saptanmasına bağlı olarak oluşan gereksinimin güvenilir ve hızlı biçimde sağlanması açısından tespit davalarının daha etkili olduğu söylenebilecektir. Nitekim tespit davası, ayrı bir dava türü olarak bir uyumsuzluğun çözümü bakımından yapılan tespitten ayrı biçimde, “*müstakil olarak*” yapılan saptamayı ifade etmektedir<sup>60</sup>. Bu kapsamda tespit edici işlemin unsurları yönünden hukuka uygunluk değerlendirmesinden ziyade, yöneldiği hukuki ilişkinin var olup olmadığını kavrayabilmenin yarar sağladığından tabii olarak bahsedilebilecektir.

Bu çerçevede örneğin, tespit edici işlemten farklı olarak tespit davası neticesinde bir kişinin emekli olduğuna karar verildiğinde; idarece o kişinin emekli statüsüne bağlı haklardan yararlanması için tespit edici işlem yapma ve uygulama yükümlülüğü doğmuş olacaktır<sup>61</sup>. İşte bu noktada, tespit davası neticesinde idarenin yerine geçerek karar alma yasağının ihlalden değil<sup>62</sup> ve fakat “*kararın hukuksal etkisi ve uygulanması*” hususlarına atıfta bulunmak gerekmektedir<sup>63</sup>. Bu doğrultuda tespit davaları neticesinde verilen kararların hukuki etkisinin, idareyi belirli yönde işlem yapmaya zorladığından bahsedilebilecektir<sup>64</sup>. Bununla birlikte idarenin görevli yargı mercii tarafından verilen yürütmenin durdurulması yahut iptal kararlarını dahi uygulamama eğiliminde olması<sup>65</sup>, tespit davası neticesinde elde edilecek kararların uygulanması yönünden de soru işaretleri yaratmaktadır.

55 GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.543.

56 AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.78.

57 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.78.

58 YAŞAR, H. Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, 2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.127.

59 DERDİMAN, s.91.

60 KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, s.149.

61 TAN, Turgut, “Sınav Notları ve Yargısal Denetim”, DD. Sayı:18, 1975, s.192.

62 Danıştay’ın, yargı mercii tarafından verilen kararın yarattığı hukuksal etki ile idarenin yerine geçerek işlem yapma hususunu birbirine karıştırdığı kararlara da rastlanılmaktadır. Örneğin, bir sözlü sınavın yapılması neticesinde kişinin başarısız olduğuna ilişkin işlemin iptali halinde, yargı yeri tarafından “*yeniden sınav yapılması konusunda idareye bir emir verilmesi yahut idarenin yerine geçerek işlem yapılması*” söz konusu olmayacak ve fakat idare, bu kararın yarattığı hukuki etki ve sonuçlara uygun davranma yükümlülüğü altına girecektir. Bkz. D11D. E.1974/5670, K.1976/752, T.26.02.1976, DD. Sayı:24-25, s.507.

63 KARAHANOĞULLARI, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, s.154.

64 ÖZSOYLU, Kırdar, “İdari Yargıda Tesbit Davalarının Yeri”, DD. Sayı:68-69, 1988, s.139.

65 ERKUT, İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı, s.89.



## **B. İDARİ İŞLEMİN TESİS EDİLMEDİĞİ HALLERDE AÇILACAK TESPİT DAVALARI YÖNÜNDEDEN**

Yetkili idari makamlar tarafından maddi olgunun veya hukuki durumun tespit edilmesi neticesinde işlemin muhatapları üzerinde doğan olumsuz sonuçlara bağlı olarak idari yargıda tespit davasının açılması gündeme gelebilecektir. Ancak, böyle bir işlem yoksa, bu durumda menfaati bulunan kişilerin mahkemeye başvurarak elde edeceği kararın idare bakımından sonuçlarının ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda doktrinde Candan, idari işlem ortada yokken tespit davası ile bir durumun saptanmasının idari rejime ters düştüğünü ve bunun idarenin görev alanına müdahale teşkil ettiğini ifade etmektedir<sup>66</sup>. Belirtmek gerekirse, ortada bir tespit edici idari işlem yokken açılacak tespit davası neticesinde elde edilen hüküm, maddi olguların saptanmasını sağlamayacaktır<sup>67</sup>. Bu bağlamda idarenin herhangi bir tasarrufu bulunmaksızın maddi olguların saptanmasına yönelik<sup>68</sup> delil tespiti kurumunun işletilmesi düşünülebilecekse de yukarıda değinildiği üzere, bunu bir dava türü olarak kabul etmenin imkanı bulunmamaktadır<sup>69</sup>. Dolayısıyla yazarın, bu hallerde açılacak dava neticesinde “*maddi olguların ilk-elden yargı kararıyla saptanmış olacağı*” ve idarenin bu yönüyle belirli sınırlara itileceği düşüncesi yersizdir. Zira maddi olguların doğrudan saptanmasına yönelik bir tespit davasının kabulü, söz konusu müessesenin varlığıyla çelişik bir durum arz edecektir<sup>70</sup>.

Ancak, hukuki ilişkilerin tespitinde maddi olguların değerlendirilmesi de söz konusu olduğundan; yargı mercii tarafından bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun saptanması, kimi hallerde idareye başkaca bir seçenek bırakmayabilir<sup>71</sup>. Örneğin, bir kişinin vatandaşlık statüsünün tespiti bakımından idari yargı mercii tarafından karar verildiğinde; bu karar AY md.138 ve İYUK md.28 uyarınca idare için bağlayıcı olacağından<sup>72</sup>, idarece maddi olguların saptanması neticesinde farklı bir sonuca varılsa da yargı kararını uygulama yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Başka bir anlatımla bu ihtimalde idare – önceden herhangi bir irade açıklamasında bulunmadığı halde – sadece “*yargı kararlarına uyma yükümlülüğü*” ile sınırlandırılmış bir çerçevede irade açıklamasında bulunacaktır<sup>73</sup>. İşte, hukuk

66 CANDAN, Tespit Davası ve İdari Yargı, s.4.

67 ÖZSOYLU, s.139.

68 ÖZAY, Yargısal Korunma, s.292-293; YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, s.146; SUNAY, Süheyla Ş., İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1997. s.36.

69 ÇAĞLAYAN, s.369.

70 Bu anlamda söz konusu tartışma tespit davası temelinde değil; maddi olguların tespitine yönelik ve bağımsız dava türü olarak yorumlanamayacak “*delil tespiti*” kurumu çerçevesinde yapılmalıdır. Bkz. ERDOĞDU, Tesbit Davaları, s.28; DERMİMAN, s.294; YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, s.146.

71 ÖZSOYLU, s.139.

72 Nitekim AY md.138 uyarınca yargı kararlarına uyma zorunluluğu bakımından herhangi bir istisnanın getirilmediği görülmektedir. Bu anlamda bir idari işlemin hukuka aykırılığını saptamanın yanında o hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunu belirleyen tespit davaları bakımından da söz konusu kararların idare için bağlayıcı olacağından ve idarenin İYUK md.28 kapsamında söz konusu yargı kararını gecikmeksizin uygulama yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilecektir. YILDIRIM, Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2001, s.158-159. Esasen devletin bu konuda pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi, “*hak arama özgürlüğü*” ve “*adil yargılanma hakkı*” ile doğrudan ilgilidir. İNCEOĞLU, Sibel, “Hukuk Devletinın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, 2015, s.98.

73 İdari yargılama hukukunda, kişilerin mahkemeye “*doğrudan talepte bulunduğu hallerde işin esası bakımından verilecek kararların*” idari işlem veya eylem niteliğinde yargı kararı verilmesi yasağının ihlalini teşkil ettiği hakkında bkz.

düzeninde yaşanabilecek bu gibi çatışmaların önlenmesi ve idarenin yargı kararlarına uyma eğiliminin artırılması bakımından<sup>74</sup> tespit davalarının, Alman idari yargılama hukukunda olduğu gibi<sup>75</sup>, idari işlemin yapılış süreciyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir<sup>76</sup>. Başka bir deyişle, “*idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir tespit edici işlemi yapmaması hali veya yaptığı tespit edici işlemi*” tespit davasına konusu edilebilecektir<sup>77</sup>. Nitekim doktrinde Tan da “*hukuksal durumu saptama görevinin idareye bırakılmadığı durumlarda (=yükümlü olmadığı durumlar)*” doğrudan doğruya idari yargı yerine başvurulabileceğini; ancak, hukuksal durumun saptanması hususunda idareye “*pozitif bir yükümlülük getirilmişse*” bu durumda öncelikle idareye başvurusu gerektiğini ifade etmektedir<sup>78</sup>.

Bu anlamda, aksi durumun kabulünün AY md.125 hükmüne aykırılık teşkil edebileceğinden bahsedilebilir<sup>79</sup>. Esasen, idari yargılama hukukunda idari davalardan bahsedilirken; davaya konu olan bir idari işlem, idari eylem yahut idari sözleşmenin varlığına referans verilmektedir<sup>80</sup>. O halde, – hukuki durumların saptanması bakımından idareye bu yönde pozitif bir yükümlülük getirilmişse<sup>81</sup> – ayrı bir dava türü olarak tespit davalarının da bu kaideden ayrı tutulmasını haklı gösteren bir sebep bulunmamaktadır. Bu bağlamda, söz konusu hallerde idarece ilgilinin istemi reddedilmişse ya da idarenin tesis ettiği işlem ilgilileri tatmin etmiyorsa, hukuki menfaatin bulunduğu ölçüde; idari işlem ilgililerce dava konusu edilerek hukuk ilişkinin tespiti istenebilecektir<sup>82</sup>.

## V. SONUÇ

Tespit davalarının idari yargılama hukukunda dava türleri arasında gösterilmemesi, bu dava türünün idari yargılama hukukunda uygulama alanı bulamayacağı yönündeki olumsuz nitelikteki

AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.79.

74 CANDAN, Tespit Davası ve İdari Yargı, s.5.

75 Doktrinde Oder/Ayanoğlu'nun ifade ettiği üzere, “§113 VwGO uyarınca, *idari işlemin yapılmasının reddinin veya yapılmamasının hukuka aykırı olduğunu tespit eden mahkeme, – eğer idarenin belirli tespitler yapması gerekmiyorsa veya idareye bırakılmış bir takdir alanı yoksa – idarenin talep edilen işlemi yapma yükümlülüğünde olduğu kararını verir. İdarenin tespit yapması gerekiyorsa veya bir takdir alanı varsa, idarenin, mahkemenin hukuksal kanaatini dikkate alarak işlem yapma yükümlülüğü olduğuna karar verilir*”. ODER/AYANOĞLU, s.117; ERDOĞDU, Ahmet, “Almanya’da Tespit ve İptal Dâvalarının Uygulama Biçimi”, DD. Sayı:2, 1971, s.62-63. Doktrinde Fromont, Alman idari yargılama hukukunda idari işlemin var olmadığı durumlarda “*idarenin faaliyetleri karşısında yargısal korunmanın tespit davası ile sağlanabileceğini*” ifade etmektedir. Hemen vurgulayalım ki; burada idari işlemin var olmadığı durum ifadesiyle kastedilen, idarece herhangi bir irade veya tutum ortaya konulmaksızın mahkemece maddi olguların tespiti değildir. Burada anlatılmak istenen esasen, idarenin bir faaliyeti kapsamında olumsuz tutumuna yönelik, bir hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun saptanmasından ibarettir. Bu nedenledir ki yazar, “*bireylerin idari faaliyetler karşısında korunması*” ifadesini kullanmıştır. FROMONT, Michel, “Avrupa Topluluğu’na Üye Devletlerde, İdari Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu” (çev. ERKUT, Celal), İHİD, Cilt:7, Sayı:1-3, 1986, s.61.

76 Benzer biçimde AB yargılama hukukunda da Canın belirttiği üzere, maddi vakanın doğrudan tespiti yapılmamakta olup maddi olayın algılanması bakımından idarece yapılan idari işlemlere dayalı bir değerlendirme yapılması yoluna gidilmektedir. Bkz. CAN, Hacı, “Avrupa Birliği Yargılama Hukukunda Maddi Olayın Tespiti”, Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:43, 2013, s.8.

77 ODER/AYANOĞLU, s.119.

78 TAN, İdare Hukuku, s.1159.

79 D11D. E.1974/7105, K.1974/2261, T.21.11.1974, DD. Sayı:18-19, s.616.

80 ÖZAY, Yargısal Korunma, s.149-150.

81 TAN, İdare Hukuku, s.1159.

82 TAN, İdare Hukuku, s.1159.

çıkarmı da beraberinde getirmektedir. Esasen bireylerin yargısal yola başvurması bakımından belirli hukuki durumların tespitinde hukuki menfaatinin bulunması, tespit davalarının bu noktada gerekli olduğunu da göstermektedir. Belirtmek gerekirse, idari yargılama hukukunda yer alan delil tespiti müessesesinin yalnızca maddi olguların saptanmasına yönelmesi karşısında, hukuki durumların tespiti bakımından tespit davalarına gereksinim bulunmaktadır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesinin içtihatlarında da ortaya konulduğu üzere, kamu hukuku ilişkisinin bulunduğu hukuki uyuşmazlıkların çözümünün idari yargı düzeninde olması gerektiği açık olduğundan; adli yargıda var olan tespit davasının çözüm sağlamaktan uzak olduğu ifade edilebilecektir. Bu bağlamda idari yargılama hukukunda tespit davalarının uygulama alanı bakımından kendine özgü özelliklerinin bulunduğu ve bir gereklilik olarak ortaya çıktığından bahsedilebilecektir. Bunun yanında, tespit davaları neticesinde verilen hükmün idarenin yerine geçerek işlem tesis etme yasağını ihlal ettiği yahut sınırlı sayıda dava türünün bulunması nedeniyle bu davaların idari yargılama hukukunda hiçbir şekilde uygulama alanı bulamayacağı yönündeki genellemelerin bireylerin hak arama hürriyetlerini olumsuz yönde etkilediği belirtilebilir. Oysa tespit davalarının uygulama alanı bulunması halinde, hukuki menfaati bulunan bireylerin diğer dava türlerine başvurmaksızın uyuşmazlığı çözebilme imkanın önü açılacak ve bu sayede idari yargının ağır iş yükünün hafifletilmesi de sağlanabilecektir. Bu doğrultuda hukuk devleti ilkesine koşut olarak hak arama hürriyetini sınırlayan bu gibi önsel çıkarımların önüne geçilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir.

## Kaynakça

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- AUBY, Jean-Bernard, "Administrative Law in France", Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States (A Comparative Analysis) (ed. SEERDEN, René/STROINK, Fritz), Intersentia, Antwerpen-Groningen, 2002, (ss.59-90).
- BİLGİN, Pertev, "İdari Uyuşmazlıklar, Hukuki Nitelikleri, Çözüm Usulleri", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Bildiri Özetleri, Danıştay Yayınları, Ankara, 1993, (ss.148-193).
- BULL, H. Peter/MEHDE, Veith, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Baskı, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.
- CAN, Hacı, "Avrupa Birliği Yargılama Hukukunda Maddî Olayın Tespiti", Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:43, 2013, (ss.7-17).
- CANDAN, Turgut, "Tespit Davası ve İdari Yargı", DD. Sayı:72-73, 1989, (ss.3-7).
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 11.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- DEFOORT, Benjamin, La décision administrative, LGDJ, Paris, 2015.
- DERDİMAN, R. Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, Alfa Aktüel Yayıncılık, Bursa, 2014.
- DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Doğu Matbaası, Ankara, 1962.
- DURAN, Lütfi, "İdari İşlem Niteliğinde Vergi Kararlarıyla Vergi Davalarının Çözümü (II)", Amme İdaresi Dergisi, Cilt:21, Sayı:1, 1988, (ss.63-77).
- DURŞUN, Hasan, "İdari Yargıda Tespit Davasına Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur", Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:24, 2008, (ss.111-135).

- ERDOĞDU, Ahmet, “Tespit Davası”, DD. Sayı:3, 1971, (ss.12-31).
- ERDOĞDU, Ahmet, “Almanya’da Tespit ve İptal Dâvalarının Uygulama Biçimi”, DD. Sayı:2, 1971, (ss.59-63).
- ERGEN, Cafer, İdari Yargı Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ERKUT, Celal, “İ.Y.U.K. Çerçevesinde İdari Dava Türleri ve Bazı Usuli Değişiklikler”, İÜHF, Cilt:51, Sayı:1-4, 1985, (ss.221-235).
- ERKUT, Celal, “Tespit Davasının İdari Bir Dava Türü Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorununa Uyuşmazlık Mahkemesinin Yaklaşımı”, İHİD, Cilt:11, Sayı:1-2, 1990, (ss.6-17).
- ERKUT, Celal, “İdari Yargıya Başvuru Haklarının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara 11-12 Mayıs 2000, Danıştay Yayınları, Ankara, 2000, (ss.89-96).
- ERKUT, Celal/SOYBAY, Selçuk, Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- FİŞ ÜSTÜN, Gül, “Yatırımcıları Koruma Fonu Tarafından Tesis Edilen İdari Para Cezası Bildirim Tutanaklarının Niteliği”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2011, (ss.64-72).
- FROMONT, Michel, “Avrupa Topluluğu’na Üye Devletlerde, İdari Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu” (çev. ERKUT, Celal), İHİD, Cilt:7, Sayı:1-3, 1986, (ss.37-71).
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt-II, 3.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- GÜNDAY, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:14, 1997, (ss.347-358).
- GÜRAN, Sait, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, İÜHF (Ord. Sulhi Dönmezer’e Armağan), Cilt 52, Sayı:1-4, 1985, (ss.35-45).
- İNCEOĞLU, Sibel, “Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, 2015, (ss.85-108).
- KALABALIK, Halil, İdari Yargılama Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2016.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, “İdari İşlem Niteliğinde Yargı Kararları ve Vergi Davaları”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, (ss.199-214).
- KARAHANOĞULLARI, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdarî İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, İdari Yargı İdarenin Hukuka Zorlanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KURU, Baki, Tesbit Dâvaları, AÜHF Yayınları, Ankara, 1963.
- ODER, Burak/AYANOĞLU, Taner, “Yorum ve Tespit Davaları”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, Ankara, 2003, (ss.105-140).
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim II: Yargısal Korunma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÖZKOL, Adil, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Açısından İdari Yargının Görev Alanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- ÖZSOYLU, Kırdar, “İdari Yargıda Tesbit Davalarının Yeri”, DD. Sayı:68-69, 1988, (ss.136-139).
- PAZARCI, Ayşe Almıla, İdarî Yargılama Hukuku Açısından Tespit Davasının Uygulanabilirliği, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2014.

- PRÉVÉDOUROU, Eugénie, Les recours administratifs obligatoires étude comparée des droits Allemand et Français, LGDJ, Paris, 1996.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 12.Baskı, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.
- SUNAY, Süheyla Şenlen, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1997.
- TAN, Turgut, “Sınav Notları ve Yargısal Denetim”, DD. Sayı:18, 1975, (ss.187-192).
- TAN, Turgut, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- TANRIVERDİ, Ayşe Almila, “Danıştay Beşinci Dairesinin 03.02.1988 Tarih, 1987/2333 E. 1988/408 K. Sayılı Kararı Uyarınca Danıştay’ın Tespit Davasına Bakışı”, 5.İdare Hukuku Buluşması “Danıştay Kararı İncelemeleri” 4-6 Mayıs 2018, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, (ss.107-116).
- ULUSOY, Ali D., İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- YASİN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- YAŞAR, H. Nuri, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILDIRIM, Turan, “Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay 133. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, 2001, (ss.153-164).
- ZABUNOĞLU, Yahya K., İdare Hukuku Cilt-II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

#### ***Yararlanılan İnternet Kaynakları***

- <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr>
- <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>
- <http://www.mevzuat.gov.tr>
- <http://www.uyusmazlik.gov.tr>
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://emsal.yargitay.gov.tr>
- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.resmigazete.gov.tr>
- <http://www.kazanci.com>

## 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 142/2-a'daki Kişinin Ölümüne İlişkin Nitelikli Halin Değerlendirilmesi

### Assessment of the Qualified Theft Relating to Taking Advantage of the Death of a Person in Article 142/2-a of Turkish Penal Code No. 5237

Ahmet KILIÇ\* 

#### Öz

Kişinin ölmesinden yararlanmak, ilk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile hırsızlık suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemede ölüme kimin sebebiyet verdiği üzerinden bir sınırlamaya gidilmemiştir. Kanunun gerekçesinde de aydınlatıcı bir açıklamaya yer verilmemesi, söz konusu nitelikli hal ile başta yağma olmak üzere çeşitli suçlar arasındaki farkın ve ilişkinin tespitinde farklı görüşlerin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Çalışmamızda, hırsızlık suçunda ölümden yararlanmaya ilişkin nitelikli hale yer verilmesinin ceza hukuku kurumlarının uygulanması bakımından sebebiyet verdiği ayrık durumlar tespit edilecektir. Ayrıca doktrindeki ihtilafı hususlara ilişkin görüşümüz bildirilerek söz konusu nitelikli halin yerindeliği değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hırsızlık, Yağma, Kasten Öldürme, Zilyetlik, Kişinin Ölmesinden Yararlanma

#### Abstract

With the Turkish Penal Code No. 5237, taking advantage of the death of a person is regulated as a qualified form (aggravating reason) of theft crime for the first time. However, the code sets no limitation in terms of the person, who caused the death. The lack of an enlightening explanation in the justification of the Turkish Penal Code No. 5237 has led to the formation of different opinions regarding the determination of the differences or relationships between the qualified theft and other various crimes, particularly robbery. In our study, the discrete cases caused by the applications of the regulations made by the criminal law institutions in terms of taking advantage of the death of a person in theft crime will be determined. Also, a position will be taken on the disputed issues in the doctrine, and the appropriateness of the qualified theft state will be evaluated.

**Keywords:** Theft, Robbery, Intentional Killing, Possession, By Taking Advantage of the Death of a Person

\* Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: a.kilic@ybu.edu.tr.

## GİRİŞ

İlk defa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile hırsızlık suçunun kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, söz konusu nitelikli hal ile yağma başta olmak üzere malvarlığına karşı işlenen diğer suçlar arasındaki ilişkinin tespitini gerektirmektedir. Ayrıca bu nitelikli hal, mağdur ve hata gibi ceza hukuku genel hükümler kurumları bakımından farklılık arz etmektedir.

Öncelikle yürürlükte bulunan bir kanuni düzenleme olmasından bahisle TCK m. 142/2-âdaki kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu mağdur ve hata kurumları bakımından incelenecektir. Ardından özellik arz eden çeşitli suçlar ile söz konusu nitelikli hal arasındaki ayırım ve içtima ilişkisi irdelenecektir. Bu kapsamda yağma suçunun unsuru olan cebir ile söz konusu nitelikli haldeki kişinin ölmesinden yararlanma durumu mukayese edilecektir. Son olarak ise TCK ile getirilen bu nitelikli halin yerindeligi üzerine değerlendirmede bulunulacaktır.

### I. MAĞDUR

Suçun maddi unsurlarından biri olan mağdur, suçun konusunun sahibi olan gerçek kişidir<sup>1</sup>. Tüzel kişiler suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilseler bile suçun mağduru olamazlar<sup>2</sup>. Suçun konusunun belli bir kişiye ait olmaması durumunda toplumu oluşturan herkes mağdurdur<sup>3</sup>. Ayrıca gerçek kişinin mağdur olabilmesi için tipik fiilin icrası esnasında hayatta olması gerekmektedir<sup>4</sup>.

Hırsızlık suçundaki korunan hukuki yarara ilişkin farklı görüşlere paralel olarak bu suçun mağduru bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler özellikle malik ve zilyedin somut olayda ayrıştığı durumlar bakımından önem arz etmektedir. Doktrinde malik ve zilyedin farklı kişiler olması halinde sadece malikin<sup>5</sup> veya sadece zilyedin<sup>6</sup> mağdur olacağına ilişkin görüşlerin yanı sıra hem malik hem de zilyedin<sup>7</sup> mağdur olabileceğine yönelik görüşler de bulunmaktadır. Kanaatimizce hırsızlık suçunun mağduru, TCK m. 141'in lafzında da belirtildiği üzere zilyettir. Zilyet ve malikin farklı kişiler olduğu hallerde mağdur sadece zilyet olacak, malik ise suçtan zarar gören olarak

1 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 116; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2018, s. 217; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 303.

2 ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14), s. 218; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (11), s. 304.

3 AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 337; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (11), s. 116.

4 ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14), s. 218.

5 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2017, s. 646.

6 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 556; GÖKCEN, Ahmet/ERDİN, Selim/ŞENERDOĞAN, Büşra, "Hırsızlık Suçu", Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Ankara 2018, s.10.

7 ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s. 614; YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (m.141-147), Adalet, Ankara 2013, s. 21.



nitelendirilecektir<sup>8</sup>. Ayrıca zilyet ve malikin aynı kişi olduğu hallerde zilyetliğin ihlali mülkiyet hakkının da ihlali anlamına gelecektir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 599 gereği miras bırakanın ölümüyle birlikte miras bırakana ait hak, borç ve zilyetlikler mirasçılara geçer. Her ne kadar ceza hukuku ile özel hukuk arasında zilyetliğe verilen anlam bakımından farklılıklar olsa da ölen kişinin sahip olduğu zilyetliklerin ölümle birlikte mirasçılara geçeceği ceza hukuku bakımından da kabul edilmelidir<sup>9</sup>. Buna göre TCK m. 142/2-adaki kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçunun mağduru yasal ve atanmış mirasçılar olacaktır<sup>10</sup>. Kişinin mirasçı bırakmadan ölmesi halinde TMK m. 501'deki "*Mirasçı bırakmaksızın ölen kimsenin mirası Devlete geçer.*" hükmü gereği zilyetlik ve mülkiyet devlete geçeceği için hırsızlık suçunun mağduru toplumu oluşturan herkes olacaktır<sup>11</sup>. Devlet ise suçtan zarar gören olarak nitelendirilecektir.

Mağdur bahsinde, vasiyet alacaklısı ile atanmış mirasçı arasındaki fark önem arz etmektedir. TMK m. 516'ya göre atanmış mirasçı, miras bırakanın ölüme bağlı tasarruf işlemiyle mirasın tamamı veya belli bir oranı üzerinde külli halef olan kişidir. Ölüme bağlı tasarruf işlemiyle kendi lehine belli bir mal bırakılan kişi (vasiyet alacaklısı) ile atanmış mirasçı farklıdır. Miras bırakan, kişinin külli halef statüsüne girmeksizin terekeye dahil bazı malların sahibi olmasını istemişse belli bir mal bırakma (vasiyet alacaklısı) söz konusudur<sup>12</sup>. Atanmış mirasçı, miras bırakanın ölmesiyle birlikte tereke üzerinde elbirliği şeklinde mülkiyet hakkı kazanırken; vasiyet alacaklısı, TMK m. 600/1 gereği alacak hakkına sahip olur<sup>13</sup>. Hırsızlık suçunun mağduru bakımından yasal mirasçı ile atanmış mirasçı arasında herhangi bir fark yoktur. Ancak vasiyet alacaklısı külli halef olmadığı için kişinin ölmesinden yararlanarak işlenen hırsızlık suçunun mağduru olamaz.

Kişinin ölmesinden yararlanarak mirasçılardan birisi terekeye dahil malları yarar sağlamak maksadıyla alabilir. Burada mirasçı, ilgili malı diğer mirasçılardan habersiz kendi zilyetliğine geçirmek amacıyla hareket edebileceği gibi mirastan kendi payına düşen miktarı doğrudan tahsil etmek amacıyla da hareket edebilir. Bu amaçlardan herhangi biriyle hareket eden mirasçı fail, diğer mirasçılar mağdur olacaktır. Kendi payı üzerinde tasarrufta bulunma amacıyla hareket eden mirasçının da fail olma nedeni, miras bırakanın ölmesiyle birlikte terekeye dahil mallar üzerindeki mülkiyet hakkının elbirliği mülkiyeti şeklinde kurulmasıdır. Her ne kadar miras bırakanın öldüğü anda her bir mirasçının miras payı belli olsa da elbirliği mülkiyet ilişkisinin bulunması nedeniyle bu pay üzerinde mirasçı tek başına tasarrufta bulunmaz<sup>14</sup>. Bu nedenle mirasçının tek başına yapmış

8 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 556.

9 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 577.

Ancak bu geçişin bazı istisnaları olduğu ve bu durumlarda kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçunu oluşturabileceği kanaatindeyiz. Çalışmanın devamında bu husus değerlendirilecektir.

10 Benzer yönde görüş için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (13), s. 614.

11 ERTUĞRUL, Hüseyin, "Hırsızlık Suçunun İşlenmesinden Önce Malikin Öldürülmesi Durumunda Mağdurun Tespiti", Ceza Hukuku Dergisi, Y.:2010, C.:5, S.:12, s. 258.

12 KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 148-151.

13 EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 70; KILIÇOĞLU, Miras Hukuku, (6), s. 148-151.

14 EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 136.

olduğu tasarruf işlemi niteliğindeki işlemler veya terekedeki herhangi bir malı kendi miras payına özgülemesi diğer mirasçılarının mülkiyet hakkını ihlal edecek, onların hırsızlık suçunun mağduru olmalarına neden olacaktır.

Mirasçılardan birinin miras bırakanın ölmesinden yararlanarak hırsızlık suçunu işlemesi halinde TCK m. 142/2-’daki daha ağır cezaı gerektiren nitelikli halin yanı sıra TCK m. 144/1-’da yer alan “*Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde*” şeklindeki daha az cezaı gerektiren nitelikli hal de oluşacaktır. Her iki nitelikli halde de alt ve üst sınır gösterilerek cezanın belirlenmesi nedeniyle somut olayda cezalandırmanın nasıl yapılacağıın tespiti gerekmektedir. Bu hususa ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce failin lehine yorum yapılmalı ve TCK m. 144’teki daha az cezaı gerektiren nitelikli hallerin varlığı halinde temel ceza bu maddeye göre belirlenmelidir<sup>15</sup>. Buna göre kişinin ölmesinden yararlanılması sadece temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek bir kriter niteliğindedir.

Mağdur bahsinde değerlendirilecek son husus, söz konusu nitelikli hal bakımından sadece mirasçılarının mı mağdur olabileceği yoksa ölen kişiyle mirasçılık ilişkisi olmayan kişilerin de mağdur olabileceği mi sorusudur. Bu soru, söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için hırsızlık konusu malın zilyetliğinin ölen kişide olmasının yeterli mi olduğu, yoksa mutlaka mülkiyetinin de ölene mi ait olmasının gerektiği sorusuyla doğrudan bağlantılıdır. Örneğin depoyu koruyan bekçi depodaki eşyalar bakımından özel hukuk hükümleri gereği zilyet yardımcısıdır<sup>16</sup>. Ancak ceza hukuk doktrinindeki zilyet yardımcılarının da hırsızlık suçu bakımından zilyet sayılacağına ilişkin görüş<sup>17</sup> benimsenirse depodaki eşyaların çalınması halinde zilyet yardımcısından yararlanmasına rağmen kendi zilyetliğini devam ettiren malikin yanı sıra bekçi de mağdur olarak nitelendirilecektir. Bu durumda bekçi, hırsızlık suçu bakımından depodaki eşyaların zilyedi olmasına rağmen bu eşyaların maliki değildir. Kanaatimizce, fail, bekçinin ölmesinden yararlanarak depodaki malları yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alırsa TCK m. 142/2-’daki nitelikli hal oluşur. Söz konusu nitelikli halin kanuni düzenlemesindeki *kişi* ifadesini ceza hukuku hükümleri gereği suç konusu mala ölmeden önce zilyet olan kişi olarak değerlendirmek yerinde olacaktır. Diğer bir deyişle, kanundaki *kişi* ifadesi, ölmeseydi hırsızlık suçunun mağduru olacak kişiyi ifade etmektedir. Bu durumda nitelikli hırsızlığın mağduru bekçinin mirasçıları değil, depodaki malların maliki olan ve hem ceza hukuku hem de özel hukuk hükümleri gereği zilyet olan kişi olacaktır<sup>18</sup>.

15 Benzer yönde görüş için bkz. ŞEN, Ersan, “Hırsızlık Suçları”, Ankara Barosu Dergisi, Y.:2012, S.:3, s. 345; MERAN, Necati, Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 87; AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (3), s. 834.

Yargıtay’ın TCK m. 144’e ilişkin yaklaşımı da bu yöndedir. Bkz. Yargıtay 2. CD, 16.05.2018, E. 2016/648, K. 2018/6391; Yargıtay 2. CD, 23.05.2018, E. 2016/819, K. 2018/6715; Yargıtay 13. CD, 04.02.2019, E. 2018/9257, K. 2019/1247.

16 ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 161.

17 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 578; GÖKCEN/ERDİN/ŞENERDOĞAN, “Hırsızlık Suçu”, s. 7.

18 Çalışmanın devamında mirasçılar dışındaki kişilerin mağdur olduğu hallerin ifade edilmesinde mülkiyet hakkı üzerinden değerlendirmede bulunulacaktır. Bu değerlendirme, mülkiyet hakkına sahip olan kişinin aynı zamanda zilyet olduğu kabulüne dayanmaktadır. Mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile zilyedin farklı kişiler olduğu hallerde zilyedin mağdur olacağı aşikardır.

## II. HATA

Hata, failin tasavvuru ile gerçeğin birbirine uymaması anlamına gelen, bilmemek veya yanlış bilmek şeklinde iki görünüm biçimi olan ceza hukuku kurumudur<sup>19</sup>. Kişinin ölmesinden yararlanarak işlenen nitelikli hırsızlık bakımından suçun maddi unsurlarında ve nitelikli hallerde hata söz konusu olabilir. Ayrıca hataya ilişkin durumlar değerlendirilmeden önce ifade etmek gerekir ki, TCK m. 142/2-âda iki farklı nitelikli hale yer verilmiştir. Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından yararlanmak ve ölmesinden yararlanmak farklı nitelikli hallerdir. Bu farklılık hata bahsinde önem arz etmektedir.

Fail, kişinin ölüp ölmediği hususunda hataya düşebilir. Bu husustaki hatanın birden fazla boyutu vardır. Öncelikle bu durumda mağdurun kimliğinde hataya düşülmüş olur. Zira kişi ölmüşse mirasçıları veya başka bir kişi mağdur olacak iken kişi ölmemişse mağdur kendisi olacaktır. Mağdurun şahsına ilişkin söz konusu hata hırsızlık suçunun temel halinin oluşması bakımından önem arz etmez. Failin tasavvurunun konusu ile dış dünyada icra edilen fiilin konusu eşit değildir. Bu nedenle, fail hata içinde olsa bile hırsızlık suçunun temel hali oluşmuştur. Ancak söz konusu hata daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından önem arz etmektedir. Fail, yerde hareketsiz yatmasından bahisle kişinin öldüğünü düşünerek malı alması durumunda kişi baygın olduğu için yerde yatıyorsa failin tasavvuru kişinin ölmesinden yararlanmaya ilişkin olmasına rağmen kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından yararlanılmış olmaktadır. Failin tasavvuru ve dış dünyada meydana gelen değişikliğin daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından farklılığı TCK m. 30/2 gereği failin lehine sonuç doğurur. Bu durumda failin cezai sorumluluğu, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale ilişkin bir hata halinde suçun temel haline göre, daha az cezayı gerektiren nitelikli hale ilişkin bir hata halinde ise bu nitelikli hale göre tespit edilir<sup>20</sup>. Somut olaydaki hata halinde fail hırsızlık suçunun temel halinden sorumlu olacak, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal cezai sorumluluğunun tespitinde önem arz etmeyecektir. Bu sonuç, failin yerde yatan ölünün baygın olduğunu düşünerek hareket ettiği hal bakımından da geçerli olacaktır. Kısaca, söz konusu iki nitelikli halin aynı bentte düzenleniyor olması iki nitelikli hal arasındaki hatanın önemsiz olacağı ve failin nitelikli halden sorumlu olacağı anlamına gelmez.

Mirasçılardan birinin fail olduğu hallerde de hata hali olabilir. Yukarıda ifade edildiği gibi mirasçılardan birinin fail olması halinde temel ceza TCK m. 144'teki alt ve üst sınıra göre belirlenecektir. Bu nedenle elbirliği mülkiyet bakımından düşülen hata önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerekçede yer alan "(a) *bindinde müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan bir malın çalınması durumu düzenlenmiştir. Suçun bu şeklinin oluşması için failin malın hukukî durumunu bilmesi gerekir.*" şeklindeki ifade TCK m. 30/2 karşısında herhangi bir anlam ihtiva etmemektedir. Zira malın hukuki vasfının bilinmemesi bir hata halidir ve fail, TCK m. 30/2'ye göre hatasından yararlanır. TCK m.

19 ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14), s. 464; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (11), s. 251.

20 ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 477; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (11), s. 570-571.

30/2'nin uygulama alanı gerekçeye eklenen bir açıklama ile sınırlanamaz. Fail, mirasçı olduğunu veya miras bırakanın ölmüş olduğunu bilmeksizin hırsızlık suçunu gerçekleştirse bile TCK m. 30/2 gereği hatasından yararlanacak ve temel ceza TCK m. 144'e göre belirlenecektir. Kişinin ölmüş olmasından yararlanması bu durumu değiştirmeyecektir. Örneğin, atanmış mirasçı olduğunu bilmeksizin tereye dahil bazı mallar üzerinde miras bırakanın ölmesinden yararlanarak hırsızlık suçu icra eden kişi TCK m. 144'e göre cezalandırılacaktır. Kişinin kendisini mirasçı zannetmesine rağmen mirasçı olmadığı hallerde de aynı sonuç geçerli olacaktır.

### III. KİŞİNİN ÖLMESİNDEN YARARLANMAK SURETİYLE İŞLENEN HIRSIZLIK SUÇU İLE DİĞER SUÇLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ

142/2-âdaki kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu ile yağma, kasten öldürme, kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçları başta olmak üzere çeşitli suçlar arasındaki farkın ve içtima ilişkisinin tespiti önem arz etmektedir.

İlk olarak ifade etmek gerekir ki, kişinin fail tarafından öldürüldüğü hallerde de TCK m. 142/2-âdaki nitelikli halin oluşabileceği kanaatindeyiz<sup>21</sup>, <sup>22</sup>. Zira kanun maddesinde açıkça bir sınırlama yapılmaksızın kişinin ölmesi ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay ise, farklı yönde kararları olmakla birlikte<sup>23</sup>, kişinin fail tarafından öldürüldüğü hallerde hırsızlık kastının ölümden sonra oluşması şartıyla bu nitelikli halin oluşabileceğini kabul etmektedir<sup>24</sup>. Mağdurun öldüğü hallerde değerlendirme konusu olabilecek bir diğer malvarlığına karşı suç yağmadır. Bu durumda, TCK m. 142/2-âdaki nitelikli halin de oluşabilecek olması nedeniyle bu nitelikli hal ve yağma suçunun birlikte değerlendirilerek somut olaylara izahat vermekte yarar vardır. Bu suçlar arasındaki sınırı belirleyebilmek için ise yağma suçunun unsuru olan cebirin açıklanması gerekmektedir.

Yağma suçu, hırsızlık ile cebir veya tehditten oluşan bir bileşik suçtur. Buna göre yağmanın oluştuğundan söz edebilmek için somut olayda mutlaka cebir veya tehdidin tespiti gerekir. Söz konusu cebirin tespiti bakımından ise TCK m. 108'deki düzenlemeden hareket edilmelidir. TCK m. 108'deki düzenlemeye göre cebir, kasten yaralama suçundan kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı etki doğurması yönüyle farklılaşmaktadır. Bu nedenle cebirden bahsedebilmek için kasten yaralama suçunun unsurlarının somut olayda gerçekleşmesi gerekli olmakla birlikte bu unsurlar yeterli değildir. Kastensiz yaralamayı oluşturan hareketin mağdurun iradesi ve davranışları

21 Benzer yönde görüş için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 598.

22 Madde gerekçesinde "Bu bent hükmünün uygulanabilmesi için, kişinin malını koruyamayacak duruma fail tarafından getirilmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, duruma göre, yağma suçunun veya bir başka suçu işlemek amacıyla kasten öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir." ifadesi yer almaktadır.

23 İlgili kararlar için bkz. Yarg. 1. CD, E. 2016/4887, K. 2017/247; Yarg. 1. CD, 11.12.2010, E. 1715, K. 9296 (ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 4802.).

24 İlgili kararlar için bkz. YCGK, 24.01.2017, E. 2015/349, K. 2017/23; YCGK, 23.05.2017, E. 2017/88, K. 2017/290; YCGK, 13.05.2014, E. 2013/539, K. 2014/253.

üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirmesi gerekir<sup>25</sup>. İradenin zorlanmaksızın tamamen ortadan kaldırıldığı mutlak kuvvet (*vis absoluta*) hallerinde cebir söz konusu değildir<sup>26</sup>. İrade üzerindeki zorlayıcı etkinin tespiti yağma suçu bakımından da gereklidir. Suç konusu malın alınması veya teslim edilmesi bakımından mağdurun iradesi cebirle ifsada uğratılmamışsa yağma suçu oluşmaz<sup>27</sup>. Ayrıca cebir ile malın alınması arasında amaçsal birlikteliğin bulunması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Buna göre, yağma kastıyla uygulanan cebir sonucu zilyedin ölmesinden sonra malın alınması halinde, mağdurun suçun tamamlanma anına kadar hayatta olması gerektiği ve hayatta olmaması nedeniyle yağma suçu bakımından gerekli olan bir iradenin malın alındığı esnada söz konusu olmaması nedeniyle tamamlanmış yağma suçunun oluşmayacağı kanaatindeyiz<sup>29</sup>, <sup>30</sup>. Failin yağma, cebir, yaralama veya öldürme kastıyla hareket etmesi; ölüm neticesine kast veya taksirle

25 Bu durum TCK m. 108'in gerekçesinde "Latince karşılığı "vis compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir." şeklinde ifade edilmektedir.

26 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 432.

27 Çalışmamızın konusu bakımından önem arz etmediği için yağma suçu kapsamında tehdiye ilişkin değerlendirme yapılmamakta, sadece cebir değerlendirilmektedir.

28 ŞENERDOĞAN, Büşra, "Yağma Suçu", Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Ankara 2018, s. 87; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 644.

29 Bu hususa ilişkin bileşik suçların geneli bakımından tipikliğin maddi unsurlarından biri olan suçun konusuyla bağlantılı bir değerlendirme yapılabilir. Türk ceza hukuku doktrininde hakim olan görüşe göre her suçun bir konusu bulunmaktadır ve suçun konusu, fiilin yöneldiği kişi veya şey olarak tanımlanmaktadır. (ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14), s. 213; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (11), s. 118; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (11), s. 306.) Doktrinde, iki suçun bir araya gelerek oluşturduğu ve bu suçların koruduğu hukuki değerlerin tamamını koruyan bileşik suçlardaki konunun tespitinde de bu tanıma sıkı sıkıya bağlı kalınmakta; kanun koyucu tarafından unsur haline gelmiş suçlara ait hukuki değerlerden hangisine üstünlük tanındığı tespit edilerek o suça ait konunun bileşik suçun da konusunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Korunan hukuki değerlerden hangisine üstünlük tanındığı ise bileşik suçun kanundaki yerine göre belirlenmektedir. (Bkz. TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 288.) Ancak, kanaatimizce, iki suçun unsur haline gelerek oluşturduğu bileşik suçun iki ayrı konusunun olduğu söylenebilir. Buna göre unsur haline gelen iki suçun konularının bileşik suçun oluşması için somut olayda mevcut olması gerekir. Somut olayda, hırsızlık suçunun konusu taşınır maldır. Cebir suçunun konusu ise kişinin irade serbestisidir. (ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2017, s. 179.) Bu nedenle hem malın hem de iradenin suçun tamamlanma anına kadar mevcut olması gerekir. İcra hareketlerinin başladığı anda konulardan birinin yokluğu halinde işlenemez suç, icra hareketlerinin başladığı anda mevcut olmasına rağmen suçun tamamlanma anından önce konulardan birinin ortadan kalkması halinde ise teşebbüs söz konusu olacaktır. Ancak bu değerlendirme, bileşik suçta suç çokluğu olduğu anlamına gelmez.

30 Failin kişiyi öldürdükten sonra malı alması halinde yağma suçunun oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001, s. 432; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 343; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (13), s. 656; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (14), s. 688.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bu görüşü savunan yazarların çoğunluğu tarafından herhangi bir değerlendirmede bulunulmaksızın YCGK'nın 34. dipnotta zikredilen kararlara paralellik arz eden 05.12.1994 tarih ve 1-283/320 sayılı kararına atıf yapılması; bu yazarların, failin malı almak amacıyla kişiyi öldürmesi halinde yağma suçunun oluşacağını, ifade edilen görüşün malı almak kastının sonradan olduğu hallerle sınırlı olduğunu savundukları şeklinde değerlendirilebilir. Böylece söz konusu yazarların 33. dipnotta zikredilen yazarlarla aynı görüşte olduğu sonucuna varılabilir. Karar için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (13), s. 656, 143. dipnot.

sebebiyet verilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir<sup>31</sup>, <sup>32</sup>. Cebir veya yaralama kastıyla hareket edilmesine rağmen kişinin ölümüne sebebiyet verildikten sonra malın alınması halinde, cebir veya yaralama kastıyla sebebiyet verilen suçlar ile malın alınması fiilinin sebebiyet verdiği suç arasında mağdurların farklı olması nedeniyle geçit ilişkisi de kurulamamaktadır. Diğer yandan, failin ölüme hangi suça ilişkin kast veya taksirle sebebiyet verdiği TCK m. 142/2-adaki ölüme ilişkin nitelikli halin oluşması bakımından önem arz etmemektedir<sup>33</sup>. Bu nitelikli hal bakımından kişinin ölü olması ve failin bu durumdan yararlanıyor olması yeterlidir. Yargıtay ise malı almak amacıyla kişiyi öldüren failin TCK m. 82/1-h gereği nitelikli kasten öldürme ve TCK m. 148/3 gereği yağma suçundan gerçek içtima hükümlerine göre sorumlu olacağını ifade etmektedir<sup>34</sup>. Kişinin öldürülmesi, Yargıtay tarafından cebir karinesi kapsamında değerlendirilmektedir.

Yağma kastıyla hareket eden failin taksirle veya eklenen kastla mağduru öldürmesinden sonra malı alması halinde, diğer durumlardan farklı olarak, teşebbüs aşamasında kalmış yağma suçu oluşacaktır. Malın ölümden sonra alınması yağma suçunun tamamlandığı anlamına gelmemekte, kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle gerçekleştirilen hırsızlığa veya yağma dışında başka bir malvarlığına karşı suça sebebiyet vermektedir. Ayrıca bu suçların mağduru, yağma suçunun aksine, ölen kişi değil; ölen kişinin mirasçıları ya da suç konusu malın maliki olacaktır. Yağma kastı dışında bir kastla hareket edilerek ölüme sebebiyet verilmesinden sonra malın alınması halinde ise cebir ile alma fiili arasında amaçsal ilişkinin bulunmaması nedeniyle teşebbüs aşamasında kalmış yağma suçu oluşmayacaktır.

31 Alman Ceza Kanunu (CK) m. 251'de ölümlerle sonuçlanan yağma suçu düzenlenmektedir. Bu düzenleme yağma suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halidir. (WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas/SCHUHR, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil 2, 41. Auflage, 2018, s. 207.) Buna göre failin yağma fiiliyle ölüm neticesine en azından ağır dikkatsizlik ve tedbirsizlikle (*wenigstens leichtfertig*) sebebiyet vermesi halinde Alman CK m. 251 gündeme gelecektir. Ağır dikkatsizlik ve tedbirsizlik (*leichtfertig*) ifadesinin taksirin belli bir ağırlığa ulaşmış hali olduğu ifade edilmektedir. (ARZT, Gunther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, 2015, s. 546; EISELE, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil II, 5. Auflage, 2019, s. 133.) Kanun metninde en azından (*wenigstens*) ifadesine yer verilmesi nedeniyle ölüm neticesine kasten sebebiyet verildiği hallerde de Alman CK m. 251'in uygulama alanı bulabileceği belirtilmektedir. (EISELE, Strafrecht Besonderer Teil II, (5), s. 133.) Ayrıca, malın ölümden sonra alınması halinde de Alman CK m. 251'deki ölümlerle sonuçlanan yağma suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir. (MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Chr/MAIWALD, Manfred vd., Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2, 11. Auflage, 2019, s. 473; WESSELS/HILLENKAMP/SCHUHR, Strafrecht Besonderer Teil 2, (41), s. 208.) Diğer yandan ölüm neticesine kasten sebebiyet verilmesi halinde kasten öldürme suçu (Alman CK m. 211,212) ile söz konusu hüküm arasında fikri içtima ilişkisinin olacağı ifade edilmektedir. (KINDHÄUSER, Urs/BÖSE, Martin, Strafrecht Besonderer Teil II, 10. Auflage, 2019, s. 161; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2, (11), s. 473.) Türk hukukunda Alman CK m. 251'e benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

32 Kişiyi öldürmenin de yağma suçu kapsamında cebir olarak değerlendirileceğine ilişkin görüş için bkz. YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 4764.

33 Failin malı almak amacıyla kişiyi öldürmesi halinde söz konusu nitelikli halin değil, yağma suçunun oluşacağı yönündeki görüş için bkz. SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 385; NOYAN, Erdal, Hırsızlık Suçları, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 315-316; ESEN, Sinan, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2007, s. 167; EKER, Hüseyin, Hırsızlık Suçları, Ankara 2013, s. 88; BALCI, Fidan/ÖZTÜRK, Seyithan, Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları, Ankara 2017, s. 74; MERAN, Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, (2), s. 197; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, Mustafa, Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, (2), s. 4587; GÖKÇEN/ERDİN/ŞENERDOĞAN, "Hırsızlık Suçu", s. 43; YENİDÜNYA, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, s. 57.

34 İlgili kararlar için bkz. YCGK, 24.01.2017, E. 2015/349, K. 2017/23; YCGK, 29.09.2015, E. 2014/405, K. 2015/294; YCGK, 30.09.2014, E. 2013/118, K. 2014/415.



Failin, yağma dahil olmak üzere, herhangi bir suça yönelik kast veya taksirle bir kişiyi öldürmesinden sonra malı alması halinde TCK m. 142/2-âdaki kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçunun oluşabilmesi için söz konusu kişinin ölmesinden sonra gerçekleştirilen fiillerin mağduru konumunda olan mirasçının veya malikin eşyanın nerede olduğunu biliyor olması gerekir. Zira malikin mülkiyetindeki eşyanın nerede olduğunu bilmediği hallerde TCK m. 160'taki kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçu gündeme gelecektir. Buna göre malikin yerini bilmediği ve egemenlik alanı dışında bulunan eşya, kaybolmuş eşya niteliğindedir<sup>35</sup>. Bu durumda özellikle egemenlik alanı kavramı önem arz etmektedir<sup>36</sup>. Kanaatimizce söz konusu durumda ölen kişinin malvarlığı bakımından hakim olduğu egemenlik alanı mirasçılara geçerken, şahıs olarak hakim olduğu egemenlik alanı ölümle birlikte sona erer. Bu nedenle, miras bırakanın malvarlığı bakımından hakim olduğu egemenlik alanı dışında ölmesi halinde, ölüm anında yanında bulundurduğu taşınır malların kaybolmuş eşyanın şartlarından biri olan egemenlik alanı dışında olma şartını haiz olduğu söylenebilir. Ancak eşyanın kaybolmuş olarak nitelendirilebilmesi için mirasçılardan aynı zamanda eşyanın nerede olduğunu bilmiyor olması gerekir. Bu durumda, kural olarak, eşyanın yeri ile ölüm yeri aynı anlamı ihtiva ettiği için mirasçılar sınırlandırılabilir şekilde ölüm yerini bilmiyorsa ifade edilen iki şart sağlanmış olacak ve suçun konusunu oluşturan mal kaybolmuş eşya niteliğini haiz olacaktır. Bu iki şartın sağlanmadığı hallerde ise kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu gündeme gelecektir. Diğer yandan kanun koyucunun bu nitelikli hali düzenlemek suretiyle mirasçılardan zilyetliğini mutlak bir şekilde tanıdığı ve ölüm halinde kaybolmuş eşyanın söz konusu olmayacağını kabul ettiği de söylenebilir. Ancak ceza hukuku bakımından ölümle birlikte zilyetliği mirasçılara geçen taşınır eşyaların, egemenlik alanında bulunan veya yeri bilinen eşyalarla sınırlı olduğu kanaatindeyiz. Kısaca ifade etmek gerekirse kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu ile kaybolmuş eşya üzerinde tasarruf suçu somut olay bakımından birbirini sınırlayan iki suç niteliğindedir.

Kişinin ölmesinden sonraki hareketler cesede yönelik olabilir. Bu durumda cesedin hukuki statüsü önem arz etmektedir. Doktrinde farklı yönde görüşler olmakla birlikte<sup>37</sup> üzerinde herhangi bir işlem tesis edilmemiş cesedin eşya olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz<sup>38</sup>. Failin henüz ölmüş

35 DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (16), s. 528; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 568.

36 Kaybolmuş eşyada egemenlik alanı kavramı için bkz. KILIÇ, Ahmet, "Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.:2018, S.:2, s. 10 vd.

37 Cesedin eşya olmadığı yönündeki görüşler için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, ÖZER/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 7; PETEK, Hasan, Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara 2015, s. 243; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2019, s. 515; DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, (16), s. 366; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (14), s. 649; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (13), s. 612; GÖKCEN/ERDİN/ŞENERDOĞAN, "Hırsızlık Suçu", s. 14; YENİDÜNYA, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, s. 27.

Aksi yönde görüşler için bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 300; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 562; ÜNAL/BAŞPINAR, Şekli Eşya Hukuku, (6), s. 69.

38 Ceset üzerinde bir işlem tesis ederek, defin işlemleri hariç, cesede eşya niteliğinin kazandırılması mümkündür. Örneğin mumyalama, yakarak kül haline getirme, kadavra olarak tesis etme gb.

Küllerin ceset kapsamında olduğuna ilişkin görüş için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Hukuku Özel



bir kişinin cesedini veya cesedin parçasını alması durumunda, cesedin eşya olarak kabul edilmemesi nedeniyle hırsızlık suçu oluşmamasına rağmen<sup>39</sup> TCK m. 130/2'de düzenlenen kişinin hatirasına hakaret suçu oluşacaktır<sup>40</sup>. Ölmeden önce kişinin vücuduna takılan ve vücudun bir parçası haline gelmesi nedeniyle eşya vasfını kaybeden altın diş, kalp pili, protez gibi hususlar bakımından ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Eklenen bu suni unsurların cesedin parçası olmadığı ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Vücudun parçası haline gelmiş sonradan eklenen şeyler, kişinin ölmesiyle birlikte eşya niteliğini tekrar kazanmaktadır. Bu nedenle söz konusu unsurların cesetten sökülerek alınması, TCK m. 130/2'deki suçun konusu ceset ve kemiklerle sınırlandırıldığı için bu suçu oluşturmaz<sup>42</sup>. Kanaatimizce kişinin ölümü anında vücudun parçası konumunda olan ve ölümle birlikte eşya niteliğini tekrar kazanan altın diş, protez gibi şeylerin mülkiyeti ölümle birlikte mirasçılara geçmektedir. Bu nedenle söz konusu eşyalar, hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilir ve kişinin ölmesinden yararlanarak alınması halinde TCK m. 142/2-âdaki nitelikli hal oluşur. Örneğin, hastanede ölen kişinin altın dişlerinin sağlık personeli tarafından sökülerek alınması halinde kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu oluşacaktır.

Cesede yönelik fiiller bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus kişinin ölümünden yararlanma halinin ne zamana kadar mümkün olduğudur. Ölüm, kişinin malını koruyamayacak durumda olması veya zor durumda olması gibi hallerden farklı olarak sürekli ve kesindir. Ancak kişinin ölmesinden yararlanma hali süreklilik arz etmez. Kişinin ölmesiyle düşülen aciz durumdan mirasçılarının veya malikin kurtulma anına kadar ölümden yararlanma mümkün olabilir. Sonrasında gerçekleştirilen fiiller bu nitelikli hali oluşturmaz. Aciz durumdan kurtulma, ölümden haberdar olduktan sonra malvarlığı bakımından gerekli tedbirlerin alınmasıyla mümkün olur. Örneğin mirasçılarının gerekli işlemleri yaptığı ve defin için morgda bekleyen cesedin altın dişlerinin sökülmesi halinde bu nitelikli hal oluşmayacaktır<sup>43</sup>.

Kişinin ölmesinden sonra kişiye ait eşyalar yarar sağlamak amacıyla alınmayabilir. Hırsızlık suçunun oluşması bakımından kast yeterli değildir. Failin aynı zamanda yarar sağlamak

Hükümler, (18), s. 515; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (14), s. 603.

39 *Koca/Üzülmeze* göre ceset eşya olmakla birlikte üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilemez. (KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 562.) *Centel/Zafer/Çakmut*'a göre de ceset eşya olmakla birlikte hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaz. (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, (3), s. 300.) Bu nedenle ceset hırsızlık suçunun konusu olamaz. Kanaatimizce cesedin hem eşya olarak kabul edilmesi hem de üzerinde mülkiyet tesis edilememesi veya hırsızlık suçunun konusunu teşkil edememesine ilişkin değerlendirme çelişkilidir.

40 TCK m. 130/2: "Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

41 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 507. Cesetten ayrılabilir nitelikteki parçaların mirasçılar tarafından alınabileceğine ilişkin görüş için bkz. PETEK, Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, s. 247.

42 Benzer yönde görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, (3), s. 270.

43 Gömülen cesedin açılarak altın dişlerin alınması halinde ise ilk olarak mülkiyet hakkının var olup olmadığı, varsa kime ait olduğunun tespiti gerekmektedir. Ancak hırsızlık suçunun oluştuğu kabul edilse bile yukarıda zikredilen nedenlerle TCK m. 142/2-âdaki nitelikli hal oluşmayacaktır. Ayrıca 765 sayılı TCK m. 492/4'te "Mezarlıkların veya mahfuz mezarların muhafaza veya tezini için konulmuş yahut cesetle gömülmüş eşya hakkında işlenirse" şeklinde bir nitelikli hale yer vermek suretiyle gömülmüş eşyalar üzerinde mülkiyet hakkının varlığı kabul edilmiştir.

maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir<sup>44</sup>. Bu durum pek tabii hırsızlık suçunun nitelikli halleri bakımından da geçerlidir. Ölen kişiye ait eşyalar suç delillerini yok etmek amacıyla alınmış olabilir. Bu durumda TCK m. 281’de yer alan suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu gündeme gelecektir. Buna göre, failin somut olaydaki malları yarar sağlamak maksadı yerine gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek maksadıyla alması halinde TCK m. 142/2-a gereği nitelikli hırsızlık değil, TCK m. 281’deki alan suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu oluşacaktır.

TCK m. 142/2-’daki kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu ile diğer suçlar arasındaki farkın ifade edilmesinden sonra içtima ilişkisinin tespitinde yarar vardır. Bu kapsamda sadece kişinin ölmesinden sonra malın alınması hali çeşitli ihtimaller dahilinde değerlendirilecektir. Bu ihtimallerde malın alınmasının, kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçuna sebebiyet verdiği kabulü üzerinden hareket edilecektir.

Failin yağma kastıyla hareket etmesine rağmen ölüm neticesine taksirle sebebiyet vermesinden sonra malı alması halinde teşebbüs aşamasında kalmış yağma suçu ile TCK m. 87/4’teki kast-taksir kombinasyonu şeklinde düzenlenen<sup>45</sup> netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçu arasında TCK m. 149/2 gereği gerçek içtima ilişkisi olacaktır. Ölümünden sonra malın alınmasıyla ayrıca oluşan kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu ile aralarında gerçek içtima ilişkisi olan yağma suçu ve TCK m. 87/4’teki netice sebebiyle ağırlaşmış hal arasında ise fikri içtima ilişkisi bulunmaktadır. Zira bu durumda yağma suçuna ilişkin fiillerle hırsızlık suçuna ilişkin fiillerin benzer nitelikte olması nedeniyle hukuksal anlamda tek fiilin varlığı kabul edilebilir<sup>46</sup>.

Failin yağma kastı dışında bir kastla hareket edip mağduru öldürdükten sonra eklenen kast ile malı alması halinde ise ölüm neticesine sebebiyet veren kasten öldürme, netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama gibi suçlar ile kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçu arasında gerçek içtima ilişkisi olacaktır. Zira bu durumda, yukarıda ifade edilen durumdan farklı olarak, hukuksal anlamda tek fiil yoktur. Her ne kadar aralarında zaman ve mekan birliği olsa da vücut dokunulmazlığına veya hayata karşı bir suça sebebiyet veren fiil ile hırsızlık suçuna sebebiyet veren fiil benzer nitelikte değildir. Failin baştan beri mağduru öldürdükten sonra malı alma kastının söz konusu olduğu hallerde de bu sonuç değişmeyecek; fail, TCK m. 81 veya m. 82/1-h ile TCK m. 142/2-’dan gerçek içtima hükümleri gereği sorumlu olacaktır.

44 GÖKCEN/ERDİN/ŞENERDOĞAN, “Hırsızlık Suçu”, s. 17.

45 KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (11), s. 246; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (14), s. 249.

46 Bazı yazarlar, yağma kastıyla uygulanan cebir sonucu ölüm neticesinin meydana geldiği haller bakımından yağma, hırsızlık ve kasten öldürme suçları arasındaki içtima ilişkisini tespit ederken ölüm anına veya malın alınma anına önem atfetmemekte; sadece, failin ölüm neticesine yönelik kast veya taksiri üzerinden tespitite bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Hukuku Özel Hükümler, (18), s. 617; KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (5), s. 668; ŞENERDOĞAN, “Yağma Suçu”, Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), s. 129.

#### IV. TCK M. 142/2-A'DAKİ KİŞİNİN ÖLMESİNE İLİŞKİN NİTELİKLİ HALİN YERİNDELİĞİ

TCK m. 142/2-’daki ölüme ilişkin nitelikli hal, haksızlık içeriği bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bir suçun haksızlık içeriğini somutlaştıran hususlar tipikliğin maddi ve manevi unsurları ile korunan hukuki değerdir<sup>47</sup>. Fiilin haksızlık içeriği ifade edilen bu hususlara bağlı olarak artar veya azalır. Bu hususlarla ilişkili olmayan bir vakıa ise fiilin haksızlık içeriğinde değişikliğe sebebiyet vermez.

Hırsızlık suçunun fiil unsuru olan malın bulunduğu yerden alınmasından önce meydana gelen ve herhangi bir maddi unsur kapsamında değerlendirilemeyecek bir vakıa olan kişinin ölmüş olması, hırsızlık suçunun haksızlık içeriğini tek başına arttırmamaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kişinin ölmüş olması suçun maddi unsurlarından biri olan mağdurla ilişkili değildir. Zira daha önce açıklandığı gibi mağdur, ölenin mirasçıları veya suç konusunun malikidir.

Kişinin ölmesinden yararlanma halinde hırsızlık suçunun daha kolay bir şekilde icra edileceği ve bu nedenle haksızlık içeriğinin fiil unsuru bakımından suçun temel haline göre daha fazla olduğu söylenebilir<sup>48</sup>. Ancak ölüm neticesinden sonra işlenen tüm hırsızlık suçları bakımından “*Kişi ölmeydi hırsızlık suçu en azından bu şekilde işlenemezdi*” şeklinde bir varsayımda bulunulabilir. Diğer bir deyişle, ölümden sonra işlenen hiçbir hırsızlık suçu için ölümden yararlanılmadığı iddia edilemez. Bu durum, söz konusu nitelikli halin konuluş amacı olan mağdurun zor durumda olmasından yararlanılmasının ötesinde bir sonuç doğuracak niteliktedir. Böylece ölüm neticesinden sonra gerçekleştirilen tüm hırsızlıklarda sınırlı da olsa bir yararlanma söz konusu olacak ve mağdurun malını koruyamayacak durumda olup olmadığı tespit edilmeksizin ceza arttırılacaktır. Diğer bir deyişle, ölümün ardından işlenen hırsızlık suçlarının tamamı bakımında ölümden yararlanılmış olduğu söylenebilirse de bu suçların tamamı için fiilin daha kolay bir şekilde icra edildiği söylenemez. Bu nedenle ölümden yararlanmaya ilişkin bir nitelikli halin düzenlenmesi bazı hallerde haksızlık içeriğinden fazla ceza tayinine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Diğer yandan, TCK m. 142/2-’daki kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından yararlanmaya ilişkin nitelikli hal, kişinin ölmesinden yararlanmak suretiyle işlenen hırsızlık suçlarında da uygulanabilecek niteliktedir<sup>49</sup> ve bu nitelikli hal, ölüm halinde olduğu gibi mağdurun malını koruyamayacağına ilişkin bir varsayıma değil, somut olayın özelliklerinin gözetilmesini gerektiren ve her somut olayda ayrıca tespit edilmesi gereken bir aciz durumda olmaya dayanmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekir ki, hırsızlık suçunun ölümden yararlanarak gerçekleştirilmesi her zaman ve tek başına haksızlık içeriğini arttıracak nitelikte değildir. Ayrıca kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından yararlanmanın yanı sıra kişinin

47 ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14), s. 309.

48 Benzer yönde görüş için bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (14), s. 221; NOYAN, Hırsızlık Suçları, (2), s. 315.

49 765 sayılı TCK m. 492/3’te “*Çalınan şey umumi bir felaket ve musibetin tesir ve neticesini gidermek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanmış eşya hakkında olur yahut umumi musibet veya heyacandan yahut mal sahibinin uğradığı hususi bir felaketten mütevellit kolaylıktan istifade suretiyle yapılırsa*” şeklinde bir nitelikli hal düzenlenmekteydi. Kişinin ölmesi halinin hususi bir felaket olup olmadığına ilişkin Yargıtay’ın farklı yönde kararları bulunmaktaydı. Kararlar için bkz. ÖNDER, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, s. 319; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (13), s. 622; ESEN, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 90.

ölmesinden yararlanmanın da nitelikli hal olarak düzenlenmesi kanun yapma tekniği bakımından gereksizdir. Kişinin ölüm gibi bir vakıadan yararlanarak göstermiş olduğu ahlaki bozukluk<sup>50</sup> ise temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Bu nitelikli halin, haksızlık içeriği dışında da sakıncaları bulunduğu kanaatindeyiz. TCK m. 142/2-ada ölüme sebebiyet veren kişi üzerinden bir ayırım yapılmamıştır. Gerekçedeki “*Bu bent hükmünün uygulanabilmesi için, kişinin malını koruyamayacak duruma fail tarafından getirilmemiş olması gerekir. Aksi takdirde, duruma göre, yağma suçunun veya bir başka suçu işlemek amacıyla kasten öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.*” şeklindeki farklı şekillerde yorumlanabilecek ifadeyle ölüm neticesine failin sebebiyet vermesi durumunda bu nitelikli halin uygulanmayacağına kanun koyucu tarafından belirtildiği söylenebilir<sup>51</sup>. Kanaatimizce malı alan kişi ile ölüme sebebiyet veren kişinin aynı olduğu hallerde de bu nitelikli hal uygulanabilir. Zira kanun metninde olmayan bir sınırlama, bağlayıcı olmayan gerekçeyle yapılmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu açıklamada hem kasten öldürmeden hem de yağmadan bahsedilerek aynı fıkrada düzenlenen iki farklı nitelikli hal birbirleriyle karıştırılmıştır. Diğer yandan nitelikli kasten öldürmeden sorumlu olan failin neden TCK m. 142/2-adaki nitelikli halden sorumlu olmayacağı açıklanmamıştır. Örneğin failin kişiyi öldürdükten sonra eklenen kast ile malı aldığı hallerde ne kasten öldürmenin nitelikli hali ne de yağma suçu oluşacaktır. Bu nedenle kasten öldürme, yağma ve hırsızlık suçları arasında gerekçedeki açıklamalar gibi bir ilişki kurulamayacak olmasına rağmen bu açıklamalar tereddüte sebebiyet verecek niteliktedir.

TCK m. 142/2-adaki nitelikli halin kaleme alınış biçiminden kaynaklanan olumsuzluklar da bulunmaktadır. Kanun metni, mağdurun ölen kişi olacağı izlenimi verecek şekilde kaleme alınmıştır. Ancak mağdur, tipik fiilin icrası esnasında hayatta olan mirasçı veya eşyanın malikidir.

## SONUÇ

İlk defa 5237 sayılı TCK ile hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen kişinin ölmesinden yararlanarak işlenen hırsızlık suçundaki mağdurun tespiti, sadece tipik fiilin icrası esnasında hayatta olan gerçek kişilerin mağdur olabileceğinden bahisle önem arz etmektedir. TCK m. 142/2-ada yer alan kişinin ölmesinden yararlanarak işlenen hırsızlık suçunun mağduru bakımından miras hukuku hükümleri önem arz etmektedir. Ayrıca ölen kişinin suç konusu malın maliki olmadığı hallerde de bu nitelikli hal oluşabilecek ve bu durumda mülkiyet hakkının kime ait olduğunun tespiti gerekecektir.

Kişinin ölmesinden yararlanarak işlenen hırsızlık suçunun oluşması bakımından kişinin kimin tarafından ve hangi suça yönelik kast veya taksirle öldürdüğü önem arz etmemektedir. Doktrindeki bazı görüşler ve madde gerekçesindeki açıklamaların aksine, kişinin fail tarafından öldürülmesinin bu nitelikli halin oluşmasına engel teşkil etmediği kanaatindeyiz. Bu kabul, başta malvarlığına karşı suçlar olmak üzere çeşitli suçlar ile söz konusu nitelikli hal arasındaki farkın ve içtima ilişkisinin tespitini zorunlu kılmaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki, yağma kastıyla hareket eden failin

50 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 352.

51 Bu yönde görüş için bkz. ŞAHBAZ, İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt, Ankara 2016, s. 1646.

kişiyi öldürdükten sonra malı alması halinde teşebbüs aşamasında kalmış yağma, kast veya taksire bağlı olarak ölüm neticesinin sebebiyet verdiği suç ve ölümden sonra malı alınmasıyla gerçekleşen hırsızlık suçu söz konusu olacaktır. Ölüm neticesine taksirle sebebiyet verilmesi halinde ilk iki suç arasında TCK m. 149/2 gereği gerçek içtima, hırsızlık suçuyla ilk iki suç arasında ise fikri içtima ilişkisi olacaktır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, kişinin ölmesinden yararlanmanın hırsızlık suçu için nitelikli hal olarak düzenlenmesi yerinde değildir. Hırsızlık suçunun icrasından önce meydana gelmesi gereken ölüm vakiasından yararlanma, her halde tipik fiilin haksızlık içeriğini arttırmamaktadır. Bu durum, fiilin haksızlık içeriğinden fazla ceza tayinine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Sonuç olarak, ifade edilen sakıncalar nedeniyle söz konusu nitelikli halin yürürlükten kaldırılması gerektiği, TCK m. 142/2-ada yer alan kişinin malını koruyamayacak durumda olmasına ilişkin nitelikli halin yeterli olduğu kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2016.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2019.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014.
- ARZT, Gunther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, 2015.
- BALCI, Fidan/ÖZTÜRK, Seyithan, Hırsızlık, Karşılıksız Yararlanma ve Yağma Suçları, Ankara 2017.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 3. Bası, İstanbul 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.
- EISELE, Jörg, Strafrecht Besonderer Teil II, 5. Auflage, 2019.
- EKER, Hüseyin, Hırsızlık Suçları, Ankara 2013.
- EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ERTUĞRUL, Hüseyin, "Hırsızlık Suçunun İşlenmesinden Önce Malikin Öldürülmesi Durumunda Mağdurun Tespiti", Ceza Hukuku Dergisi, Y.:2010, C.:5, S.:12.
- ESEN, Sinan, Malvarlığına Karşı Suçlar, Ankara 2007.
- GÖKCEN, Ahmet/ERDİN, Selim/ŞENERDOĞAN, Büşra, "Hırsızlık Suçu", Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Ankara 2018.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2013.
- KILIÇ, Ahmet, "Kaybolmuş veya Hata Sonucu Ele Geçmiş Eşya Üzerinde Tasarruf Suçu", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y.:2018, S.:2.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- KINDHÄUSER, Urs/BÖSE, Martin, Strafrecht Besonderer Teil II, 10. Auflage, 2019.

- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2018.
- MAURACH, Reinhart/SCHROEDER, Friedrich-Chr/MAIWALD, Manfred vd., Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2, 11. Auflage, 2019.
- MERAN, Necati, Hırsızlık, Yağma, Karşılıksız Yararlanma ve Malvarlığına Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2013.
- NOYAN, Erdal, Hırsızlık Suçları, 2. Baskı, Ankara 2007.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, ÖZER/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.
- ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2019.
- PETEK, Hasan, Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması, Ankara 2015.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- ŞAHBAZ, İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt, Ankara 2016.
- ŞEN, Ersan, “Hırsızlık Suçları”, Ankara Barosu Dergisi, Y.:2012, S.:3.
- ŞENERDOĞAN, Büşra, “Yağma Suçu”, Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), Ankara 2018.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2017.
- TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2012.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2017.
- WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas/SCHUHR, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil 2, 41. Auflage, 2018.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (m.141-147), Adalet, Ankara 2013.

## Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Yargı Ayrılığı Sistemi Üzerine Bir İnceleme

### An Analysis on the Jurisdictional Dualism in the Context of the Right to a Fair Trial

Lokman YENİAY\* 

#### Öz

Yürütme organı tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin bağımsız yargı organları tarafından denetlenmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir. Yürütme organının yargısal denetimine ilişkin olarak “*yargı ayrılığı sistemi*” ve “*yargı birliği sistemi*” olmak üzere benimsenen iki sistem olduğu söylenebilir. Her iki sistem de hukuk devleti ilkesine uygun olmakla birlikte yargı ayrılığı sisteminin benimsenmiş olması durumunda, bu sistemin doğasından kaynaklanan bir takım hukuki sorunların ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Çalışmada, yargı ayrılığı sisteminin uygulanması dolayısı ile meydana gelen hukuki sorunların adil yargılanma hakkına olan etkileri, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararları ışığında incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk Devleti, Adil Yargılanma Hakkı, Yargı Ayrılığı Sistemi, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru.

#### Abstract

It is accepted that actions taken by executive body subjected to the reviews of independent judicial mechanisms is a requirement of the rule of law. Regarding judicial review of executive body, there are two systems adopted, namely the “*jurisdictional dualism*” and the “*jurisdictional monism*”. Both are to be in accordance with rule of law, yet supposing that the system of jurisdictional dualism is adopted, the emergence of certain legal problems arising from the nature of this system becomes inevitable. In this study, the effects of legal problems stemming from the application of the system jurisdictional dualism on the right to a fair trial will be examined in the light of individual application decisions given by the Turkish Constitutional Court.

**Keywords:** Rule of Law, Right to A Fair Trial, Jurisdictional Dualism, Constitutional Court, Individual Application.

\* Ar. Gör., Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: lokman.yeniay@omu.edu.tr.



## I. GİRİŞ

Yürütme organının gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerin bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından denetlenmesi gerekliliği, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu kabulün bir sonucu olarak, 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 1982 Anayasası, 125'inci maddesi ile idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu hüküm altına almıştır<sup>1</sup>.

Günümüzde bütün modern hukuk devletleri yürütme organı tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin yargı organları tarafından denetlenmesi gerektiğini istisnasız bir şekilde kabul etse de bu denetimin nasıl olacağı noktasında bir bütünlük söz konusu değildir. Bu noktada yürütme organının yargısal denetimine ilişkin kabul edilen iki temel sistemin olduğu ifade edilebilir. Bu sistemlerden birincisi, yürütme organını denetleyecek olan mahkemelerin ayrı bir yargı kolu oluşturduğu “*idari rejim*” veya “*yargı ayrılığı sistemi*”dir. Bu sistemi benimseyen ülkelerde yürütme organının yargısal denetimi, sadece bu denetimi yapmak amacıyla oluşturulmuş yargı kolunda yer alan mahkemeler tarafından gerçekleştirilmektedir. Yürütme organının yargısal denetimine ilişkin kabul edilen ikinci sistem ise, bu denetime ilişkin özel bir yargı kolunun olmadığı “*yargı birliği sistemi*”dir. “*Adli rejim*” olarak da adlandırılan bu sistemin benimsendiği ülkelerde yargı organı tek bir yargı kolundan meydana gelmektedir ve hem yürütme organının faaliyetleri hem de özel hukuk uyuşmazlıkları bu yargı kolunda yer alan mahkemeler tarafından incelenmektedir<sup>2</sup>. Türk hukukunda yürütme organının yargısal denetimine ilişkin kabul edilen sistem ise yargı ayrılığı sistemidir.

Doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler olsa da yargı ayrılığı veya yargı birliği sisteminin benimsenmiş olmasının hukuk devleti ilkesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır<sup>3</sup>. Zira hukuk devleti ilkesi bakımından önemli olan yürütme organının faaliyetlerinin bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca denetlenebilmesidir. Bu şart gerçekleştirildiği takdirde benimsenen sistemin yargı ayrılığı veya yargı birliği olmasının hukuk devleti bakımından bir önemi bulunmamaktadır<sup>4</sup>.

İdarenin yargısal denetimine yönelik hangi sistemin benimsendiğinin hukuk devleti ilkesi bakımından bir önemi olmasa da yargı ayrılığı sisteminin benimsenmesi, bu sistemin doğasından kaynaklanan bazı problemleri de beraberinde getirmektedir. Zira yargı ayrılığı sistemi, yargı

1 Bununla birlikte idarenin bazı işlemlerine karşı yargı yolu doğrudan 1982 Anayasası tarafından kapatılmıştır. “*Yasama kısıntısı*” olarak ifade edilen ve 125'inci maddenin istisnası olan yargı yolu kapalı işlemler şunlardır: Yüksek Askeri Şûra'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri; Hakimler Savcılar Kurulu'nun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları; Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararları; Yüksek Seçim Kurulu tarafından verilen kararlar. 1982 Anayasası'nda yer alan bu yasama kısıntılarının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığının ifade edilmesi gerekir.

2 **KAPLAN, Gürsel:** İdari Yargılamaya Hukuku, Ekin, Bursa 2017, s.53.

3 Yargı ayrılığı sisteminin hukuk devleti ile bağdaşmadığını en güçlü şekilde savunan yazarların başında Albert V. Dicey gelmektedir. Yazara göre “*Hukuk devleti, hukuk önünde eşitlik ya da herkesin eşit olarak olağan mahkemelerde uygulanan ülkenin olağan hukukuna tabi olması anlamına gelir; bu anlamda hukuk devleti, yetkililerin yurttaşların tabi olduğu hukuktan ve olağan mahkemelerin yetkisinden istisna tutulmasını dışlar.*” **DICEY, Albert V.:** “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, 2008, s.36 vd.

4 **ÖZBUDUN, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.127.

organının birden çok ve birbirleri karşısında bağımsız, yüksek mahkemeleri farklı yargı kollarının varlığını gerekli kılmaktadır. İşte yargı organının birbirleri karşısında bağımsız, hiyerarşik bir ilişki içerisinde olmayan yargı kollarından meydana gelmesi, uygulamada birtakım hukuki sorunların ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

İlk etapta yargı ayrılığı sisteminden kaynaklanan hukuki sorunların teknik bir meseleden ibaret olduğu düşünülebilir. Ancak uygulamaya baktığımızda bu sorunun başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere birçok hak ve ilke ile yakından alakalı olduğu görülmektedir. Bu bağlamda yargı ayrılığı sisteminin uygulanması dolayısı ile meydana gelen hukuki sorunların en çok adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen hak ve ilkeler üzerinde etkisi olduğu ifade edilebilir. Gerçekten de bir davanın hangi yargı kolunda açılması gerektiği, yargı kollarından biri tarafından verilen bir kararın diğer yargı kolu tarafından dikkate alınması gerekip gerekmediği, aynı yasal düzenlemelerin yargı kolları tarafından farklı yorumlanması dolayısı ile meydana gelen içtihat farklılıkları, davanın yanlış yargı kolunda açılması dolayısı ile dava açma süresinin kaçırılıp kaçırılmadığı, farklı yargı kolları tarafından aynı konuya ilişkin verilen kararların çelişmesi gibi yargı ayrılığı sisteminden kaynaklanan hukuki sorunlar; hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi, makul sürede yargılanma hakkı, kanuni hâkim ilkesi, mahkemeye erişim hakkı, masumiyet karinesi gibi adil yargılanma hakkı çatısı altında değerlendirilen hak ve ilkeleri doğrudan etkilemektedir. Bu çalışmada, yargı ayrılığı sisteminden kaynaklanan bu hukuki sorunların adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği incelenecektir. Bu inceleme, esas itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nin konu ile alakalı vermiş olduğu bireysel başvuru kararları ekseninde yapılacak olup yer yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Danıştay kararlarına da değinilecektir. Bu bağlamda çalışma iki ana bölümden meydana gelmektedir. Birinci bölümde, Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı bağlamında vermiş olduğu kararların incelenmesine geçilmeden önce, yargı ayrılığı sisteminin bireysel başvuru hakkının kullanımına olan etkileri incelenecektir. Zira yargı ayrılığı sisteminden kaynaklanan hukuki sorunlar adil yargılanma hakkını etkilemenin ötesinde, anayasal bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin denetlenmesini mümkün kılan bireysel başvuru hakkının kullanılmasını da doğrudan etkileyebilmektedir. Bundan dolayı çalışmada öncelikli olarak yargı ayrılığı sisteminin bireysel başvuru hakkının kullanımına olan etkileri incelenecektir. Bu inceleme yapıldıktan sonra ikinci bölümde Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı ile alakalı vermiş olduğu bireysel başvuru kararları incelenecektir. Bu bağlamda, yargı ayrılığı sisteminin adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen "*hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi*", "*masumiyet karinesi*", "*mahkemeye erişim hakkı*", "*kanuni hâkim ilkesi*" ve "*makul sürede yargılanma hakkı*" ile olan ilişkisine Anayasa Mahkemesi'nin bakış açısı ikinci bölümde ele alınacak konuları oluşturmaktadır.

## II. YARGI AYRILIĞI SİSTEMİNİN BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ KULLANIMINA ETKİSİ

Yukarıda da ifade edildiği üzere yargı ayrılığı sisteminin adil yargılanma hakkı üzerindeki etkileri, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararları ışığında ele alınacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin konu ile alakalı vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarını incelemeye

geçmeden önce yargı ayrılığı sisteminin bireysel başvuru hakkının kullanımı ile olan ilişkisinin incelenmesi yerinde olacaktır. Bu noktada yargı ayrılığı sisteminden kaynaklanan bazı hukuki sorunların, bireysel başvuru hakkının kullanılamaması sonucuna yol açıp açmayacağını incelenmesi gerekmektedir.

Bireysel başvuru, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile hukuk sistemimize girmiştir. Referandumda kabul edilen değişikliklerle birlikte 1982 Anayasası'nın 148'inci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen hükme göre; *“herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”*

Bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmeden yapılan başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilemez bulunarak reddedilmektedir. Bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan en önemlisi, iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğidir. İç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin, bireysel başvurunun *“ikincil”* özelliğinin doğal bir sonucu olduğu ifade edilebilir. Dolayısı ile iç hukuk yolları (ilk derece yargılaması–istinaf–temyiz) tüketilmeksizin bir hak ihlali iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmak mümkün değildir.

Yargı ayrılığı sisteminin bireysel başvuru hakkının kullanılmasına olan etkileri, tüketilmesi gereken iç hukuk yolu şartında karşımıza çıkmaktadır. Tüketilmesi gereken iç hukuk yolu şartı ile alakalı sorunlar farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu noktada incelenmesi gereken ilk konu; Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuru incelemesi yaparken, tüketilen yargı kolunun görev alanına ilişkin tespitler de yapabilir yapamayacağı meselesidir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, idari yargı yolu tüketilerek kesinleşen karara karşı yapılan bir bireysel başvuruda, dava konusu uyuşmazlığın idari yargının değil de adli yargının görev alanına girdiğinden bahisle, tüketilmesi gereken iç hukuk yolunun tüketilmediği gerekçesi ile başvuruyu reddedebilir mi? Yani Anayasa Mahkemesi, bir bireysel başvuru talebini incelerken, dava konusu uyuşmazlığın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğine ilişkin bir tespit yapma yetkisine sahip midir?

Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin bir bireysel başvuru kapsamında, somut bir uyuşmazlığın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğini tespit etme yetkisinin olup olmadığı sorunu, ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Eğer bireysel başvurunun konusu doğrudan doğruya yargı kollarının görev alanına ilişkin ise, yani bireysel başvuruya konu olan hak ihlalinin yargı kollarının görev alanına uyulmamasından kaynaklandığı iddia ediliyor ise bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin yargı kollarının görev alanlarını inceleme yetkisinin olduğunu da kabul etmek gerekmektedir. Zira böyle bir inceleme yapmaksızın Anayasa Mahkemesi'nin bir hak ihlalinin olup olmadığını tespit etmesi mümkün değildir<sup>5</sup>. Ancak bireysel başvurunun konusu yargı kollarının görev alanına ilişkin değil

---

5 Bu olasılık daha çok Anayasa Mahkemesi'ne adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen kanuni hâkim ilkesinin ihlal edildiği gerekçesi ile yapılan bireysel başvurularda karşımıza çıkmaktadır ve bu durumda hak ihlaline sebep olan olayın yargı kollarının görev alanına uyulmaması olduğu iddia edilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından göreve ilişkin verilen kararların bireysel başvuruya konu edildiği bu durum, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

ise, yani iddia edilen hak ihlali yargı kollarının görev alanlarına uyulmamasından kaynaklanmıyor ise bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin, iç hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğine yönelik olarak uyuşmazlığın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğine ilişkin bir inceleme yapmaması gerektiği ifade edilmelidir. Zira böyle bir inceleme yetkisi olduğunun kabul edilmesi durumunda, yargı organları tarafından resen yapılması gereken bir incelemenin sorumluluğu, bireysel başvuru talebinde bulunan başvurucuya yüklenmektedir. İlk durumdan farklı olarak bu durumda hak ihlaline sebep olan olay yargı kollarının görev alanına uymamaktan kaynaklanmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ikinci olasılıkta somut uyuşmazlığın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğine ilişkin tespiti esasa ilişkin değil, kabul edilebilirlik şartlarından olan etkili iç hukuk yolunun tüketilmiş olup olmadığına ilişkindir. Kanımızca başvurucu iç hukuk yollarını bir kez tüketmişse ve iç hukuk yolları aşamasında göreve ilişkin mahkeme tarafından resen veya taraflarca bir itiraz yapılmamışsa ve karar bu şekilde kesinleşmişse, bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin göreve ilişkin bir inceleme yapmaması gerekmektedir<sup>6</sup>.

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı ile alakalı ikinci sorun, bireysel başvuruya konu olan hak ihlaline karşı birden fazla tüketilebilecek etkili iç hukuk yoluna başvurma imkanının olduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır<sup>7</sup>. Türk hukukunda bazı durumlarda, hakkı ihlal edildiğini düşünen kişinin

6 Yapmış olduğumuz incelemelerde, Anayasa Mahkemesi'nin görevsiz yargı kolu tüketildiği gerekçesiyle kabul edilemez bulunduğu bireysel başvuru kararı tespit edemedik. Ancak bu noktada – konumuzla doğrudan alakalı olmasa da – Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi kapsamında geliştirmiş olduğu içtihadı değerlendirmekte fayda vardır. Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında inceleme yaparken öncelikli olarak denetim talebinde bulunan mahkemenin “*davaya bakmakla görevli mahkeme*” olup olmadığını incelemekte ve görevsiz olduğunu tespit ettiği mahkemenin yapmış olduğu başvuruyu reddetmektedir. (Örnek kararlar için bkz: **AYM**: K.T.:04.02.1998, E.1997/64, K.1998/4; **AYM**: K.T.:06.03.2008, E.2004/93, K.2008/73; **AYM**: K.T.:03.09.2015, E.2015/77, K.2015/73). Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadına göre, bir mahkemenin somut norm denetimi talebinde bulunabilmesi için, anayasaya aykırılığı iddia edilen normun uygulandığı uyuşmazlığın, talepte bulunan mahkemenin yer aldığı yargı kolunun görev alanına girmesi gerekmektedir. Bu konuya ilişkin bir aykırılığın, yani anayasaya aykırı olduğu iddia edilen normun uygulanacağı uyuşmazlığın talepte bulunan mahkemenin görev alanına girmediğinin tespit edilmesi durumunda anayasaya aykırılık iddiası incelenmeksizin başvuru reddedilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi talebinde bulunan mahkemenin davaya bakmaya görevli mahkeme olması gerektiğine dair bu içtihadı doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. KIRATLI'ya göre bir davanın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğini inceleme yetkisi Uyuşmazlık Mahkemesi'ne aittir ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda bir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi sadece somut norm denetimi talebinin davaya bakmakta olan mahkeme tarafından yapılmış olup olmadığını tespit etmekle yetinmeli, o mahkemenin görevli olup olmadığını araştırmamalıdır. (**KIRATLI, Metin**: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, AÜSBF Yayını, Ankara 1966, s.61 vd.). ÖZBUDUN'a göre ise anayasaya aykırılık iddiasının nihai amacı anayasaya aykırı kuralların ayıklanması ise talebin gerçekten görevli bir mahkeme tarafından yapılmış olup olmadığının bir önemi yoktur. (ÖZBUDUN: a.g.e., s.442). Her ne kadar somut norm denetimi kapsamında yapılan inceleme, konusu itibarıyla farklı olsa da görevli yargı kolu ile alakalı bu eleştirilerin bireysel başvurular için de kabul edilebileceği ifade edilebilir. Yani, nasıl ki somut norm denetiminde bulunan mahkemenin aynı zamanda görevli mahkeme olup olmadığının incelenmesi somut norm denetiminin amacıyla bağdaşmaz; aynı şekilde bir bireysel başvuru incelemesinde, tüketilen yargı kolunun Anayasa Mahkemesi'ne göre görevli yargı kolu olup olmadığının incelenmesi bireysel başvuru hakkının amacıyla bağdaşmaz. Zira pozitif düzenlemeler karşısında somut bir uyuşmazlığın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğini tespit etme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne değil Uyuşmazlık Mahkemesi'ne aittir. Bundan dolayı kanımızca, başvurucu iç hukuk yolunu bir kez tüketmişse ve bu süreçte mahkeme tarafından resen veya taraflarca görevli yargı koluna ilişkin bir itirazda bulunulmamışsa veya görevli yargı kolunun hangisi olduğu Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından tespit edilmişse artık bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin “*tüketilen iç hukuk yolunun tüketilmesi gereken yargı kolu olmadığı*” gerekçesi ile kabul edilemezlik kararı vermemesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir.

7 Bu ihtimalde tüketilebilecek iç hukuk yollarının aynı yargı kolunda veya farklı yargı kollarında yer alması mümkündür.

birden çok yargı kolunda dava açma imkanının olduğu kabul edilmektedir. Örneğin Yargıtay, kamu görevlisinin kişisel kusuru dolayısı ile sebep olduğu bir zarara karşı, adli yargıda kamu görevlisine karşı dava açılabilirliğini kabul etmektedir. Kamu görevlisine karşı adli yargıda dava açma imkanının olduğu bu durumda davacı, idari yargı organları önünde idareye karşı dava açma hakkına da sahiptir. Bu durumda davacının hakkını elde etmek için her iki yargı kolunda da dava açma hakkının olduğu kabul edilmektedir. Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek ikinci olasılık, konusu suç teşkil eden faaliyetler dolayısı ile uğranılan zararlarda tüketilmesi gereken iç hukuk yolunun hangisi olduğu noktasında da karşımıza çıkmaktadır. Hiyerarşik amirin uygulamış olduğu mobbing dolayısı ile dava açmak isteyen bir kamu görevlisi, hem adli yargıda hiyerarşik amire karşı ceza davası hem de idari yargıda ilgili idareye karşı tam yargı davası açma hakkına sahiptir. Bu sayılanlar dışında, ilgili kişinin hakkına kavuşabilmesi için kendisine farklı yargı kollarında dava açma imkanının tanındığı farklı örneklerle de rastlanabilir. İşte bu gibi durumlarda, bireysel başvuru hakkını kullanabilmek için bu yargı kollarından herhangi birisinin tüketilmiş olmasının yeterli olup olmadığı ve yeterli ise hangisinin tüketilmesi gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Konuyla alakalı yasal düzenlemelere baktığımızda, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 45'inci maddesinin ikinci fıkrasında; "*ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının **tamamının** bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması*" gerektiği ifade edilmektedir. Bu düzenlemeye baktığımızda, başvuruçunun öngörülen bütün iç hukuk yollarını tüketmesi gerektiği ifade edilebilir<sup>8</sup>. Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar iç hukuk yollarından birisinin tüketilmiş olmasının bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için yeterli olduğunu da ifade etmektedir<sup>9</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuyla alakalı vermiş olduğu kararlar incelendiğinde; potansiyel olarak birden fazla etkili iç hukuk yolunun kullanılabilme imkanının olması durumunda mahkeme, bu yollardan bir tanesinin tüketilmesinin başvuru için gerekli ve yeterli olduğuna karar vermektedir. AİHM'e göre bu yollardan hangisinin başvuruçunun daha fazla menfaatine olduğunu belirlemek başvuruçuya düşer. Başvuruçunun amacına ulaşmak için bir yolu tüketmişse, aynı amacı taşıyan diğer yolu tüketmesi gerekmez<sup>10</sup>.

Örneğin bir idari işlem dolayısı ile zarara uğrayan bir kişi, idari yargı yerlerinde hem iptal davası hem de tam yargı davası açma imkanına sahip olabilir. Bu olasılıkta tüketilebilecek iç hukuk yollarının ikisi de idari yargı kolunda yer almaktadır. (AYM: Başvuru Numarası (B.No): 2014/1950, Karar Tarihi (K.T.): 13.09.2017; AYM: B.No: 2013/3300, K.T.: 18.09.2014. Bu kararlarında Anayasa Mahkemesi, başvuru konusu hak bakımından iptal davası açılmış olmasını yeterli bulmamış, tam yargı davasını tüketilmesi gereken iç hukuk yolu olarak kabul etmiştir). Ancak bu durumda hem iptal davası hem de tam yargı davası aynı yargı kolunda yer alan mahkemelerde açılacağından çalışmamız kapsamında dışındadır. Çalışmamız bakımından önemli olan husus farklı yargı kollarında, yani hem idari yargı hem de adli yargı yerlerinde dava açma imkanının olduğu durumlardır.

8 **ÇELİKİYAY, Hakan Sabri:** "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının 'Başvuru Yollarının Tüketilmesi' Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi", İÜHF, C. LXXIII, S.1, s.42.

9 **ŞİRİN, Tolga:** Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.514; **YEŞİL, Ufuk:** "Hüküm Uyuşmazlığına Başvuru Bireysel Başvuru Açısından Tüketilmesi Gereken Bir Yol mudur? (Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, Y.2016, s.706.

10 **ŞİRİN, Tolga:** Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, s.179-180.

Konu ile alakalı kararlarına baktığımızda Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında AİHM'nin bu içtihadından ayrıldığı ve tüketilen iç hukuk yolunun, ihlal edildiği iddia edilen hak bakımından etkili olmadığına karar verebildiği görülmektedir. Örneğin bir kararında Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun öğretmen olarak görev yaptığı okul idaresi ve İlçe Millî Eğitim Müdürlüğü görevlilerince, aleyhinde hukuksuz idari işlem ve eylemler yapılması ve bu suretle kendisine mobbing uygulanması nedeniyle yaptığı suç duyurusu üzerine şüpheliler hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verilmesi ve yapılan tahkikatın adil olmaması nedeniyle, Anayasa'nın 17'nci maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürdüğü bir başvuruda; ihlal edildiği ileri sürülen hak bakımından, tazminat davasının ceza davasına göre daha etkili bir yol olduğu gerekçesi ile başvuru yollarının tüketilmediğine karar vermiş ve başvuruyu reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi şu şekildedir: *“Hukuk sistemimizde ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kaldırılırken, hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu nazara alındığında, özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyumsuzluklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır.”*<sup>11</sup>

Konu ile alakalı bir başka kararda ise idari yargı kolunda açılan iptal davasının, ihlal edildiği iddia edilen mülkiyet hakkı bakımından etkili bir yol olmadığı ifade edilerek başvuru, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi şu şekildedir: *“(…) başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak idari yargı yerinde iptal davası açma yoluna gidilmekle birlikte somut başvuru açısından daha etkili giderim yolu olan kayıt maliki aleyhine genel hükümler çerçevesinde adli yargı yerinde tapu iptali ve tescil davası açma imkânı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır. (...) Sonuç olarak ihlale neden olduğu ileri sürülen söz konusu iddiaya ilişkin olarak başvuru yolları usulünce tüketilmemiştir.”*<sup>12</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını eleştiren GÜLAN; adli yargı ile idari yargı arasında gerçekleşen etkili yargı yolu ikileminde Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının genellikle idari yargıyı etkin görmeme şeklinde tezahür ettiğini ifade etmekte ve bu durumun Anayasa Mahkemesi'nin idari yargının etkinliğine ilişkin bir şüpheye sahip olduğuna işaret edip etmediğinin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>13</sup>.

Doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin tüketilmesi gereken iç hukuk yoluna ilişkin bu içtihadı eleştirilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadının özellikle ceza davaları bakımından kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirten ÇELİKİYAY, hukuk yargılaması sonucu elde edilecek menfaatin hak ihlalini giderici nitelikte olduğunu söylemenin her zaman mümkün olmadığını ve bundan dolayı da adli veya idari yargı organları önünde açılacak bir tazminat davasının ceza yargılamasının bir alternatifi olmadığını ifade etmektedir<sup>14</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin AİHM

11 AYM: B.No: 2012/1213, K.T.: 17.07.2014, p.41. Aynı yönde bkz: AYM: B.No: 2014/20535, K.T.: 07.06.2017, p.24-26.

12 AYM: B.No: 2015/17576, K.T.: 01.02.2017, p.54.

13 GÜLAN, Aydın: “Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi”, Anayasa Yargısı, S.35, Y.2018, s.111. İdari yargı organları önünde açılan tam yargı davasını, ihlal edildiği iddia edilen hak bakımından etkili hukuk yolu olarak görmeyen bir başka karar için bkz: AYM: B.No: 2013/2429, K.T.: 30.03.2016.

14 ÇELİKİYAY: a.g.m., 45.



içtihatlarından ayrılan bu yorumunun makul kabul edilebileceğini belirten BAYKAN ise üçüncü kişilerden gelebilecek haksız müdahalelerin niteliğine bağlı olarak bireyin korunmasının hukuk yargılaması ile de mümkün olabileceğini; bununla birlikte, bu yorumun sınırlı bir alana özgü kalmaktan ziyade ilgili olan hemen her olayda yaygınlaşmasının bireysel başvuru hakkını ölçsüz bir şekilde sınırlandıracağını ifade etmektedir<sup>15</sup>.

Kanımızca da birden çok iç hukuk yolunun tüketilme imkanının olduğu durumlarda, ihlal edildiği iddia edilen hak bakımından etkili olanın tüketilmesi gerektiği yorumunun katı bir şekilde uygulanması bireysel başvuru hakkının amacı ile bağdaşmamaktadır. Özellikle idari yargı kolunda açılan iptal davasının etkili olmadığı gerekçesi ile verilen kabul edilemezlik kararları, iptal davalarının etkili olmayan bir yol olarak kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Kişinin iptal davası açarak elde etmek istediği menfaitle adli yargıda tazminat davası açarak (veya yine idari yargı kolunda tam yargı davası açarak) elde etmeye çalıştığı menfaatler her zaman örtüşmeyebilir. Aynı şekilde ceza davaları ile tazminat davalarının yöneldiği amacın aynı ve birbirlerinin alternatifi olduğunu söylemek de her zaman isabetli değildir. Bundan dolayı, kişiye birden çok yargı yoluna başvurma imkanının tanındığı durumlarda, bu yollardan hangisinin etkili olduğunu seçme hakkı başvurucaya tanınmalı, başvurucaya tercih ettiği yargı kolunun tüketilmiş olmasının yeterli olduğu kabul edilmeli ve Anayasa Mahkemesi'ne göre etkili olduğu düşünülen iç hukuk yolu tüketilmediği gerekçesi ile kabul edilemezlik kararı verilmemelidir<sup>16</sup>.

Bireysel başvuru hakkının kullanılması bakımından etkili iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına ilişkin olarak meydana gelen bir başka sorun “*hüküm uyumsuzluğu*” olarak adlandırılan durumda karşımıza çıkmaktadır. Hüküm uyumsuzluğu; aynı konuya ilişkin farklı yargı kolları tarafından verilen kararların birbirleri ile çelişmesi dolayısı ile hakkın yerine getirilebilmesinin mümkün olmadığı durumları ifade etmektedir. Hukuk sistemimizde, farklı yargı kolları arasında yer alan mahkemeler tarafından verilen kararların meydana getireceği hüküm uyumsuzluklarını giderme yetkisi Uyuşmazlık Mahkemesi'ne verilmiştir. 2247 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesine göre; “(...) *yargı mercileri tarafından, görevle ilgili olmaksızın kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş, aynı konuya ve sebebe ilişkin, taraflarından en az biri aynı olan ve kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunan hallerde hüküm uyumsuzluğunun varlığı kabul edilir. İlgili kişi veya makam Uyuşmazlık Mahkemesine başvurarak hüküm uyumsuzluğunun giderilmesini isteyebilir.*” Dolayısı ile Türk hukuk sisteminde hüküm uyumsuzluklarını gidermeye yönelik bir mekanizmanın öngörüldüğü ifade edilebilir. Bu noktada şu sorunun cevaplanması gerekmektedir: Farklı yargı kollarında yer alan mahkemeler tarafından verilen çelişkili kararlar dolayısı ile hakkına kavuşmadığını ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir başvuruca, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmadan önce Uyuşmazlık Mahkemesi'ne hüküm uyumsuzluğunu gidermesi için başvurmak zorunda mıdır yoksa Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurmaksızın Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilir mi? Bir diğer deyişle Uyuşmazlık Mahkemesi'ne hüküm uyumsuzluğunu gidermesi amacıyla yapılan başvuru, bireysel başvuru hakkının kullanımı bakımından etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilebilir mi?

15 **BAYKAN, Metin:** Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017 Trabzon, s.164.

16 **YEŞİL:** a.g.m., 706.



Bu konuya ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hüküm uyuşmazlığının yargı kollarının iç işleyişinden değil, yargı sisteminden kaynaklanan bir sorun olduğunu ifade eden YEŞİL; hüküm uyuşmazlığını gidermesi amacıyla Uyuşmazlık Mahkemesi'ne yapılan müracaatın, başvuru yollarının tüketilmesi açısından zorunlu, 1982 Anayasası'nın 148'inci maddesinde ifade edilen olağan kanun yollarından birisi olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu başvurunun etkili ve ulaşılabilir bir yol olduğunu ifade etmektedir<sup>17</sup>. Hüküm uyuşmazlığına götürülecek yargı kararlarının, iki yargı kolundan geçerek kesinleştiğini ifade eden TAŞDELEN ise hakkı ihlal edildiğini iddia eden kişilerin bir de Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurmak zorunda bırakılmalarının kişilere aşırı yük getireceğini ve bu kişilerin kesinleşen yargı kararlarından sonra bir yargı yolunu daha kullanma mecburiyetinde kalacaklarını ifade etmekte ve başvuru yollarına Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuru yapma noktasında seçimlik bir hak tanınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>18</sup>.

Konuyla alakalı içtihadına baktığımızda Anayasa Mahkemesi'nin bu soruya olumsuz cevap verdiği ve hüküm uyuşmazlığını gidermesi amacıyla Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuru yapılmaksızın yapılan bireysel başvuruyu, etkili iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemez bulduğu görülmektedir. Karara konu başvuruda başvuru; hem yersiz ödeme yapıldığı iddiasıyla iadesi talep edilen maaş ile ilgili idare mahkemesine açtığı davanın hem de idare tarafından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre sulh hukuk mahkemesinde açılan davanın kabulüne karar verildiğini, böylelikle tarafları ve konusu aynı olan davalarda birbiriyle çelişkili mahkeme kararlarının ortaya çıktığını ve bu durumun hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuruyu kabul edilemez bulan Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi ise şu şekildedir: “Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca başvuru Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikayetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekmektedir (...). İdare Mahkemesi ve Sulh Hukuk Mahkemesinin gerekçelerinde tartışılan konunun başvurucuya yapılan dava konusu ödemenin niteliği ve bu bağlamda paranın idare tarafından geri istenilip istenilmeyeceği hususuna ilişkin olduğu, her iki mahkemenin gerekçesi ve hüküm sonucunun birbiriyle çeliştiği anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan tespitler ışığında İdare Mahkemesi ve Sulh Hukuk Mahkemesi kararları arasındaki çelişkinin hüküm uyuşmazlığı niteliğinde olduğu, tarafların süre sınırı olmaksızın hüküm uyuşmazlığına ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesine başvurabilmelerinin mümkün olduğu, nitekim benzer konuda Yüksek Mahkemenin olayı bu kapsamda değerlendirerek hüküm uyuşmazlığını giderdiği anlaşılmış; bu yönüyle öngörülen yolun fiilen ve etkin bir şekilde kullanılabilmesi sonucuna ulaşılmıştır. Buna göre başvuru ihlal iddiası ile ilgili olarak etkili bir giderim yolu olan Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmadan bireysel başvuru yoluyla ihlal iddiaların Anayasa Mahkemesinin gündemine getirmesi mümkün değildir.”<sup>19</sup>

17 YEŞİL: a.g.m., s.708-709.

18 TAŞDELEN, Okan: “Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.0, S.7, Y.2016, s.1017.

19 AYM: B.No: 2013/8173, K.T.: 14.04.2016, p.29-35.

Kanımızca da farklı yargı kolları tarafından verilen kararlar dolayısı ile meydana gelen ve hakkın gerçekleştirilmesini imkânsız hale getiren hüküm uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi'ne bu uyuşmazlığı gidermesi için yapılan başvuru, hakkın yerine getirilmesi bakımından etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmelidir. Zira hüküm uyuşmazlığı yargılamasında Uyuşmazlık Mahkemesi, iki karar arasında hüküm uyuşmazlığı olduğunu tespit ettiği takdirde, bu kararlardan birini kaldırıp diğerinin olaya uygulanmasına karar verebileceği gibi her iki kararı da kaldırarak kendisi esastan yeni bir karar da verebilmektedir<sup>20</sup>. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu şekilde vermiş olduğu bir karar, kararlar arasındaki çelişkiyi ortadan kaldırmakta ve hakkın yerine getirilmesini mümkün kılmaktadır. Bundan dolayı hüküm uyuşmazlıklarında, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin hüküm uyuşmazlığını ortadan kaldırması etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmeli ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmadan önce bu yolun tüketilmesi gerekmektedir.

### III. BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA YARGI AYRILIĞI SİSTEMİ VE ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve 1982 Anayasası'nda koruma altına alınan temel haklardandır. AİHS'nin "adil yargılanma hakkı" başlıklı altıncı maddesine göre; "herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir." 1982 Anayasası'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesine göre ise; "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 kaçınmaz."

Hakkının ihlal edildiğini düşünen bir kişinin yargılama sonucunda hakkına kavuşabilmesi, her şeyden önce adil bir yargılama sürecinin varlığını gerektirmektedir. Sürecin kendisinin adil olmadığı bir yargılama sonucunda davanın esasına ilişkin adil bir kararın verilebilmesi mümkün değildir. İşte adil yargılanma hakkı, yargılama sürecine ilişkin adaletin sağlanmasını amaçlamaktadır. Yani adil yargılanma hakkı, bir davada ulaşılan sonucun değil, sonuca ulaşmaya yönelik izlenen yargılama usulünün adil olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>21</sup>. Adil yargılanma hakkı bakımından önemli olan "içerik olarak adil bir karar verilip verilmediği değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıdır."<sup>22</sup>

Adil yargılanma hakkı bir takım alt haklardan meydana gelmektedir. Adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin bu hakka getirdiği yorumlar esas alınmaktadır. Adil yargılanma hakkının bazı alt hakları AİHS ve 1982 Anayasası'nda açıkça sayılmakla birlikte bazı alt haklar mahkemeler tarafından yorum yoluyla geliştirilerek maddenin korumasına

20 **YEŞİL, Ufuk:** Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, 2016 Ankara, s.294.

21 **TAŞDELEN:** a.g.m., s.988.

22 **İNCEOĞLU, Sibel:** Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, s.1.

dahil edilmiştir<sup>23</sup>. Anayasa Mahkemesi; makul sürede yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi/ çelişmeli yargılanma ilkesi, gerekçeli karar hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, tanık dinletme sorgulama hakkı, savunma hakkı, kanuni hâkim ilkesi, hukuki belirlilik ilkesi gibi birtakım hak ve ilkeleri adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. İşte yargı ayrılığı sisteminin uygulanması dolayısı ile meydana gelen hukuki sorunların, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen bu hak ve ilkeleri ihlal etme potansiyeli vardır. Çalışmanın bu bölümünde, bu hukuki sorunların adil yargılanma hakkı üzerindeki etkileri, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararları ışığında incelenecektir.

## A. HUKUKİ GÜVENLİK VE BELİRLİLİK İLKESİ BAKIMINDAN

Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birisi olarak kabul edilmektedir. Zira hukuk devleti kavramı, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade etmektedir<sup>24</sup>. Vatandaşların devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir düzende mümkün olabilir. Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ile hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi arasındaki ilişkiyi incelediği bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “*Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa'nın tüm maddelerinde zımnen mevcut bir ilkedir. Belirlilik ilkesine göre ise, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne tür müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir.*”<sup>25</sup>

Doktrinde hukuki güvenlik ilkesinin şartları şu şekilde ifade edilmektedir: 1-Devlet faaliyetleri, önceden öngörülebilir, tahmin edilebilir olmalıdır. 2-Devlet faaliyeti, önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmelidir. 3-Hukuk düzeninde mümkün olduğunca hukuki istikrar sağlanmalıdır. 4-İdarenin tek yanlı işlem yapma üstünlüğüne karşı, güvence niteliğindeki kurullarla (bireylere katılma, dinleme ve savunma hakkı gibi haklar tanınarak) birey ile idare arasında denge sağlanmalıdır. 5-İdare, bireyin haklı beklentilerine uygun davranmalıdır. 6-Mevzuatta hukuka ve devlete olan güveni zedeleyici hususlardan kaçınılmalıdır. 7-Devlet kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirilebilmesi için hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti yaratmalıdır<sup>26</sup>.

23 TAŞDELEN: a.g.m., s.988.

24 ÖZBUDUN: a.g.e., s.125.

25 AYM: K.T: 04.01.2017, E.2017/24, K.2017/112.

26 AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Eylül 2018, s.97.

Yukarıda da ifade edildiği üzere hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olan hukuki belirlilik ilkesinin sağlanabilmesi için yasal düzenlemelerin vatandaşlar yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Yasal düzenlemelerin ne anlama geldiğine ilişkin uygulayıcılar ve özellikle de yargı organları tarafından sebep olunan bir belirsizlik hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Yargı ayrılığı sisteminin benimsendiği ülkelerde, bir yasal düzenlemenin ne anlama geldiğine ilişkin yargı kolları arasında birtakım uyuşmazlıklar meydana gelebilmektedir. Yargı kolları arasında meydana gelen bu uyuşmazlıklar, yargı kollarının görev alanını düzenleyen yasal düzenlemelerin uygulanmasından kaynaklanabileceği gibi aynı konuya ilişkin yasal düzenlemelerin yargı kolları tarafından farklı yorumlanması şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Yargı kolları arasında meydana gelen bu uyuşmazlıkların hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

### ***1. Yargı Kolları Arasında Meydana Gelen Görev Uyuşmazlıkları***

Hukuk sisteminin birden çok yargı kolundan oluşması, dava konusu her somut olayın hukuki niteliğinin tespit edilerek hangi yargı kolunun görev alanına girdiğinin tespit edilmesini gerektirmektedir. Hukuk sistemimizde, idari nitelikteki faaliyetlerden, yani “*idari işlem*”, “*idari eylem*” ve “*idari sözleşme*”lerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idari yargı, idari nitelikte olmayan faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların ise adli yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir<sup>27</sup>. İlk bakışta yargı kollarının görev alanlarının açık bir şekilde belirlendiği, dolayısı ile bu konuda herhangi bir uyuşmazlığın yaşanmayacağı düşünülebilir. Ancak dava konusu somut olayın hukuki niteliğinin ne olduğunun ve davanın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğinin tespit edilmesi birçok durumda oldukça zordur. Bundan dolayı uygulamada, dava konusu uyuşmazlıkların hukuki niteliğinin tespitine ilişkin yargı kolları arasında her zaman birtakım uyuşmazlıklar yaşanabilmektedir.

Hakkı ihlal edilen bir kişinin davasını hangi yargı kolunda açması gerektiğine ilişkin yargı organlarının uygulamasından kaynaklanan bir belirsizliğin yaşanması, hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bundan dolayı yargı kolları arasında yaşanan bu görev uyuşmazlıklarının, bireylerin davasını hangi yargı kolunda açacağı noktasında şüpheye düşürmeyecek kesinlikte çözülmesi gerekmektedir. Bu gereklilik, yargı ayrılığı sisteminin benimsenmiş olduğu ülkelerde, yargı kolları arasında meydana gelen bu görev uyuşmazlıklarını çözmekle görevli bir mahkemenin varlığını gerekli kılmaktadır. Ülkemizde adli ve idari yargı kolları arasında meydana gelen görev uyuşmazlıkları, bu iki yargı kolunun dışında yer alan Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından karara bağlanmaktadır.

1982 Anayasası'nın 158'inci maddesine göre; “*Uyuşmazlık Mahkemesi adli ve idari yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir.*” 1982 Anayasası'nın bu hükmüne göre; yargı kolları arasında göreve ilişkin yaşanan uyuşmazlıkların hukuki güvenlik

---

27 Bu bağlamda idari yargı kolu ile adli yargı kolu arasında özel görev – genel görev ilişkisi olduğu ve adli yargının idari yargı kolu karşısında genel görevli yargı kolu olduğu ifade edilmelidir.

ilkesini ihlal etmemesine yönelik olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kurulduğu, dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen kararlardan sonra görev konusuna ilişkin bir belirsizliğin kalmayacağı düşünülebilir. Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından yargı kollarının görev alanına yönelik olarak verilen kararların bu belirsizliği ortadan kaldırıp kaldırmadığını tespit edebilmek için, bu kararların hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

1982 Anayasası'nın 158'inci maddesi, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev ve hüküm uyuşmazlıklarına ilişkin vermiş olduğu kararların **kesin olduğunu** ifade etmektedir. Anayasanın bu hükmüne göre yargı organları, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin somut uyuşmazlığın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğine ilişkin kararlarına uymak zorundadır. Örneğin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin idari yargının görev alanına girdiğine karar verdiği bir davanın adli yargı organları tarafından görülmesi ve karara bağlanması veya idari yargı organlarının bu davanın kendi görev alanlarına girmediğini iddia etmesi mümkün değildir. Dolayısı ile Uyuşmazlık Mahkemesi'nin göreve ilişkin vermiş olduğu bu kararın, o somut uyuşmazlık bakımından hukuki belirsizliği ortadan kaldırdığı ifade edilebilir. Ancak hukuki belirsizlik o somut uyuşmazlık bakımından her ne kadar ortadan kalksa da Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararı, somut olaya benzer başka uyuşmazlıklar için bir kesinlik oluşturmamaktadır. Yani yargı organları, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin somut bir uyuşmazlığa ilişkin vermiş olduğu karara uymak zorunda iseler de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu karar benzer konudaki bir başka somut uyuşmazlık bakımından bir bağlayıcılık taşımamaktadır<sup>28</sup>. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevli yargı koluna ilişkin vermiş olduğu bu karar, **sadece o somut uyuşmazlık bakımından** bir bağlayıcılık ifade etmektedir. Bundan dolayı yargı organları, bir başka davada Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından aynı konuya ilişkin verilmiş bir görev kararı olsa bile, taraflarca bir görev itirazı yapılmadıkça veya kendilerini o davaya bakmaya görevsiz görmedikçe, önlerindeki davayı görmeye devam edebilmektedirler.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevli yargı koluna ilişkin vermiş olduğu kararların, benzer uyuşmazlıklar bakımından emsal teşkil edecek nitelikte olmaması, belli bir konuya ilişkin uyuşmazlıkların hangi yargı kolunun görev alanına girdiği noktasında bir belirsizliğe sebep olabilmektedir. Bu belirsizliğin etkili bir şekilde giderilememesi ise hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, konu ile alakalı bir bireysel başvuru kararında, Yargıtay ile Askeri Yargıtay arasındaki görev uyuşmazlığının hukuki belirlilik ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bireysel başvuru konusu olayda başvuru, yargılanmakta olduğu davanın adli yargının görev alanına girdiğine ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi kararı olmasına rağmen Askeri Yargıtay'ın kendisini görevli gördüğü gerekçesi ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir. Anayasa Mahkemesi; "(...) mahkemelerin görev ve yetki alanlarına ilişkin olarak içtihatlarla ortaya çıkan uyuşmazlıkların da belirsizliğe yol açmadan çözülmesi gerekir. Farklı uygulamaların yüksek mahkemeler nezdinde gelişmesi durumunda, toplumun yargıya güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğin oluşmasına izin verilmemelidir. Böyle bir durumda, adli makamların - özen yükümlülükleri gereği - farklı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik usule ilişkin güvenceleri devreye sokmaları beklenir. İlgili adli makamlar, adil yargılanma hakkının da

28 YEŞİL: a.g.e., s.321.

*içeriğine dahil olan hukuki güvenlik ilkesini ihlal ederek hukuki belirsizliğin bizatihi kaynağı olmamalıdır”* gerekçesi ile mahkemelerin görev alanlarının belirlenmesinde yüksek mahkemeler arasında içtihat farklılığının hukuki belirsizliğe sebep olduğuna ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>29</sup>.

İncelemiş olduğumuz bu karara konu hak ihlalinin ortaya çıkmasının en önemli sebebi, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından görevli yargı kolunun tespitine ilişkin verilen kararların aynı konuya ilişkin başka bir dava bakımından bağlayıcılığının olmamasıdır. Bundan dolayı askeri yargı organları, aynı konuya ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi kararı olmasına rağmen önlerindeki davaya bakmaya devam edebilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının emsal niteliği taşımaması, bu kararların etkisini azaltmakta ve yargı kolları arasındaki görev sorununun kalıcı bir şekilde çözülmesini engellemektedir<sup>30</sup>. Dolayısı ile yargı kolları arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını gidermek amacıyla yönelik olarak getirilen bu çözümün tam anlamı ile etkili bir yol olduğunu söylemek mümkün değildir. Bundan dolayı doktrinde, yasal düzenlemelerde değişiklik yapılarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevli yargı koluna ilişkin vermiş olduğu kararlarının bütün yargı mercilerini bağlaması gerektiği savunulmakta ve böyle bir değişikliğin Uyuşmazlık Mahkemesi'nin iş yükünü de azaltacağı ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

Kanımızca da yasal düzenlemelerde bu şekilde bir değişiklik yapılarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararların benzer olaylar için de bağlayıcı olmasının sağlanması, hem uyuşmazlık yargısının daha etkili yürütülebilmesi hem de bu konuya ilişkin uygulamadaki hukuki belirsizliği ortadan kaldırması bakımından son derece isabetli olacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının etkisi bu şekilde güçlendirilmediği sürece, vermiş olduğu kararların hukuki belirsizliği tam olarak ortadan kaldırmak için tek başına yeterli olmadığını ifade etmek gerekir.

## **2. Yargı Kolları Arasında Meydana Gelen İçtihat Farklılıkları**

Yargı ayrılığı sisteminden kaynaklanan hukuki sorunların hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi bakımından meydana getirdiği ikinci sorun, yargı kolları tarafından aynı yasal düzenlemelere ilişkin farklı içtihatlar geliştirmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda incelediğimiz konudan farklı olarak bu durumda yargı kolları arasında görevli yargı koluna ilişkin bir belirsizlik söz konusu olmamakta fakat aynı yasal düzenlemelerin yargı kolları tarafından farklı yorumlanması neticesinde aynı konuya ilişkin farklı içtihatların ortaya çıkması söz konusu olmaktadır. Aynı konuya ilişkin yargı kolları arasında meydana gelen bu içtihat farklılığının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini ihlal edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

29 AYM: B.No: 2015/889, K.T.: 17.11.2016.

30 Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevli yargı koluna ilişkin vermiş olduğu kararların görev belirsizliğini tam anlamıyla ortadan kaldırmadığına örnek olarak 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110'uncu maddesindeki düzenlemenin getiriliş amacı da gösterilebilir. “İşleteni ve sahibi devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dahil, bu kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür” hükmünü düzenleyen bu maddenin gerekçesinde, konuya ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi kararları olmasına rağmen yargı kolları arasında var olan görevli yargı kolu belirsizliğini gidermek olduğu ifade edilmiştir.

31 YEŞİL: a.g.e., s.321-322.



Anayasa Mahkemesi'ne göre yargı organlarının içtihatlarındaki farklılığın adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Yüksek Mahkemeye göre; “*Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanınması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz.*”<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre hukuk kurallarının nasıl yorumlanacağı hukuki güvenlik ilkesi bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına girmemektedir. Bir hukuk kuralının nasıl yorumlanması gerektiği veya bir hukuk kuralının birden çok yoruma müsait olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimsenmesi gerektiğini tespit etme yetkisi ilk derece mahkemelerindedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre hukuk kurallarının farklı yorumlarının bir içtihat farklılığı meydana getirebilmesi için, dava konusu edilen uyuşmazlıkların “*özü itibarıyla aynı mahiyette olması*” gerekmektedir. Bundan dolayı uyuşmazlıkların içeriğinin ve niteliğinin örtüşmediği, esaslı noktalarda ayrıldığı durumlarda kararlar arasındaki farklılığın içtihat farklılığı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>33</sup>.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre, içtihat farklılığı dolayısıyla hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edilebilmesi ancak yukarıdaki şartların gerçekleşmesi durumunda mümkün olabilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu şartları taşıyan bireysel başvuruları incelerken ikili bir ayırım yapmakta ve içtihat farklılığının “*aynı yargı kolu içerisinde*” veya “*farklı yargı kolları arasında*” olmasına göre karar vermektedir.

Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadını incelemeye geçmeden önce AİHM'nin konu ile alakalı içtihadının incelenmesi yerinde olacaktır. AİHM de tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi içtihat farklılıklarının hukuki güvenlik ilkesini ihlal edip etmediğini incelerken öncelikli olarak farklılığın aynı yargı kolu içinde mi yoksa farklı yargı kolları arasında mı meydana geldiğini tespit etmektedir. AİHM; birbirleri ile hiyerarşik ilişki içerisinde olmayan, farklı ve bağımsız mahkemeler arasında meydana gelen içtihat farklılıklarında, (aynı yargı kolu içinde yer alan mahkemeler arasında meydana gelen) içtihat farklılıklarına ilişkin benimsenen genel ilkelerin aynen uygulanamayacağını ifade etmiş ve farklı yargı kolları arasında meydana gelen içtihat farklılıklarında bir üst (dikey) gözden geçirme mekanizması kurulmasını talep etmenin adil yargılanma gerekliliklerinin ötesine geçeceğini belirtmiştir<sup>34</sup>. AİHM'e göre yargı ayrılığı sisteminin benimsendiği bir ülkede, birbirleri karşısında bağımsız olan yargı kolları arasında içtihat farklılıkları meydana gelmesi, bu sistemin doğal bir sonucudur ve bağımsız yargı kollarının bulunduğu bir sistemden hukuki tutarlılığa ulaşmak zaman alabilecektir.

32 AYM: B.No: 2015/19816, K.T.: 08.11.2017, p.53.

33 AYM: B.No: 2015/19816, K.T.: 08.11.2017, p.54.

34 AİHM: B.No: 13279/05, K.T.: 20.10.2011. AİHM'nin bu kararı ve içtihat farklılıklarına ilişkin içtihadı ile alakalı ayrıntılı bilgi için bkz: YILMAZ, Yunus Emre: “İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.7, S.13, Haziran 2019, s.562 vd.



Konu ile alakalı Anayasa Mahkemesi içtihadının da AİHM içtihadı ile paralel olduğu ifade edilebilir. Yüksek Mahkeme konuya ilişkin görüşünü bedensel zararın tazmini talebiyle açılan bir davada tazminattan indirilecek unsurların belirlenmesine ilişkin kanun hükmünün uygulanmasında yargı kolları arasındaki içtihat farklılığının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine ilişkin bir başvuruda ifade etmiştir. Başvuruda; adli yargıda görülen aynı nitelikteki davalarda, 5434 sayılı Kanun'un ek 79'uncu maddesi kapsamında yapılan ek ödeme maddi tazminat hak edişinden düşülmemesine rağmen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) tazminat hesabından düştüğü ve bu durumun aynı yasal düzenlemeye ilişkin içtihat farklılığına yol açtığı iddia edilmektedir. İchtihat farklılığından söz edilebilmesi için gerekli olan “*uyuşmazlıkların özü itibariyle aynı mahiyette olması*” ön koşulunun başvuruda sağlandığını ifade eden yüksek mahkeme, ilgili yasal düzenleme gereğince yapılan ek ödemelerin tazminattan mahsup edilip edilemeyeceğine ilişkin AYİM (ve Danıştay) ile Yargıtay yorumunun birbirine **taban tabana zıt** olduğunu belirtmiş ancak bu farklılığın yargı ayrılığı sisteminin doğal bir sonucu olduğunu ifade etmiş ve bu durumun hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin konu ile alakalı görüşü şu şekildedir: “*Her biri kendi yargı kolundaki çok sayıda mahkemenin yüksek mahkemesi konumundaki mahkemelerin aynı konuda farklı yorumlar getirmesi, yargı ayrılığını benimsemiş ve Yargıtay, Danıştay, AYİM gibi çeşitli yüksek mahkemelerden oluşan yargı sistemimizin kaçınılmaz bir özelliği olarak kabul edilmelidir. Böyle bir durumda adil yargılanma hakkının, devleti söz konusu mahkemeler arasında içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracabilecek nitelikte bir mekanizmayı kurmakla yükümlü kılacak kadar bir güvenceyi sağladığından söz edilemez. Zira böyle bir yaklaşım, doğrudan Anayasa tarafından benimsenmiş yargı ayrılığı sisteminin özüne bir müdahale teşkil edeceğinden Anayasa ile çelişen bir duruma da sebebiyet verme riskini barındırmaktadır. Dolayısıyla farklı yargı alanlarındaki uyumsuzlukları çözmekle görevli her bir yüksek mahkeme kendi yargı kolunun görev alanındaki dava tiplerine göre özü itibariyle aynı nitelikteki uyumsuzluklarda farklı bir bakış açısıyla olaya yaklaşabilir ve hukuki gerekçelerini de göstererek farklı sonuçlara ulaşabilir. Yargı sisteminin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan yargı kolları arasındaki farklı içtihatlar zaman içerisinde birbiriyle tutarlı hâle de gelebilir. Ancak bu tutarlılık zaman içinde sağlanamamış olsa dahi içtihat farklılığının açıkça keyfilik oluşturan bir durumdan kaynaklandığı saptanamadığı sürece bu durum makul kabul edilebilir ve adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmaz.*”<sup>35</sup>

Yukarıda yer verdiğimiz AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından da anlaşılacağı üzere, aynı hukuk kuralına ilişkin farklı içtihatların ortaya çıkmasının hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edip etmediği incelenirken ikili bir ayırım yapılmakta ve içtihat farklılığının farklı yargı kolları arasında meydana gelmesi durumunda, bunun yargı ayrılığı sisteminin doğal bir sonucu olduğu ifade edilerek hukuki güvenlik ilkesini ve adil yargılanma hakkını ihlal etmediği kabul edilmektedir. Ancak aynı hukuk kuralına ilişkin içtihat farklılığının aynı yargı kolu içerisinde yer alan mahkemeler arasında meydana gelmesi durumunda bu içtihat farklılığı hukuki güvenlik ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>36</sup>.

35 AYİM: B.No: 2015/19816, K.T.: 08.11.2017 P.59.

36 AYİM: B.No: 2013/6932, K.T.: 06.01.2015, p.52-72; AYİM: B.No: 2014/ 13518, K.T.: 26.10.2017, p.56-70; Aksi yönde bir karar için bkz: AYİM: B.No: 2014/13916, K.T.: 12.01.2017, p.80-85.

AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin aynı hukuk kuralının yargı kolları tarafından farklı yorumlanması dolayısı ile meydana gelen içtihat farklılıklarının hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesini ihlal etmediğine ilişkin bu içtihatları kanımızca isabetlidir. Zira bu tür içtihat farklılıklarında, hüküm uyumsuzluğuna sebep olan içtihat farklılıklarından farklı olarak, hakkın gerçekleştirilmesini imkânsız kılan bir durum söz konusu değildir. Her ne kadar aynı konuya ilişkin yasal düzenlemelerin farklı yargı kolları tarafından aynı şekilde yorumlanmasının ilgililer açısından daha öngörülebilir bir durum yaratacağı ve ideal olanın bu olduğu ifade edilebilse de bunu gerçekleştirmeye yönelik bir mekanizmanın kabul edilmesi, yargı ayrılığı sisteminin ortadan kaldırılması sonucunu doğuracaktır. Yargı ayrılığı sisteminin benimsenmesi gerekip gerekmediği ise Anayasakoyucunun takdirinde olan bir konudur. Dolayısıyla Anayasakoyucunun yargı ayrılığı sistemini benimsediği bir düzende, yargı kolları arasında meydana gelen bu tür içtihat farklılıklarının makul ve kabul edilebilir olduğu ifade edilebilir.

## B. MASUMİYET KARİNESİ BAKIMINDAN

Yargı ayrılığı sisteminden kaynaklanan hukuki sorunların adil yargılanma hakkına olan etkileri bağlamında üzerinde durulması gereken konulardan birisi de masumiyet karinesidir. Adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini kabul etmekte ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğini oluşturmaktadır<sup>37</sup>. Bu bağlamda hem 1982 Anayasası'nın 38'inci hem de AİHS'nin 6'ncı maddesi, suçluluğu mahkeme kararı ile sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağını hüküm altına almıştır.

Yargı ayrılığı sistemi ile masumiyet karinesi arasındaki ilişki çoğunlukla disiplin yargılamasına konu olan bir faaliyetin aynı zamanda bir ceza soruşturmasına veya yargılamasına konu olması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Bir kişiye, işlemiş olduğu bir faaliyet dolayısı ile hem idari disiplin cezası hem de ceza yargılaması sonucunda adli bir cezanın verilmesi mümkündür. Bu durum, yani bir kişinin aynı fiil dolayısı ile hem disiplin cezası hem de adli ceza alması, ceza hukukunda bir kişiye aynı fiil dolayısı ile birden fazla ceza verilemeyeceği anlamına gelen “*ne bis in idem*” ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaz<sup>38</sup>. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131'inci maddesine göre de “*memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olmaz.*” Bu noktada şu sorunun cevaplanması gerekmektedir: Acaba ceza yargılamasında beraat eden veya ceza soruşturması sonucunda hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen bir kişiye, aynı maddi olay dolayısı ile disiplin cezası verilmesi masumiyet karinesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurur mu?

Öncelikli olarak ifade etmek gerekir ki masumiyet karinesinin kural olarak, suç isnadının karara bağlandığı yargılamalar bakımından geçerli olduğu ve AİHS'nin 6'ncı maddesine göre “*medeni hak*

37 AYM: K.T.:26.12.2013, E.2013/133, K.2013/169.

38 OĞURLU, Yücel: “Ceza Muhakemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis in İdem’ Kuralı”, AÜHF, C.52, S.2, Y.2003, s.105.

*ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar*” çerçevesinde değerlendirilen idari davaların tek başına masumiyet karinesinin uygulama alanının dışında kaldığı kabul edilmektedir. Ancak idari davaya konu olan uyumsuzluğa ilişkin maddi olayın tespitinde, idari yargı merciinin aynı maddi olayı ele alan ceza mahkemesinin daha önce verdiği beraat kararına uygun hareket etmesi, masumiyet karinesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir. Bundan dolayı, ceza davasını takip eden ve ceza yargılaması niteliğinde olmayan (hukuk, disiplin gibi) yargılamalarda da masumiyet karinesine özen gösterilmelidir<sup>39</sup>. Dolayısıyla, idari dava niteliğinde olan bir disiplin yargılamasında, ceza mahkemeleri tarafından aynı konuya ilişkin bir kararın dikkate alınmaması, masumiyet karinesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

Bir ceza davasında hangi durumlarda beraat kararı verilebileceği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'üncü maddesinde sayılmıştır. Buna göre; **a**-Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmaması, **b**-Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, **c** - Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, **d** - Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, **e** - Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde beraat kararı verilir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ise kanunun 172'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir*”. Beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilen bir kişi hakkında aynı maddi olay dolayısı ile disiplin cezası verilmesinin masumiyet karinesini ihlal edip etmediği, yukarıda zikredilen gerekçelerin her birine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararının gerekçesinin “*yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*” olduğu durumda, bu kararın idari yargı organları tarafından dikkate alınması gerektiği noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. İdari yargı organları, bu gerekçe ile verilen kararları dikkate almakta ve bu durumda ilgili kişiye disiplin cezası da verilemeyeceğini kabul etmektedir<sup>40</sup>.

İşlendiği iddia edilen eylemin ceza kanunlarında öngörülen suçun unsurlarını oluşturmadığı gerekçesi ile verilen beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının ise idari yargı organları üzerinde bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Zira bu durumda, isnat edilen faaliyetin işlenmediğine dair bir açıklama yer almamakta, işlendiği iddia edilen faaliyetin suç olmadığı ifade edilmektedir. Söz konusu faaliyet her ne kadar suç tanımına uymasa da disiplin cezası gerektiren bir faaliyet olabilir. Dolayısıyla bu gerekçe ile verilen beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına rağmen ilgiliye disiplin cezası verilmesi masumiyet karinesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaz<sup>41</sup>.

Konumuz bakımından önem arz eden husus; yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilen beraat kararları ile kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak

39 AYM: B.No: 2013/1503, K.T.: 02.12.2015.

40 D10D: K.T.:27.10.1987, E.1987/2015, K.1987/1721.

41 AYM: B. No: 2012/574, K.T.: 06.02.2014, p.80-85.

delil elde edilememesi gerekçesi ile verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının idari yargı organları tarafından dikkate alınması gerekip gerekmediğidir. Uygulamada “*delil yetersizliği*”<sup>42</sup> kavramı ile de ifade edilen gerekçelerle verilen beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının idari yargı organları tarafından dikkate alınması gerekip gerekmediği, masumiyet karinesi bakımından oldukça büyük bir öneme sahiptir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin içtihadını incelemeye geçmeden önce, idari yargı organlarının konuya ilişkin kararlarını incelemek yerinde olacaktır. İdari yargı organları, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması gerekçesi ile verilen kararların disiplin cezası verilmesine engel olmadığı yönünde karar vermektedir<sup>43</sup>. İdari yargı organlarına göre ceza yargılaması, mutlak maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan, bu gerçeklik üzerinden hareket ederek kendine özgü metot ve ilkeleri kullanmak suretiyle uyumsuzlukları çözüme kavuşturan bir yargı alanıdır. Bu sebeple, suçun işlenmediğinin sabit olduğundan bahisle verilen beraat kararları hariç olmak üzere, delil yetersizliği, şüpheden sanık yararlanır ilkesi veya suçun işlendiğinin sabit olmadığından bahisle verilen beraat kararları ya da savcılıkça verilen kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararlar idare mahkemelerini doğrudan doğruya bağlamamaktadır. Görüldüğü gibi idari yargı organları, delil yetersizliği gerekçesi ile verilen beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının idari yargı organları üzerinde doğrudan bir bağlayıcılığının olmadığını ve bu kararlara rağmen ilgili kişiye aynı maddi olay dolayısı ile disiplin cezası verilebileceğini kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi ise bu konuda idari yargı organlarından farklı düşünmektedir. Anayasa Mahkemesi; suçu işlediğine kesin olarak kanaat getirilemediği gerekçesiyle sanık hakkında beraat kararı verilen durumlarda da kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğini ve delil yetersizliğine dayalı olsa bile kişi hakkında verilen beraat kararına aykırı olarak kişinin suçsuz olmadığı yönündeki değerlendirmelerden kaçınılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>44</sup>. Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesinin sadece delil yetersizliği gerekçesiyle verilen beraat kararlarında değil ceza davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesi halinde de devam ettiğine ve bu kararın idari yargı yerlerince ilgilinin suçsuz olmadığı şeklinde yorumlanmasının masumiyet karinesini ihlal ettiğine karar vermektedir<sup>45</sup>.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken noktalardan birisi de ceza mahkemesi tarafından “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” kararı verilmesi durumunda idari yargı yerlerinin

42 Uygulamadaki bu durum doktrinde yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Örneğin YENİSEY ve NUHOĞLU'nun konu ile alakalı düşünceleri şu şekildedir: “*Mahkûmiyet için gereken şartların başında, iddianın sabit olması gerekir. Bu şart gerçekleşmeyince sanık beraat eder. Bu halde verilen beraat kararının gerekçesi olarak, uygulamada 'isnadın sabit olmaması' yerine 'delillerin yetersizliğinden' bahsedilmesi, ceza muhakemesinde mahkûmiyetin gaye sayıldığı devirlerin kalıntısıdır.*” YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2018, s.755. Aynı doğrultuda bkz: ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara 2013, s.247.

43 “(...) delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararı, disiplin cezası verilmesi konusunda mutlak anlamda bağlayıcı nitelikte değildir.” D10D: K.T.:27.10.1987, E.1987/2015, K.1987/1721; DİDDK: K.T.: 20.06.2003, E.2003/67, K.2003/436; D12D: K.T.: 27.12.2013, E.2013/902, K.2013/12974; D16D: K.T.: 14.05.2015, E.2015/8150, K.2015/2711. Aksi yönde karar için bkz: DİDDK: K.T.: 05.02.2015, E.2013/4988, K.2015/242.

44 AYM: B.No: 2012/998, K.T.: 07.11.2013, p.61-64.

45 AYM: B.No: 2013/1503, K.T.: 02.12.2015, p.33-34; AYM: B.No: 2012/584, K.T.: 12.03.2015.

nasıl davranması gerektiğidir. İdari yargı organları tarafından kabul edilen içtihadı göre bir kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması, o kişi hakkında disiplin cezası verilmesine engel değildir<sup>46</sup>. Hatta bu karar, ilgili kişinin disiplin cezası verilmesine konu faaliyeti gerçekleştirdiğine delil olarak kabul edilmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, ilgili hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının idari yargı organlarınca ilgilinin suçsuz olmadığı şeklinde yorumlanmasını masumiyet karinesinin ihlali olarak kabul etmektedir<sup>47</sup>.

Bu kararlarından da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olduğu gerekçesiyle verilenler dışındaki beraat kararlarının idari yargı organları üzerinde doğrudan bir bağlayıcılığı olmadığını kabul etmekte ancak delil yetersizliği sebebiyle verilen beraat kararlarında, zamanaşımı dolayısı ile düşen ceza davalarında ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği durumlarda, bu kararların “*ilgili kişinin suçsuz olduğu anlamına gelmediği*” şeklinde yorumlanmasının masumiyet karinesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir<sup>48</sup>. Kanımızca Anayasa Mahkemesi’nin bu görüşü son derece isabetlidir. Bizce de isnat edilen faaliyetin sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması gerekçesinin, kişinin isnat edilen eylemi işlemiş olabileceği şeklinde yorumlanması ve bu gerekçeye dayanılarak kişiye disiplin cezası verilmesi masumiyet karinesi ile bağdaşmamaktadır. Bundan dolayı idari yargı organlarının “*bir kişiye disiplin cezası verilmemesi için, kişinin o eylemi gerçekleştirmediğinin sabit olması gerekir*” şeklinde ifade edilebilecek görüşünün “*bir kişiye disiplin cezası verilebilmesi için kişinin o eylemi gerçekleştirdiğinin sabit olması gerekir*” görüşüne dönüşmesi ve kişinin disiplin cezası gerektiren bir eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediği şüphesinin olduğu durumlarda disiplin cezası verilmesinin mümkün olmadığının kabul edilmesi gerekmektedir. İdari yargı organlarının disiplin cezalarına ilişkin bu yaklaşımı, “*suçluluğun asıl, masumiyetin istisna*” olduğu bir bakış açısını yansıtmaktadır. Bu bakış açısının bir hukuk devletinde kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bir hukuk devletinde, ilgili kişinin disiplin cezası gerektiren bir faaliyeti işlemediğini değil, idarenin disiplin cezası gerektiren bir faaliyetin işlendiğini, şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlaması gerekir. Eğer bu faaliyetin işlendiği ispatlanamıyorsa, kişinin o faaliyeti işlemediğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bundan dolayı kanımızca, ceza mahkemeleri tarafından, “*yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” gerekçesiyle verilen beraat kararlarının da idari yargı organları açısından bağlayıcı olması gerekmektedir.

46 **D12D:** K.T.:28.11.2017, E.2017/908, K.2017/6060; **D12D:** K.T.: 13.06.2014, E.2012/7505, K.2014/5009; **D16D:** K.T.: 19.03.2015, E.2015/243, K.2015/859.

47 **AYM:** B.No: 2013/6974, K.T.: 14.04.2016, p.31-36.

48 “*Masumiyet karinesi kural olarak, hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Suç isnadı mahkûmiyete dönüşen kişiler açısından ise, artık ‘hakkında suç isnadı olan kişi’ statüsünde olmadıkları için masumiyet karinesi iddiasının geçerli bir dayanağı kalmamaktadır. Ancak ceza davasının herhangi bir nedenle düştüğü, belirli bir süre sonra şarta bağlı olarak düşeceği veya sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurmaksızın davanın ertelendiği durumlarda kişi hakkında masumiyet karinesinin devam ettiğini kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumlarda ortada henüz verilmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmamaktadır.*” **AYM:** B.No: 2012/665, K.T.: 13.06.2013, p.27.

### C. MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI BAKIMINDAN

Adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen haklardan birisi olan mahkemeye erişim hakkı, kişilerin iddia ve savunmalarını bir yargı yerinde ileri sürebilmelerine imkân sağlamayı amaçlamaktadır. 1982 Anayasası'nın 36'ncı maddesine göre; *“herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”*

Mahkemeye erişim hakkının konumuz bakımından önemi, idari yargı yerlerinde açılması gereken bir davanın yanlış yargı kolunda açılması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada bazı durumlarda davacılar idari yargı kolunun görev alanına giren bir uyuşmazlığı adli yargı yerlerinde açabilmektedir. Bu durumda meydana gelen hukuki sorunların mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

İdari yargı kolunun görev alanına giren bir davanın farklı bir yargı kolunda açılması durumunda yapılması gerekenler 2577 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“çözümlemesi Danıştayın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli yargı yerlerinde açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir.”*

Düzenlemede konumuz bakımından önem arz eden husus, görevsiz yargı yeri tarafından verilen görevsizlik kararının kesinleştiği tarihten itibaren ilgilinin görevli idari yargı yerinde 30 gün içinde yeniden dava açması gerektiğidir. Yani yanlış yargı yerinde açılan dava, idari dava süresi içerisinde açılmış olsa bile, görevsizlik kararının kesinleştiği tarihten itibaren 30 gün içerisinde görevli idari yargı yerinde usulüne uygun olarak yeni bir dava açılmadığı takdirde davanın süresinde açılmadığına karar verilmektedir.

Düzenleme, yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararlarından sonra ilgilinin idari yargı yerinde usulüne uygun olarak yeni bir dava açması gerektiğini öngörse de uygulamada bazı adli yargı yerleri görevsizlik kararı verdikten sonra dava dosyasını re'sen veya ilgilinin talebi üzerine görevli gördükleri idari yargı yerlerine gönderme yanlısına düşmekte; idari yargı yerleri de kendilerine bu şekilde gönderilen dava dosyaları hakkında, ortada usulüne uygun olarak açılmış bir idari dava bulunmadığı gerekçesi ile *“dosya esas kaydının kapatılarak dosyanın görevsiz yargı yerine gönderilmesine”* karar verebilmektedir. Yargı kolları arasında meydan gelen bu uyuşmazlık dolayısıyla ilgilinin hak kaybına uğraması söz konusu olabilmektedir. Zira iki yargı kolu arasında bu işlemler devam ederken idari yargıda yeni bir dava açmak için öngörülen 30 günlük süre dolmakta ve ilgilinin idari yargı yerinde yeni bir dava açma imkânı ortadan kalkmaktadır<sup>49</sup>. Bu durumun mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Konuya ilişkin idari yargı yerleri tarafından verilen kararları incelemeye geçmeden önce AİHM'nin bakış açısını incelemek yararlı olacaktır. AİHM'nin konuya ilişkin içtihadını ortaya koyduğu

49 AYDIN, Bihter: “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, TAAD, Y.4, S.15, Ekim 2013, s.288.



Mesutoğlu/Türkiye kararına konu olan olayda davacıların adli yargıda açmış oldukları dava görevsizlik nedeniyle reddedilmiş, davacıların talebi üzerine de dava dosyası görevsizlik kararı veren mahkeme tarafından görevli idari yargı yerine gönderilmiştir. Bunun üzerine görevli idari yargı yeri ilk önce “*dilekçenin reddi*” kararı vererek davacının usulüne uygun bir dilekçe ile dava açmasına imkân tanımışsa da ilerleyen süreçte usul hatası olduğu gerekçesi ile davanın reddine ve dosyanın görevsizlik kararı veren adli yargı yerine gönderilmesine karar vermiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır. Bu karar üzerine ilgililer AİHM’e başvurmuştur. Öncelikli olarak mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp dava koşulları açısından bazı sınırlamalara tabi olduğunu, mahkemeye erişim hakkının doğası gereği devlet tarafından bir düzenlemeyi gerektirdiğini ve sözleşmeli devletlerin de bu konuda belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu hatırlatan AİHM, mahkemelerin usul hukukuna ilişkin kuralları uygularken hem ilgilinin hakkaniyetine hanel getirecek kadar abartılı şekilcilikten hem de kanunla öngörülmüş olan usul kurallarının ortadan kalkmasına sebep olacak kadar aşırı bir esneklikten kaçınmaları gerektiğini ifade etmiş, başvuruların dava dosyasının görevsizlik kararı veren adli yargı yeri tarafından idare yargı yerine gönderilmesi ile 2577 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesi ile öngörülen ayrıntı ve usullere sıkı sıkıya bağlı kalarak başvuruların idare mahkemesine başvurusu arasında alınacak sonuç açısından hiçbir fark bulunmadığını belirterek Türk idari yargı yerlerinin 9’uncu maddede öngörülen usul kuralını çok katı bir şekilde uyguladığı ve aşırı şekilci davrandığı gerekçesiyle başvurunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>50</sup>. Buna göre, yanlış yargı kolunda açılan dava dosyasının görevsizlik kararı veren mahkeme tarafından gönderilmesi ile ilgilinin görevli idari yargı yerinde usulüne uygun olarak yeni bir dava açması arasında elde edilmeye çalışılan sonuç bakımından herhangi bir fark yoktur.

İdari yargı yerlerinin konuya ilişkin kararları incelendiğinde meseleyi ikili bir ayırım yaparak ele aldıkları görülmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, görevsiz yargı yeri tarafından gönderilen dava dosyasının ilgilinin talebi üzerine gönderilmesi durumunda “*dilekçenin reddi*” kararı verilerek ilgili kişiye idari yargı yerlerinde usulüne uygun olarak yeni bir idari dava açma imkânı tanınması gerektiğini ifade etmektedir. İlgilinin talebi üzerine görevsiz yargı yeri tarafından gönderilen dava dosyasına ilişkin uygulanan bu yöntemin yukarıda incelediğimiz AİHM kararı ile örtüştüğü ve ilgilinin mahkemeye erişim hakkını kolaylaştıran bir çözüm olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte kurul, dava dosyasının görevsiz yargı yeri tarafından ilgilinin talebi olmaksızın re’sen gönderilmesi durumunda dosyanın idare mahkemesinin esasına kaydedilerek incelenemeyeceğini ifade etmiştir<sup>51</sup>. İşte dava dosyasının görevsiz yargı yeri tarafından re’sen gönderilmesi üzerine idari yargı yerlerince bu yönde bir karar alınması, ilgilinin 30 gün içinde usulüne uygun olarak yeni bir idari dava açma imkanını elinden almaktadır. Dolayısı ile idari yargı yerlerinin, dava dosyasının görevsiz yargı yeri tarafından re’sen gönderilmesine ilişkin bu uygulaması, ilgilinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilmektedir.

İdari yargı yerlerinin görevsiz yargı yerleri tarafından gönderilen dava dosyaları ile alakalı bu şekilde ikili bir ayırım yapması doktrinde eleştirilmiştir. COŞKUN, dava dosyasının görevsiz

50 AİHM: B.No: 36533/04, K.T.: 14.10.2008.

51 DİDDK: K.T.: 31.05.2007, E.2006/4713, K.2007/1302; DİDDK: K.T.:16.04.2009, E.2006/4580, K.2009/1090; D6D: K.T.: 27.09.2012, E.2012/4525, K.2012/4622; D15D: K.T.: 11.10.2011, E.2011/127, K.2011/2654.



yargı yeri tarafından re'sen gönderilmesi ile ilgilinin talebi üzerine gönderilmesi arasında bir fark bulunmadığını, dolayısı ile her iki durumda da idari yargı yerleri tarafından dilekçenin reddi kararı verilerek ilgiliye idari dava açma hakkı tanınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>52</sup>. Konuya ilişkin asıl sağlıklı çözümün mevzuat değişikliği olduğunu ifade eden AYDIN ise yargı kolunu değiştiren görevsizlik kararı verilmesi halinde dava dosyalarının re'sen idari yargı merciine gönderilmesini öngören, böylece davacının idari yargı yerlerinde yeniden dava açmasını gerektirmeyen bir düzenleme yapılabileceğini belirtmektedir<sup>53</sup>.

Kanımızca da dava dosyasının görevsiz yargı yeri tarafından re'sen veya ilgilinin talebi üzerine görevli idari yargı yerine gönderilmesi suretiyle meydana gelen usul hatasının davacıya yüklenmesinin mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşması mümkün değildir. Zira dava dosyası görevsiz yargı yerinden ister re'sen isterse de talep üzerine gönderilmiş olsun, davacı her iki durumda da görevsizlik kararı veren yargı yerine güvenmektedir. Bir usul kuralının yargı yerlerince yanlış yorumlanması dolayısı ile meydana gelen hukuka aykırılığın sorumluluğunun ilgililere yüklenmesi, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Benimsenen yargı sisteminin uygulanması dolayısı ile ortaya çıkan bu hukuki sorunun ilgiliyi en az mağdur edecek şekilde çözümlenmesi gerekliliği, adil yargılanma hakkının bir şartı olarak kabul edilmelidir.

Yanlış yargı kolunda dava açılması nedeniyle meydana gelebilecek mahkemeye erişim hakkı ihlallerini önlemeye yönelik olarak üzerinde durulması gereken önemli noktalardan birisi de 1982 Anayasası'nın 40'inci maddesinde yer alan “*devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*” hükmüdür. Anayasanın bu hükmüne uygun olarak Danıştay, başvuru yolu ve dava açma süresi gösterilmeksizin ilgisine tebliğ eden işlemlerin dava açma süresini başlatmayacağına karar vermektedir. Danıştay'a göre; “(...) *Anayasa'nın 125'inci maddesinde, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinde başlayacağı belirtilmişse de; 40. maddeye eklenen fıkrayla idari işlemlerde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmesi zorunluluğu getirildiğinden, kişilere bildirilen idari işlemlerde başvuru süresi ve başvuru yerinin de gösterilmesi gerekmektedir. Dava açma süresini başlatacak olan Anayasa'nın amir hükmü gereğince başvuru mercii ve süresini de gösteren yazılı bildirimdir. Bunun dışındaki yazılı bildirimler, Anayasa'nın 40. maddesinin amir hükmüne uygun olmadığından, dava açma süresi işlemeye başlamaz.*”<sup>54</sup>

Danıştay'ın dava açma süresinin başlangıcına ilişkin bu içtihadının mahkemeye erişim hakkı bakımından oldukça önemli olduğunu ifade edilmesi gerekmektedir. Zira bu içtihada göre, dava açma süresini başlatacak olan bildirimde ilgilinin itiraz edebileceği makamların da gösterilmesi zorunlu olduğundan, ilgilinin mevzuat hükümlerini bilmemesinden kaynaklanan yanlış yargı kolunda dava açma ihtimali ortadan kalkmaktadır. Başvuru yolunun ve dava açma süresinin gösterilmediği bildirimler de dava açma süresini başlatmayacağından, bu içtihadın ilgilinin yanlış

52 COŞKUN, Şenol: “Görevli Olmayan Yargı Yerine Başvurulması Halinde İdari Dava Açma Süresi Sorunu ve AİHM'nin Mesutoğlu/Türkiye Kararı”, TAAD, Y.4, S.14, Temmuz 2013, s.1117.

53 AYDIN: a.g.m., s.290.

54 D13D: K.T.: 09.02.2018, E.2015/50, K.2018/357.

yargı kolunda dava açmasından kaynaklanan ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açan hukuki sorunları ortadan kaldırdığı da ifade edilebilir.

#### D. KANUNİ HÂKİM İLKESİ BAKIMINDAN

Adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen ilkelerden birisi olan kanuni hâkim ilkesi; yargılamayı yapacak olan mahkemenin, yürürlükte bulunan kanunlar aracılığıyla görevi, yetkisi ve izleyeceği yargılama usulünün uyumsuzluğunun gerçekleşmesinden önce belirlenmesi anlamına gelmektedir<sup>55</sup>. Kanuni hâkim ilkesine göre, bir uyumsuzluk ancak ve ancak, uyumsuzluktan önceki tarihte yürürlüğe giren kanunda belirtilen mahkeme tarafından görülebilecektir. Uyuşmazlığın, gerçekleştiği tarihte öngörülen mahkemenin dışındaki bir mahkeme tarafından görülmesi kanuni hâkim ilkesinin ihlal edilmesine sebep olmaktadır.

Kanuni hâkim ilkesi anayasa tarafından da koruma altına alınmış bir ilkedir. 1982 Anayasası'nın "kanuni hâkim güvencesi" başlıklı 37'nci maddesine göre; "hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz."

Kanuni hâkim ilkesinin "kanunilik" ve "öncedenlik" olmak üzere iki temel unsuru vardır. Kanunilik unsuru, mahkemelerin görev ve yetkileri ile yargılama usullerinin ancak ve ancak yasama organı tarafından çıkarılacak bir kanunla belirlenebileceği anlamına gelmektedir. Öncedenlik unsuru ise sözü edilen bu belirlemenin uyumsuzluğunun gerçekleşmesinden önce yapılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>56</sup>. Bu iki unsurdan herhangi birisinin gerçekleşmemesi, kanuni hâkim ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Kanuni hâkim ilkesinin konumuz bakımından önemi, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından görevli yargı koluna ilişkin verilen kararların bu ilkeyi ihlal edip etmediği hususunda karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada şu sorunun cevaplanması gerekmektedir: Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevli olduğuna karar verdiği yargı kolunda davası görülmekte olan bir davacı; davasının aslında başka bir yargı kolunun görev alanına girdiğini, Uyuşmazlık Mahkemesi kararı ile davasını başka bir yargı organı önünde açmak zorunda bırakıldığını ve bu durumun kanuni hâkim ilkesini ihlal ettiğini iddia edebilir mi?

Anayasa Mahkemesi bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Yüksek mahkeme, konu ile alakalı kendisine yapılan bir bireysel başvuruda, Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından görevli yargı koluna ilişkin verilen kararların kanuni hâkim ilkesini ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi şu şekildedir: "Başvurucu, Uyuşmazlık Mahkemesi kararıyla adli yargı yerine idari yargı yerinde dava açmak zorunda bırakılmasının kanuni hâkim güvencesi ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa ile kurulmuş Yüksek Mahkemeler arasında olup, taraflar arasındaki uyumsuzluğa hangi mahkeme tarafından bakılması gerektiğine karar verir. Uyuşmazlığın esasına dair karar vermez. Somut olayda Uyuşmazlık Mahkemesince, başvuru tarafından İdare aleyhine açılan davaya bakmaya idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle,

55 TANRIVER, Süha: "Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2013, S.104, s.12.

56 TANRIVER: a.g.m., s.13.

*Ankara 17. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen görev itirazının reddine dair kararın kaldırılmasına karar verilmiştir. Davanın esasını çözecek mahkeme, Uyuşmazlık Mahkemesi kararından veya ihtilafın doğmasından sonra kurulan bir mahkeme olmayıp, görev ve yetkileri daha önceden kanunla belirlenmiş bir mahkemedir. Bu durumun kanuni hâkim güvencesi açısından sorun oluşturmadığı açıktır.”<sup>57</sup>*

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesinde iki önemli husus dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevli yargı koluna ilişkin vermiş olduğu kararın kanuni hâkim ilkesini ihlal etmemesinin ilk nedeni, mahkemenin görev uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarının esasa değil usule ilişkin olmasıdır. İkinci husus ise Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görevli olduğunu tespit ettiği mahkeme, görev ve yetkileri önceden kanunla belirlenmiş bir mahkemedir. Bundan dolayı da Uyuşmazlık Mahkemesi'nin somut bir uyuşmazlıkta hangi yargı kolunun görevli olduğuna ilişkin vermiş olduğu karar, kanuni hâkim ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmamaktadır.

## **E. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN**

Adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen haklardan bir diğeri da makul sürede yargılanma hakkıdır. 1982 Anayasası'nın 141'inci maddesine göre; *“davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.”* Anayasa Mahkemesi'ne göre ise makul sürede yargılanma hakkının amacı; *“ tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerçekleştiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası(dır).”<sup>58</sup>*

Makul sürede yargılanma hakkının konumuz bakımından önemi, bir davanın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğinin tespit edilmesi sürecinde karşımıza çıkmaktadır. Görülmekte olan bir davada, davaya bakmakta olan mahkemenin görevli olup olmadığına ilişkin re'sen veya tarafların talebi üzerine bir uyuşmazlığın çıkması durumunda, bu uyuşmazlığın Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından ortadan kaldırılması, birçok aşamadan geçildikten sonra mümkün olabilmektedir. İşte görevli yargı kolunun tespitine ilişkin geçen bu sürenin, makul sürede yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini tespit etmek gerekmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için görev uyuşmazlıklarının nasıl ortaya çıktığı ile alakalı kısa bir açıklama yapmak yararlı olacaktır. Görev uyuşmazlıkları, *“olumlu görev uyuşmazlığı”* ve *“olumsuz görev uyuşmazlığı”* olmak üzere iki şekilde gerçekleşmektedir. Olumlu görev uyuşmazlığı hem adli hem de idari yargı organlarının, bir davanın kendi görev alanlarına girdiğini iddia etmeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. 2247 sayılı Kanun'un *“olumlu görev uyuşmazlığı çıkarma”* başlıklı 10'uncu maddesine göre; *“görev uyuşmazlığı çıkarma; adli ve idari bir yargı merciinde açılmış olan davada ileri sürülen görev itirazının reddi üzerine ilgili başsavcı veya Başkanunsözcüsü tarafından görev konusunun incelenmesinin Uyuşmazlık Mahkemesinden istenmesidir.”* Olumsuz görev uyuşmazlığı ise, adli ve idari yargı organlarının bir davanın kendi görev alanlarına girmediğini iddia etmeleri durumunda ortaya çıkmaktadır. 2247 sayılı Kanun'un *“olumsuz görev uyuşmazlığı”* başlıklı 14'üncü

57 AYM: B.No: 2013/1586, K.T.: 18.09.2013.

58 AYM: B.No: 2012/673, K.T.: 19.12.2013.

maddesine göre; “*olumsuz görev uyuşmazlığının bulunduğu ileri sürülebilmesi için adli ve idari yargı mercilerinin tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada kendilerini görevsiz görmeleri ve bu yolda verdikleri kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekir.*”

İlgili kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, yargı kollarının görev alanlarına ilişkin bir uyuşmazlığın Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelebilmesi için birçok şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşebilmesi ise birtakım sürelerle bağlıdır. Özellikle olumsuz görev uyuşmazlığının gerçekleşmesi durumunda, tamamlanması gereken süreç çok daha uzun bir zamana yayılabilmektedir. Çünkü olumsuz görev uyuşmazlığının ortaya çıkabilmesi için öncelikli olarak dava açılan mahkemenin davanın kendi yargı kolunun görev alanına girmediğine ilişkin karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekmektedir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulması durumunda, kararın kesinleşmesinin oldukça uzun bir sürece yayılacağını ifade etmek gerekir. Bu görevsizlik kararı kesinleştikten sonra davanın görevli olduğu belirtilen yargı kolunda açılması gerekmektedir. Olumsuz görev uyuşmazlığı ancak, görevli olduğu belirtilen yargı kolundaki mahkemenin, davanın görevsizlik kararı veren mahkemenin görev alanına girdiğine ilişkin karar vermesi ile gerçekleşmektedir. İşte olumsuz bir görev uyuşmazlığında, davanın Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelebilmesi ancak bu aşamaların tamamlanması ile mümkün olabilmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin karar verebilmesi için geçmesi gereken süre de hesaba katıldığında, sadece davanın hangi yargı koluna girdiğinin tespit edilmesine ilişkin uyuşmazlığın, davanın esasına ilişkin uyuşmazlığın çözülmesinden daha uzun bir sürece yayılma ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu durumun, makul sürede yargılanma hakkını ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Konumuzla alakalı bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, görevli yargı kolunun tespit edilmesi için geçirilen sürenin makul sürede yargılanma hakkını ihlal edip etmediği ile alakalı oldukça ilginç bir karar vermiştir. Başvuruya konu olayda yargılama süreci 13.06.2005 tarihinde başlamış ve 27.12.2012 tarihinde tamamlanmıştır. Bu sürecin yaklaşık üç yılı sadece görevli yargı kolunun tespit edilmesinde geçirilmiştir. Davanın hangi yargı kolunun görev alanına girdiği, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 05.05.2008 tarihinde verdiği kararla tespit edilebilmiştir. Başvurucu, davasının yedi yılı aşkın sürede sonuçlanması ve davada olumsuz görev uyuşmazlığı nedeniyle görevli yargı yerinin belirlenmesinin otuz sekiz ay sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı şu şekildedir: “*Yargılama süreçleri incelendiğinde idare mahkemesi ve iş mahkemesinin davayı görev yönünden reddetmesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinin olumsuz görev uyuşmazlığı konusunda karar vermesi neticesinde görevli yargı yerinin yaklaşık üç yılda belirlendiği, görevli yargı yeri belirlendikten sonra ilk derece mahkemesinin yaklaşık bir yılda davanın esası hakkında karar verdiği ve temyiz incelemesinin yaklaşık on dokuz ayda sonuçlandığı, karar düzeltme incelemesinin ise yaklaşık iki yılda neticlendiği anlaşılmaktadır. Görevli yargı yeri konusundaki uyuşmazlığın yaklaşık üç yılda, karar düzeltme isteminin ise yaklaşık iki yılda sonuçlanmasının yargılamanın uzaması üzerinde önemli bir etkiye sahip olduğu görülmektedir. Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu telekom uzmanlığı kadrosuna atanma talebiyle açılan idari dava, **görevli yargı yerinin tespiti dışında** hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf ve tanık sayısı gibi kriterler dikkate alındığında karmaşık olmaktan uzaktır. Yargılamanın makul sürede*

*tamamlanamamasının başvuruçunun tutum ve davranışlarıyla veya usuli haklarını kullanırken özensiz davranmasıyla açıklanması ve ilişkilendirilmesi de mümkün olmayıp, yedi yıl altı ayın üzerindeki yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varılmıştır.”<sup>59</sup>*

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında dikkat çeken husus; makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği incelenirken, görevli yargı yerinin tespitine ilişkin yapılan inceleme için geçirilen sürenin yargılamanın geri kalan kısmı için geçirilen süreden ayrı tutulmasıdır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi, görevli yargı yerinin tespit edilmesi için geçirilen sürenin makul sürede yargılanma hakkını ihlal edip etmediği hakkında doğrudan bir tespit yapmamış, sessiz kalmıştır. Kanımızca, yargılamanın geri kalan kısmı için geçirilen sürenin makul olduğu kabul edilse dahi sadece görevli yargı kolunun tespiti için geçirilen sürenin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açtığı kabul edilmesi gerekir. Zira bir davanın hangi yargı kolunun görev alanına girdiğine ilişkin bir uyumsuzluk, yargı kolları arasında meydana gelen ve davacının esas itibarıyla taraf olmadığı bir uyumsuzluktur. Kamu düzenine ilişkin olan bir usul kuralının uygulanması aşamasında ortaya çıkan bu uyumsuzluk dolayısı ile davacı hakkına geç kavuşmaktadır. İncelediğimiz bireysel başvuru kararına konu olan olay özelinde, görevli yargı kolunun tespitine yönelik geçirilen süre, neredeyse davanın esasını karara bağlamak için geçirilen süre kadardır. Kanımızca görevli yargı kolunun tespitine yönelik geçirilen sürenin, adil yargılanma hakkı bağlamında makul olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir.

#### IV. SONUÇ

Bir hukuk sisteminde idarenin yargısal denetimine yönelik olarak yargı ayrılığı sisteminin mi yoksa yargı birliği sisteminin mi tercih edilmesi gerektiği şüphesiz Anayasakoyucunun takdirinde olan bir meseledir ve hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından iki sistem arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bununla birlikte yargı ayrılığı sisteminin tercih edilmesi durumunda, yargı organı birbirleri karşısında bağımsız, aralarında hiyerarşik bir ilişki olmayan, yüksek mahkemeleri farklı yargı kollarından meydana gelmektedir. Yargı ayrılığı sisteminin yargı organında meydana getirdiği bu düalist yapı bazı hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Usul hukukuna ilişkin bu sorunlar ise etkisini en çok, yine usul hukukuna ilişkin olan hakların korunması amacını taşıyan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen hak ve ilkeler üzerinde göstermektedir. Bir hukuk devletinde, benimsenen yargı sistemi dolayısı ile meydana gelen bu hukuki sorunların yol açabileceği mağduriyetlerin adil yargılanma hakkını ihlal edecek boyutlara ulaşmaması gerekmektedir. Bu noktada öncelikli olarak, yargı organlarının usul hukukuna ilişkin bu kuralları, adil yargılanma hakkının edilmesini sonucunu doğuracak kadar katı yorumlamaması gerektiği ifade edilmelidir. İkinci olarak ifade edilmesi gereken husus ise yargı ayrılığı sistemine ilişkin usul kurallarının, kişiler bakımından hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin ihlal edilmesine yol açacak şekilde uygulanmaması gerektiğidir. Hukuki bir belirsizliğe, hukuki belirsizliği ortadan kaldırmayı amaç edinen yargı organının sebep olması, kişilerin yargı organına olan güveninin sarsılması sonucunu doğuracaktır. Bu noktada, konu ile alakalı vermiş olduğu bireysel başvuru kararları ile Anayasa Mahkemesi'nin

59 AYM: B.No: 2013/1793, K.T.: 18.09.2014, p.75-76.

hak odaklı bir tutum içerisinde olduğu ifade edilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin, yargı organlarının yargı ayrılığı sistemine yükledikleri anlam dolayısı ile meydana gelen birçok mağduriyetin adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğuna karar verdiği gözlemlenmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru bağlamında vermiş olduğu bu kararların etkili bir şekilde hayata geçirilebilmesi için yargı organlarının da kararlarını bu doğrultuda verme gayreti içinde olmaları gerekmektedir. Bu noktada örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin aksi yönde vermiş olduğu kararlara rağmen, ceza yargılaması sonucunda verilen kararların idari yargı yerleri tarafından masumiyet karinesini ihlal edecek şekilde uygulanmasının kabul edilemez olduğunun ifade edilmesi gerekir. İdari yargı yerlerinin, Anayasa Mahkemesi'nin hak odaklı tutumu ile bağdaşmayan bu uygulamasından vazgeçerek yeni bir içtihat geliştirmesi gerektiği ifade edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil:** Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Eylül 2018.
- AYDIN, Bihter:** “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, TAAD, Y.4, S.15, Ekim 2013.
- BAYKAN, Metin:** Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Trabzon, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- COŞKUN, Şenol:** “Görevli Olmayan Yargı Yerine Başvurulması Halinde İdari Dava Açma Süresi Sorunu ve AİHM'nin Mesutoğlu/Türkiye Kararı”, TAAD, Y.4, S.14, Temmuz 2013.
- ÇELİKİYAY, Hakan Sabri:** “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının ‘Başvuru Yollarının Tüketilmesi’ Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, C. LXXIII, S.1.
- DICEY, Albert V.:** “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük, Adres Yayınları, 2008.
- GÜLAN, Aydın:** “Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargı Sistemine Etkisi”, Anayasa Yargısı, S.35, Y.2018.
- İNCEOĞLU, Sibel:** Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4.
- KAPLAN, Gürsel:** İdari Yargılama Hukuku, Ekin, Bursa 2017.
- KIRATLI, Metin:** Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, AÜSBF Yayını, Ankara 1966.
- OĞURLU, Yücel:** “Ceza Muhakemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu ‘Ne Bis in İdem’ Kuralı”, AÜHFİM, C.52, S.2, Y.2003.
- ÖZBUDUN, Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ŞİRİN, Tolga:** Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- ŞİRİN, Tolga:** Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7.
- TANRIVER, Süha:** “Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2013, S.104.
- TAŞDELEN, Okan:** “Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.0, S.7, Y.2016.
- ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara 2013.
- YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara 2018.
- YEŞİL, Ufuk:** “Hüküm Uyuşmazlığına Başvuru Bireysel Başvuru Açısından Tüketilmesi Gereken Bir Yol mudur? (Anayasa Mahkemesi Kararı İncelemesi)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1, Y.2016.

**YEŞİL, Ufuk:** Türk Yargı Sisteminde Görev ve Hüküm Uyuşmazlıklarının Çözüm Usulü, Uyuşmazlık Mahkemesi Yayınları, 2016 Ankara.

**YILMAZ, Yunus Emre:** “İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.7, S.13, Haziran 2019.



## Hukuki Bilgiye Dijital Erişim

### Digital Access of Legal Information

Buket ABANOZ\* 

#### Öz

Bu çalışmada, “Bir konuda hızlı, doğru, güncel ve güvenilir hukuki bilgiye nasıl erişilebilir?” sorusundan hareketle, geleneksel olarak nitelendirilebilecek yollar ve teknolojik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan hukuka dijital erişim yolları ortaya koyulmaktadır. Nitekim dijitalleşme, hukuki bilgiye erişimin hızı, kapsamı ve yöntemini değiştirerek hukukta önemli bir reformu beraberinde getirmiştir. 21. yüzyılın dijital reformu, söz konusu soruya “bir avukata danışarak veya ilgili kanun ya da hukuk kitabına başvurarak” gibi verilen geleneksel cevapları “internet robotuyla konuşarak, belge oluşturma yazılımını kullanarak” şeklinde değiştirmektedir. Çalışmada, hukuka dijital erişimin yolu olarak hukuki bilginin teknoloji ile bulunduğu *hukuk teknolojileri* üç grupta toplanmaktadır. Birinci grupta, mevcut sistemdeki paydaşları destekleyen yazılımlar yer alırken; ikinci grupta mevcut sistemdeki paydaşların yerini alabilen teknoloji yer almaktadır. Son olarak, üçüncü grupta ise adalet hizmetindeki karar alma sürecine yönelik yapay zeka destekli teknoloji bulunmaktadır. Bu çalışma ile hukuk teknolojileri tanıtılırken Türkiye’de hukuki bilgiye erişim ve dijitalleşen hukuk konusu da tartışmaya açılmakta ve adalet mekanizmasının “fildişi kulesi” sorgulanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuka dijital erişim, Hukuk kaynakları, Bilgiye erişim, Hukuk teknolojisi, Yapay zeka, Reklam yasağı.

#### Abstract

Digitalization is changing access to legal information. There are many developments ranging from traditional ways to new ways developed with digitalized law. In this study, legal technologies where technology meets legal information are gathered in three groups. The first group includes software that supports stakeholders in the current system, while the second group includes technology that can replace stakeholders in the current system. Finally, in the third group, there is artificial intelligence-assisted technology for the decision-making process in the justice service. This study is not only introduces a legal tech that allows everyone access to the law, but also questions the traditional way of accessing to legal information in Turkey. The study is also set forth in need legislation enabling technology for the development of law in Turkey.

**Keywords:** Digital access of legal information, Legal resources, Access of information, Legal tech, Artificial intelligence, Software.

\* Öğr. Gör., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Adalet Programı; İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, E-Mail: babanoz@fsm.edu.tr.

## A. GİRİŞ

Dijitalleşme, hukukta önemli bir reformu beraberinde getirmiştir. 21. yüzyılın bu reformunu, Martin Luther'in 15. yüzyılda Almanyada başlattığı reforma benzetmek yanlış olmayacaktır<sup>1</sup>. Çünkü Luther'in çevirisinden önce Latince olan İncil'e insanların doğrudan erişimi çok sınırlıdır. Tanrı'nın sözüne erişimi kolaylaştırmak için Almanca'ya çevrilen İncil'in, o sırada matbaanın bulunmuş olmasının da katkısıyla çoğaltılarak ülke çapında yaygınlaştırılması kilisede bir reformu doğururken; hukuk teknolojisi de hukuki bilgiye erişimin hızını, kapsamını ve yöntemini değiştirerek hukukta dijital bir reformu başlatmıştır. O zamanlar rahiplerin tekelinden alınan bilgi, şimdi avukatların tekelinden alınmaktadır.

1987 yılında Gordon L. Jacobs tarafından yayınlanan "Legal Technology: Present and Future Trends" adlı makalede<sup>2</sup> *hukuk teknolojisi* (legal tech) kavramı kullanılarak söz konusu teknolojinin hukuki bilgiye erişimi değiştireceği ve hukuk hizmetlerini büyük bölümünü standartlaştıracağı ve otomatikleştireceği öngörülmüştür<sup>3</sup>. Her ne kadar günümüzde hâlâ standart sözleşme veya matbu bir dilekçe hazırlanması avukatın işi olarak görülse de hukuki hizmetin bunun gibi bazı bölümlerini daha hızlı ve ucuza gerçekleştirebilecek birçok teknoloji bulunmaktadır. Artık hukuki bilgiye avukat bürolarıyla sınırlı erişim dönemi geride kalmaktadır. *Legal Tech*, hukuki bilgiye erişimi ve hukuk mesleğini giderek daha fazla değiştirecektir<sup>4</sup>.

Çalışmada öncelikle hukuka geleneksel erişim yolları anlatılacak, ardından hukuka dijital erişim yolu olarak hukuk teknolojileri ortaya koyulacaktır. Bu kapsamda Amerika, İngiltere, Almanya,

- 1 Nico Kuhlmann, "Reformation des Rechts-Was Martin Luther mit Legal Tech verbindet", Legal Tech Blog, <https://legal-tech-blog.de/reformation-des-rechts-was-martin-luther-mit-legal-tech-verbundet>, 23 Nisan 2020.
- 2 Gordon L. Jacobs, "Legal Technology: Present and Future Trends", *Legal Economics*, Vol: 13, No:8, November/December 1987, p. 29-37, p. 29.
- 3 Gordon L. Jacobs, hukuk teknolojisini üç döneme ayırmaktadır. Birinci nesil hukuk teknolojisi (1970-1980), giriş seviyede dil işlemeden (word processing) oluşmaktadır. Her avukat, belgelerin hazırlanması ve taslağın yeniden düzenlemesi ile ilgili görevleri sıklıkla yapar. Kelime işleme, bir taslağı kes-yapıştır yoluyla yeniden düzenleme görevine sahip olan sekreter için bu görevi kolaylaştırmanın en iyi yolu olmuştur. Belge düzenlemeyi, zaman ve faturalandırma sistemleri takip etmiştir. Büyük hukuk şirketlerinde, bu görev, yalnızca konuyla ilgilenen avukatların değil, aynı zamanda artan sayıda avukat yardımcısı, stajyer ve öğrencinin zamanını izlemek için hâlâ ilk nesil bilgisayarların kullanılmasıyla gerçekleştirilebilir. Birinci nesil hukuk teknolojisinin kullanımı genellikle plansız olarak tarif edilmektedir. Çoğu zaman, bu sistemler birbirleriyle iletişim kurmamış ve aslında uyumsuzdur (Jacobs, p. 29). 1980'lerin başında mikrobilgisayarların gelişiyle, ikinci nesil hukuk teknolojisi (1981-1985) başlamıştır. İlk nesilde sadece büyük şirketler pahalı bilgisayar ekipmanlarına sahip olabiliyorken artık küçük hukuk şirketleri de mikro bilgisayarlara sahip olabilmıştır. Kelime işleme, zaman ve faturalama işlemlerini bağlamak için bilgisayar yazılımlarının lazer yazıcı ve modem ile birleştirilmesi önceden uygulanması zor olan sistemi kontrol etme fırsatı vermiştir. Ayrıca hukuk teknolojilerindeki maliyetin düşmesi, piyasada rekabet etmek isteyen şirketleri teşvik etmiştir. Hukuk şirketleri, belki de ilk kez bir işletme anlayışı ile hukuk hizmeti sunulmasına imkan veren unsurları dikkate almaya zorlanmıştır. Artık sadece kelime işleme, zaman ve faturalama sistemleri gibi geleneksel kullanımlar değil, aynı zamanda şube ofislerini elektronik mail sistemine bağlamak ve belge aktarımı için elektronik posta kullanımı, ses ve verilerin mevcut kablolu üzerinden değiştirilmesine izin veren telex veya faks ve dijital telefon sistemlerinin kullanımına başlandı. Üçüncü nesil hukuk teknolojisinde (1985-1990?) ise hukukun somut uygulanmasının avukatların bilgisayar kullanarak yapmalarıdır. Hukuki bilgiler, geleneksel manuel kaynaklardan bilgisayarlı veri tabanlarına ve uzman sistemlere taşınmaktadır. Orta ve küçük şirketler diğer büyük şirketlerle birleştiğinde, kuruluşun bölümlerinin yönetiminde hukuk teknolojilerinin kullanımı artmaktadır (Jacobs, p. 30).
- 4 Richard Boorberg Verlag, "Legal Tech"-Eine Bestandsaufnahme, <https://www.law-school.de/news-artikel/legal-tech-eine-bestandsaufnahme/>, 23 Nisan 2020.

Fransa gibi birçok ülkede yükselen hukuk teknolojisi karşısında avukatların, hukuk şirketlerinin ve Baroların yaklaşımından örnekler verilecektir. Nitekim 2011 yılından bu yana devletlerin her geçen gün daha fazla yatırım yaptıkları<sup>5</sup> hukuk teknolojisi birçok ülkede adalet erişimi genişletmek için teşvik edilmektedir. Türkiye’de ise hukuk teknolojisinin kullanımı oldukça sınırlıdır. Yatırım ve teknik altyapı eksikliğinin yanı sıra bunun bir nedeni de avukatların ve Baroların tutumu ile yasal mevzuattan kaynaklanıyor olabilir. Bu nedenle son olarak, hukuki bilgiye erişim ve bilginin kullanılabilmesini kolaylaştıran hukuk teknolojisi, avukata özgü işler ve reklam yasağı/hakki kapsamında değerlendirilecektir.

## B. HUKUKİ BİLGİYE ERİŞİM

### I. Geleneksel Yollar

“Bir konuda hızlı, doğru, güncel ve güvenilir hukuki bilgiye nasıl erişilebilir?” sorusu sadece tez, makale veya bilimsel bir çalışma için araştırma yapan kişi için değil; aynı zamanda hukuki bir problemle karşılaşma ihtimali olan herkes için önemli bir sorudur. Bu sorunun cevabı; hukukun temel kaynaklarının *neler* olduğu ve bu kaynakların *nerede* bulunabileceği şeklinde iki temel noktadan geçmektedir.

Kara Avrupası hukuk sistemine tabi olan Türkiye’de hukukun *asli* (birincil) ve *yazılı* kaynakları Anayasa, Uluslararası Sözleşmeler, OHAL Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Kanun, Yönetmelik, Yürütmeye İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve diğer düzenleyici işlemlerdir<sup>6</sup>. Asli kaynakların nerede bulunabileceği açıktır: Resmi Gazete<sup>7</sup>, Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi<sup>8</sup>, TBMM Müzakereleri<sup>9</sup> mevzuata ulaşmanın en güvenilir yoludur. Bunun yanında diğer mevzuat

5 Günümüzde en büyük 20 teknoloji şirketinden 9 şirket Çin’e, 11 şirket ise ABD’ne aittir. International Business Machines, SONY, Ali Baba, Amazon gibi şirketler, devlet-özel sermaye birlikteliği kapsamında yapay zekaya ciddi miktarda yatırımlar yapmaktadır. Örneğin Çin, 2030 yılında dünyanın yapay zeka liderlerinden biri olmayı hedeflerken dijital ekonomisi de 3.8 trilyon dolara ulaşmıştır. Amazon, Facebook, Google gibi şirketlerinin yaptıkları yapay zeka yatırımının dışında ABD de bu alana 2020 yılında 4.9 milyar dolarlık bir yatırım planlamıştır. Almanya ise 2019 yılında yapay zeka bütçesine 500 milyon avro ayırdı, bu bütçenin 2025’e kadar 3 milyar avro olacağı tahmin edilmektedir. Bu ülkeleri İngiltere, Fransa, Kanada ve Avustralya izlemektedir. Bkz. Rasim Özgür Dönmez, *Yapay Zeka Uluslararası Siyaseti Nasıl Etkileyebilir?*, **Fikir Turu**, 9 Aralık 2019, <https://fikirturu.com/2019/12/09/yapay-zeka-uluslararası-siyaseti-nasil-etkileyebilir/>, 15 Aralık 2019.

6 Örf ve adet hukuku ise hukukun yazısız kaynakları arasında sayılabilir. Yazılı olmadıkları için bu kuralların Resmi Gazete’den takip etme imkânı yoktur. Hukuk düzeni bazen örf ve adet kuralına gönderme yaparak onu kaynak haline getirebilir. Örneğin Medeni Kanun m. 1/ f.2 ‘ye göre, “Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir.” Medeni Kanun bu hüküm ile örf ve adete gönderme yaparak onu kaynak haline getirmektedir. Fakat hukukun örf ve adete gönderme yapmadığı durumlar da vardır. Örneğin, Türk Ceza Kanunu m. 2 ve Anayasa m. 38 örf ve adet ile suç ve ceza yaratılmasını yasaklar. Bu durumda Türk ceza hukuku alanında örf ve adetin hukukun kaynağı olma imkânı yoktur. bkz. Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.

7 Resmi Gazete (RG): [www.resmigazete.com.tr](http://www.resmigazete.com.tr)

8 Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi: [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

9 TBMM Müzakereleri: [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr)

bilgi kaynakları<sup>10</sup> gibi elektronik veya kanun külliyatları gibi elektronik olmayan kaynaklar da bulunmaktadır. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'na dijital haline Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi'nin resmi internet sitesinden<sup>11</sup> ücretsiz olarak ulaşılabileceği gibi basılı hâli hukuk kitapları satan bir yayineviden<sup>12</sup> de ücret karşılığı temin edilebilir.

Türkiye'de hukukun asli kaynaklarına erişim konusunda bir sorun yoktur. Sorun, ulaşılan asli kaynağın anlaşılması ve değerlendirilmesi noktasındadır. Bir başka ifadeyle burada hukuki nitelendirme sorunu karşımıza çıkar. Hukukun dili ağır ve karmaşıktır. Bu durum soyut hukuki bilginin anlaşılmasını da güçleştirmektedir. Bir diğer sorun, takip edilmesi gereken sürecin dereceli ve çoğu zaman uzun vakit alıyor olmasıdır. Tüm bu nedenlerle uyumsuzluk çözüm yollarının ve usulünün daha anlaşılır olması adına çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Örneğin, başvuru rehberleri<sup>13</sup>, baroların eğitim seminerleri ve hatta hukuk klinikleri<sup>14</sup> bunlardan bazılarıdır. Fakat bu çalışmaların kayda değer bir çoğunluğu, merkezine hukuk eğitimi almış bir kişi alınarak hazırlanmış çalışmalar olup; vatandaşın sahip olduğu hakkı ve bu hakkı hukuken nasıl ileri sürebileceği konusunda bilgi sahibi olmasına imkân veren çalışmalar olduğu söylenemez.

Hukukun *tâli* (ikincil, yardımcı) kaynakları ise mahkeme kararları ve bilimsel görüşlerdir. Bu kaynaklar, hakim'in önüne gelen hukuki uyumsuzluğu çözerken ihtiyari olarak yararlanabileceği kaynaklardır. Söz konusu kaynaklardan bilhassa mahkeme kararları, erişim sıkıntısının en fazla olduğu kaynaklar arasında yer alır. Günümüzde hâlâ mahkeme kararlarının tamamına tek bir merkezden ulaşma imkânı yoktur<sup>15</sup>. Bu durumun birinci nedeni, her bir yargı yolunda verilen kararın kendi merkezinden yayınlanıyor olmasıdır. Örneğin, Yargıtay kararlarına, Yargıtay'ın resmi internet sitesinden<sup>16</sup> veya basılı haline Yargıtay Kararları Dergisi'nden ulaşılabılırken; Danıştay kararları için

10 Kazancı: [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) ; Mevbank: [www.mevbank.com](http://www.mevbank.com) ; Hukuk Türk: [www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)

11 Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi: [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

12 Örneğin; Seçkin Yayınları, On İki Levha Yayıncılık, Adalet Yayınevi gibi hukuk kitaplarını basan yayinevleri tarafından Kanun Metinleri Dizisi ile Anayasa ve çeşitli kanunlar kitap şeklinde satılmaktadır.

13 Örneğin, Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu Kılavuzu, (Çevrimiçi), [https://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/basvuru\\_kilavuzu.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/basvuru_kilavuzu.pdf), 16.11.2019; AİHM'ye Başvurunuz: Nasıl başvurulur ve başvurunuz nasıl işlem görür?, (Çevrimiçi), [https://www.echr.coe.int/Documents/Your\\_Application\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Your_Application_TUR.pdf), 16.11.2019.

14 Türkiye'de birçok üniversite bireysel veya belirli bir konuda çalışan model ortaya koyarak hukuk klinikleri yapmaktadır. Örneğin; AÜHF İnsan Hakları Hukuk Klinikleri, (Çevrimiçi), <http://hukuklinikleri.hukukfelsefesi.org>, 16.11.2019; Özyeğin Sokak Hukuku Kliniği, Probono Hukuk Kliniği veya Arabulucuk Hukuk Kliniği, (Çevrimiçi), <https://www.ozyegin.edu.tr/tr/hukuk-fakultesi/hukuk-klinikleri>, 16.11.2019. Hatta bazı üniversitelerde Hukuk Klinikleri Uygulama ve Araştırma Merkezi de açılmıştır. Örneğin, Sakarya Üniversitesi Hukuk Klinikleri Uygulama ve Araştırma Merkezi. (Çevrimiçi), <http://hf.sakarya.edu.tr/tr/duyuru/goster/83576/hukuk-klinikleri-uygulama-ve-arastirma-merkezi>, 16.11.2019. Bazı üniversitelerde de seçmeli ders olarak Hukuk Klinikleri okutulmaktadır. Örneğin; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

15 Oysa 100 ciltlik İstanbul Kadı Sicillerine bugün internet ortamından erişilebilme imkânı bulunmaktadır. 1557-1911 yılları arasındaki Osmanlı Dönemine ait yirmi dört bin sayfalık İstanbul Kadı Sicilleri, TDV İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ortaklığı ile yayına hazırlanarak <http://www.kadiscilleri.org/> adresinden araştırmacılara internette erişimine açılmıştır. İSAM, 2010 Avrupa Kültür Ajansı'nın desteğiyle hazırladığı ve 2012 yılında yayımladığı 40 ciltlik neşrin içeriğini 2014 yılında erişime açmıştı. İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür A.Ş. ile yapılan protokol gereği İBB Kültür A.Ş. ve Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ortaklığıyla hazırlanarak 2019 yılında yayımlanan 60 ciltlik külliyat da veri tabanına eklenerek 100 cildin içeriğine erişim sağlanmıştır.

16 Yargıtay Dergisi, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr>, 14.11.2019.

Danıştay'ın resmi internet sitesinden<sup>17</sup> veya basılı hali için Danıştay Kararları dergisini takip etmek gerekir. Mahkeme kararlarına erişim zorluğunun ikinci nedeni ise mahkemeler tarafından verilen bütün kararların yayınlanmıyor olmasıdır. İlk güçlük aşılabilir nitelikte ise de ikinci güçlük tek başına aşılabilecek türden değildir.

Bilimsel görüş (doktrin, akademik literatür) ise monografi, makale, araştırma veya değerlendirme yazısı, karar incelemeleri gibi süreli veya süresiz hukuk yayınlarını kapsar. Bu yayınların bazılarında elektronik veri tabanlarından<sup>18</sup> veya hukuk kütüphanelerinden<sup>19</sup> fiziki olarak ulaşma imkânı bulunmaktadır. Örneğin, hukuk dergilerinin<sup>20</sup> önemli bir çoğunluğuna elektronik ortamdan ulaşılabilir. Fakat ülkemizde hukuk kitaplarının<sup>21</sup> hatırı sayılı bir çoğunluğu hâlâ elektronik ortamda okuyucuya sunulmamaktadır. Son dönemde bazı yayınevlerinin e-kitap veya *dinamik kitap*<sup>22</sup> özelliği ile kitap içeriğini dijital ortamda da okuyucuya sundukları tespit edilmektedir.

Tali (ikincil, yardımcı) kaynaklar ise sıklıkla başvurulmuş ve alanda otorite olarak kabul edilen kaynaklar olmasına rağmen önemli bir çoğunluğuna güvenilemez. Çünkü bu kaynaklar, çoğu zaman hatalı aktarım yaparlar veya sübjektif görüşler içermeleri nedeniyle ön yargı içerebilirler<sup>23</sup>. Bilhassa “hukuk” konulu forum siteleri ve hatta hukuki konulara yer verilen köşe yazıları veya gazete yazıları da bundan daha güvenilir değildir.

Son olarak, hukuki bilgiye erişimle ilgili bir diğer sorun, sisteme ilişkin olmayıp daha ziyade Türkiye'deki hukuk algısına dayanmaktadır. Hukuki bilgiye, genellikle hukuki sorun ortaya çıktıktan ve hatta bazı hatalı hamleler yapıldıktan sonra ihtiyaç duyulmaktadır. Örneğin, kişinin miras hakkına ilişkin hukuki bilgi ihtiyacı, ancak miras bırakanın ölümünden sonra doğmaktadır. Keza kişinin evinin kamulaştırılmasına ilişkin hukuki bilgi ihtiyacı, Belediye tarafından kamulaştırma sürecine

17 Danıştay, (Çevrimiçi), <http://www.danistay.gov.tr/dergiler.html>, 14.11.2019.

18 Örneğin, toplam 45 hukuk dergisinin içeriğine elektronik ortamda ulaşma imkânı sunan Jurix, <https://jurix.com.tr>, 16.11.2019.

19 Hukuk kütüphaneleri olarak kamu destekli hukuk kütüphaneleri, akademik hukuk kütüphaneleri, özel hukuk firması hukuk kütüphaneleri, baro birliklerinin kütüphaneleri veya meclis kütüphaneleri zikredilebilir. Örneğin; Adalet Bakanlığı Kütüphanesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kütüphanesi, X Hukuk Firması Kütüphanesi, İzmir Barosu Kütüphanesi, TBMM Kütüphanesi.

20 Başlıca Hukuk Dergileri: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFMD), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFMD), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFMD), Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBDD), İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Ankara Barosu Dergisi (ABD), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Terazi: Aylık Hukuk Dergisi, Legal Hukuk Dergisi.

21 Başlıca genel eserler: Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, XII Levha, 7. B. 2012; Mehmet Akif Aydın, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Beta Yayıncılık, 14. Baskı, 2017; M. Enver Bozkurt ve diğer yazarlar, Devletler Hukuku, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 10. Baskı, 2018; Turan Yıldırım ve diğer yazarlar, İdare Hukuku, On İki Levha Yayınevi, 2018; Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2019.; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Borçlar Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017.; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2019.; İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 2013.

22 En son olarak, On İki Levha Yayıncılık'ın *Lexpera Dinamik Kitap* özelliği getirdiği ve kitaptaki kod ile elektronik ortamda kitabın aktive edilebildiği tespit edilmiştir. Yayınevinin bu özelliğe sahip dört kitabı bulunmaktadır. Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitap-etkinlestirme>, 14.11.2019.

23 Örnekler için bkz. Eugene Volokh, *Akademik Metinler Nasıl Yazılır?, Hukukçular için Rehber*, Türkçesi: Ertuğrul Uzun, Tekin Yayınevi, Haziran 2019, s. 202.

konu olacağına ilişkin yapılan açıklama ile değil ancak kamulaştırma kararının alındığı zaman ortaya çıkmaktadır. Esasında bu yaklaşım, hukuki meseleleri anlaşılması güç, pahalı ve kolayca erişilemez meseleler olarak görmek suretiyle ötelemekten kaynaklanmaktadır. Fakat dijitalleşme, hukuki bilgiye erişimin daha kolay, daha ucuz ve daha hızlı bir yolunu sunmaktadır. Aşağıda hukuk teknolojisinin dünyada ve Türkiye'deki gelişimi gösterilerek; hukukun ne aşamada dijitalleştiği ortaya koyulacaktır.

## 2. HUKUKİ BİLGİYE DİJİTAL ERİŞİM

### a. Hukuk Teknolojisi

Teknolojinin hukuki bilgi ile bulunduğu hukuk teknolojisi; *hukuka erişimi, uygulamayı ve yönetmeyi otomatikleştirmek, basitleştirmek ve iyileştirmek için bilgisayar destekli dijital teknolojinin kullanımı* şeklinde tanımlanabilir<sup>24</sup>.

Hukuk teknolojilerini, çalışma konumuz gereği üç grupta toplamak mümkündür. Birinci grupta (hukuk teknolojisi 1.0); mevcut sistemdeki paydaşları destekleyen teknolojiler yer almaktadır<sup>25</sup>. Belgelerin depolanması, kararların taranması ve mevzuatın raporlanması gibi ara işlerde avukatlara ve hukuk şirketlerine yardımcı olmak üzere geliştirilen yazılımlar bu gruba girmektedir<sup>26</sup>. Bunun için belge çevirici (document assembly), elektronik dosyalama (e-filing), internet servisleri (web services) gibi birçok araç kullanılmaktadır<sup>27</sup>. Birinci nesil teknolojilere örnek olarak, bir insan tarafından doldurulması ve hazırlanması günlerce sürecek belgelendirme sürecini kullanıcıya yöneltilen sorulara bağlı olarak şablon üzerinden dakikalar içerisinde oluşturan *PerfectNDA* belge otomasyon yazılımı gösterilebilir<sup>28</sup>. Ayrıca *Kira Systems* adlı bir diğer yazılım ise sözleşmelerdeki sorunları tespit edip dava takip sürecinin baştan sona düzenlemesini sağlayarak yazılımı ilk kez kullanan kişiye % 40, tecrübeli kullanıcılara ise % 90 oranında zaman tasarrufu sağlamaktadır<sup>29</sup>.

24 Micha Bues, "Was ist "Legal Tech"?", <https://legal-tech-blog.de/was-ist-legal-tech>, 23 Nisan 2020. Yazar, hukuk teknolojilerinin uygulama alanını dört başlık altında toplamaktadır: 1. Modern teknolojiler, hukuk firmalarına ofis ve belge yönetimi, faturalandırma, e-keşif ( bilgi alma ) gibi konularda hukuki yardımı otomatikleştirmek ve optimize etmek için kullanılabilir. 2. Modern teknolojiler adalete erişimi kolaylaştırmak için de kullanılabilir. Örneğin, teknoloji tabanlı platformlar hukuk danışmanları ile avukat arayanlar (avukatlar için pazar yerleri, müşteri iletişim araçları vb.) arasındaki iletişimi basitleştirebilir. Bu uygulama alanı, modern teknolojiler yoluyla hukuk eğitimini geliştirme girişimlerini de içerebilir. 3. Modern teknolojiler, hukuki metinlerin (sözleşmeler, etkileşimli formlar vb.) otomatik oluşturulmasını sağlamak için kullanılabilir. 4. Modern teknolojiler ve yöntemler (örneğin Büyük Veri, Makine Öğrenimi Teknolojisi, Yapay Zeka (AI), Doğal Dil İşleme, Ayırıştırma, Bilgi Temsili ve Akıl yürütme ve istatistiksel analiz gibi) hukuki tanımlama ve analizi otomatikleştirmek ve tahmin etmek için kullanılabilir. Sonucun bulunmasında veya analizinde insan faktörünü en aza indirmesi veya gereksiz hale getirmesi gereken teknolojilerin bu kullanımı hala başlangıç aşamasındadır ve hukuki semantikler açısından büyük zorluklarla karşı karşıyadır.

25 Oliver R. Goodenough, *Legal Technology 3.0*, [https://www.huffpost.com/entry/legal-technology-30\\_b\\_6603658](https://www.huffpost.com/entry/legal-technology-30_b_6603658), 23 Nisan 2020.

26 Zafer İçer, Başak Buluz, *Yapay Zekanın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği, Suç ve Ceza Film Festivali Tebliğ Özetleri*, 2019, <http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=9uscff-teblig.pdf>, 23 Nisan 2020.

27 James E. Cabral, Abhijeet Chavan, Thomas M. Clarke & John Greacen, "Using Technology to Enhance Access to Justice", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 26, 2012, p. 241-324, p. 253.

28 <https://www.neotalogic.com/product/perfectnda/>, 23 Nisan 2020.

29 <https://kirasystems.com>, 23 Nisan 2020.

Bir başka örnek, International Business Machines (IBM) merkezi tarafından geliştirilen, dünyanın ilk yapay zekalı avukat asistanı olarak bilinen Ross gösterilebilir. Ross, mevzuatı ve mahkeme kararlarını tarayabilen, avukatlara rapor hazırlayabilen ve icra iflas hukuku alanında hizmet veren bir yazılımdır. Avukatlara yardımcı olması için geliştirilen bir diğer yazılım ise *Legal Analytic*dir. Amerika'da *Lex Machina* şirketi tarafından geliştirilen bu algoritma, hakimin veya karşı tarafın avukatının geçmiş davalardaki hukuki adımlarını inceleyerek mevcut hukuki süreç hakkında öngöründe bulunmaktadır. Bu yazılım, avukatlara dava stratejilerini bilimsel verilerle oluşturabilme konusunda yardımcı olmayı amaçlamaktadır<sup>30</sup>.

İkinci grupta (hukuk teknolojisi 2.0) ise mevcut sistemdeki paydaşların yerini alabilen teknoloji yer almaktadır. Bu teknoloji, sadece bürokratik süreci kolaylaştırmakla kalmamış; vatandaşların çevrimiçi olarak avukatlarla daha verimli bağlantı kurmasını veya bazı durumlarda avukatla görüşme ihtiyacını da azaltarak hukuki sorunlarını çözme imkânı sunmaktadır. Örneğin, *Flightright* gibi şirketler herhangi bir ücret talep etmeden müşterilere çok basit ve kullanışlı bir yol ile iddialarını nasıl standartlaştıracaklarını göstermektedir. Allright, My-Right, BankRight veya SmartLaw ise matbu form sözleşmelerinin çok daha ötesinde bir tasarımla hukuki belge hazırlamaya yardımcı olmaktadır<sup>31</sup>.

Bununla beraber, bazı adli yardım kuruluşları ve mahkemeler, kullanıcıların kendi kendine kaynakları bulmaları için web sitelerinde gezinmelerine yardımcı olmak amacıyla anlık mesajlaşma programları ve uzaktan erişim yazılımı kullanmaktadır. Örneğin, LawHelp / NY, hem İngilizce hem de İspanyolca olarak kullanıcılara LiveHelp programını çalıştırarak yardım sunmaktadır. LiveHelp kullanarak bir web sitesini ziyaret eden kişi, eğitilmiş bir uzmanla anlık mesajlaşma oturumu açabilmektedir. Uzman, soruları yanıtlayabildiği gibi sitedeki ilgili kaynaklara bağlantılar da sağlayabilmektedir. Bir uzman yoksa ziyaretçiler daha sonra bilgi almak için e-posta yoluyla mesaj bırakabilmektedir. Hukuki tavsiyeye ihtiyaç duyulabilecek durumlarda, uzman yasal hizmetlere nasıl başvurabilecekleri konusunda kullanıcıyı bilgilendirmekte veya bir avukat tavsiyesi hizmetine başvurabilmektedir<sup>32</sup>.

2016 yılında Stanford Üniversitesi'nde *Joshua Browder* tarafından geliştirilen "DoNotPay" adlı uygulama ise bireylerin park cezalarına itiraz edebilmeleri için danışmanlık sağlamaktadır<sup>33</sup>. *DoNotPay* uygulamasında, arama motoruna sorusunu yazan kişi chatbot (internet robotu) tarafından yönlendirilmekte ve sunulan seçeneklerden birini seçerek sorusuna cevap aramaktadır. Chatbot, en basit tarifıyla kullanıcıyla otomatik olarak iletişim kurabilen bir sistemdir. Genellikle internet bankacılığında da kullanılan ve kısa mesajlarla cevap veren sohbet botlarının mobil cihazlardaki

30 Gizem Koç, Büyük Veri Çağında Avukatlık ve Hukuk Teknolojileri, Üstad Dergi, 17.10.2017, <https://ustaddergi.com.tr/ustad-dergi/buyuk-veri-caginda-avukatlik-ve-hukuk-teknolojileri/>, 18.11.2019

31 Richard Boorberg Verlag, "Legal Tech" – Eine Bestandsaufnahme, <https://www.law-school.de/news-artikel/legal-tech-eine-bestandsaufnahme/>, 23 Nisan 2020.

32 James E. Cabral, Abhijeet Chavan, Thomas M. Clarke & John Greacen, "Using Technology to Enhance Access to Justice", *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 26, 2012, p. 241-324, p. 249.

33 Uygulamayı anlatan video için bkz. The World's First Robot Lawyer, [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=45&v=-rabJDCBUy&feature=emb\\_title](https://www.youtube.com/watch?time_continue=45&v=-rabJDCBUy&feature=emb_title), 17.11.2019.



birden fazla uygulamanın yerini alabileceği öngörülmektedir<sup>34</sup>. Bu uygulama doğum izni, ev sahibine itiraz, sigorta tazminat talebi ve taciz gibi konularda dilekçe yazımı ve form doldurulması için de yardımcı olabilmektedir. Daha sonra *Browder* geliştirdiği *chatbot*'u sığınma başvurusu yapan göçmenlere sesli ve yazılı mesajlarla hukuki tavsiyeler verecek şekilde yeniden düzenlemiştir<sup>35</sup>. *DoNotPay* uygulamasını, *LegalZoom* adlı kişilerin vasiyetname ve devir sözleşmeleri gibi birtakım hukuki belgeleri hazırlamalarına veya vergi hukukuna ait dokümanları kişiselleştirmelerine yardımcı olan yazılım takip etmiştir.

Son olarak üçüncü grupta (hukuk teknolojileri 3.0) ise adalet yaratmaya yönelik teknoloji geliştirilmektedir. Örnek olarak, yapay zeka destekli mahkemedeki karar alma sürecini öğrenerek hakim olarak görev yapmak üzere tasarlanan yazılımlar gösterilebilir<sup>36</sup>. Mahkemede hakim yerine hüküm vermek üzere geliştirilen *derin öğrenme algoritması* (the deep-learning algorithm) ile tasarlanan yapay zeka Estonya, İngiltere ve Amerika'da bir süredir kullanılmaktadır<sup>37</sup>. 2017 yılında yapılan bir çalışmada, 1816-2015 yılları arasında ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen 240.000'den fazla yargıç oyu (justice votes) ve 28.000 dava sonucu tahmin edilmeye çalışılmıştır. Geliştirilen yapay zeka, dava sonucu tahmininde %70,2 ve yargıç oyu tahmininde ise %71,9 oranında başarı sağlamıştır<sup>38</sup>. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ile yapılan bir başka çalışmada da yapay zekanın verdiği beş karardan dördünün AİHM hakimi ile aynı olduğu tespit edilmiştir<sup>39</sup>. Algoritmayı geliştiren ekip, AİHM'de görülen 584 davayı sisteme yükledikten sonra robot yargıcın davaların hükmüyle ilgili tahminde bulunmasını istemiştir. Robot yargıç davada geçen ifadelere, kullanılma sıklığına ve yoğunluğuna bakarak insan hakkı ihlali olduğuna veya olmadığına karar verdi. Verdiği beş karardan dördünü, yani yaklaşık olarak %79'unu AİHM kararı ile aynı tahmin etmeyi başarmıştır<sup>40</sup>. Amerika'da ceza hukuku sisteminde kullanılan bir diğer üçüncü nesil hukuk teknolojisi failin yaşı, cinsiyeti, eğitim seviyesi, ailesi, çevresi, geçmiş adli sicil kaydı gibi

34 Ron Friedmann, "Bots, Big Data, Blockchain, and AI Disruption or incremental change?", Bucerius Law School, (03.08.2016), <https://www.law-school.de/news-artikel/bots-big-data-blockchain-and-ai-disruption-or-incremental-change/>, 24 Nisan 2020.

35 BBC Trending, "The robot lawyer giving free legal advice to refugees", <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-39205935>, 17.11.2019.

36 Problemin çözümünü sağlayan bir algoritma geliştirilmiş ise geleneksel bilgisayar sistemleri problemi çözmek için yeterlidir. Fakat problemin çözümünü veren bir formül olmadığı durumlarda bilgisayarın problemi çözmesi önemlidir. İşte bu görevi yapay zeka yürütmektedir. Bilinen örneklerle bakarak bilinmeyen ve sonradan oluşan benzer örnekler hakkında karar verebilecek bilgi düzeyine ulaşılmaktadır. Bu olaya "makine öğrenmesi" denilmektedir. Bkz. Ercan Öztemel, **Yapay Sinir Ağları**, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2012, s. 14-15.

37 Eric Niiler, "Can AI Be A Fair Judge in Court? Estonia Thinks So", Wired, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>, 17.11.2019; Karen Hao, Jonathan Stray, "Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game", MIT Technology Review, <https://www.technologyreview.com/s/613508/ai-fairer-than-judge-criminal-risk-assessment-algorithm/>, 18.11.2019.

38 Katz, D. M., Bommarito II, M. J., & Blackmann, J., A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States, *PLoS one*, 2017, 12 (4), nakleden Zafer İçer, Başak Buluz, Yapay Zekanın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği, Suç ve Ceza Film Festivali Tebliğ Özetleri, 2019, <http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=9uscffteblig.pdf>, 23 Nisan 2020.

39 Kaan Canan, Yargı Sisteminde Yapay Zeka, Sarkaç, 6 Aralık 2019, [https://sarkac.org/2019/12/yargi-sisteminde-yapay-zeka/#\\_ftnref1](https://sarkac.org/2019/12/yargi-sisteminde-yapay-zeka/#_ftnref1), 18.11.2019.

40 "Yapay Zekada Son Aşama: Robot Yargıç", **BBC News**, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-37750409>, 18.11.2019.

çeşitli kriterleri dikkate alarak mükerrer suç işleme ihtimalini hesaplayan yapay zeka destekli *Compass* programıdır<sup>41</sup>. Fakat bu program, Amerika'da siyahi ırka karşı önyargı barındırabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Yapay zeka destekli son nesil hukuk teknolojileri ilk iki gruba göre bir adım daha giderek dava sonuçlarının öngörülmesi, fail profilinin tahmin edilmesi gibi hususlarda yol gösterici olmayı amaçlamaktadır. Aşağıda yer alan tabloda hukuk teknolojileri tasnif edilmektedir.

**Tablo 1.** Hukuk Teknolojisi

Hukuk Teknolojisi	Amacı	Kapsamı	Örnekler
1.0	Mevcut sistemdeki paydaşları destekler.	*Belge üretimi *Elektronik form doldurma *Karar raporlama	*PerfectNDA *Kira Systems *Ross *Legal Analytics
2.0	Mevcut sistemdeki paydaşların yerini alır.	*Akıllı dava formları *Etkileşimli Kaynaklar ve Uzaktan Yardım *Web servisler *İnternet robotları	*e-Discovery *LegalZoom *DoNotPay
3.0	Adalet hizmetindeki karar alma sürecini yönetir.	*Yapay zeka destekli karar verici *İhtimal hesaplama /tahmin odaklı yazılımlar	*Robot judges *Compass

### **b. Hukuk Teknolojisinin Türkiye'deki Mevcut Durumu**

Hukuki bilgiye erişimin yolları Türkiye'de de hızla değişmektedir. Mevcut sistemdeki paydaşları destekleyen birinci nesil hukuk teknolojilerinin sayısı Türkiye'de son dönemde artmaktadır. Örneğin; Hukuk (Büro) Otomasyon Sistemleri, Mevzuat Mobil Uygulamaları, Karar Arama Motorları, Hukuki Forum Siteleri, UYAP, Celse, Nöbetçi Avukat Uygulaması, e-Tahsilat gibi. Bu yazılımların büyük çoğunluğu sadece hukukçular merkeze alınarak hazırlanmıştır. Fakat *Turklex* adlı yapay zeka destekli güncel mevzuata, yargı kararlarına ulaşarak sistemli bir şekilde sunan yazılımlar da bulunmaktadır<sup>42</sup>. Bu yazılım, dava dosyasının otomatik şekilde oluşturulmasının yanı sıra dava sonuç analizi sunma özelliği ile yazılım dava sonucunu tahmin etme odaklı bir teknoloji de sunmaktadır.

İkinci ve üçüncü nesil hukuk teknolojisinin ise Türkiye'de kayda değer bir kullanımı yoktur. Sayılı örneklerden biri, olayı analiz eden, yorumlayan ve sonuç üreten yapay zeka destekli *Adaletanim* yazılımıdır<sup>43</sup>. Doğal dil işleme (NLP) algoritması ile arama yaparak dilekçe yazımı ve doküman hazırlamada da yardımcı olmaktadır. Bunun dışında Robot Avukat, e-Avukat gibi çeşitli yazılımlar da bulunmaktadır. Bunlar sadece hukukçuların değil herkesin hukuki bilgiye erişimine imkan vermektedir. Hatta basit hukuki işlemler için avukata olan ihtiyacı da azaltmaktadır. Bunun dışında avukatlar ile müvekkilleri bir araya getiren çeşitli platformlar da bulunmaktadır. Fakat Türkiye'de bu teknoloji henüz emekleme aşamasındadır.

41 Karen Hao, Jonathan Stray, "Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game", MIT Technology Review, <https://www.technologyreview.com/s/613508/ai-fairer-than-judge-criminal-risk-assessment-algorithm/>, 18.11.2019.

42 <https://www.turklex.com/hukuki-analiz/>, 23 Nisan 2020.

43 <https://adaletanim.com>, 23 Nisan 2020.

Türkiye’de bilhassa ikinci ve üçüncü nesil hukuk teknolojisi sayısının görece az olmasının nedeni, yetmişmiş eleman ve teknik alt yapı eksikliğinin yanı sıra avukatlık mevzuatı ile Baro ve avukatların tutumundan da kaynaklanıyor olabilir. Nitekim 2011 yılından bu yana devletlerin her geçen gün daha fazla yatırım yaptıkları hukuk teknolojisi birçok ülkede adalete erişimi genişletilmek için teşvik edilmektedir. Örneğin Amerikan Barolar Birliği (ABA), 2014 yılında hukuk hizmetlerinin geleceğiyle ilgili bir komisyon kurmuştur. Komisyon, geleneksel ve gelişen hukuki hizmet modellerini inceleyerek yeni nesil hukuk hizmetinin daha etkin bir şekilde karşılanması için önerilerde bulunmuştur. Raporda yetersiz hukuki hizmet alan kişiler için teknoloji ve diğer yeniliklerden faydalanılması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Komisyon, hukuk hizmetinin sunumunda boşlukları yetkin bir şekilde doldurmak ve maliyetleri azaltmak için tıp mesleğinin hemşire pratisyenlerini kullanmasına benzeterek devletleri, yeni teknolojiler ve inter-platformlar kullanan kuruluşlar tarafından hukuki hizmetlerin nasıl sunulduğunu araştırmaya çağırılmaktadır<sup>44</sup>. Hukuk sektöründeki dijital çözümlerin on yıldan fazla bir süredir geliştiği ABD ile karşılaştırıldığında Fransada oldukça yeni bir girişim olmasına rağmen hukuk teknolojilerinin kullanımı hızla artmaktadır<sup>45</sup>. Fransız Barolar Birliği (Conseil national des barreaux), kendisini “legaltech firması” olarak tanımlayan mevcut bir çevrimiçi yasal hizmetler eşleştirme platformunu (Myavocat.fr) alarak da yenilikler getirmektedir. Benzer şekilde, Fransız Ulusal Mahkeme İcra Daireleri Odası (Chambre nationale des huissiers de justice), bu yılın başlarında, anlaşmazlık çözümü için alternatif bir yöntem sunan bir platform başlatmıştır<sup>46</sup>.

Türkiye’de ise hukuki bilgiye erişimi ve bilginin kullanılabilmesini kolaylaştıran hukuk teknolojilerine avukata özgü işler ve reklam yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda hukuk teknolojilerinin avukatlık mevzuatı karşısındaki durumu incelenecektir.

### C. HUKUK TEKNOLOJİSİNİN YASAL MEVZUAT KARŞISINDA DURUMU

Türkiye’de hukuki bilgiye erişimini ve bilgiyi kullanılabilmesini kolaylaştıran hukuk teknolojisinin avukata özgü işler ve reklam hakkı/yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim avukatlık mesleğinde reklam hakkının korunması her ne kadar Fransa, İspanya veya Amerika gibi ülkelerde düşüncüyü açıklama özgürlüğü temelinde dayandırılarak, Almanya’da ise meslek ve sanatı icra özgürlüğüne dayandırılarak korunuyor olsa da Türkiye’de barolar hukuki bilginin tekeline elinde tutan dominant bir yaklaşım gütmeye çalışmaktadır.

ömnbvcdwert6y7hu8ij9ko0p\*1-ğşü

45 İlk olarak, B2C çevrimiçi anlaşmazlık çözümü geliştirilmiş, ardından Weclaim ve ActionCivile da kapsayan Fransız sınıf hareketleri dijitalleştirilmiştir. Bunun yanında SaaS, özellikle hukuki belgelerin oluşturulması ve birçok hukuki hizmet için ortak bir dağıtım modeli haline gelmiştir. Legalstart örneğinde, Fransız KOBİ’lerinin hem yasal belgelerle hem de evrak işleriyle uğraşmasına izin veren etkileşimli yazılım programıdır. Legalstart’ın çok hızlı büyümesi (3 yıldan az sürede 50.000 kullanıcı) Fransız pazarını etkileyen radikal değişikliklere bir örnektir ve tüketicilerin yasal ihtiyaçlarına basitleştirilmiş ve daha ucuz çözümler için güçlü bir talep sunmaktadır. Fransız avukatlar ve diğer hukukçular, hizmet sunum süreçlerini iyileştirmek ve daha geniş bir kitleye ulaşmak için hukuk teknolojilerini kullanmaktadır. Bkz. Pierre Aidan, “The Rise of The French Legaltech, Bucerius Law School, (29.11.2016), <https://www.law-school.de/news-artikel/the-rise-of-the-french-legaltech/>, 24 Nisan 2020.

46 Pierre Aidan, “The Rise of The French Legaltech, Bucerius Law School, (29.11.2016), <https://www.law-school.de/news-artikel/the-rise-of-the-french-legaltech/>, 24 Nisan 2020.

Avukatlık Kanunu'nun "Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler" başlıklı 35. maddesi "*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek görevi sadece baroda yazılı avukatlara aittir.*" hükmü ile sadece avukatın yapabileceği işleri belirlemektedir. Uygulamada bu yasağa aykırılık genellikle danışmanlık şirketi adı altında avukatlık faaliyeti yürütüldüğü durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Adana 20. Asliye Ceza Mahkemesi 2015/993 E., 2016/282 K. sayılı kararı ile sigorta kapsamında meydana gelen deniz, tren ve hava taşımacılığı sonrasında oluşan zararların giderilmesinde hukuk danışmanlığı hizmeti veren danışmanlık şirketinin faaliyetlerinin şirket yetkilisinin Avukatlık Kanunu'na aykırı olduğu gerekçesiyle Avukatlık Kanunu'nun 48. Maddesi'nde<sup>47</sup> yer alan "Avukata Çıkar Karşılığında İş Getirme" suçunu işlediğine karar vermiştir<sup>48</sup>.

Doğrudan avukatlık hizmeti vadeden danışmanlık şirketleri veya sigorta şirketlerinin bu hükmü ihlal ettikleri söylenebilir. Fakat Türkiye'de baroların, avukatları yetiştiren hukuk akademisyenlerinin dahi hukuki bilgi paylaşımlarını danışmanlık olarak yorumlayarak bu yasağın amacına aykırı hareket ettikleri görülmektedir. Nitekim *hukuk klinikleri* gibi bilimsel bir çalışma kapsamında vatandaşla bilgi paylaşılmasında bile bazı baroların üniversitelere ihtar gönderdikleri bilinmektedir. Dünyada birçok üniversitede yıllardır uygulanagelen hukuk klinikleri ve hukuk laboratuvarlarının Avukatlık Kanunu'nun amacı dışında yorumlanarak Türkiye'de yasaklanması kabul edilebilir değildir.

Avukatlık Kanunu, herhangi bir teknolojinin, eğer danışmanlık hizmeti de verecekse avukat olan kişi veya kişilerden bu bilgileri sağlamasını gerektirmektedir. Fakat bu durumda da karşımıza "reklam yasağı" çıkmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesinde; "*Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.*" hükmü yer almaktadır. 02.05.2001 tarihinde maddeye 4667 sayılı Kanun ile yapılan ek ile "*Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliği'nce düzenlenecek Yönetmelikle belirlenir.*" hükmü eklenmiştir. Türkiye Barolar Birliği Reklam Yönetmeliği ise 14.11.2001 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 2. Maddesine göre bu Yönetmeliğin amacı; "*Bu Yönetmelik kapsamında olanların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir. Avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak ve yargının görünümünü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamaktır.*"

47 Söz konusu maddede "*Avukat veya iş sahibi tarafından vadolunan veya verilen bir ücret yahut da herhangi bir çıkar karşılığında avukata iş getirmeye aracılık edenler ve aracı kullanan avukatlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmü yer almaktadır.

48 Benzer yönde karar için bkz. Nevşehir Cumhuriyet Başsavcılığı 21/03/2016 tarih ve 2016/831 Esas sayılı iddianamesi ile ücretsiz danışmanlık hizmeti vererek avukata iş getirmeye aracılık eden hasar danışmanlık şirketi yetkilisi hakkında kamu davası açılmış, yapılan yargılama sonunda Nevşehir 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 2016/285 Esas sayılı dosyasında şirket yetkilisinin bir yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Son derece ayrıntılı kaleme alınmış Yönetmelik'te; avukat tabelalarının boyutu ve renginden<sup>49</sup> internet sitesinde paylaşabilecekleri içeriklere kadar<sup>50</sup> sınırlar getirildiği görülmektedir. Oysa Avrupa Birliği'nde reklam yasağının sınırı sadece sır saklama, mesleğin özüne zarar vermeme, verilen bilgilerin yanlış ve yanıltıcı olmaması gibi çok genel çerçevede çizilmektedir<sup>51</sup>. Türkiye'deki düzenlemeler ise bu amacın çok ötesine geçmektedir. Türkiye'de Avukatlık Hukuku, reklam yasağı ve hatta avukatın kendi web sayfasını düzenleme konusunda bile yasaklayıcı tutumuyla ölçsüz bir yaklaşım gütmektedir. Bu yaklaşım, Anayasa Hukuku kapsamında da yeterince tartışılmamıştır. Zira böyle bir yasak, vatandaşın kendi menfaatleri için uygun olan avukatın kim olabileceğini araştırma ve diğer şartlar hakkında bilgi edinme imkânını zayıflatmaktadır. Avukatın kendi çalışma alanını ve uzmanlığını tanıtabileceği ve kişinin de bu yelpazeden kendi ihtiyacına uygun olanı tercih edebileceği bir düzenleme yapılması, mesleğin icrası hakkı kapsamında kamu menfaatini sağlayacaktır.

## DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak, Türkiye'de yasal mevzuatın hukuk teknolojisi ile çelişebilecek hükümleri olduğu görülmektedir. Teknik alt yapı ve yetişmiş eleman eksikliğinin yanı sıra baroların ve avukatların mesleki gelecek kaygısı nedeniyle hukuk teknolojisi kullanımı da oldukça sınırlıdır. Oysa devletler, hukuk teknolojisine her geçen gün daha fazla yatırım yapmakta ve birçok ülkede teknoloji kullanılarak adalet erişiminin genişletilmesi teşvik edilmektedir. Türkiye'de de geleneksel ve gelişen hukuki hizmet modelleri incelenerek yeni nesil hukuk hizmetinin daha etkin bir şekilde karşılanması için çalışılmalıdır. Telefon ilk icat edildiğinde müşterileri telefonda iletişim kurmak noktasından isteksiz olan avukatların, müvekkillerinin menfaatlerine hizmet etmek için hukuk teknolojisine hızlı bir şekilde adapte olmaları gerekir. Nitekim günümüzde müvekkilin kendi davasıyla ilgili örgütlenmiş bilgi ile avukatın karşısına çıkması artık şaşırtıcı değildir. Çünkü teknoloji ile birlikte bilgi, herhangi bir kişi veya kurumun tekelinden alınmıştır. Bununla beraber, günümüzde artık bir kutu evrakın gözden geçirilmesi veya matbu sözleşme hazırlanması da avukatın asli işi olarak görülemez<sup>52</sup>. Bu işi daha hızlı ve ucuza yapan yazılımlar bulunmaktadır. Hukuk teknolojisinin amacı hukukçunun işini herhangi bir vatandaşın yapabilmesi için yol aramak değil; bilakis hem kararların taranması ve mevzuatın raporlanması gibi ara işlerde avukatlara ve hukuk şirketlerine yardımcı olmak hem de vatandaşın sahip olduğu haklar ve bu hakları nasıl kullanabileceği konusunda temel düzeyde hukuki bilgiye erişimini sağlamaktadır. Bu bilgiyi edinmek insanın en

49 Madde 5/f. 4: "Bina cephelemine, büro balkonu ve pencerelerine birden fazla tabela asılamaz, benzeri yazılar yazılamaz. Tabela yerine ışıklı pano kullanılmaz, tabela ışık verici donanımla süslenemez. Tabelada en çok iki renk kullanılabilir."

50 Madde 9/f. 2: "Mesleki faaliyetlerini internet üzerinden sürdürmek, müvekkillerini bilgilendirmek, mesleki makalelerini ve bilimsel çalışmalarını yayımlamak amacıyla yalnızca [av.tr] uzantılı internet sitesi açabilir."

Madde 9/f. 3: "İş sağlama amacına yönelik olmamak ve meslektaşlarıyla haksız rekabe - te yol açmamak kaydıyla internet sitelerini arama motorlarına kayıt ederken anahtar kelime (keyword) olarak; "adı ve soyadı", "avukatlık ortaklığı unvanı"; "avukatlık bürosu unvanı", "bulunduğu şehir ve kayıtlı oldukları baro" "avukat, hukuk, hukukçu, adalet, savunma, iddia, eşitlik, hak" dışında bir söz - cümle ya da tanıtım tümencesi kullanamaz."

51 Rumpf, "Türk Hukuku ile Mukayese Edildiğinde Almanya'da ve Avrupa'da Avukatların Reklam Yapma Hakkı", s. 163.

52 Kimberly Williams, John M. Facciola, Peter McCann, Vincent M. Catanzaro, **The Legal Technology Guidebook**, Springer, 2017, p. 27.

doğal hakkıdır<sup>53</sup>. Hukuki bilgi sadece hukukçunun ulaşabileceği, anlayabileceği ve kullanabileceği bir bilgi değildir. Adalete erişim ve kendi kendini temsil ilkelerinin bir gereği olarak insanlar açık, belirli ve anlaşılır hukuki bilgiye ve bu bilgiyi kullanmanın yollarına kolayca ulaşabilmektedir. Bu durumda yapılması gereken, hukuk teknolojisine direnç göstermek yerine onu daha verimli kullanmanın yolunu aramak olmalıdır.

## KAYNAKLAR

- AIDAN, Pierre, “The Rise of The French Legaltech, Bucerius Law School, (29.11.2016), <https://www.law-school.de/news-artikel/the-rise-of-the-french-legaltech/>, 24 Nisan 2020.
- AİHM’ye Başvurunuz: Nasıl başvurulur ve başvurunuz nasıl işlem görür?, (Çevrimiçi), [https://www.echr.coe.int/Documents/Your\\_Application\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Your_Application_TUR.pdf), 16.11.2019.
- Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu Kılavuzu, (Çevrimiçi), [https://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/basvuru\\_kilavuzu.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/basvuru_kilavuzu.pdf), 16.11.2019.
- AÜHF İNSAN HAKLARI HUKUK KLİNİKLERİ, (Çevrimiçi), <http://hukuklinikleri.hukukfelsefesi.org>, 16.11.2019.
- Bayreuth Universitat, <https://www.digiz.uni-bayreuth.de/de/index.html>, 24 Nisan 2020.
- BBC Trending, “The robot lawyer giving free legal advice to refugees”, (Çevrimiçi), <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-39205935>, 17.11.2019.
- BUES, Micha, “Was ist “Legal Tech”?”, <https://legal-tech-blog.de/was-ist-legal-tech>, 23 Nisan 2020.
- BUES, Micha-Manuel, “Legal Tech: Trends in Deutschland 2017”, Legal Tribune Online, (20.01.2017), <https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/legal-tech-2017-ausblick-highlights-rechtsbranche/>, 23 Nisan 2020.
- CABRAL, James E., CHAVAN, Abhijeet, Thomas M. Clarke § Johnn Greacen, “Using Technology to Enhance Access to Justice”, **Harvard Journal of Law & Technology**, Vol. 26, 2012, p. 241-324.
- CANAN, Kaan, “Yargı Sisteminde Yapay Zeka”, **Sarkaç**, 6 Aralık 2019, [https://sarkac.org/2019/12/yargi-sisteminde-yapay-zeka/#\\_ftnref1](https://sarkac.org/2019/12/yargi-sisteminde-yapay-zeka/#_ftnref1), 18.11.2019.
- DÖNMEZ, Rasim, Yapay Zeka Uluslararası Siyaseti Nasıl Etkileyebilir?, **Fikir Turu**, 9 Aralık 2019, <https://fikirturu.com/2019/12/09/yapay-zeka-uluslararasi-siyaseti-nasil-etkileyebilir/>, 15 Aralık 2019.
- FRIEDMANN, Ron, “Bots, Big Data, Blockchain, and AI Disruption or incremental change?”, Bucerius Law School, (03.08.3016), <https://www.law-school.de/news-artikel/bots-big-data-blockchain-and-ai-disruption-or-incremental-change/>, 24 Nisan 2020.
- European Commision fort he Efficiency of Justice (CEPEJ), European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, (Strasbourg, 3-4 December 2018), (Çevrimiçi), <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>, 22 Aralık 2019.
- GOODENOUGH, Oliver R., Legal Technology 3.0, [https://www.huffpost.com/entry/legal-technology-30\\_b\\_6603658](https://www.huffpost.com/entry/legal-technology-30_b_6603658), 23 Nisan 2020.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.
- HAO, Karen, STRAY, Jonathan, “Can you make AI fairer than a judge? Play our courtroom algorithm game”, **MIT Technonology Review**, <https://www.technologyreview.com/s/613508/ai-fairer-than-judge-criminal-risk-assessment-algorithm/>, 18.11.2019.

53 Bilgi edinme hakkı, üçüncü kuşak haklar arasında sayılıp dayanışma haklarının (solidarity rights) iyi bir örneği olarak gösterilmektedir. için bkz. Turgut Tarhanlı, Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı, Güncel Hukuk, Nisan 2004, S: 4, s. 12, 13.

- HIBNICK, Eva, “What is Legal Tech?”, (07.10.2014), <http://www.thelawinsider.com/insider-news/what-is-legal-tech/>, 24 Nisan 2020.
- İÇER, Zafer, BULUZ, Başak, “Yapay Zekanın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği”, **IX. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali Akademik Programı Tebliğleri**, 21.11. 2019, <http://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=9uscff-teblig.pdf>, 23 Nisan 2020.
- JACOBS, Gordon L., “Legal Techonology: Present and Future Trends”, **Legal Economics**, Vol: 13, No:8, November/December 1987, p. 29-37.
- KOÇ, Gizem, “Büyük Veri Çağında Avukatlık ve Hukuk Teknolojileri”, **Üstad Dergi**, 17.10.2017, <https://ustaddergi.com.tr/ustad-dergi/buyuk-veri-caginda-avukatlik-ve-hukuk-teknolojileri/>, 18.11.2019
- KUHLMANN, Nico, “Reformation des Rechts-Was Martin Luther mit Legal Tech verbindet”, Legal Tech Blog, <https://legal-tech-blog.de/reformation-des-rechts-was-martin-luther-mit-legal-tech-verbundet>, 23 Nisan 2020.
- KUHLMANN, Nico, “Report on the Future of Legal Services”, Bucerius Law School, <https://www.law-school.de/news-artikel/report-on-the-future-of-legal-services/>, 24 Nisan 2020.
- LEGAL TECH LAB, <https://www.helsinki.fi/en/networks/legal-tech-lab/about>, 23 Nisan 2020.
- LEPERA, Çevrimiçi, <https://www.lexpera.com.tr/dinamik-kitap-etkinlestirme>, 14.11.2019.
- NIILER, Eric, “Can AI Be A Fair Judge in Court? Estonia Thinks So”, **Wired**, <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>, 17.11.2019.
- ÖZTEMELE, Ercan, **Yapay Sinir Ağları**, İstanbul, Papatya Yayıncılık, 2012.
- ÖZYEĞİN SOKAK HUKUKU KLİNİĞİ, Probono Hukuk Kliniği veya Arabulucuk Hukuk Kliniği, (Çevrimiçi), <https://www.ozyegin.edu.tr/tr/hukuk-fakultesi/hukuk-klinikleri>, 16.11.2019.
- RUMPE, Christian, “Türk Hukuku ile Mukayese Edildiğinde Almanya’da ve Avrupa’da Avukatların Reklam Yapma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 145-167, (Çevrimiçi), <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-rumpf.pdf>, 30 Aralık 2019.
- SAKARYA ÜNİVERSİTESİ HUKUK KLİNİKLERİ UYGULAMA VE ARAŞTIRMA MERKEZİ, (Çevrimiçi), <http://hf.sakarya.edu.tr/tr/duyuru/goster/83576/hukuk-klinikleri-uygulama-ve-arastirma-merkezi>, 16.11.2019.
- TARHANLI, Turgut, **Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı**, Güncel Hukuk, Nisan 2004.
- TURKLEX, <https://www.turklex.com/hukuki-analiz/>, 24 Nisan 2020.
- VOLOKH, Eugene, **Akademik Metinler Nasıl Yazılır?**, **Hukukçular için Rehber**, Türkçesi: Ertuğrul Uzun, Tekin Yayınevi, Haziran 2019.
- WILLIAMS, Kimberly, John M. Facciola, Peter McCann, Vincent M. Catanzaro, **The Legal Technology Guidebook**, Springer, 2017.



## 1952 Tarihli Roma Konvansiyonu ile 2009 Tarihli Genel Tehlike Konvansiyonu'nun Sorumluluk Hukuku Açısından Karşılaştırılması\*

### Comparison of Rome Convention 1952 and General Risk Convention 2009 in Terms of Liability Law

O. Gökhan ANTALYA\*\*   
Başak GÖRGEÇ\*\*\* 

#### Öz

Hava aracının yeryüzünde neden olduğu zararların nasıl karşılanması gerektiği hususu, hava araçlarının yaygın olarak kullanılmaya başlanmasından beri gündemde olan bir konudur. Bu konuda her devletin iç hukukunda düzenlenme bulunmakla birlikte uluslararası düzlemde ortak bir düzenleme sağlama isteği de mevcuttur. Günümüze kadar olan gelişmeler dikkate alındığında uluslararası boyutta çoğunluk açısından kabul görmüş uluslararası bir metnin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Çalışmamızda, bu alanda ortaya çıkan son Konvansiyon metni ile 1952 tarihli Roma Konvansiyonu hükümleri sorumluluk hukuku açısından karşılaştırılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** 1952 tarihli Roma Konvansiyonu, Yabancı Hava Araçlarının Yeryüzündeki Üçüncü Kişilere Vermiş Olduğu Zararlar Hakkında Konvansiyon, Genel Tehlike Konvansiyonu, 2009 Tarihli Hava Aracı Tarafından Üçüncü Kişilere Verilen Zararın Tazmin Edilmesi Hakkında Konvansiyon, Genel Tehlike Konvansiyonu, hava aracı, hava aracı işleteni, kusursuz sorumluluk, Sorumluluk Hukuku.

#### Abstract

The issue of how the damage caused by an aircraft on the ground should be handled is remains on the agenda since aircraft usage is getting common. Even each state has its own regulations, having an international regulation desire stil exists. Considering all the developments, it cannot be said that there is an international convention accepted worldwide. In this study the latest Convention on ground damage and Rome Convention 1952 will be compared in terms of liability law.

\* Bu çalışma Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü nezdinde savunulacak olan "Uluslararası Konvansiyonlarla Karşılaştırmalı Olarak Sivil Havacılıkta İşletenin Sorumluluğu" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: gantalya@marmara.edu.tr

\*\*\* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: basak.gorgec@marmara.edu.tr

**Keywords:** Rome Convention 1952, The Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface, Convention on Compensation for Damage Caused by Aircraft to Third Parties, General Risk Convention, Aircraft, Aircraft Operator, Strict Liability, Liability Law.

## I. GİRİŞ

Hava araçlarının yaygın olarak kullanımının başlaması ile birlikte, havacılık hukuku da gelişir. Havacılık hukuku içerisinde, hava aracı ile yeryüzünde meydana gelen zararların nasıl telafi edileceği, bu zararlardan kimin ya da kimlerin sorumluluğu tutulacağı hususunda uluslararası sözleşme çalışmaları da bu yaygın kullanım ile başlar. Çalışmamızda uluslararası düzlemde yapılan çalışmalardan iki tanesini karşılaştırma yöntemi ile önemli noktalarını ele alacağız.

Bu iki çalışmadan ilki 1952 tarihli ve halen yürürlükte olan 1952 tarihli Yabancı Hava Araçlarının Yeryüzündeki Üçüncü Kişilere Vermiş Olduğu Zararlar Hakkında Konvansiyon'dur.

Karşılaştırmamızın diğer ögesi ise 2009 tarihinde Montreal'de kabul edilen Hava Aracı Tarafından Üçüncü Kişilere Verilen Zararın Tazmin Edilmesi Hakkında Konvansiyon olacaktır.

Bu iki Konvansiyonun tercih edilmesinin nedeni, 1952 tarihli Roma Konvansiyonu'nun yeryüzünde hava araçlarının sebebiyet verdiği zararlara ilişkin uluslararası düzeyde kabul gördüğü söylenebilecek tek çalışma olması, 2009 tarihli Genel Tehlike Konvansiyonu'nun ise 1952 tarihli Konvansiyonun yerini almaya aday ancak henüz yeterli imza olmaması nedeni ile yürürlüğe girememiş son çalışma olmasıdır.

Çalışmamızda bu iki konvansiyon ayrı ayrı olarak değil, hükümleri arasındaki farklılıklar açısından incelemeye tabi tutulacaktır. 1952 tarihli Roma Konvansiyonu ile ilgili yapılan açıklamalarda 1978 tarihli Montreal Protokolü de dikkate alınacaktır.

## I. KONVANSİYONLARIN HAZIRLANIŞ SÜREÇLERİ

İki Konvansiyon arasındaki düzenleme farklılıklarının incelenmesinde, Konvansiyonların hazırlanma süreçlerinin etkisini göz ardı etmek uygun olmaz. Bu nedenle her iki Konvansiyonun da hazırlanış aşamaları konusunda kısaca bilgi vermek yerinde olur.

Hava aracının yeryüzünde neden olduğu zararlara ilişkin ilk uluslararası düzenleme, 1933 tarihli Hava Gemileri Tarafından Yeryüzünde Üçüncü Şahıslara Verilen Zararlara Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyon'dur. Bu Konvansiyonun hazırlanış süreci I. Dünya Savaşı'nın sonlarına kadar uzanır. 1933 tarihli Roma Konvansiyonu'nun, yoğun eleştirilere maruz kalmasının ardından 1938 tarihli Brüksel Protokolü<sup>1</sup> ile eleştirilerin giderilmesi amaçlanır. Ancak 1938 tarihli

1 1933 Tarihli Hava Gemileri Tarafından Yeryüzünde Üçüncü Şahıslara Verilen Zararlara Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında Konvansiyona Ek Protokol – Additional Protocol To The Convention For The Unification Of Certain Rules Relating To Damages Caused By Aircraft To Third Parties On The Surface, Signed At Rome, May 29, 1933.

Brüksel Protokolü'nün önündeki en büyük engel hükümlerine gelen eleştiriler değil II. Dünya Savaşı olur<sup>2</sup>.

1933 tarihli Roma Konvansiyonu'nu hazırlayan CITEJA<sup>3</sup>, savaş sırasında yerini ICAO'ya<sup>4</sup> bırakır. Tarihler 1947'yi gösterdiğinde ise yeni bir Konvansiyon için çalışmalara başlanır. Yapılan çalışmalar, devletlere gönderilen anketler sonucunda 1950 Taormina taslağı ortaya çıkar<sup>5</sup>. Bu taslak üzerine yapılan çalışmalar ve görüşmeler sonucunda 1952 tarihli Roma Konvansiyonu ortaya çıkar. Bu Konvansiyon açısından genele dair yapılabilecek en temel eleştiri, 1933 tarihli Roma Konvansiyonu'na yapılan eleştirilerin sonlandırılmasını sağlayamamış olmasıdır<sup>6</sup>.

1952 tarihli Roma Konvansiyonu'nun tamamlanması ve yürürlüğe girmesi, bu alandaki çalışmaların tamamen sona ermesini sağlamaz. Uluslararası alanda, Konvansiyonun yeniden ele alınması, modernize edilmesi gerektiğini ileri sürenler olmasının yanı sıra bu Konvansiyonun tamamen gereksiz olduğunu, her ülkenin kendi sınırlarında hava aracı neden ile meydana gelen zararlara ilişkin düzenlemelere sahip olduğu ve bunların uygulanmasının yeterli olacağı görüşleri ileri sürülmeye devam eder<sup>7</sup>.

Zaman içerisinde farklı uluslararası çalışmaların ön plana çıkması ile, 1952 tarihli Roma Konvansiyonu'nun revize edilmesi ileri tarihlere kalır. Ancak dünya tarihinin en korkunç saldırısı gerçekleştiğinde, hava araçlarının yeryüzünde neden olduğu zararlara ilişkin çalışmalar yeniden gündeme alınır<sup>8</sup>. Üzerinde

- 2 **HESSE**, Nicky E., *The Aircraft Operator's Liability (in International Conventions)*, Montreal 1953, Yüksek Lisans Tezi, s. 7; **BROWN**, Elizabeth Gaspar, *The Rome Conventions of 1933 and 1952: Do They Point a Moral*, *Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1962, S. 28:4, s. 418-443, s. 424; **MAURITZ**, Adriaan Jeroen, *Liability of the Operators and Owners of Aircraft for Damage Inflicted to Persons and Property on the Surface*, *The Hauge* 2003, s. 63; **JENNISON**, Michael, *Rescuing the Rome Convention of 1952: Six Decades of Effort to Make a Workable Regime for Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties*, *Uniform Law Review*, Y. 2005, S. 10:4, s. 785-823; s. 787; **MILDE**, Michael, *Liability for Damage Caused by Aircraft on the Surface – Past and Current Efforts to Unify the Law*, *Zeitschrift für Luft – und Weltraumrecht – ZLW – Y.* 2008, S. 57:4, s. 532-557, – **MILDE** *Liability –*, s. 535; **MILDE**, Michael, *International Air Law and ICAO, Essential Air and Space Law*, Eleven International Publishing, 2016, s. 310.
- 3 Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens, 1925 yılında kurulur.
- 4 International Civil Aviation Organization.
- 5 **BROWN**, s. 425 ve ayrıca bkz. <https://www.icao.int/Meetings/AMC/ArchivedAssembly/en/a02/wple.htm>, E.T. 10.04.2020, ICAO Legal Committee, Second Session 1948, Minutes and Documents (1948), s. 130-134, s. 165; **FUJITA**, Katsutoshi, *Some Considerations for the Modernization of the Rome Convention, in case of Unlawful Interference*, *Korean Journal of Air and Space Law*, Y. 2008, S. 23:1, s. 55-81, s. 58. 1950 tarihli bu taslağın metnine ulaşmak için bkz. *Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1950, S. 17:2, s. 194-224..
- 6 **HESSE**, s. 40-41; **SHELLEY**, Leander I., *The Draft Rome Convention From Standpoint of Residents and Other Persons in This Country*, *Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1952, S. 19:3, s. 289-304, s. 290; **DAVIS** Frederick B., *Surface Damage by Foreign Aircraft: The United States and the New Rome Convention*, *Cornell Law Quarterly*, Y. 1952-1953, S. 38:4, s. 570-590 – **DAVIS F.** – s. 572; **BROWN**, s. 432-433.
- 7 Konvansiyona yönelik eleştiriler temel olarak Amerika Birleşik Devletleri kaynaklıdır. ABD'li delegeler, özellikle yabancı mahkemenin kararlarının tanıma ve tenfizi, sınırlı sorumluluk esasının kabul edilmiş olması gibi konular açısından gerek Konvansiyon taslaklarını gerekse Konvansiyonu yetersiz bulurlar. Eleştirilere ilişkin detaylı açıklama için bkz. **BROWN**, s. 426-430.
- 8 Tarihler 11.09.2001'i gösterdiğinde sadece Amerika Birleşik Devletleri değil tüm dünya, hava aracının çok yıkıcı bir silaha dönüştürülebileceğini öğrenir, bkz. **CAPLAN**, Harold, *Liability for Third Party Damage on the Ground, Air and Space Law*, Y. 2008, S. 33:3, s. 183-213, s. 199-201. 9/11 saldırıları olarak anılan bu saldırılar, ABD'de bulunan Ticaret Merkezlerinin ve Pentagon'a hava araçları kullanılarak terörist saldırı gerçekleştirilmesidir. Bu saldırılar sonucunda çok ağır zararlar ortaya çıkar. Hava araçlarının binalara çarpması nedeni ile meydana gelen zararlar günümüzde hala etkisini göstermektedir. Konuya ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. NTSB Araç Kayıtları Bölümü, Hava Trafik Kontrolü

çalışılan metin, zaman içerisinde iki Konvansiyona ayrılır. Bu ayırmadaki amaç, hava aracının yeryüzünde sebep olduğu zararların, hava aracının haksız fiilde kullanılması sonucu meydana gelen yeryüzü zararlarından ayrılmasının ve kendi başına bir düzenlemeye tabi olmasını sağlamaktır<sup>9</sup>.

## II. KONVANSİYON HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Roma Konvansiyonu ile Genel Tehlike Konvansiyonu arasındaki farklılıklar, sorumlu kişi, zarar gören, sorumluluğun olguları, sorumluluk türü ve dayanağı, sorumluluğun sınırlandırılması, sorumluluğu ortadan kaldıran ya da hafifleten haller yönünden ele alınacak olup, son olarak Roma Konvansiyonu'nda yer olmadığından Genel Tehlike Konvansiyonu'nun sağladığı yeni bir imkan olan geçici ödemeye değinilecektir.

### A. SORUMLULUK TÜRÜ AÇISINDAN

Gerek 1952 tarihli Roma Konvansiyonu gerekse Genel Tehlike Konvansiyonu, işletenin hava aracının yeryüzünde neden olduğu zararlardan doğan sorumluluğunu kusursuz sorumluluk kapsamında değerlendirir<sup>10</sup>.

Kusursuz sorumluluğun tercih edilmesinin temelinde, hava aracı nedeni ile yeryüzünde zarar gören kişinin işletenin zararın oluşmasında kusuru olduğunu ispatlayabilmesinin zorluğu yatar. Gerçekten durum düşünüldüğünde günlük hayatına devam ederken bir hava aracının evi ya da iş yeri yakınlarına düşmesi ile kişinin dünyası değişir. Hayatta kalması ihtimalinde onun, hayatını kaybetmesi halinde ise yakınlarının meydana gelen zararların işletenin kusuru nedeni ile meydana geldiğini ispat edebilmeleri imkansızdır. Bu nedenle hava aracı işletenin kusursuz sorumlu olması hakkaniyete daha uygun kabul edilir<sup>11</sup>.

Her iki konvansiyon yönünden de işletenin sorumluluğunu, kusursuz sorumluluğun tehlike sorumluluğu türü olarak nitelenebilir<sup>12</sup>.

Hava aracının yeryüzünde neden olduğu zararlardan doğan sorumluluğun, tehlike esasına dayanması, hava aracı işletmenin tehlikeli bir faaliyet olmasından kaynaklanır<sup>13</sup>. Bu kusursuz

Kayıtları, NTSB No: DCA01SA060, 21.12.2001 ve The 9/11 Commission Report, 22.07.2004, ayrıca bkz. <https://timeline.911memorial.org/#Timeline/2>, E.T. 09.04.2020.

9 Bu kapsamda hazırlanan ve hava aracının haksız fiilde kullanılarak zarar meydana gelmesinin sağlanması halini düzenleyen Konvansiyon; Hava Araçları ile Gerçekleştirilen Haksız Fiiller Dolayısıyla Üçüncü Kişilerin Uğradıkları Zararın Tazmini Hakkında Konvansiyon – Convention on Compensation for Damage to Third Parties, Resulting from Acts of Unlawful Interference Involving Aircraft – olarak adlandırılır.

10 Kusursuz sorumluluk kavramı ve çeşitleri için bkz. **ANTALYA**, MHY, C.V/1,2, N. 1303-1326.

11 **HESSE**, s. 155-156; **MAURITZ**, s. 75; **MILDE** Liability, s. 537.

12 Tehlike sorumluluğu kavramı ve çeşitleri için bkz. **ANTALYA**, MHY, C.V/1,2, N. 1905-1961.

13 **NEWMAN**, Arthur L. II, Damage Liability in Aircraft Cases, Columbia Law Review, Y. 1929, S. 29:8, s. 1039-1051, s. 1041; **DAVIS**, W. Jefferson, Liability of Aircraft Carriers, Owners and Operators of Aircrafts, Georgetown Law Journal, Y. 1930, S. 18, s. 214-264, s. 256; **KINGSLEY**, Robert / **GATES**, Sam E., Liability to Persons and Property on the Ground, Journal of Air Law and Commerce, Y. 1933, S. 4, s. 515-530, s. 522; **KAFTAL**, Andre, The Problem of Liability for Damages Caused

sorumluluğun dayandığı esasa ilişkin açık bir düzenleme olmamakla birlikte sorumluluk olgusu olarak sorumlu kişinin gerekli özeni göstermesinin aranmaması, bu kişinin sorumluluktan gerekli özenin gösterildiğini ispat yoluyla kurtulmanın mümkün olmadığı, sorumluluk için hava aracının yeryüzünde zarara neden olmasının yeterli olması dikkate alındığında sorumluluk türünün tehlike sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir.

Konvansiyonlar hava araçlarının işletmesinin tehlikeli bir işleme faaliyeti olarak kabul etmiş; bu faaliyeti yapan işletmenin hava araçlarının yeryüzünde sebep olduğu zarardan sorumlu olduğunu tehlike esasına göre sorumlu olduğunu düzenlemiştir.

## **B. SORUMLU KİŞİ AÇISINDAN**

Hava aracının yeryüzünde neden olduğu zararlardan sorumlu olarak her iki Konvansiyon da hava aracının işletenini işaret eder. 1952 tarihli Roma Konvansiyonu işletenin yeryüzünde hava aracının neden olduğu zarardan sorumlu olduğunu m. 2(1)'de belirtir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise işletenin tanımına yer verir. Söz konusu hükümde yapılan tanımlama uyarınca hava aracı işleteni; hava aracı ile yeryüzünde bir zarara sebebiyet verildiği anda hava aracından fayda sağlayan kişi olup hava aracının sefer kontrolünü elinde bulundurmak şartıyla kendisinden hava aracından faydalanma hakkı temin edilen kişinin de Konvansiyon kapsamında işleten sayıldığı görülür<sup>14</sup>.

Genel Tehlike Konvansiyonu'na bakıldığında işletenin tanımı, Konvansiyonda kullanılan terimlerin tanımları arasında m. 1'de yer alır. Bu hükmün (f) bendinde yapılan tanım 1952 Tarihli Konvansiyonda olduğu gibi hava aracından fayda sağlayan kişiyi işleten olarak kabul eder. Yine 1952 tarihli Roma Konvansiyonu'na paralel olarak hava aracından fayda sağlayan kişiden hava aracının sefer kontrolünü edinen kimse işleten olarak kabul edilir.

Her iki düzenleme açısından da hava aracından fayda sağlama, işleten açısından temel ölçüt olarak belirlenir demek mümkündür. Hava aracından fayda sağlama ölçütü ile neyin kast edildiği de Konvansiyonlarda kendine yer bulur. Her iki Konvansiyonda da aynı tanıma yer verilmiş olup bir kimsenin hava aracından fayda sağladığının söylenebilmesi için kişinin hava aracını bizzat ya da yardımcı veya temsilcisi aracılığıyla kullanması gerekir. Bu noktada temsilci ve yardımcıların işleten tarafından kendilerine sağlanan yetkiyi aşp aşmadıkları fayda sağlama açısından önem taşımaz<sup>15</sup>.

by Aircraft on the Surface, Journal of Air Law and Commerce, Y. 1934, S. 5:2, s. 179-232, s. 180; HESSE, s. 15; WOLFF, William C., Liability of Aircraft Owners and Operators for Ground Injury, Journal of Air Law and Commerce, Y. 1957, S. 24, s. 203-221, s. 205; WEEKS, Jeffrey, The Future of the Rome Convention on Damage Caused by Aircraft to Third Parties on the Surface: Will All Roads Lead Away from Rome, International Trade & Business Law, Y. 2002, S. 7, s. 131-151, s. 136. Öte yandan özellikle ABD tarafından hava aracı işletmenin tehlikeli bir faaliyet olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı iddiasıyla Konvansiyonlar hep bu yönden eleştirilir ve ABD imzadan kaçınır, ayrıca bkz. HESSE, s. 40-41; SHELLEY, s. 290; DAVIS F., s. 572; BROWN, s. 432-433; ABEYRATNE Theoretical, s. 187-200.

14 HESSE, s. 68; MAURITZ, s. 71; MILDE Liability, s. 537; ABEYRATNE Ruwantissa, Liability for Third Party Damage Caused by Aircraft – Some Recent Developments and Issues, Journal of Transportation Security, Y. 2009, S. 2:3, s. 91-105 – ABEYRATNE Recent Developments –, s. 93.

15 Bu tanımlama 1952 tarihli Roma Konvansiyonu'nda m. 2'de yer alırken Genel Tehlike Konvansiyonu, işleten tanımının devamında fayda sağlamayı tanımlar.

Sorumlu kişinin tespiti noktasında iki düzenleme arasındaki ilk fark kendini malikin işleten sayılıp sayılmaması noktasında gösterir.

1952 tarihli Roma Konvansiyonu'nda hava araçlarına ait sicilde malik olarak kayıtlı olan kişi, karine olarak işleten kabul edilir. Malikin bu karineyi çürütebilmesi, bir başkasının işleten olduğunu ispatlayabilmesine bağlıdır<sup>16</sup>.

Oysa Genel Tehlike Konvansiyonu, malik açısından ayrıca bir karine ön görmez. Malike ilişkin olarak Genel Tehlike Konvansiyonu'nda bulunan tek düzenleme, işleten sıfatına sahip olmayan malikin üçüncü kişiye hava aracı ile verilen zarardan sorumlu tutulamayacağıdır. Genel Tehlike Konvansiyonu, hava aracının kayıtlı bulunduğu sicilde malik olarak gözüken kimseye sorumluluk karinesi getirmek yerine tanımını verdiği hava aracından faydalanma kıstasını gerçekleştiren kimsenin işleten olacağını ifade etmekle yetinir.

İki düzenleme arasındaki farka bakıldığında Genel Tehlike Konvansiyonu düzenlemesinin daha sade ve sorumlu kişinin tespitinde kolaylık sağlayıcı olduğu ifade edilebilir<sup>17</sup>.

1952 tarihli Roma Konvansiyonu, yeryüzünde zararın meydana gelmesine sebebiyet veren olayın olduğu sırada, 14 günü aşkın bir süre boyunca hava aracını kullanma hakkına münhasıran işleten dışında sahip olan kimseyi de işleten ile birlikte müteselsil sorumlu tutar<sup>18</sup>. Oysa Genel Tehlike Konvansiyonu, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere işletenin tek sorumlu olduğunu ifade eder<sup>19</sup>.

Hava aracının rıza dışı ya da hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi halinde sorumluluk Genel Tehlike Konvansiyonu kapsamı dışında kalır. Bu ihtimalde meydana gelecek zararlar, Haksız Fiil Tazminatı Konvansiyonu kapsamında değerlendirilir. 1952 tarihli Roma Konvansiyonu döneminde hava aracı ile işlenen haksız fiillere ilişkin ayrı bir düzenleme olmadığından bu noktada rıza dışı elden çıkma halinde hava aracını rıza dışı ele geçiren kimsenin işleten ile birlikte müteselsil sorumlu olduğunu düzenler. Ancak işleten hava aracının elden çıkmasını önlemek için gerekli tüm özeni gösterdiğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulabilir<sup>20</sup>. Hukuka aykırı olarak hava aracının elden çıkmış olması ve bir zarara neden olunması halinde hava aracını ele geçiren kişi tek başına sorumlu kabul edilir. Bu kişinin sorumluluğu sınırsızdır<sup>21</sup>.

16 HESSE, s. 102; DAVIS F., s. 589; HAVEL, Brian F. / SANCHEZ, Gabriel S., *The Principles and Practice of International Aviation Law*, Cambridge 2014, s. 318, dñn. 302.

17 Öte yandan Genel Tehlike Konvansiyonu m. 13 uyarınca hava aracının üçüncü kişilere vermiş olduğu zarardan sorumluluk, Konvansiyonun uygulama alanı bulunduğu yerlerde sadece işletene aittir. Yerel hukukun bir başkasını da sorumlu kabul etmesi, Konvansiyon hükümlerinin uygulandığı durumlarda geçersiz hale gelir. Yine de bu Konvansiyonun henüz uygulamaya girmediğini hatırlatmak uygun olur.

18 HESSE, s. 112; ABEYRATNE, Ruwantissa, *Theoretical Justification for Modernizing the Rome Convention of 1952*, *Annals of Air and Space Law*, Y. 2006, S. 31, s. 185-211 – ABEYRATNE *Theoretical* –, s. 197.

19 Bkz. Madde 13. Öte yandan işletenin bu kimselere rücu hakkı m. 11 uyarınca, kişilerin kusurunun bulunması oranında mümkündür, ayrıca bkz. CAPLAN, Harold, *Modernization of the 1952 Rome Convention and Protocol, Air and Space Law*, Y. 2007, S. 32:2, s. 19-30, – CAPLAN *Modernization* –, s. 25; LAUZON, Gilles, *The New ICAO Conventions on Third Party Liability*, *Uniform Law Review*, Y. 2009, S. 14:3, s. 676-699, s. 683; ABEYRATNE, *Recent Developments*, s. 101.

20 HESSE, s. 117-132; MAURITZ, s. 72.

21 Bu sorumluluğun sınırsız olması olumlu bir gelişme olsa da çoğunlukla hava aracını hukuka aykırı olarak ele geçiren kimseye

Her iki Konvansiyon da hava aracının yer yüzünde neden olduğu zararlardan sorumlu kişinin hayatını kaybetmesi ihtimalini göz önünde bulundurur. 1952 tarihli Roma Konvansiyonu m. 22'de, Genel Tehlike Konvansiyonu m. 20'de sorumlu kişinin ölümü halinde Konvansiyondan doğan taleplerin kime yöneltileceğini düzenler.

Roma Konvansiyonu uyarınca, sorumlu kişinin borçlarından sorumlu olan kimseler, onun ölümü halinde, hava aracından kaynaklanan zararları tazmin etme yükümlülüğü altındadır<sup>22</sup>.

Genel Tehlike Konvansiyonu'nda ise işletenin mirasından sorumlu olan kişiler, işletenin ölümü halinde Konvansiyon kapsamında tazminat talepleri ile karşılaşır.

Birden fazla hava aracının yeryüzünde zarara birlikte neden olmaları olasılığı da her iki Konvansiyonda da dikkate alınır.

1952 tarihli Roma Konvansiyonu m. 7 ve m. 1 uyarınca birden fazla hava aracının çarpışması ve yeryüzünde zarara neden olması halinde, iki hava aracı işletenin de Konvansiyonda belirlenen sınırlar içerisinde sorumlu olması sonucunu doğurur.

Genel Tehlike Konvansiyonu kapsamında ise m. 6, birden fazla hava aracının neden olduğu yeryüzü zararlarından birlikte sorumlu olduklarını düzenler.

### **C. ZARAR GÖREN KİŞİ AÇISINDAN**

Çalışmamız kapsamında kanaatimizce en önemli farklılıklardan biri de iki Konvansiyon arasındaki zarar gören farklılığıdır.

Roma Konvansiyonu, işletenin sorumluluğunun doğabilmesi için hava aracının yeryüzünde bir zarara neden olmasını arar.

Genel Tehlike Konvansiyonu ise işletenin şartların tamamlanmış olması halinde üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararın tazminini düzenler.

Bu iki ifade, tek bir hava aracından doğan zararlar açısından herhangi bir farklılık içermez. Zira hava aracının yeryüzüne düştüğü ihtimalinde zarar yeryüzünde olur ve zarar gören sıfatını haiz kimselerin her biri üçüncü kişidir<sup>23</sup>.

Üçüncü kişi ile yeryüzünde zarar gören kişi arasındaki fark, kendisini birden fazla hava aracının zarara neden olduğu ihtimalde gösterir. Birden fazla hava aracının teması ve yeryüzünde zararın

---

karşı dava açılabilmesi mümkün değildir. Bu ihtimalin mümkün olduğu hallerde ise çoğunlukla hava aracını hukuka aykırı ele geçiren kimsenin, bu yolla neden olduğu zararları karşılayabilmesi de çok olası değildir. Konu ile ilgili ayrıca bkz. MAURITZ, s. 73, WASSENBERG, Henri A., Beveiliging van de Burgerluchtvaart en de Economie van de Luchtdienstexploitatie, Journaal LuchtRecht, Y. 2002, S. 5, s. 110 vd., MAURITZ, s. 73, dpn. 58; ABEYRATNE Theoretical, s. 197.

22 HESSE, s. 253-254.

23 Genel Tehlike Konvansiyonu, üçüncü kişiyi m. 1(i)'de tanımlar. Bu tanım kapsamında üçüncü kişi; hava aracı işleteni, hava aracının yolcusu ya da hava aracı ile taşınan kargoyu göndereni ve alıcısı dışında kalan kişidir.



doğması halinde hem yeryüzünde bulunan kişiler hem de hava araçlarında bulunan kimseler zarara uğrar. Yeryüzünde zarara uğrayan kimseler açısından her iki Konvansiyon da diğer şartların varlığında sorumluluk doğar. Ancak bir hava aracının yolcusu olan ve zarar gören kişinin diğer hava aracının işleteninden bu Konvansiyonlar kapsamında tazminat talep edip edemeyeceği iki Konvansiyon açısından farklı cevaplara sahiptir.

Roma Konvansiyonu sadece yeryüzünde meydana gelen zararlardan bahsettiği için iki hava aracının çarpışıp yere düşmesi halinde, bir hava aracının yolcusunun Roma Konvansiyonu kapsamında diğer hava aracının işleteninden tazminat talebinde bulunması mümkün olmaz.

Olaya Genel Tehlike Konvansiyonu açısından baktığımızda, bir hava aracının içerisinde bulunan yolcu, diğer hava aracı işleteni ile arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki olmaması nedeni ile onun açısından üçüncü kişidir. Bunun sonucu olarak hava aracının yolcusu, üçüncü kişi sıfatı ile diğer hava aracının işleteninden Genel Tehlike Konvansiyonu kapsamında talepte bulunma imkanına sahip olur.

## **D. SORUMLULUĞUN OLGULARI AÇISINDAN**

### ***1. Zararın Hava Aracının Uçuşta Olduğu Sırada Meydana Gelmesi Açısından***

Gerek Roma Konvansiyonu gerekse Genel Tehlike Konvansiyonu açısından işletenin sorumluluğunun doğabilmesi için zarara bir hava aracının neden olması gerekir. Hava aracının zarara neden olduğu sırada uçuş halinde olması da sorumluluğun şartları açısından ortak noktalardan biridir. Hava aracının uçuşta olması ile neyin kastedildiği her iki Konvansiyonda da tanımlanır.

Roma Konvansiyonu kapsamında bir hava aracı, havalanmak için manevra yapmak üzere hava aracına güç verildiği andan başlayarak hava aracının varış noktasında inişini tamamlamasına kadar geçen zamanda uçuşta kabul edilir. Bu noktada hava aracının teknik aksamına güç verildiği anda uçuşun başladığı ifade edilebilir. İnişin tamamlanması da bu aşamalarla güden gücün çekilmesi ile sona erer<sup>24</sup>.

Genel Tehlike Konvansiyonu'nda yapılan uçuş tanımı ise m. 1(c)'de yer almakta olup hava aracının dış kapılarının kapanmasından başlayarak hava aracının varış noktasında dış kapılarını açmasına kadar geçen süreyi kapsar. Dış kapıların kapanması, hava aracına yolcu binişlerinin ve yük – bavul, kargo vb. – yüklenmesinin tamamlanmasının ardından gerçekleşir. Hava aracının dış kapılarının açılması ise iniş için gerekli manevraların tamamlanmasının ardından yolcu ve yük indirme amacı ile kapıların açılmasını karşılar.

Roma Konvansiyonu düzenlemesi ile karşılaştırıldığında, Genel Tehlike Konvansiyonu kapsamında bir hava aracının uçuşta sayılması için mutlaka hava aracına güç verilmesi beklenmez. Diğer bir ifade

<sup>24</sup> Roma Konvansiyonu'nda yapılan bu tanımla oldukça detaylı bulunur ve mahkemelere yorum imkanı bırakmadığı gerekçesi ile eleştirilir. Konuya ilişkin olarak bkz. HESSE, s. 52-54; HAVEL/SANCHEZ, s. 317; MILDE Liability, s. 537; ABEYRATNE Recent Developments, s. 93.

ile Genel Tehlike Konvansiyonu'nda yer alan uçuş terimi, Roma Konvansiyonu'nda yer alandan daha geniş bir zaman dilimini ifade eder.

## **2. Hava Aracının Uluslararası Bir Uçuş Yapıyor Olması Açısından**

Her iki Konvansiyon açısından da hava aracının neden olduğu yeryüzü zararlarından sorumlu olunabilmesi için hava aracının uluslararası bir uçuş yapıyor olması aranır. Roma Konvansiyonu kapsamında bir sorumluluktan bahsedilebilmesi Konvansiyona taraf devletlerden birinde kayıtlı bir hava aracının, Konvansiyona taraf başka bir devletin sınırları içerisinde zarara neden olması gerekir. 1978 tarihli Montreal Protokolü ile yapılan değişiklik ile bu düzenleme bir nebze genişletilir. Protokol sonrası hava aracının işletenin yerleşim yerinin veya iş yeri merkezinin, hava aracı o ülkede kayıtlı olmasa bile, Konvansiyona taraf bir devlette bulunması halinde Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulur<sup>25</sup>.

Genel Tehlike Konvansiyonu'na bakıldığında ise m. 2 uyarınca zararın uluslararası uçuş yapan bir hava aracı nedeni ile Konvansiyona taraf ülkelerden birinin sınırları içerisinde meydana gelmesi şarttır. Hava aracının kayıtlı olduğu devletin Konvansiyona taraf olup olmamasına ilişkin bir sınırlamaya ise yer verilmez<sup>26</sup>.

İki düzenlemeye dikkat edildiğinde, Genel Tehlike Konvansiyonu'nun hava aracının kayıtlı olduğu yer ile ilgilenmediğini ifade etmek mümkündür. Diğer bir ifade ile hava aracının kayıtlı olduğu ya da iş merkezinin bulunduğu devlet Genel Tehlike Konvansiyonu'na taraf olmayabilir. Yine de Konvansiyona taraf bir ülkede yeryüzü zararına neden olması halinde Genel Tehlike Konvansiyonu kapsamında zarardan sorumlu olacaktır. Oysa Roma Konvansiyonu hava aracının Konvansiyona taraf bir devlette kayıtlı olmasını arar. Bu durumda Genel Tehlike Konvansiyonu'nun Konvansiyona taraf devletlere daha geniş koruma sağladığı söylenebilir. Zira Roma Konvansiyonu'na taraf olan ancak hava aracının kayıtlı olduğu devletin Konvansiyona taraf olmaması nedeni ile bu Konvansiyon hükümlerinden yararlanamayan zarar gören, Genel Tehlike Konvansiyonu'nun uygulandığı bir durumda Konvansiyon korumasından faydalanabilecektir.

## **E. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI AÇISINDAN**

Hava aracı işletenin kusursuz sorumluluğu çalışma konumuz olan iki Konvansiyonun birbirinden ayrıldığı konu işletenin sorumluluğunun sınırlandırılması noktasıdır.

1952 tarihli Roma Konvansiyonu, hava aracı işletenini kusursuz sorumluluk sahibi olarak belirlerken sorumluluğunu sınırlar. Sorumluluğun sınırlandırılmasının temelinde, hava aracı işletenin ortaya çıkan zararın tamamını ödemek durumunda kalması halinde ekonomik olarak sıkıntıya düşmesi

25 Madde 23. Ayrıca bkz. FUJITA, s. 61; MILDE Liability, s. 544.

26 CAPLAN Liability, s. 186; MILDE Liability, s. 555; LAUZON, s. 682; ABEYRATNE, Ruwantissa, The ICAO Conventions on Liability for Third-Party Damage Caused by Aircraft, Air and Space Law, Y. 2009, S. 34:6, s. 403-416 – ABEYRATNE ICAO Conventions –, s. 406; ABEYRATNE Recent Developments, s. 94.

ihtimalidir. Diğer bir ifade ile hava aracının yeryüzünde neden olduğu zararın tazmini noktasında zarar gören ile hava aracı işleteni arasında bir denge sağlanmaya çalışılır<sup>27</sup>. Bu sınırlama 1978 tarihli Montreal Protokolü'ne kadar olan süreçte franc<sup>28</sup> üzerinden belirlenirken Protokol ile beraber SDR<sup>29</sup> üzerinden düzenlenir<sup>30</sup>.

Genel Tehlike Konvansiyonu'na bakıldığında ise işletenin sorumluluğu açısından büyük bir yeniliğe yer verildiğini söylenebilir. Zira işletenin sorumluluğu Genel Tehlike Konvansiyonu'nda sınırsız olarak düzenlenir<sup>31</sup>.

Genel Tehlike Konvansiyonu'nda sınırlı sorumluluk, istisna olarak yer alır. Roma Konvansiyonu açısından ise sınırsız sorumluluk istisna olarak kabul edilir.

Genel Tehlike Konvansiyonu, hava aracı işletenin sorumluluk sınırlarına tabi olabilmesi için işleten, çalışanları ve yardımcılarının zararın meydana gelmesinde hiçbir kusurlarının olmadığını ispat etmesi gerekir. Çalışan ya da yardımcılarının zararın ortaya çıkmasında kusuru olmadığını ispatlayamayan işleten açısından sınırlı sorumluluktan faydalanabilmek için bir başka imkan daha düzenlenir. Buna göre işleten başka bir kişinin kusuru nedeni ile zararın meydana geldiğini ispatlamak zorundadır. İki ihtimalden birini ispatlayabilen işleten ancak o zaman sınırlı sorumlu hale gelir<sup>32</sup>.

Roma Konvansiyonu'nda ise işletenin sınırsız sorumluluğa tabi olması için zarar görenin hava aracı işletenin yardımcı ya da temsilcisinin kusuru nedeni ile zararın ortaya çıktığını ispatlaması gerekir ancak bu tek başına yeterli olmaz. Kusurun varlığının ispatının yanı sıra kusurlu fiilin hava aracı işletenin talimatları ya da kusurlu davranışta bulunan kimsenin görevi kapsamında olduğunun da ispatı aranır. Madde 12'de yer verilen bu durumun ispatı zarar gören açısından oldukça zor olduğu için bu düzenlemenin eleştirildiği ifade edilebilir<sup>33</sup>.

İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, Roma Konvansiyonu'nda zarar görene yüklenen kusurlu olduğunu ispat yükü, Genel Tehlike Konvansiyonu ile işletene aksinin ispatı yükü olarak karşımıza

27 **IDE**, John Jay, The History and Accomplishments of the International Technical Committee of Aerial Legal Experts (CITEJA), Journal of Air Law, Y. 1932, S. 3:1, s. 27-49, s. 37-39; **MULLER**, J. Wolterbeek, The CITEJA and Liability Toward Third Persons on the Surface, Journal of Air Law, Y. 1933, S. 4:2, s. 235-239, s. 237-238; **MAURITZ**, s. 63

28 Madde 11(4)'e göre frank, 900/1000 kalitede altından, 65½ miligram içerir. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **HESSE**, s. 160-161; **ABEYRATNE** Theoretical, s. 198-199.

29 Special Drawing Rights – Özel Çekme Hakları.

30 **FITZGERALD**, Gerald, The Protocol to Amend The Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to The Third Parties on The Surface (Rome, 1952), Signed at Montreal, September 23, 1978, Annals of Air and Space Law, Y. 1979, S. 4, s. 29-73, s. 46-47; **MAURTIZ**, s. 95; **MILDE** Liability, s. 543.

31 Konvansiyonda sınırsız sorumluluğun ana kural olarak belirlenmesinin temelinde tarih boyunca hava aracı ile üçüncü kişiye verilen zararların, işletenler tarafından her zaman karşılanıyor olması yatar, ayrıca bkz. **FRANKLIN**, Mark, Is a Successful New Convention on Airline Liability for Surface Damage Achievable?, Air and Space Law, Y. 2006, S. 31:2, s. 87-97, s. 95; **KJELLIN**, Henrik, The New International Regime for Third Party Liability, Air and Space Law, Y. 2008, S. 33:2, s. 63-80, s. 78; **CAPLAN** Liability, s. 186; **FUJITA**, s. 67; **MILDE** Liability, s. 556; **ABEYRATNE** Recent Developments, s. 94 ve s. 95.

32 **FRANKLIN**, s. 95; **KJELLIN**, s. 67 ve 78; **CAPLAN** Liability, s. 186; **FUJITA**, s. 67-68; **MILDE** Liability, s. 556; **ABEYRATNE** Recent Developments, s. 94.

33 **HESSE**, s. 164-167.

çıkar. Roma Konvansiyonu'nun eleştirilen bu durum ispat yükünün yer değiştirilmesi yoluyla Genel Tehlike Konvansiyonu'nda giderilmiş olduğu söylenebilir.

### **F. SORUMLULUĞU HAFİFLETEN YA DA ORTADAN KALDIRAN HALLER AÇISINDAN**

Çalışma konumuzu oluşturan her iki Konvansiyon açısından da bazı hallerin gerçekleşmesi halinde hava aracı işleteni, yeryüzünde meydana gelen zararlardan tamamen ya da kısmen kurtulma imkanını haiz olur. Bu durumların başında gelen durum sivil ayaklanma ya da silahlı çatışma sırasında hava aracı nedeni ile bir zararın ortaya çıkması halidir<sup>34</sup>. Bu olasılığın gündeme gelmesi halinde hava aracı işletenin sorumluluğu ortadan kalkar.

Hem Roma Konvansiyonu hem de Genel Tehlike Konvansiyonu kapsamında hava aracı işletenin sorumluluğunun kısmen ya da tamamen ortadan kalkmasını sağlayabilecek tek olasılık zarar görenin kusurudur. Yargılama esnasında zarar görenin kusurunun ağırlığı değerlendirilerek işletenin kısmen ya da tamamen sorumluluktan kurtulmasına karar verilir. Bu ihtimalin yargılamada gündeme gelebilmesi için sorumlu kişinin, zarar görenin zararın meydana gelmesinde kusuru olduğunu ispatlaması gerekir<sup>35</sup>.

Roma Konvansiyonu, zarar görenin kusuruna ilişkin düzenlemede, zarar görenin kusurunun zararın meydana gelmesine neden olması halinde işletenin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkacağına ancak zararın meydana gelmesinde değil de zararın artmasında rol oynaması halinde sorumluluğun hafiflemesine neden olacağına yer verilir.

Genel Tehlike Konvansiyonu m. 10'da ise Roma Konvansiyonu'nda yer alan bu ayırım bulunmaz. Genel Tehlike Konvansiyonu zarar görenin kusurunun varlığının ispatlanabilmesi halinde kusurun ağırlığı ölçüsünde, hava aracı işletenin sorumluluğun hafifleyeceğini ya da tamamen ortadan kalkacağını ifade etmekle yetinir.

### **G. TAZMİN EDİLECEK ZARAR TÜRLERİ AÇISINDAN**

Zarar görenin tespiti noktasında iki Konvansiyon arasında farklılıklar olduğu gibi zarar türleri açısından da farklılıklar olduğu ifade edilebilir. Öncelikle iki Konvansiyon açısından ortak olan noktalara değinmekte fayda vardır. Her iki düzenlemede de zararın hava aracından doğrudan ortaya çıkmasını arar. Diğer bir ifade ile hava aracının düşmesi, hava aracından bir şeyin ya da bir parçanın düşmesi ya da atılması gibi olaylar sonucundan doğrudan ortaya çıkan zararlar sorumluluk kapsamında tazmin edilir<sup>36</sup>.

Roma Konvansiyonu, kişinin uğradığı zararların tazmin edilebileceğini ifade eder. Kişisel zarar olarak da adlandırılabilir bu zarar türü, temel olarak kişinin ölmesi ya da bedensel zarara uğraması

34 HESSE, s. 133-137; HAVEL/SANCHEZ, s. 319; MILDE Liability, s. 537; ABEYRATNE Theoretical, s. 197; CAPLAN Liability, s. 189 ve s. 211.

35 HESSE, s. 139.

36 Genel Tehlike Konvansiyonu açısından bkz. LAUZON, s. 682.

halidir. Öte yandan psikolojik zararların bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği açık değildir.

Genel Tehlike Konvansiyonu ise kişinin ölümü, bedensel zarara uğraması ya da psikiyatrik zararları tazmin edilebilir zararlar arasında kabul eder<sup>37</sup>. Roma Konvansiyonu'nda kendisine yer bulup bulmadığı açık olmayan psikiyatrik zararlar, Genel Tehlike Konvansiyonu'nda açıkça ifade edilir. Psikiyatrik zararlar<sup>38</sup>, ancak bedensel zarardan doğan veya ölüm ya da bedensel zarar tehdidi ile doğrudan karşı karşıya gelme nedeniyle oluşmalıdır<sup>39</sup>.

## **H. GEÇİCİ ÖDEME AÇISINDAN**

Son olarak Genel Tehlike Konvansiyonu ile ilk kez yeryüzünde hava aracından kaynaklanan zararlara ilişkin uluslararası metinlerden birinde yer bulan geçici ödemeye değinmek uygun olur. Geçici ödeme, zarar görenin tazminat talebi ile açmış olduğu davanın sonuçlanıp zararının fiilen tazmin edilmesine kadar geçen süre boyunca, hava aracı nedeni ile uğramış olduğu zararının bir kısmını da olsa gidermeyi amaçlayan bir kurumdur.

Geçici ödemeye Roma Konvansiyonu'nda yer verilmemiş olduğundan bu noktada bir karşılaştırma yapma imkanımız olmayacaktır. Ancak Genel Tehlike Konvansiyonu'nun getirmiş olduğu bu yenilik, üzerinde durulmayı hak eder.

Genel Tehlike Konvansiyonu, geçici ödemeye hükmedilebilmesi için çeşitli şartların varlığını arar. İlk ve en temel şartın Konvansiyon kapsamında açılan tazminat davasının görüldüğü yer hukuku açısından geçici ödemeye hükmedilmesinin mümkün olması gereklidir<sup>40</sup>. Diğer bir ifade ile iç hukukunda geçici ödeme düzenlemesine yer vermeyen bir ülkede Konvansiyon kapsamında bir dava açılması halinde geçici ödeme yapılması istenemez.

Genel Tehlike Konvansiyonu, geçici ödeme talebinde bulunabilecek kişiler açısından da sınırlandırmaya gider. Konvansiyon uyarınca, geçici ödeme isteyebilecek kişi, tazminat talebinde

37 Öte yandan her iki Konvansiyon da malvarlığı zararlarını doğrudan zarar olmak kaydıyla tazmini mümkün zararlar arasında değerlendirir.

38 Psikiyatrik zararın tanımına Konvansiyonda yer verilmemiştir. Konvansiyon manevi zararların ancak psikiyatrik rahatsızlık – psychiatric illness – olarak değerlendirilmesi halinde diğer koşulların da varlığı şartıyla tazminini uygun görür, konuya ilişkin olarak bkz. **ABEYRATNE** ICAO Conventions, s. 405-406; **ABEYRATNE** Recent Developments, s. 94. Psikiyatrik zarar, Türk Hukukunda kullanılan bir terim olmamakla birlikte temel olarak manevi zararın içinde, bir alt türü olarak yer aldığı ifade edilmelidir. Manevi zarar, kişinin huzurunda azalma, acı, elem ve keder duyması ruhsal olarak zarara uğraması olarak ifade edilebilir, bkz. **ANTALYA**, O. Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017, s. 233 vd.; **ANTALYA**, MHY, C.V/1,2, N. 804-810. Konvansiyonda yer verilen psikiyatrik zarar terimi ise manevi zararın içinde yer alan bir zarar olmakla birlikte her acı, elem ya da ruhsal olarak yaşanan hasarı değil tıp biliminde psikiyatrik rahatsızlık kapsamında değerlendirilebilecek olan manevi zararları ifade eder. Manevi zararın daha geniş bir kapsamı olması ve Konvansiyonun tüm manevi zararların tazminini düzenlememiş olması nedeni ile psikiyatrik zarar ifadesi burada tercih edilmiştir.

39 **FRANKLIN**, s. 94-95; **LAUZON**, s. 682; **ABEYRATNE** ICAO Conventions, s. 405; **LEE**, s. 223; **ABEYRATNE** Recent Developments, s. 94.

40 Genel Tehlike Konvansiyonu, hava aracı işletenine açılacak tazminat davasının zararın meydana geldiği yerde görülmesini düzenler (m. 16(1)).

bulunabilecek gerçek kişilerdir. Bu düzenleme karşısında, zarar gören tüzel kişiler geçici ödeme talebinde bulunamayacaklardır.

Geçici ödemeye karar verilebilmesi için aranan bir diğer şart ise geçici ödeme talebinin acil bir ekonomik ihtiyaçtan doğmasıdır. Zarar gören kişi, hava aracının neden olduğu zarar dolayısı ile kendisinden davanın sonuçlanmasının beklenemeyeceği ölçüde ekonomik darlığa girmiş olmalıdır. Zarar görenin ekonomik olarak Konvansiyon kapsamında tazminini istediği zarardan çok etkilenmemiş olması halinde diğer şartların gerçekleşmiş olması durumunda dahi geçici ödemeye karar verilmesinin önüne geçer.

Geçici ödeme ile ilgili olarak değinilmesi gereken son konu, kurumun doğası gereği geçici ödemeye hükmedilmesinin davalının kesin olarak dava konusu zarardan sorumlu olduğu anlamını taşıyor olmasıdır. Diğer bir ifade ne geçici ödeme yapmasına karar verilen her işleten yargılama sonucu sorumlu kabul edilir ne de geçici ödemede bulunmasına yer olmadığına karar verilen her işleten sorumluluk kurtulabilir.

### III. SONUÇ

Oldukça detaylı hükümlere sahip bu iki Konvansiyon yan yana konulduğunda, kanaatimizce Genel Tehlike Konvansiyonu, yukarıda belirtilen özellikleri nedeni ile Roma Konvansiyonu'na oranla çok daha iyi koruma sağlamaktadır. Henüz yürürlüğe girmemiş ve yeterli imza sayısına ulaşamamış olan Genel Tehlike Konvansiyonu, Roma Konvansiyonu karşısında dikkat çeken özelliklere sahiptir. Bu bölümde yukarıda incelenen farklılıklar arasında öne çıkanlar ifade edilecektir.

Kanaatimizce iki Konvansiyon arasındaki en derin ve Genel Tehlike Konvansiyonu'nu tercih edilebilir hale getiren fark sorumluluğun sınırlandırılmamasıdır. Hava aracı işleteninin, yeryüzünde hava aracı işletilmesi nedeni ile zarara uğrayan kimsenin zararından sınırlı olarak sorumlu olması, zarar gören kişilerden bazılarının kısmen ya da tamamen zararlarını tazmin ettirememeleri sonucunu doğurur. Zira bir hava aracının yeryüzünde neden olduğu zarar özellikle yerleşim yerine düşmesi gibi ciddi bir olaydan kaynaklanması halinde yıkıcı olabildiği gibi birçok kişiyi de etkiler.

Roma Konvansiyonu ile belirlenen ve 1978 tarihli Montreal Protokolü ile güncellenen sorumluluk sınırı her zaman yeterli olmayabilir. Oysa Genel Tehlike Konvansiyonu ile sınırsız sorumluluk uygulandığı takdirde zarar gören herkes, zararlarının tamamen giderilmesini talep edebilir hale gelir.

Genel Tehlike Konvansiyonu'nun getirdiği büyük yeniliklerden biri de geçici ödemedir. Geçici ödeme Roma Konvansiyonu kapsamında hiç üzerinde durulmayan bir kurum olmakla birlikte, zarar görenler açısından tazminat davalarının sonuçlanmasına kadar geçecek sürede ekonomik istikrarlarını sağlayabilmeleri için oldukça olumlu bir adımdır.

Zarar gören kişinin tanımında da iki Konvansiyon arasında önemli bir farklılık söz konusudur. Roma Konvansiyonu, zarar gören olarak yeryüzünde bulunan kişileri işaret ederken Genel Tehlike

Konvansiyonu üçüncü kişi ifadesini tercih eder. Üçüncü kişi kapsamında birden fazla hava aracının neden olduğu zararın varlığı halinde diğer hava aracında bulunan yolcu da yer alır. Benzer şekilde hava aracı ile kargo gönderen ve kargo alıcısı da diğer hava aracı açısından üçüncü kişi kapsamında olacağından Genel Tehlike Konvansiyonu'nun tanıdığı sınırsız sorumluluktan faydalanabilecektir.

Söz konusu özellikleri nedeni ile Genel Tehlike Konvansiyonu'nun, Roma Konvansiyonu karşısında öne çıktığını ifade edilebilir. Yine de bu özelliklerin uygulama alanı bulup bulmayacağı, Konvansiyonun henüz yürürlüğe girmemesi nedeni ile belirsizliğini korumaktadır.

## **KAYNAKÇA**

- ABEYRATNE** Ruwantissa, Liability for Third Party Damage Caused by Aircraft – Some Recent Developments and Issues, Journal of Transportation Security, Y. 2009, S. 2:3, s. 91-105 – **ABEYRATNE** Recent Developments –
- ABEYRATNE**, Ruwantissa, The ICAO Conventions on Liability for Third-Party Damage Caused by Aircraft, Air and Space Law, Y. 2009, S. 34:6, s. 403-416 – **ABEYRATNE** ICAO Conventions –
- ABEYRATNE**, Ruwantissa, Theoretical Justification for Modernizing the Rome Convention of 1952, Annals of Air and Space Law, Y. 2006, S. 31, s. 185-211 – **ABEYRATNE** Theoretical–
- ANTALYA**, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,2, Ankara 2019 – **ANTALYA**, MHY, C. V/1,2 –
- ANTALYA**, O. Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, İstanbul 2017
- BROWN**, Elizabeth Gaspar, The Rome Conventions of 1933 and 1952: Do They Point a Moral, Journal of Air Law and Commerce, Y. 1962, S. 28:4, s. 418-443
- CAPLAN**, Harold, Liability for Third Party Damage on the Ground, Air and Space Law, Y. 2008, S. 33:3, s. 183-213
- CAPLAN**, Harold, Modernization of the 1952 Rome Convention and Protocol, Air and Space Law, Y. 2007, S. 32:2, s. 19-30, – **CAPLAN** Modernization –
- DAVIS** Frederick B., Surface Damage by Foreign Aircraft: The United States and the New Rome Convention, Cornell Law Quarterly, Y. 1952-1953, S. 38:4, s. 570-590 – **DAVIS F.** –
- DAVIS**, W. Jefferson, Liability of Aircraft Carriers, Owners and Operators of Aircrafts, Georgetown Law Journal, Y. 1930, S. 18, s. 214-264
- FITZGERALD**, Gerald, The Protocol to Amend The Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to The Third Parties on The Surface (Rome, 1952), Signed at Montreal, September 23, 1978, Annals of Air and Space Law, Y. 1979, S. 4, s. 29-73
- FRANKLIN**, Mark, Is a Successful New Convention on Airline Liability for Surface Damage Achievable?, Air and Space Law, Y. 2006, S. 31:2, s. 87-97
- FUJITA**, Katsutoshi, Some Considerations for the Modernization of the Rome Convention, in case of Unlawful Interference, Korean Journal of Air and Space Law, Y. 2008, S. 23:1, s. 55-81
- HAVEL**, Brian F. / **SANCHEZ**, Gabriel S., The Principles and Practice of International Aviation Law, Cambridge 2014, s. 318
- HESSE**, Nicky E., The Aircraft Operator's Liability (in International Conventions), Montreal 1953, Yüksek Lisans Tezi
- IDE**, John Jay, The History and Accomplishments of the International Technical Committee of Aerial Legal Experts (CITEJA), Journal of Air Law, Y. 1932, S. 3:1, s. 27-49



- JENNISON**, Michael, Rescuing the Rome Convention of 1952: Six Decades of Effort to Make a Workable Regime for Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties, *Uniform Law Review*, Y. 2005, S. 10:4, s. 785-823
- Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1950, S. 17:2, s. 194-224.
- KAFTAL**, Andre, The Problem of Liability for Damages Caused by Aircraft on the Surface, *Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1934, S. 5:2, s. 179-232
- KINGSLEY**, Robert / **GATES**, Sam E., Liability to Persons and Property on the Ground, *Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1933, S. 4, s. 515-530
- KJELLIN**, Henrik, The New International Regime for Third Party Liability, *Air and Space Law*, Y. 2008, S. 33:2, s. 63-80
- LAUZON**, Gilles, The New ICAO Conventions on Third Party Liability, *Uniform Law Review*, Y. 2009, S. 14:3, s. 676-699
- MAURITZ**, Adriaan Jeroen, Liability of the Operators and Owners of Aircraft for Damage Inflicted to Persons and Property on the Surface, The Hague 2003
- MILDE**, Michael, *International Air Law and ICAO, Essential Air and Space Law*, Eleven International Publishing, 2016
- MILDE**, Michael, Liability for Damage Caused by Aircraft on the Surface – Past and Current Efforts to Unify the Law, *Zeitschrift für Luft – und Weltraumrecht – ZLW – Y.* 2008, S. 57:4, s. 532-557, – **MILDE** Liability –
- MULLER**, J. Wolterbeek, The CITEJA and Liability Toward Third Persons on the Surface, *Journal of Air Law*, Y. 1933, S. 4:2, s. 235-239
- NEWMAN**, Arthur L. II, Damage Liability in Aircraft Cases, *Columbia Law Review*, Y. 1929, S. 29:8, s. 1039-1051
- NTSB Araç Kayıtları Bölümü, Hava Trafik Kontrolü Kayıtları, NTSB No: DCA01SA060, 21.12.2001 ve The 9/11 Commission Report, 22.07.2004
- SHELLEY**, Leander I., The Draft Rome Convention From Standpoint of Residents and Other Persons in This Country, *Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1952, S. 19:3, s. 289-304
- WASSENBERG**, Henri A., Beveiliging van de Burgerluchtvaart en de Economie van de Luchtdienstexploitatie, *Journaal LuchtRecht*, Y. 2002, S. 5, s. 110 vd.
- WEEKS**, Jeffrey, The Future of the Rome Convention on Damage Caused by Aircraft to Third Parties on the Surface: Will All Roads Lead Away from Rome, *International Trade & Business Law*, Y. 2002, S. 7, s. 131-151
- WOLFF**, William C., Liability of Aircraft Owners and Operators for Ground Injury, *Journal of Air Law and Commerce*, Y. 1957, S. 24, s. 203-221
- <https://timeline.911memorial.org/#Timeline/2>, E.T. 09.04.2020
- <https://www.icao.int/Meetings/AMC/ArchivedAssembly/en/a02/wple.htm>, E.T. 10.04.2020, ICAO Legal Committee, Second Session 1948, Minutes and Documents (1948), s. 130-134

## İfa Güçsüzlüğüne Genel Bakış ve Onun Kira Sözleşmesindeki Görünümü\*

### Overview of Performance Weakness and Appearance of Performance Weakness in the Lease Agreement

O. Gökhan ANTALYA\*\* 

Pelin ÇAVDAR\*\*\* 

#### Öz

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle borcunu muacceliyet tarihinde ifa edememesi TBK m.98 hükmünde düzenlenmektedir. Bu hükümde, iflas etme ve haciz işlemlerinin sonuçsuz kalması ifa güçsüzlüğü hallerine örnek olarak verilmektedir. Dolayısıyla, taraflardan birinin muaccel borçlarını ifa etmek için yeterli para veya ekonomik araçlardan yoksun olması ifa güçsüzlüğü olarak nitelendirilmektedir. İfa güçsüzlüğü öncelenmiş borca aykırılık hallerinden bir tanesidir. İfa güçsüzlüğünün TBK’da bazı sözleşme tiplerinde özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu sözleşmeler; kira, tüketim ödöncü (karz), hizmet, yayım ve bağışlama sözleşmeleridir. Çalışma konumuz olan TBK m.332’de kiracının iflası düzenlenmektedir. Bu hükümde, kiracının kiralananın tesliminden sonra iflas etmesi halinde, kiraya verenin işleyecek kira bedelleri için kiracı veya iflas masasından güvence verilmesini talep edebileceği düzenlenmektedir. Kiraya veren kendisine uygun süre içinde güvence verilmezse, herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın sözleşmeyi derhal feshedebilir.

**Anahtar Kelimeler:** İfa güçsüzlüğü, kira sözleşmesi, kiraya veren, kiracı, iflas, güvence, sözleşmenin feshi.

#### Abstract

Failure of performance on acceleration date due to weakness is regulated under Turkish Code of Obligations (TCO) Art.98. In this provision, the circumstances namely, insolvency and seizure are given as an example of weakness of performance. Therefore, the lack of sufficient money or economic means for one of the parties to fulfill his due debts is described as the weakness of performance. Performance weakness is one of the cases of an anticipatory breach. It is observed that performance weakness is privately regulated in some agreement types in TBK. These agreements are; lease, loan, employment, publishing and donation agreements. Insolvency of the tenant is regulated in Art. 332 of the TCO. In this provision, if the tenant goes insolvent after the lease is delivered, it is regulated that the lessor may request assurance from the tenant or bankrupt’s estate for the rental fees to be processed. If the lessor is not assured within the appropriate time period, the lessor may terminate the contract immediately without complying any termination notice.

\* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı nezdinde savunulacak olan “Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları (TBK m.98)” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: gantalya@marmara.edu.tr

\*\*\* Öğr. Gör., Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Y.O./Medeni Hukuk, E-Mail: pelin.cavdar@marmara.edu.tr

**Keywords:** Weakness of performance, lease agreement, lessor, tenant, insolvency, assurance, termination of an agreement.

## GİRİŞ

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ulaşılmak istenilen sonuç borçların gereği gibi ifa edilerek sona ermesidir. Tarafların ifayı talep edebilmeleri için borcun muaccel olması yani vadeyi beklemek şarttır. Ancak bazı hallerde borç henüz muaccel olmadan önce de borçlunun içinde bulunduğu durum ve davranışları gerçekleşecek olan ifayı riske atabilir. Bu durumu düzenleyen genel hüküm TBK m.98'dir. Bu hüküm karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin hakkında yapılan haciz işlemlerinin sonuçsuz kalması, iflas etmesi gibi ekonomik sebeplerle muacceliyet tarihinde borcun ifasının gerçekleşemeyeceği durumlarda hakkı tehlikeye düşen tarafa tanınan hukuki imkanları düzenler. Daha açık bir ifadeyle, ifa güçsüzlüğü sebebiyle muacceliyet tarihinde alacağı tehlikeye düşen ve alacağına kavuşamayacak olan taraf, muacceliyet tarihini beklemeksizin TBK m.98 hükmünde tanınan hukuki imkanları kullanabilecektir.

Bu bağlamda, ifa güçsüzlüğünün TBK'da bazı özel hükümlerde düzenlendiği de görülmektedir. Bu sözleşmeler, kira sözleşmesi (TBK m.332), ödünç sözleşmesi (TBK m.390), hizmet sözleşmesi (TBK m.436), yayım sözleşmesi (TBK m.500/2) ve bağışlama sözleşmesidir (TBK m.296/2).

Çalışmamızda konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle ifa güçsüzlüğü kavramı, hukuki niteliği ve olguları kısaca açıklanacaktır. Sonrasında ise, özellikle kira sözleşmesinde kiracının kiralananın tesliminden sonra iflas etmesi halinde, kiraya verenin ne gibi haklara sahip olduğunu düzenleyen TBK m.332 hükmü ayrıntılı olarak incelenecektir. İnceleme yaparken, kira sözleşmesine ilişkin TBK m.332 hükmü ile konuya ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TBK m.98 hükmü çeşitli açılardan karşılaştırılacaktır.

## I. İFA GÜCSÜZLÜĞÜ KAVRAMI

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifa güçsüzlüğü sebebiyle borcun vade tarihinde ifa edilememesi TBK m.98 hükmünde düzenlenmektedir. Borçlunun süresi belirsiz şekilde muaccel olan borçlarını ifa edebilecek ekonomik güce sahip olmaması ifa güçsüzlüğü olarak ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Bir başka

1 KOSTKIEWICZ, Kren, Jolanta, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3.Auflage, Zürich, 2016, Art.83, N. 3-4; SCHRANER, Marius, Zürcher Kommentar Zum Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligationen, 3.Auflage, Zürich, 2000, N.8; HONSELL, Heinrich, Obligationenrecht (OR), Kurz Kommentar, 1.Auflage, Basel, 2014, Art.83, N.4; FURRER, Andreas, SCHNYDER, Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Auflage, Basel, 2016, Art. 83, N.2; SOGO, Miguel, Zahlungsunfähigkeit im Vertragverhältnis, 1.Auflage, Basel, 2015, N.148; STAHLSCHMIDT, Michael, Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, Juristische Rundschau, Vol.2002 (3), s.90; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.Baskı, Ankara, 2019, N.3121; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, 7.Baskı, İstanbul, 1993, § 69, VI, 2; ÇABRİ, Sezer, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Gücsüzlüğü ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s.417; ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1,3, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Ankara, 2019, N.428; ERCOŞKUN, Ali Rıza, Borca Aykırı Davranılacağı İfadan Önce Belli

ifadeyle, borçlunun muaccel borçlarını ödeme konusunda genel ve süreklilik teşkil edecek şekilde zora düşmesi ifa güçsüzlüğünü meydana getirmektedir<sup>2</sup>. Dolayısıyla, taraflardan birinin muaccel borçlarını ifa etmek için yeterli para veya ekonomik araçlardan yoksun olması, ekonomik veya kişisel kredi durumunda meydana gelen olumsuz değişiklikler ifa güçsüzlüğünü ifade eder<sup>3</sup>.

Konuyu düzenleyen TBK m.98 hükmünde ifa güçsüzlüğü oluşturan haller teker teker sayılmamış olup, sadece iflas etme ve hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması durumları açıkça düzenlenmiştir. Hükümde geçen “özellikle” ibaresi söz konusu hallerin sınırlı sayıda olmadığını açıkça göstermektedir<sup>4</sup>. Doktrinde, borçlu aleyhine geçici aciz vesikası düzenlenmiş olması, borçlunun ödemelerini durdurması, aşırı borçlanma, indirim veya erteleme talep etmesi, borçlunun ödemelerini tatil etmesi, muaccel borçlarını sürekli olarak ödeyememesi, çek, poliçe ve emre yazılı senetler için protesto çekilmiş olması, kredi başvurusunun reddedilmesi, tekrarlanan icra takipleri, konkordato yoluna başvurulmuş olması, mahkemece veya mahkeme dışında borçların yeniden yapılandırılmasına ilişkin sözleşmeler yapılması, karşılıksız çekler düzenlenerek kredi güvenilirliğinin kaybedilmesi, personel ücretleri, vergi ve diğer borçların zamanında ödenememesi, kira sözleşmesi gereğince yapılacak ödemelerin kesilmesi, ticari işletmenin kapatılması gibi hallerin ifa güçsüzlüğü teşkil ettiği kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

Olduğu Haller, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s.27; UMAR, Bilge, Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Yanlıklık, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1, s.320; Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de doktrindeki tanıma paralel bir şekilde ifa güçsüzlüğünü tanımlamaktadır. Bkz. BGE 105 II 28 (30) ve BGE 68 II 177 (179).

- 2 WEBER, Rolf, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, 2.Auflage, Bern, 2005, Art.83, N.30; HONSELL, OR, Art.83, N.4; ÇABRİ, s.424; EREN, N.3121. Konuya ilişkin Mahkeme kararları için bkz. BGE 105 II 28, 30 ve BGE 68 II 177.
- 3 STAHLSCHEMIDT, Michael, Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, Juristische Rundschau, Vol.2002 (3), s.89; EREN, N.3121; CUMALIOĞLU, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, 1.Baskı, İstanbul, 2019, s.124. Doktrinde hakim görüş, bir görüş borçlunun ekonomik sebepler dışında başka sebeplerle de alacağı tehlike sokması durumunda TBK m.98'in kıyasen uygulanacağını kabul etmektedir. Bu görüş için bkz. TEKİNAY, Borçlar, §69, VI, 2.
- 4 WEBER, BK, OR. Art.83, N.29; HONSELL, OR, Art.83, N.4; FURRER, Andreas, SCHNYDER, Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Basel, 2016, Art. 83, N.2; THÉVENOZ, Luc, WERRO, Franz (ed.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2012, Art. 1-529 CO, Art.83, N.7; FURRER, Andreas, MULLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Basel, 2018, Art.83, § 18, D.2, N.33; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.148; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.Baskı, Ankara, 2016, §64, II, C; ÇABRİ, s.420; HATEMİ, Hüseyin, GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2017, §25, N.97; ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.430; EREN, N.3121; OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 17.Baskı, İstanbul 2019, N.1122; KANİTİ, Salamon, Akdin İfa Edilmediği Defii, 1.Baskı, İstanbul, 1962, s.144; TEKİNAY, Borçlar, § 69, VI, 1; SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7.Auflage, Bern, 2016, §62, N.62.09; TERCAN, Erdal, İflasın Sözleşmelere Etkisi, 1.Baskı, Ankara, 1996, s.121 vd; ERCOŞKUN, s.27; PEKMEZ, Cüneyt, Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:8, 1.Baskı, İstanbul, 2019, s.373; ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, BK m. 82 İle BK m.310 Hükümlerinin Karşılaştırılması, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.225.
- 5 KOSTKIEWICZ, OFK, OR. Art.83, N. 5; SCHRANER, ZK, OR. Art.83, N.14; WEBER, BK, OR. Art.83, N.38; HONSELL, OR, Art.83, N.4; HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 4. Auflage, Basel, 2007, Art. 83, N.2; DÖRNER, Heinrich, ECKERT, Jörn, HOEREN, Thomas, KEMPER, Rainer, SAENGER, Ingo, SCHULTE-NÖLKE, Hans, SCHULZE, Reiner, STAUDİNGER, Ansgar, BGB Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 3. Auflage, Baden, 2002, BGB § 321, N.3; BASSENGE, Peter, BRUDERMÜLLER, Gerd, DIEDERICHSEN, Uwe, ELLENBERGER, Jürgen, GRÜNEBERG, Christian, SPRAU, Hartwig, THORN, Karsten, WEIDENKAFF, Walter,

Bu noktada belirtmek gerekir ki, alacaklı tarafın basit bir şüpheye veya korkuya düşmesi ifa güçsüzlüğünden bahsedebilmek için yeterli değildir; ifa güçsüzlüğü objektif gerçekler ile ispatlanmalıdır<sup>6</sup>. Bu bağlamda, borçlunun ödemelerinin küçük bir kısmında meydana gelen tıkanıklığın, borçlunun bir süreliğine nakit sıkıntısı çekmesinin, kısa vadede borçları ödeme yeteneğinden yoksun olmasının, geçici veya kısa süreli erteleme taleplerinin ifa güçsüzlüğü teşkil etmediğini ifade etmek gerekir<sup>7</sup>. Dolayısıyla, ifa güçsüzlüğünün genel ve sürekli nitelikte yani makul bir süredir devam ediyor olması gerekmektedir.

## II. İFA GÜÇSÜZLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde ifa güçsüzlüğünün hukuki niteliği konusunda farklı görüşler savunulmaktadır.

Bir görüşe göre, TBK m.98 hükmü, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, “*clausula rebus sic stantibus*”<sup>8</sup> prensibinin kanundaki özel bir görünümüdür<sup>9</sup>. Sözleşmenin yüklediği önce ifa borcu, sözleşmenin kuruluşu sırasında göz önünde tutulmuş olan durumun değişmesinden ötürü ortadan kalkmakta veya bazı ek koşullarla (teminat vermek koşuluyla) devam etmektedir<sup>10</sup>.

WEIDLICH, Dietmar, Beckfebe Kurz Kommentar Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 71. Auflage, München, 2012, BGB §321, N.5; DAUNER-LIEB, Barbara, HEIDEL, Thomas, RING-FREIBERG, Gerhard, Nomos Kommentar, BGB, Schuldrecht, Band 2/1, 241-610, 2.Auflage, Nomos, 2012, BGB § 321, N.6; SACKER, Jürgen, Franz, RIXECKER, Roland, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5.Auflage, München, 2007, BGB § 321, N.14; SCHWENZER, OR, §62, N.62.09; KANİTİ, s.144; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Cilt III, 6.Baskı, İstanbul 2014, § 6, N.23; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku CİLT I – Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 1976, § 63, 1, b; ÇABRİ, s.420; EREN, N.3121; KILIÇOĞLU, § 64, II, C; ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.430; TEKİNAY, Borçlar, § 69, VI, 2, b; ELÇİN GRASSINGER, s.225; NÖMER, Haluk, Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 16.Baskı, 2018, N.174.1; ERCOŞKUN, s.27; OĞUZMAN/ÖZ, N.1122; SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2.Baskı, İstanbul, 2007, s.333; CUMALIOĞLU, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, İstanbul, 2019, s.199; ÖZBİLEN, Arif Barış, Tüketim Ödücü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukuki Sonuçlar, TAAD, Yıl7, Sayı:27, Temmuz 2016, s.139, RÜZGARESEN, Cumhuriyet, İflas Sebepleri, 1.Baskı, Ankara, 2011, s.465. Konuya ilişkin Mahkeme kararı için bkz. BGE 68 II 177, BGE 105 II 28, 30; RÜZGARESEN, Cumhuriyet, İflas Hukukunda Borcun Ödenmeme Tehlikesi ve Başvuru Yolları, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı:110, Nisan 2011, s.3; BİLGİN, Hikmet, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İflasın Erteleme Sürecinin Taraf Olunan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Cilt II, Ankara, 2013, s.725.

6 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.2; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.2; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.10; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.15; LOERTSCHER, Commentaire Romand, Art.83, N.7; ÇABRİ, s.420; TERCAN, s.121 vd; ÖZBİLEN, s.140.

7 WEBER, BK, OR, Art.83, N.40; SCHRANER, ZK, OR, Art.83, N.14; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.2; LOERTSCHER, Commentaire Romand, Art.83, N.3; STAHLSCHEMIDT, s.90; EREN, N.3121; TERCAN, s.121 vd; RÜZGARESEN, İflas Sebepleri, s.467; CUMALIOĞLU, s.199

8 Bu ilkeye göre, her sözleşme kurulduğu zamanki durumların değişmemesi örtülü bozucu şartıyla kurulur. Bu sebeple, sözleşmenin kurulduğu zamanki durumda sonradan esaslı bir değişiklik olursa, bu örtülü bozucu şartın gerçekleşmesi nedeniyle sözleşme kendiliğinden sona erer veya değişen koşullara uydurularak ayakta tutulur.

9 GUHL, Teo, KOLLER, Alfred, SCHNYDER, Anton K., DRUEY, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000, § 4, N.23; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.3; DÖRNER, HK, BGB § 321, N.1; BASSENGE, KK, BGB § 321, N.1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, § 6, N.23; MARKESINIS, Sır Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus, The German Law of Contract, 2.Edition, Oregon, 2006, s.353; ARAT, Aysel, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, 2006, s.132.

10 KANİTİ, s.143.

İkinci görüşe göre, ifa güçsüzlüğü, *clausula rebus sic stantibus*'a benzeyen ancak ondan bağımsız bir kurum olarak kabul edilmelidir<sup>11</sup>. Bir başka ifadeyle, TBK m.98 hükmü *clausula rebus sic stantibus*'un özel bir uygulama hali değildir. Bu görüşe gerekçe olarak, burada sözleşmenin temelinde veya şartlarında bir değişiklikten ziyade, borçlunun kişisel kredi durumunda bir değişiklik meydana gelmektedir.

Kanaatimizce, ifa güçsüzlüğü sözleşmenin temelinde bir değişiklik meydana getirmediği için *clausula rebus sic stantibus*'un özel bir görünümü olmayıp, ondan bağımsız bir kurumdur. TBK m.98 hükmünde düzenlenen ifa güçsüzlüğü; ne imkansızlık, ne borçlu temerrüdü ne de akdin müspet ihlali kapsamında değerlendirilmelidir.

Zira adı geçen kurumlarda borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi veya ifasının mümkün olmaması söz konusudur. Dolayısıyla, bu kurumlara başvurmak isteyen alacaklının mutlaka vadeyi beklemesi ve vade geldikten sonra harekete geçmesi gerekmektedir. Oysa burada öncelenmiş borca aykırılık hali (öncelenmiş temerrüt) mevcuttur<sup>12</sup>. Bir başka ifadeyle, borçlunun vadeden önce, yani borç muaccel olmadan önce borcunu ifa etmeyeceği anlaşılmakta ve alacaklıya vadeden önce harekete geçme imkanı verilmektedir. Ancak, ifa güçsüzlüğünü düzenleyen TBK m.98 bakımından, güvence sunmak için borçluya verilen sürenin ve sözleşmeden dönmeden önce yine borçluya verilen sürenin belirlenmesinde TBK m.117 vd. düzenlenen borçlu temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir. Bunun dışında, söz konusu hükümde belirtilen sözleşmeden dönme imkanı yine borçlu temerrüdünde düzenlenen yaptırımlardan bir tanesidir. Bu bilgiler ışığında, ifa güçsüzlüğünün hukuki nitelik bakımından borçlu temerrüdü oluşturacağını söyleyemesek de, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin elverdiği ölçüde kıyasen ifa güçsüzlüğünde uygulanacağını kabul etmek isabetli bir yaklaşım olur.

Ayrıca, hükmün diğer bir yönüyle, edimler arasındaki *synallagmatik* bağlılığın ve mübadele ilişkisinin korunmasını ve işlerliğini sağlama amacına hizmet etmekte olduğunu da ifade edebiliriz.

### III. İFA GÜÇSÜZLÜĞÜNÜN OLGULARI

İfa güçsüzlüğünün varlığından bahsedebilmek için beş temel olgunun gerçekleşmesi gerekmektedir:

Bu olgulardan birincisi, hükmün lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin mevcut olması gerekmektedir. Sözleşme taraflarından birinin borç altına girme

11 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.1; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.274; EREN, N.3115; ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.423; SCHRANER, ZK, OR, Art. 83, N.2; WEBER, BK, OR, Art. 83, N.6; ELÇİN GRASSINGER, s.223.

12 Borçlunun borcunu muacceliyet tarihinden önce ifa edemeyeceği beyanı veya tutumuna ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemesi hukukumuzda önemli bir boşluk olarak görülmektedir. Yazara göre, burada bilinçli bir boşluk vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. CUMALIOĞLU, s.5.

Doktrinde bu konuda bilinçli bir susma olduğu, zira bu kurumun CISG m.72 ve BGB § 323/IV. maddelerinde yer alan düzenlemeler karşısında bir tercih olarak ele alınmadığı ileri sürülmektedir. SEROZAN, Rona, BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:6, Mayıs, 2006, s.47.



vaadi diğer tarafın borç altına girme vaadinin bir karşılığını oluşturmalıdır<sup>13</sup>. Aralarında herhangi bir karşılıklı ilişki bulunmayan eksik iki tarafa borç yükleyen ve tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde TBK m.98'in uygulanması söz konusu olamaz<sup>14</sup>. Zira, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, önce veya aynı anda ifa ile yükümlü olan tarafın, diğer taraftan bir hakkı bulunmadığı için, sözleşmenin diğer tarafının ekonomik durumunun bozulması kendisi için bir tehlike yaratmaz<sup>15</sup>. Bir başka ifadeyle, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan sadece biri borç altına girdiği, karşı edim mevcut olmadığı ve edimler arasındaki bağılıktan söz edilemeyeceği için edim borçlusunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi sorun teşkil etmez. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, edimler karşılıklı mübadele ilişkisine sokulmuşsa, TBK m.98 hükmünün kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir.

İkinci olgu, borçlu sözleşmenin kurulmasından sonra ifa güçsüzlüğüne düşmüş olmalı veya sözleşme kurulmadan önce mevcut olan ifa güçsüzlüğü alacaklı tarafından bilinmemelidir.

Bu şartın nasıl yorumlanması gerektiği konusu doktrinde tartışmalı olup, konuya ilişkin iki temel görüş bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, borçlunun sözleşme kurulduktan sonra ifa güçsüzlüğüne düşmesi ve aciz def'inin ileri sürüldüğü anda ifa güçsüzlüğünün mevcut olması gerekmektedir<sup>16</sup>. Aksi takdirde, ifa güçsüzlüğü sözleşmenin kurulması sırasında mevcut ise, alacaklı TBK m.98'de düzenlenen imkânlarla başvuramayacaktır. Bir başka ifadeyle, TBK m.32'de düzenlenen temel yanılması, TBK m.31'de

13 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.1; WULLSCHLEGER, Paola, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen OR Art. 83, CHK – Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht, 3.Auflage, Basel, 2016, N.1; WEBER, BK, OR, Art.83, N.20; SCHRANER, ZK, OR, Art.83, N.6; KOSTKIEWICZ, OFK, OR, Art. 83, N.1; HONSELL, OR, Art.83, N.3; FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art. 83, N.1; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.4; LOERTSCHER, Commentaire Romand, Art.83, N.3; DÖRNER, HK, BGB § 321, N.2; BASSENGE, KK, BGB, § 321, N.3; DAUNER-LIEB/HEIDEL/ RING-FREIBERG, NK, BGB § 321, N.3; WEBER, BK, OR, Art.82, N.4; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.273; KILIÇOĞLU, §64, II, A; HATEMİ/GÖKYAYLA, §25, N.97; ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.425; ANTALYA, O. Gökhan, TOPUZ, Murat, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk, Cilt I, 3.Baskı, Ankara, 2019, N.823;EREN, N.3118; KANİTİ, s.142; SCHWENZER, OR, §62, N.62.09; TERCAN, s.121 vd; ELÇİN GRASSINGER, s.224; CUMALIOĞLU, s.125; HELVACI, Serap, ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 4.Baskı, İstanbul, 2016, s.34.

14 ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.425; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, §6, N.21; KILIÇOĞLU, §64, II, A; EREN, N.3118; ÇABRİ, s.416.

15 KILIÇOĞLU, §64, II, B; SCHRANER, ZK, OR, Art.83, N.7; CUMALIOĞLU, s.125.

16 GUHL, Obligationenrecht, Art.83, § 4, N.23; WULLSCHLEGER, HK, N.3; KOSTKIEWICZ, OFK, OR, Art.83, N. 5; SCHRANER, ZK, N.15; WEBER, BK, OR, Art.83, N.41; HONSELL, OR, Art.83, N.4-5; FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art. 83, N.3; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.2; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.1.N.9.N.16; LOERTSCHER, Commentaire Romand, Art.83, N.7; BASSENGE, KK, BGB § 321, N.4; KOLLER, OR, Art.83, N.40.35; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.152; SEROZAN, Dönme, s.333 vd; ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.431; EREN, N.3122; VON TUHR, Andreas, Çeviren, EDEGE, Cevat, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, 1.Baskı, Ankara, 1983, § 64, VII; OĞUZMAN/ÖZ, N.1123; KANİTİ, s.143; ERCOŞKUN, s.28; SCHWENZER, OR, §62, N.62.09; ELÇİN GRASSINGER, s.224.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 105 II 28 (31), BGE 63 III 150 ve BGE 49 II 455 (460) kararlarında da, ifa güçsüzlüğünün sözleşme kurulduktan sonra mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir.

Alman hukukunda, bir kısım yazarlar, önce ifa yükümlüsünün ediminin muaccel olduğu anda karşı tarafın ifa güçsüzlüğü içerisinde bulunması gerektiğini kabul etmektedir. BASSENGE, KK, BGB § 321, N.7; DAUNER-LIEB/ HEIDEL/RING-FREIBERG, NK, BGB § 321, N.4.



düzenlenen yanılma veya TBK m.36'da düzenlenen aldatma hükümlerine dayanarak<sup>17</sup> sözleşmeyi iptal ettirebilecek ve borçlunun culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelecektir<sup>18</sup>.

Diğer bir görüşe göre, ödünç sözleşmesinde ödünç alanın ifa güçsüzlüğünü düzenleyen TBK m.390 hükmündeki yaklaşımın, TBK m.98 açısından da benimsenmesine bir engel yoktur. Dolayısıyla, ifa güçsüzlüğünün sözleşmenin kurulmasından sonra mevcut olduğu haller dışında, sözleşme kurulmadan önce de mevcut olduğu hallerde de TBK m.98 uygulanabilecektir ancak bunun için ifa güçsüzlüğünün başlangıçta mevcut olduğunun sonradan öğrenilmesi, sözleşmenin kurulması esnasında bilinmemesi gerekmektedir<sup>19</sup>.

Üçüncü olgu, borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde bulunması karşı tarafın hakkını tehlikeye düşürmelidir. Borçlunun sadece ifa güçsüzlüğüne düşmesi TBK m.98 hükmünün uygulanması için yeterli olmayıp, bu durumun alacaklının hakkını gerçekten tehlikeye sokması gerekmektedir<sup>20</sup>. Bir başka ifadeyle, borçlunun ifa güçsüzlüğüne düştüğüne ilişkin şüphe duyulması veya sadece böyle bir tehlikenin var olabileceği ihtimali yeterli değildir<sup>21</sup>. Bu bağlamda, edimin tehlikede olup olmadığı objektif ölçütler kullanılarak belirlenmelidir<sup>22</sup>.

Dördüncü olgu, alacağı tehlikeye düşen taraf borcunu aynı anda ama özellikle önce ifa etmekle yükümlü olmalıdır. Esasen doktrinde bu şart konusunda da farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüş, TBK m.98 hükmü sadece alacağı tehlikeye düşen önce ifa yükümlüsünü koruma amacı taşımaktadır<sup>23</sup>. Bu görüş savunucuları, taraflardan birinin önce ifa yükümlülüğü mevcut değilse,

17 Yanılma ve aldatma kavramlarına ilişkin ayrıntılı bilgi ve İsviçre 2020 Tasarısındaki düzenlenişi için bkz; ÇAVDAR, Pelin, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2019, s.436 vd.

18 WULLSCHLEGER, HK, OR, Art.83, N.3; SCHRANER, ZK, OR, Art.83, N.15; WEBER, BK, OR, Art.83, N.41; FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art. 83, N.3; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.2; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.9; LOERTSCHER, Commentaire Romand, Art.83, N.7; FURRER/MULLER-CHEN, OR, Art.83, § 18, D.2, N.34; KANİTÍ, s.143; TUNÇOMAĞ, Cilt I, § 63, 1, b; FEYZİOĞLU, s.110; ÇABRÍ, s.425; ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.433; EREN, N.3122; VON TUHR, Borçlar, § 64, VII; OĞUZMAN/ÖZ, N.362; ERCOŞKUN, s.28; CUMALIOĞLU, s.195; SCHWENZER, OR, §62, N.62.09; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.290; HELVACI, İlhan, Turkish Contract Law, 1. Edition, İstanbul, 2017, s.126. Konuya ilişkin Mahkeme kararı için bkz. BGE 105 II 28, 31.

19 WEBER, BK, OR, Art.83, N.42a; DÖRNER, HK, BGB § 321, N.4; TEKİNAY, Borçlar, § 69, VI, 2; HIGI, Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Art. 305-318 OR, 3. Auflage, Zürich, 2003, OR, Art.316, N.6; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.281.

20 NÖMER, Borçlar, N.174; PEKMEZCİ, s.374; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.149; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.15; ERCOŞKUN, s.29. İfa güçsüzlüğünün alacaklının hakkını fiilen tehlikeye sokması gerektiğine ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 105 II 28 (31).

Ödünç sözleşmelerinde, ödünç alanın ifada güçsüzlüğe düşmesinin yeterli olduğu ve ayrıca ödünç alanın hakkını tehlikeye düşürmesine gerek olmadığına ilişkin bkz. ÖZBİLEN, s.148.

21 KOSTKIEWICZ, OFK, OR, Art.83, N.7; SCHRANER, ZK, N.8; WEBER, BK, N.44; HONSELL, OR, Art. 83, N.3, N.6; DÖRNER, HK, BGB § 321, N.3; KILIÇOĞLU, §64, II, D; EREN, N.3124; OĞUZMAN/ÖZ, N.1129; CUMALIOĞLU, s.199.

22 SCHRANER, ZK, OR, Art.83, N.23; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.15; DAUNER-LIEB/HEIDEL/RING-FREIBERG, NK, BGB § 321, N.4.

23 GUHL, Obligationenrecht, OR, Art.83, § 4, N.23; WULLSCHLEGER, HK, N.8; DÖRNER, HK, BGB BGB § 321, N.2; DAUNER-LIEB/HEIDEL/RING-FREIBERG, NK, BGB § 321, N.8; TEKİNAY, Borçlar, § 69, VI, 1; KILIÇOĞLU,

alacaklının ekonomik durumu kötüleşen borçluya karşı ödemezlik def'ini ileri sürme imkânına sahip olduğundan yola çıkarak görüşlerini desteklemektedir.

Katıldığımız ikinci görüş ise, sadece önce ifa ile yükümlü olunan hallerde değil, aynı anda ifa ile yükümlü olunan hallerde de, taraflardan birinin ifa güçsüzlüğüne düşmesi durumunda söz konusu hükmün uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>24</sup>. Nitekim kanun koyucu isteseydi, BGB § 321 hükmünde olduğu gibi bu madde de açık bir şekilde önce ifa yükümlüsü vurgusu yaparak hükmün kapsamını daraltabilirdi<sup>25</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, hüküm pratik açıdan önce ifa ile yükümlü olan taraf bakımından önemli koruma sağlamaktadır.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen beşinci ve son olgu ise, alacağı tehlikeye düşen tarafın borcunu henüz ifa etmemiş olması gerekmektedir<sup>26</sup>. Kanaatimizce, TBK m.98 hükmünde tanınan hukuki imkânları kullanmak isteyen taraf, edimini tamamen ifa etmemiş olmalıdır. Zira TBK m.98 hükmünün temel amacı, edimini henüz ifa etmemiş olan önce ifa yükümlüsünü korumaktır. Önce ifa yükümlüsü edimini ifa etmişse, bu takdirde konuya ilişkin özel sözleşme tiplerinde bir düzenleme varsa özel düzenleme uygulanmalıdır. Konuya ilişkin özel bir düzenleme olmadığı takdirde edimini ifa eden önce ifa yükümlüsü, vadeyi bekleyerek TBK m.117 vd. hükümlerinde düzenlenen borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmalıdır.

§ 64, II, B; TUNÇOMAĞ, Cilt I, § 63, IV, 1; KANİTİ, s.142; OĞUZMAN/ÖZ, N.1118; VELDET, Hıfzı, SELEK, Cemal, Hakkı, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, 1.Baskı, İstanbul, 1938, s.138; SEROZAN, Dönme, s.335; KILIÇOĞLU, §64, II, B; VON TUHR, Borçlar, § 64, VI, 1; TERCAN, s.121 vd; BİLGİN, s.723.

24 Özellikle İsviçre doktrininde ve Federal Mahkeme'nin BGE 105 II 28 kararında OR. Art.83'ün uygulama alanının geniş olduğu, sadece önce ifa ile yükümlü olunan hallerde değil aynı anda ifa (Zug um Zug) ile yükümlü olunan hallerde uygulanacağı kabul edilmektedir. SCHRANER, ZK, OR, Art.83, N.1, N.21; WULLSCHLEGER, HK, N.8; KOSTKIEWICZ, OFK, OR, Art.83, N.9; WEBER, BK, OR, Art.83, N.2.N.5; HONSELL, OR, Art.83, N.3; FURRER/SCHNYDER, HK, OR, Art. 83, N.8; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.83, N.1; LOERTSCHER, Commentaire Romand, Art.83, N.3; KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4.Auflage, Bern, 2017, Art.83, N.40.39; SCHWENZER, OR, §62, N.62.10. Aynı yönde verilen Mahkeme kararı için bkz. BGE 105 II 28 (32). EREN, N.3118; DEVELİOĞLU, § 20, 1072; ANTALYA, MHY, C.V/1,3, N.421; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, § 6, N.25; TERCAN, s.125; PEKMEZCİ, s.374; GRASSINGER, s.222; PEKMEZ, s.47; ÇABRİ, Sezer, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s.417. Çabri'ye göre, İİK m.195'te düzenlenen hüküm, TBK m.98'in aynı anda ifa yükümlülüğü olan hallerde de uygulanabileceğini destekleyici niteliktedir.

25 DÖRNER, HK, BGB § 321, N.2. BGB § 321 hükmünde, "iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde önce ifa ile yükümlü olan taraf..." şeklinde açık bir ibare mevcuttur.

26 Görüşün gerekçesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOSTKIEWICZ, OFK, OR, Art.83, N.9; SCHRANER, ZK, OR, Art.83, N.22; WEBER, BK, OR, Art.83, N.25; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art. 83, N.1; SACKER/RIXECKER, MK, BGB § 321, N.4; SOGO, Zahlungsunfähigkeit, N.282; EREN, N.3125; ALTAY, Sümer, ESKİOCAK, Ali, 7101 Sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4.Baskı, İstanbul, 2018, §20, IV, N.375; TERCAN, s.121 vd.; SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1.Baskı, İstanbul, 1977, s.173; ELÇİN GRASSINGER, s.224, s.229.

## IV. İFA GÜÇSÜZLÜĞÜNÜN KİRA SÖZLEŞMESİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ

### A. KİRA SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ

Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanımını veya kullanımla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bıraktığı, kiracının da buna karşılık bir bedel ödemekle yükümlü olduğu bir sözleşmedir<sup>27</sup>.

Kira sözleşmesinde, kiracının bedelini ödeme borcu ile kiraya verenin bir şeyin kullanımını devretme borcu mübadele ilişkisi içinde olduğu için tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir<sup>28</sup>. Bunun dışında, kiraya veren kira sözleşmesi devam ettiği sürece, kiralananı kiracının kullanımına uygun bir şekilde bulundurmaya zorunda olması sebebiyle sürekli borç doğuran bir sözleşmedir<sup>29</sup>.

### B. KİRACININ İFLASI

#### a. TBK M.332 HÜKMÜNE GENEL BAKIŞ VE HÜKMÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kiracının iflası, kiraya verenin kira bedeline ilişkin alacağını tehlikeye sokmakta ve kira sözleşmesinin kiraya veren açısından devamını oldukça zorlaştırmaktadır. Bunu dikkate alan Kanun koyucu, TBK m.332 hükmünde kiracının iflasını olağanüstü fesih sebebi olarak düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre, kiracı kiralanan şeyin tesliminden sonra iflas eder ve işleyecek kira bedelleri için de uygun süre içinde güvence vermezse, kiraya veren herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın kira sözleşmesini derhal feshedebilir. Dolayısıyla, kiracı sözleşme kurulup, kiralanan şeyin tesliminden sonra iflas ederse ve yeterli güvence de sunmazsa kiraya veren herhangi bir bildirimde bulunmasına gerek olmaksızın derhal sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabilir<sup>30</sup>.

27 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.253, N.1; YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, İstanbul, 2014, s.361; ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17.Baskı, Ankara, 2017, s.183; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, 2019, N.1041; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul, 4.Baskı, 2008, s.3; YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, 2019, s.235; GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 2.Baskı, İstanbul, 2012, s.279; AYDOĞDU, Murat, KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2.Baskı, Ankara, 2014, s.390; TÜREL, Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri, 1.Baskı, İstanbul, 2015, s.10.

28 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.253, N.2; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar, s.236; EREN, Borçlar Özel, N.1047; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.362; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.183; GÜMÜŞ, Cilt I, s.280.

29 EREN, Borçlar Özel, N.1048; GÜMÜŞ, Cilt I, s.280.

30 Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 111 II 156 E. 3a. GUHL, Obligationenrecht OR, Art.266h, §44, N.189; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.266h, N.10. Belirtmek gerekir ki, birden fazla kiracının mevcut olması halinde, TBK m.332 gereğince sözleşmeyi feshedilmek için kiracıların tümünün iflas etmesi gerekmektedir. Kiracılarından her birinin kira bedelinin belli bir kısmından sorumlu tutulacağı kararlaştırılırsa, kiracılarından birinin iflas etmesi halinde sadece bu kiracı için TBK m.332 hükmü uygulanacaktır. Ancak, birden fazla kiracının kira bedeline ilişkin müteselsil sorumluluğu söz konusu olursa, kiracılarından birinin iflası halinde TBK m.332 hükmü uygulanarak sözleşme feshedilemez. Bir başka ifadeyle, diğer kiracıların her biri kira bedelinin tamamından müteselsilen sorumludurlar ve kiraya veren kira bedelinin tamamını diğer kiracılarından talep edebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. PERMANN, OFK, OR, Art.266h, N.3; YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.512.

Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m.332 hükmü TBK m.98'in özel bir uygulaması ve tamamlayıcısıdır<sup>31</sup>. Zira, TBK m.98 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde iflas gibi ifa güçsüzlüğü teşkil eden durumlar karşısında hakkı tehlikeye düşen tarafa tanınan hukuki imkanları düzenlemektedir. Söz konusu düzenlemeye paralel olan kira sözleşmesine ilişkin TBK m.332 hükmü de, kiracının iflası karşısında kiraya vereni koruma amacıyla birtakım hukuki imkanlar sunan özel nitelikte bir hükümdür. Bir başka ifadeyle, TBK md.332 hükmü konuya ilişkin özel hüküm, TBK md.98 hükmü ise konuya ilişkin genel hüküm olarak nitelendirilebilir.

Belirtmek gerekir ki, TBK m.332 düzenlemesi her türlü kira ilişkisine uygulanabilir mutlak emredici nitelikte bir hükümdür<sup>32</sup>. Buna göre, kiracının iflası halinde kiraya verenin güvence talep etmeksizin sözleşmeyi feshetmesi veya kiracının iflası halinde kiraya verene tanınan derhal fesih hakkının sözleşme ile ortadan kaldırılması söz konusu olamaz<sup>33</sup>.

## **b. SÖZLEŞMENİN FESHİ İÇİN ARANAN OLGULAR**

### **1. KIRACININ İFLAS ETMESİ**

Hükümün olgularından birincisi, kiracının iflas etmiş olmasıdır. Dolayısıyla, ancak iflasa tabi bir kiracı bu hüküm kapsamında tanınan hukuki imkânlardan yararlanabilir. Hükümde kiracının iflası açıkça ifade edildiği için, kiraya verenin iflası söz konusu hüküm kapsamında değildir<sup>34</sup>.

Belirtmek gerekir ki, TBK m.332 hükmünde sadece iflasa yer verildiği için, kiracının haciz yoluyla takibi ve bu takibin olumsuz sonuçlanması gibi başka ekonomik nedenlerden ötürü ifa güçsüzlüğünün meydana gelmesi hükümün uygulanmasını sağlamamaktadır. Bu bağlamda, konuya ilişkin genel

31 ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, (TBK m.299-332), 4.Baskı, İstanbul, 2017, s.586; PERMANN, Richard, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Zürich, 2016, Art.266h, N.1; HIGI, ZK, OR, Art.266h, N.23; YAVUZ/ACAR/ÖZEN s.511; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar, s.296; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.227; SELİÇİ, Sona Erme, s.172; BURCUOĞLU, Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul, 1. Baskı, 1993, s.277; URAL ÇINAR, Nihal, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, 1.Baskı, İstanbul, 2014, s.139. Hükümün gerekçesinde de bu husus ifade edilmektedir.

32 WEBER, OR, Art.266, N.2; HIGI, ZK, OR, Art.266, N.4; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.259.

33 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.510; İNCEOĞLU, Murat, Kira Hukuku II. Cilt, 1.Baskı, İstanbul, 2014, s.259; ACAR, Kira Hukuku, s.586.

34 Kiraya veren iflas etmiş ve kiralanan henüz kiracıya teslim edilmemişse, iflas masası kiralananı kiracıya teslim etmekle yükümlü değildir. Böyle bir durumda kiracı, TBK m.98 gereğince kira bedelini ödemekten kaçınabilir, sözleşmeden dönülebilir. Kiracı sözleşmeden dönmek yerine, sözleşmeye devam etme yönünde bir tutum sergilerse, kiralananın teslim edilmemesinden ötürü kiracının uğradığı olumlu (müspet) zarar tazminle yükümlü olur ve kiracı söz konusu tazminat alacağını iflas masasına yazdırabilir. İflas idaresi kiralananı kiracıya teslim ederek sözleşme ilişkisi içerisine girebilir. Böyle bir durumda, sözleşme kiracı ile iflas idaresi arasında geçerli olur. Bunun tam tersi olarak, kiralananın teslim edildikten sonra kiraya verenin iflas etmesi söz konusu olursa kira sözleşmesi mevcudiyetini korumaya devam eder. Bir başka ifadeyle, kira sözleşmesi iflas sebebiyle sona ermez. Bu durumda, kiraya verenin borcu iflas masasını bağlayıcı hale gelir ve iflas masasının sözleşmeye girip girmeme noktasında seçim hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iflas masası kiraya verenin sözleşmeden doğan kira bedeli alacağına sahip olur ve kiracının da kiralananını kullanıma dönük olan alacağı da masa alacağı olarak yazılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.228; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.511; KURU, Bakı, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Ankara, 2013, s.1254; ALTAY, Sümer, Türk İflas Hukuku, Cilt II, İstanbul, 1. Baskı, 2004, s.1084; BİLGİN, Mahmut, İflas Davaları, 1. Baskı, Ankara, 2008, s.549.

hüküm niteliğinde olan TBK m.98 hükmünde, ifa güçsüzlüğü teşkil eden haczin sonuçsuz kalması ve iflasın sınırlayıcı olarak sayılmadığını da tekrar hatırlatmak gerekir. Bunların dışında, TBK m.98 hükmünde, sözleşmeden dönebilmek için hakkın tehlikeye düşmesi olgusunun ayrıca belirtildiğini, buna karşılık TBK m.332 hükmünde sözleşmenin feshi için kiracının sadece iflasının yeterli olduğu, böyle bir olgunun aranmadığını da ifade etmek gerekir.

Hükümde sadece iflas etme ibaresine yer verildiği için, mahkeme tarafından kiracının iflasına karar verilmiş olması yeterli olup, iflasın ilan edilmesi bir şart olarak aranmamalıdır<sup>35</sup>.

## **2. KIRACININ KİRA KONUSU TESLİM EDİLDİKTEN SONRA İFLAS ETMESİ**

TBK m.332 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için aranan ikinci olgu, kira sözleşmesinin yapılıp, kiralananın tesliminden sonra kiracının iflas etmiş olmasıdır<sup>36</sup>. Bir başka ifadeyle, kira sözleşmesi yapıldıktan sonra ancak henüz kiralanan teslim edilmeden önce kiracı iflas ederse, TBK m.98 hükmü uygulanır<sup>37</sup>. Bu hükme göre, kiraya veren kiralananı teslimden kaçınabilir ve kira bedeli için güvence talep ederek kiracıya uygun süre tanıyabilir. Bu süre içerisinde güvence sunulmazsa sözleşmeyi feshedebilir ve işlemler kira bedellerini iflas alacağı olarak masaya yazdırabilir<sup>38</sup>. Bir başka ifadeyle, kira konusunun henüz teslim edilmediği dönemde kiracı iflas ederse, kiraya veren TBK md.98'deki hukuki imkanlardan yararlanabilir. Bu bağlamda, her iki hükmün uygulama alanlarının birbirinden farklı olduğunu ve yarışmalarının söz konusu olmadığını ifade edebiliriz.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir başka mesele de, sürekli edim yerine getirilmeye başlandıktan sonra iflas haricinde bir sebeple kiracı ifa güçsüzlüğüne düşerse, TBK m.98 hükmünün uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Görüşümüze göre, kira konusu teslim edilmiş olan kira sözleşmelerinde TBK m.98 hükmü uygulanamaz. Bu yaklaşım esasen kira konusunun teslim borcunun gerçekleştirilmesi ile kiraya verenin borcunu ifa etmiş sayılacağı düşüncesinden hareket etmektedir<sup>39</sup>. Ancak kiraya verenin borcu sürekli bir sözleşme olan kira sözleşmesinde kira konusunu teslimle başlamakta, kira sözleşmesi süresince devam etmekte ve bu sözleşme ilişkisi sona erinceye kadar söz konusu borç sona ermemektedir.

35 Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, ticaret mahkemesi tarafından kiracının iflasına karar verilmiş olması (İİK m.177) gerekmektedir. ACAR, Kira Hukuku, s.587; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.645; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.228; EREN, Borçlar Özel, N.1317. Kiracının iflasının ilanına gerek olmadığına ilişkin bkz. SVIT-Kommentar, Das Schweizerische Mietrecht Kommentar, Basel, 2008, OR, Art.266, N.9; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar, s.296; GÜMÜŞ, Cilt I, s.396; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.262; URAL ÇINAR, s.140.

36 ACAR, Kira Hukuku, s.587; GÜMÜŞ, Cilt I, s.395; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.263; KURU, İcra ve İflas, s.1254; PEKCANİTEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZKAN SUNGURTEKİN, Meral, ÖZEKES, Muhammed, İcra ve İflas Hukuku, 11.Baskı, Ankara, 2013; TERCAN, s.233; SELİÇİ, Sona Erme, s.172; ALTAY, Cilt II, s.1081; BİLGİN, İflas, s.549; URAL ÇINAR, s.136; AYDEMİR, Efrail, Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Ankara, 2016, s.158.

37 GUHL, Obligationenrecht OR, Art.266h, §44, N.189; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.266h, N.2, HONSELL, OR, Art.266h, N.2; HULLIGER/HEINRICH, CHK, OR, Art.266h, N.2; HIGI, ZK, OR, Art.266h, N.23; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.227; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.263; KURU, İcra ve İflas, s.1254; s.728; SELİÇİ, Sona Erme, s.172; ALTAY, Cilt II, s.1082; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.728; BİLGİN, İflas, s.549; URAL ÇINAR, s.136.

38 ALTAY, Cilt II, s.1082.

39 SELİÇİ, Sona Erme, s.173.

Kanaatimizce, TBK m.98 hükmünün uygulanması için aranan olgulardan bir tanesi borcun tamamen ifa edilmemiş olması olduğuna ve kiraya veren de kiracının ifa güçsüzlüğüne düştüğü esnada, kullandırma borcunu tamamen ifa etmediğine göre, TBK m.98 hükmü kiraya veren açısından bu varsayımda da uygulanabilir nitelikte olmalıdır<sup>40</sup>.

### 3. KIRACI VEYA İFLAS MASASI TARAFINDAN GÜVENCE GÖSTERİLMEMESİ

Hükümde aranan olgularından üçüncüsü, işleyecek<sup>41</sup> olan kira bedelleri için kiraya verene güvence sunulmamasıdır. Kiraya verenin, güvence talebine rağmen söz konusu güvencenin sunulmaması durumunda kira sözleşmesi feshedilebilir. Kiraya verene yeterli güvenceyi kiracı, iflas masası veya üçüncü kişi verebilir.

Hükümde, işleyecek olan kira bedelleri için güvencenin verilmesi gerekmekte olduğu ifade edilmektedir. Buna göre, kiracının aidat vb. yan giderlere ilişkin güvence verip vermeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Burada katıldığımız görüşe göre, hükmün kapsamına yan giderler girmemektedir<sup>42</sup>. Zira TBK'da kira sözleşmelerine ilişkin hükümleri incelediğimizde, Kanun koyucu yan gideri kira bedeli altında değerlendirmemektedir. Bu bağlamda, görüşümüzü destekler nitelikte kiracının temerrüdünü düzenleyen TBK m.315 hükmünde, kiracının kira bedeli veya yan gideri ödemede temerrüde düşmesi hükmün kapsamına girmektedir. Kanaatimizce, TBK m.315 hükmünde Kanun koyucu bilinçli bir tercih yaparak hükmün kapsamına hem kira bedelini hem de yan gideri almaktadır. Nitekim Kanun koyucu isteseydi, TBK md.332 hükmünde “*işleyecek kira bedelleri ve yan giderler için*” şeklinde bir ifadeye yer verebilirdi. Bunu yapmaktan kaçınması, hükmü işleyecek kira bedelleriyle sınırlı tutmak istemesinden kaynaklanmaktadır.

Kiraya veren, kiracı ve iflas masasından beraber yazılı olarak uygun süre tanıyarak güvence talebinde bulunmalıdır<sup>43</sup>. Kiracı ve iflas masasına gönderilen güvence talebinin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olup, resmi şekilde gönderilmesine gerek yoktur<sup>44</sup>. Bu noktada, TBK m.98 hükmünde güvence sunulmasına ilişkin bildirim her hangi bir şekil koşuluna bağlanmadığını da tekrar ifade etmek gerekir.

40 Aynı görüşte olarak bkz. SELİÇİ, Sona Erme, s.173.

41 818 sayılı BK m.261 hükmünde, hem birikmiş hem de işleyecek kira bedellerine ilişkin güvence talebi söz konusu iken, TBK m.332 hükmünde sadece işleyecek olan kira bedelleri ifadesi kullanılmıştır.

İşleyecek kira bedelleri ile kast edilen, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonuna kadar, belirsiz süreli sözleşmelerde feshi bildirmenin yapılabileceği ilk dönem sonuna kadar işleyecek olan kira bedelini karşılayacak nitelikte olmasıdır. HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.266h, N.7; GUHL, Obligationenrecht OR, Art.266h, §44, N.189; HONSELL, OR, Art.266h, N.2; HULLIGER, Urban, HEINRICH, Peter, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184 – 318 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Basel, 2016; Art.266h, N.5; PERMANN, OFK, OR, Art.266h, N.4; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar, s.297; ACAR, Kira Hukuku, s.588; ZEVKİLİLER/GÖKYAYLA, s.328; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.229; GÜMÜŞ, Cilt I, s.396; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.266; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.645; TERCAN, s.237; URAL ÇINAR, s.141; RUHİ, Ahmet Cemal, RUHİ, Canan, Kira Hukuku, 1.Baskı, Ankara, 2016, s.78.

42 ACAR, Kira Hukuku, s.588; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.513; Aksi görüş için bkz. İNCEOĞLU, s.270.

43 818 sayılı BK m.261 hükmünde, ihtarın yazılı yapılmasına ilişkin ve güvence sunması için hem kiracıya hem de iflas masasına birlikte süre verilmesine ilişkin bir ibare yer almamaktadır.

44 İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.265; URAL ÇINAR, s.143.



Kiraya verenin güvence sunulması için tanıyacağı süre, TMK m.2 çerçevesinde somut olayın şartlarına uygun olarak, kira sözleşmesinin hükümleri, işleyecek olan kira bedelleri ve tarafların sözleşmede kararlaştırılan hak ve borçları dikkate alınarak makul bir süre olmalıdır<sup>45</sup>.

Kanaatimizce, kiracıya ve iflas masasına güvence sunmak için makul bir süre verilmesi hükümde aranmakta ise de, eğer süre verilmesinin anlamı olmayacağı bir durum varsa, kiraya veren süre vermeksizin sözleşmeyi feshedebilmelidir. Zira TBK m.332 hükmünün amacı, kira bedelinin ödenme tehlikesiyle karşı karşıya olan kiraya vereni korumaktır. Bu bağlamda, sürenin faydasız olacağı açık olmasına rağmen, süre tanımak hükmün amacıyla da bağdaşmaz. Dolayısıyla, borçlu temerrüdünde süre verilmesine gerek olmayan halleri düzenleyen TBK md.124 hükmünün burada da kıyasen uygulanmasına bir engel yoktur.

Kiracı veya iflas masası tarafından sunulan güvencenin aynı veya şahsi güvence olması mümkündür. Bir başka ifadeyle, işleyecek olan kira bedellerine yetecek miktarda olması kaydıyla, banka garantisi, rehin, kıymetli evrak veya paranın tevdi, kefalet vb. güvence olarak sunulması mümkündür<sup>46</sup>.

Güvencenin iflas masası tarafından sunulması halinde, iflas masası İİK m.198 gereğince sözleşmeye girmiş kabul edilir ve işleyecek kira bedelleri iflas masasından talep edilebilir<sup>47</sup>. Ancak iflas eden kiracının, iflas masasına girmeyen mallarından güvence vermesi veya üçüncü şahsın güvence vermesi söz konusu olursa, sözleşme kiraya veren ile kiracı arasında varlığını sürdürür. Daha açık bir ifadeyle, böyle bir durumda kiraya veren iflas alacaklısı sıfatını taşımayacağı için, işleyecek olan kira bedellerini masadan talep edemez<sup>48</sup>.

Belirtmek gerekir ki, kiracının ve iflas masasının güvence sunmaması tazminat sorumluluğunu gündeme getirmez, zira güvence sunulması bir sözleşmesel bir borç değildir, ancak sözleşmenin feshini sağlamak için bir külfet olarak nitelendirilebilir<sup>49</sup>.

45 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.266h, N.6; GUHL, Obligationenrecht OR, Art.266h, §44, N.189; HIGI, Peter, Die Miete, Zweite Lieferung, Art. 266-268b OR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Zürich, 1995, OR, Art.266h, N.14, N.57. Kiraya veren tarafından güvence sunulması için tanınan süre makul süre değilse, bunun makul süreye tamamlanacağı kabul edilmektedir. WEBER, OR, Art.266, N.4, N.6; HIGI, ZK, OR, Art.266, N.57; HONSELL, OR, Art.266h, N.2; BGE 105 II 28 E. 3b; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.268; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar, s.297; GÜMÜŞ, Cilt I, s.396; TÜREL, Kira Sözleşmeleri, s.486; URAL ÇINAR, s.142.

Menkul kiralarda güvence sunulmasına ilişkin on gün, gayrimenkul kiralarda ise yirmi günün makul süre olduğuna ilişkin bkz. HULLIGER/HEINRICH, CHK, OR, Art.266h, N.7. Gösterilmesi gereken güvence miktarı arttıkça sürenin de daha uzun belirlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir. İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.259.

Güvence sunulması için iki veya üç haftanın makul süre olduğuna ilişkin bkz. PERMANN, OFK, OR, Art.266h, N.5.

46 TERCAN, s.237; HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.266h, N.7; HULLIGER/HEINRICH, CHK, OR, Art.266h, N.6; ACAR, Kira Hukuku, s.589; URAL ÇINAR, s.143.

Kira bedellerinin ödenmesine yetecek ölçüde hapis hakkına elverişli taşınurların kiralanda bulunması yani hapis hakkının kullanılabilir olması halinde TBK m.332 hükmünün aradığı güvence talebinin karşılanmış olacağına ilişkin bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar, s.297.

Hapis hakkının TBK m.338 hükmü uyarınca kullanılabilirliğine ve TBK m.336 hükmü uyarınca hapis hakkına ancak işlemekte olan altı aylık kira bedelinin güvencesini oluşturmak üzere başvurulabileceğine ilişkin bkz. İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.272.

47 WEBER, OR, Art.266, N.4; ACAR, Kira Hukuku, s.590; URAL ÇINAR, s.138.

48 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.515.

49 HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK, OR, Art.266h, N.9; WEBER, OR, Art.266, N.9; ACAR, Kira Hukuku, s.588;



### c. KİRAYA VEREN TARAFINDAN SÖZLEŞMENİN FESHİ

Kiraya veren tarafından verilen süre içerisinde güvence sunulmaması halinde, sözleşme feshedilebilir. Bir başka ifadeyle, güvence sunulmaması sözleşmenin derhal ve kendiliğinden feshine neden olmaz. Bu durumda, kiraya verenin fesih iradesini ortaya koyarak sözleşmeyi feshetmesi gerekmektedir.

Kiraya verene tanınan fesih hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak olup, tek taraflı, varması gerekli irade beyanı ile kullanılır. Dolayısıyla, söz konusu hakkın mutlaka dava yoluyla kullanılmasına da gerek yoktur. Fesih bildirimini için hükümde yazılı şekil koşulu belirtilmemiş olsa da, bildirim konut ve çatılı iş yeri kiralardaki TBK m.348 hükmü göz önünde bulundurularak yazılı şekilde yapılması ispat kolaylığı sağlama adına uygun olur<sup>50</sup>.

Kiraya veren, olağanüstü fesih hakkını kullanarak kira sözleşmesini feshederse, kiraya veren kira alacağını iflas masasına kaydettirir<sup>51</sup>. Ancak, kiraya veren kira sözleşmesini erken feshetmesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edemez<sup>52</sup>; şöyle ki, kiracı ve iflas masasının güvence sunmaya ilişkin bir yükümlülüğü olmamakla beraber, iflas etmeme borcu da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kiracı iflas etmiş olmakla birlikte sözleşmeyi ihlal etmiş değildir<sup>53</sup>.

Kira sözleşmesi TBK m.332 hükmü gereğince feshedilirse<sup>54</sup>, kiraya veren kiralananın iadesine ilişkin talebini kiracıya karşı yapar. Kiralananın iade borcu iflas masasının borcu değildir<sup>55</sup>. Kira sözleşmesi güvence sunulmamasına rağmen feshedilmezse, kiraya veren doğacak kira bedeline ilişkin alacağını iflas alacağı olarak masaya kayıt ettirebilir<sup>56</sup>.

## SONUÇ

İfa güçsüzlüğü, borçlunun süresi belirsiz şekilde muaccel borçlarını yerine getirebilecek ekonomik güce sahip olmaması olarak tanımlanabilir. Bir başka ifadeyle, TBK m.98 hükmünde düzenlenen ifa güçsüzlüğünün meydana gelmesi için ekonomik sebeplerle borcun vadede ifa edilememesi

İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.264; GÜMÜŞ, M, Alper, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, 2.Baskı, İstanbul, 2012, s.296.

50 ACAR, Kira Hukuku, s.591; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.275.

51 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.329.

52 Kiracının hileli iflasının haksız fiil oluşturabileceği veya kiracının özel olarak taahhüt etmesi halinde tazminat talebinin mümkün olabileceğine ilişkin bkz. HIGI, ZK, OR, Art.266h, N.20; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.329; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.229; GÜMÜŞ, Cilt I, s.395; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.277; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.645; TERCAN, s.234. Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 42 III 283.

53 WEBER, OR, Art.266, N.9, SVIT-Kommentar, OR, Art.266, N.19; HIGI, ZK, OR, Art.266h, N.20, N.76; TANDOĞAN, Borçlar Özel, s.229; EREN, Borçlar Özel, N.1319; ACAR, Kira Hukuku, s.591; GÜMÜŞ, Cilt I, s.395; İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.276; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.645. Konuya ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 64 II 267.

54 Gelecek dönemlere ilişkin kira bedellerinin peşin olarak alınması, süresi içinde teklif edilen ancak yeterli olmayan güvencenin kiraya veren tarafından kabul edilmesi hallerinin fesih hakkından feragat olarak nitelendirilebileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. İNCEOĞLU, Kira Hukuku, s.275.

55 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.516; ACAR, Kira Hukuku, s.591.

56 ALTAY, Cilt II, s.1083; ACAR, Kira Hukuku, s.590.

gerekmektedir. Bu bağlamda, kanun belirtilen haciz işleminin sonuçsuz kalması ve iflas halleri örnek olarak sayılan ifa güçsüzlüğü halleridir.

Katıldığımız görüşe göre, ifa güçsüzlüğü hukuki niteliği itibariyle “*clausula rebus sic stantibus*” ilkesinin özel bir görünümü olmayıp, ondan bağımsız bir işleve sahiptir. Zira burada sözleşmenin şartlarında, esasında ortaya çıkan değişimden ziyade borçlunun sadece ekonomik durumunda meydana gelen bir değişim söz konusudur. Bu hüküm esasen bir yönüyle öncelenmiş borca aykırılığın (öncelenmiş temerrüt) bir görünümüdür. Zira söz konusu hükmü, vade tarihinden önce alacaklıya harekete geçme imkanı sağladığı için, akdin müspet ihlali, imkansızlık veya borçlu temerrüdü kapsamına sokamayız. Nitekim adı geçen kurumlarda borcun muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi veya ifasının mümkün olmaması söz konusudur. Bu hüküm bir diğer yönüyle de edimler arasındaki bağlılığı ve synallagma ilişkisinin devamlılığını sağlama amacı gütmektedir.

İfa güçsüzlüğüne ilişkin TBK m.98 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için beş temel olgunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu olgular: karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı, borçlunun sözleşmenin kurulmasından sonra ifa güçsüzlüğüne düşmesi veya sözleşme kurulmadan önce mevcut olan ifa güçsüzlüğünün alacaklı tarafından bilinmemesi, borçlunun ifa güçsüzlüğü içinde bulunmasının karşı tarafın hakkını tehlikeye düşürmesi, alacağı tehlikede olan tarafın borcunu aynı anda ama özellikle önce ifa etmek zorunda olması ve alacağı tehlikeye düşen tarafın borcunu henüz tamamen ifa etmemiş olmasıdır.

İfa güçsüzlüğüne ilişkin TBK m.98 hükmünün şartları mevcut olduğunda, hakkı tehlikeye düşen tarafın elinde üç imkan bulunmaktadır. Bunlar; aciz def’i ileri sürme hakkı (ifadan kaçınma hakkı), güvence talep etme hakkı ve sözleşmeden dönme hakkıdır.

Konuyu kira sözleşmesi bakımından incelediğimizde, her türlü kira ilişkisine uygulanabilir mutlak emredici nitelikte olan TBK md.332 hükmünün önem teşkil ettiğini ifade etmek gerekir. Katıldığımız görüşe göre, TBK m.332 hükmü, TBK m.98’in özel bir uygulaması ve tamamlayıcısı olarak nitelendirilmelidir. Daha açık bir ifadeyle, kiracı sözleşmenin kurulmasından sonra ancak kiralananın tesliminden önce iflas ederse, TBK m.98 uygulanmalıdır. Buna karşılık, kiracının kiralananın tesliminden sonra iflas etmesi halinde ise, TBK m.332 uygulanmalıdır. Kanaatimizce, her iki hükmün uygulama alanları birbirinden farklı olup, yarışmaları söz konusu değildir.

Bu bağlamda, kanaatimizce, sürekli edim yerine getirilmeye başlandıktan sonra, kiracı iflas haricinde bir sebeple ifa güçsüzlüğüne düşerse, TBK m.98 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Zira görüşümüze göre, TBK m.98 hükmünün olgularından biri, borcun tamamen ifa edilmemiş olmasıdır. Kira sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Buna göre, kiraya verenin borcu kira konusunu teslimle başlar, kira sözleşmesi süresince devam eder ve bu sözleşme ilişkisi sona erinceye kadar söz konusu borç sona ermez. Dolayısıyla, kiraya veren kiracının ifa güçsüzlüğüne düştüğü esnada, kullandırma borcunu tamamen ifa etmemiş olduğuna göre, TBK m.98 hükmü kiraya veren açısından bu varsayımda uygulanabilir nitelikte olmalıdır.

Söz konusu hükümleri karşılaştığımızda, konuya ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TBK m.98 hükmünde, ifa güçsüzlüğü oluşturan haller örnek olarak sayılmakta olup, hükmün uygulama alanı iflas ve haciz işleminin sonuçsuz kalması ile sınırlı değildir. Oysa TBK m.332 hükmünde hükmün uygulama alanı ifa güçsüzlüğü teşkil eden hallerden sadece bir tanesi olan iflas ile sınırlıdır. Bunun dışında, TBK m.98 gereğince sözleşmeden dönebilmek için hakkın tehlikeye düşmesi olgusu aranmakta olup, TBK m.332 hükmünde böyle bir olgu aranmamaktadır. Dolayısıyla, kiracının sadece iflas etmiş olması hükmün uygulanması için yeterlidir. Bir başka farklılık ise, TBK m.332 hükmünde süre verilmesine ilişkin bildirim yazılı şekilde yapılması aranyorken, TBK m.98 hükmünde güvence sunulmasına ilişkin bildirim bakımından herhangi bir şekil koşulunun aranmamasıdır.

TBK m.332 hükmü gereğince sözleşmeyi fesih edebilmek için iki temel olgunun varlığı aranmaktadır. Bu olgular; kiracının kiralananın tesliminden sonra iflas etmesi ve kiracı veya iflas masası tarafından uygun süre içerisinde işleyecek kira bedelleri için güvence sunulmamasıdır. Katıldığımız görüşe göre, söz konusu hükümde sadece işleyecek kira bedelleri ifadesinin kullanılmış olması, Kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Bir başka ifadeyle, Kanun koyucu isteseydi TBK m.315 hükmünde olduğu gibi, kira bedeli ve yan gider şeklinde bir ifade kullanarak işleyecek yan giderleri de hükmün kapsamına alabilirdi.

Belirtmek gerekir ki, kiracının ve iflas masasının güvence sunmaması tazminat sorumluluğunu gündeme getirmez, zira güvence sunulması bir sözleşmesel bir borç değildir, ancak külfet olarak nitelendirilebilir. Ayrıca, kiraya veren kira sözleşmesini erken feshetmesi sebebiyle uğradığı zararın tazminini de talep edemez, zira kiracının kiraya verene karşı iflas etmeme borcu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kiracının sadece iflas etmiş olması tazminat borcunun doğumunu sağlamaz.

## KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, (TBK m.299-332), 4.Baskı, İstanbul, 2017. (ACAR, Kira Hukuku)
- ALTAY, Sümer, ESKİOCAK, Ali, 7101 Sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4.Baskı, İstanbul, 2018.
- ALTAY, Sümer, Türk İflas Hukuku, Cilt II, 1. Baskı, İstanbul, 2004. (ALTAY, Cilt II)
- ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu, Cilt V/1,3, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Ankara, 2019. (ANTALYA, MHY, C.V/1,3)
- ANTALYA, O. Gökhan, TOPUZ, Murat, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk, Cilt I, 3. Baskı, Ankara, 2019.
- ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- AYDOĞDU, Murat, KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 2. Baskı, Ankara, 2014.
- BASSENGE, Peter, BRUDERMÜLLER, Gerd, DIEDERICHSEN, Uwe, ELLENBERGER, Jürgen, GRÜNEBERG, Christian, SPRAU, Hartwig, THORN, Karsten, WEIDENKAFF, Walter, WEIDLICH, Dietmar, Beckfebe Kurz Kommentar Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 71. Auflage, München, 2012. (BASSENGE, KK)
- BİLGİN, Mahmut, İflas Davaları, 1.Baskı, Ankara, 2008.

- BURCUOĞLU, Haluk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, 1. Baskı, İstanbul, 1993.
- CUMALIOĞLU, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, 1. Baskı, İstanbul, 2019.
- ÇABRİ, Sezer, Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelerde İfa Güçsüzlüğü ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s.414-440.
- ÇAĞDAR, Pelin, İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısında Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması, MÜHF-HAD, Cilt:25, Sayı:1, 2019, s.434-449.
- DAUNER-LIEB, Barbara, HEIDEL, Thomas, RING-FREIBERG, Gerhard, Nomos Kommentar, BGB, Schuldrecht, Band 2/1, 241-610, 2. Auflage, Nomos, 2012. (DAUNER-LIEB/ HEIDEL/ RING-FREIBERG, NK)
- DÖRNER, Heinrich, ECKERT, Jörn, HOEREN, Thomas, KEMPER, Rainer, SAENGER, Ingo, SCHULTE-NÖLKE, Hans, SCHULZE, Reiner, STAUDINGER, Ansgar, BGB Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 3. Auflage, Baden, 2002. (DÖRNER, HK)
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, BK m. 82 İle BK m.310 Hükümlerinin Karşılaştırılması, Prof. Dr. Tahir Çağrı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.221-232.
- ERCOŞKUN, Ali Rıza, Borca Aykırı Davranılacağı İfadan Önce Belli Olduğu Haller, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2019.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, 2019. (EREN, Borçlar Özel)
- FURRER, Andreas, MULLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Basel, 2018. (FURRER/MULLER-CHEN, OR)
- FURRER, Andreas, SCHNYDER, Anton K., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3.Auflage, Basel, 2016. (FURRER/SCHNYDER, HK, OR)
- GUHL, Teo, KOLLER, Alfred, SCHNYDER, Anton K., DRUEY, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, 2000. (GUHL, Obligationenrecht)
- GÜMÜŞ, M, Alper, "Yeni" 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, 2.Baskı, İstanbul, 2012. (GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi)
- GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, 2.Baskı, İstanbul, 2012. (GÜMÜŞ, Cilt I)
- HATEMİ, Hüseyin, GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.Baskı, İstanbul, 2017.
- HELVACI, İlhan, Turkish Contract Law, 1.Edition, İstanbul, 2017.
- HELVACI, Serap, ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 4.Baskı, İstanbul, 2016.
- HIGI, Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, ZK – Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2b, Art. 305-318 OR, 3. Auflage, Zürich, 2003.
- HONSELL, Heinrich, Obligationenrecht (OR), Kurz Kommentar, 1. Auflage, Basel, 2014. (HONSELL, OR)
- HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 4. Auflage, Basel, 2007. (HONSELL/VOGT/WIEGAND, BSK)
- HULLIGER, Urban, HEINRICH, Peter, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, Art. 184 – 318 OR, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Basel, 2016. (HULLIGER/HEINRICH, CHK)
- İNCEOĞLU, Murat, Kira Hukuku Cilt II, 1.Baskı, İstanbul, 2014.
- KANİTİ, Salamon, Akdin İfa Edilmediği Defii, 1.Baskı, İstanbul, 1962.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.Baskı, Ankara, 2016.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Cilt III, 6.Baskı, İstanbul 2014.
- KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4.Auflage, Bern, 2017. (KOLLER, OR)
- KOSTKIEWICZ, Kren, Jolanta, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK – Orell Füssli Kommentar, 3.Auflage, Zürich, 2016. (KOSTKIEWICZ, OFK)
- KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Ankara, 2013. (KURU, İcra ve İflas)
- MARKESINIS, Sır Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus, The German Law of Contract, Oregon, 2.Edition, 2006.
- NOMER, Haluk, Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Baskı, İstanbul, 2018. (NOMER, Borçlar)
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 17.Baskı, İstanbul 2019.
- ÖZBİLEN, Arif Barış, Tüketim Ödücü Sözleşmesinde Ödünç Alanın Ödeme Güçsüzlüğü ve Bu Güçsüzlüğün Yarattığı Hukuki Sonuçlar, TAAD, Yıl:7, Sayı:27, Temmuz 2016, s.125-154.
- PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, Meral, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES, Muhammed, İcra ve İflas Hukuku, 11.Baskı, Ankara, 2013.
- PEKMEZ, Cüneyt, Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezik Defi), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Doktora Tezleri Dizisi No:8, 1.Baskı, İstanbul, 2019.
- PERMANN, Richard, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Zürich, 2016. (PERMANN, OFK)
- RUHİ, Ahmet Cemal, RUHİ, Canan, Kira Hukuku, 1.Baskı, Ankara, 2016.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet, İflas Hukukunda Borcun Ödenmeme Tehlikesi ve Başvuru Yolları, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı:110, Nisan 2011, s.1-24.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet, İflas Sebepleri, 1.Baskı, Ankara, 2011. (RÜZGARESEN, İflas Sebepleri)
- SACKER, Jürgen, Franz, RIXECKER, Roland, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5.Auflage, München, 2007. (SACKER/RIXECKER, MK)
- SCHRANER, Marius, Zürcher Kommentar Zum Obligationenrecht, Die Erfüllung der Obligationen, 3.Auflage, Zürich, 2000. (SCHRANER, ZK)
- SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern, 2016. (SCHWENZER, OR)
- SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, 1.Baskı, 1977. (SELİÇİ, Sona Erme)
- SEROZAN, Rona, BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:6, Mayıs, 2006, s.38-51.
- SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2.Baskı, İstanbul, 2007. (SEROZAN, Dönme)
- SOGO, Miguel, Zahlungsunfähigkeit im Vertragverhältnis, 1.Auflage, Basel, 2015. (SOGO, Zahlungsunfähigkeit)
- STAHLSCHEIDT, Michael, Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, Juristische Rundschau, Vol.2002 (3), s.89-94.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 4.Baskı, İstanbul, 2008. (TANDOĞAN, Borçlar Özel)
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku, 7.Baskı, İstanbul, 1993. (TEKİNAY, Borçlar)
- TERCAN, Erdal, İflasın Sözleşmelere Etkisi, 1.Baskı, Ankara, 1996.
- THÉVENOZ, Luc, WERRO, Franz (ed.), Commentaire Romand, Code des Obligations I, 2012, Art. 1-529 CO. (LOERTSCHER, Commentaire Romand)

- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku CİLT I – Genel Hükümler, 6.Baskı, İstanbul, 1976. (TUNÇOMAĞ, Cilt I)
- TÜREL, Erol, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri, İstanbul, 1.Baskı, 2015.
- UMAR, Bilge, Aciz Hali-Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Yanlışlık, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004/1, s.317-324.
- URAL ÇINAR, Nihal, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, 1.Baskı, İstanbul, 2014.
- VELDET, Hıfzı, SELEK, Cemal, Hakkı, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, 1.Baskı, İstanbul, 1938.
- VON TUHR, Andreas, Çeviren, EDEGE, Cevat, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, 1.Baskı, Ankara, 1983. (VON TUHR, Borçlar)
- WEBER, Rolf, Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/4, 2.Auflage, Bern, 2005. (WEBER, BK)
- WULLSCHLEGER, Paola, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen OR Art. 83, CHK – Handkommentar Zum Schweizer Privatrecht, 3.Auflage, Basel, 2016. (WULLSCHLEGER, HK)
- YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, 2019. (YAVUZ/ACAR/ÖZEN, Borçlar)
- YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9.Baskı, İstanbul, 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın, GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17.Baskı, Ankara, 2017.

# Mazbut Vakıflara Ait Taşınmazları Konu Edinen Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesine İlişkin Bazı Tespitler ve Bu Konudaki Güncel Gelişmeler

## Some Determinations on the Expiration of Rental Contracts on Immovable Properties of Pious Foundations and Current Developments in This Issue

Mehmet Özgür AVCI\* 

### Öz

Mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesinde Devlet İhale Kanunu uygulanmaktadır. Bu Kanuna göre hazırlanan tip kira sözleşmesinde kira süresinin geçmesi bir sona erme sebebi olarak gösterilmiştir. Mazbut vakıfların konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazlarının da kira sözleşmesinin konusu olabileceği dikkate alındığında bu sebebin söz konusu taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerini sona erdirdiği kabul edilmemelidir. Vakıflar Kanununa eklenen yeni düzenlemede, üç aylık kira bedelinin ödenmemesi sözleşmeyi sona erdiren ve taşınmazın tahliyesini gerektiren bir sebep olarak belirtilmiştir. Mazbut vakıflara ait taşınmazların onarım veya inşa karşılığı kiralanmasını konu edinen kira sözleşmelerinin bu sebeple sona ermesi halinde tahsil edilemeyen kira alacağı ve tahliye masrafları da alınan teminattan mahsup edilir.

**Anahtar Kelimeler:** Devlet İhale Kanunu, mazbut vakıf, kira sözleşmesi, kira süresi, kira bedeli, teminat.

### Abstract

The State Procurement Law is applied in the renting of immovable properties owned by pious foundations. In the type rent contract prepared according to this Law, the lapse of the rental period is shown as a reason for expiration of the contract. Considering that the immovable properties of the foundations as dwelling house and roofed workplaces may also be the subject of the rent contract, this reason should not be accepted to expire the rent contracts that are the subject of these immovable properties. In the new arrangement added to the Law of Foundations the absence of the three-month rental fee was stated as a reason that expire the contract and required the evacuation of the immovable property. In the event that the rent contracts that deal with the rent of the immovable properties of pious foundations for repair or construction are expired due to this reason, the unpaid rent receivable and evacuation costs are also deducted from the pecuniary warrant.

**Keywords:** The State Procurement Law, pious foundation, rent contract, rental period, rental fee, pecuniary warrant.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: mavci@marmara.edu.tr



## I. Giriş

Devlet İhale Kanununun 1. maddesine göre, genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin kira işleri bu Kanun hükümlerine tabidir. Vakıflar Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde bulunan taşınmazların kiralanmasında da bu Kanun hükümleri uygulanır. Ayrı bir tüzel kişiliği bulunan fakat Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilen ve temsil edilen mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlığı niteliği taşımayan taşınmazların kiraya verilmesi işlemleri de Devlet İhale Kanununa tabi olarak yürütülmektedir.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, Bölge Müdürlüklerine gönderdiği 10.07.2014 tarihli ve 3 no.lu genelgede mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesinde uygulanan usul ve esaslar hakkında uygulamadan doğan ihtiyaçlar sebebiyle Bölge Müdürlüklerinin de görüşü alınarak yeni düzenlemeler yapıldığını ve kiraya verme işlemlerinin hazırlanan Vakıf Taşınmazların Tip Genel Şartnamesi, Vakıf Taşınmazların Tip Kira Sözleşmesi ve Vakıf Taşınmazların Usul ve Esasları çerçevesinde yürütüleceğini belirtmiştir.

Bu metinler hazırlanırken, Devlet İhale Kanunu, Vakıflar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu esas alınmış, ancak mazbut vakıflara ait taşınmazların nitelikleri açısından bir ayırım yapılmamıştır. Bu durum, özellikle belirli süreli kira sözleşmelerinin kira süresinin geçmesi sebebiyle sona ermesi ve taşınmazın tahliyesi konusunda bu düzenlemelerde yer alan hükümlerin ifade ettikleri anlam ve ortaya koyduğu sonuçlar açısından bazı tespitlerin ve değerlendirmelerin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Ayrıca, kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33. maddesi ile Vakıflar Kanununun 20. maddesine eklenen kira sözleşmesinin sona ermesine ilişkin yeni düzenleme de bu çalışmada incelenecektir.

## II. Mazbut Vakıf Kavramı

Mazbut vakıf, Osmanlı Devleti döneminde tevliyeti (vakfın işlerine bakma vazifesi) vakfiyede belirtilen kişinin uhdesinde bulunduğu halde idaresi mazbut olan ve Evkaf-ı Hümayun Nezareti tarafından idare olunan vakıflardır<sup>1</sup>. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 3'de "mazbut vakıf", bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe<sup>2</sup> yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıflar şeklinde tanımlanmıştır.

Mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu m. 1'e göre, "4 birinci teşrin 1926 tarihinden önce vücut bulmuş vakıflardan

1 Ömer Hilmi (Karinâbâdizâde), İthâ'ül Ahlaf fi Ahkâmül Evkaf, İstanbul 1307, m. 33; Karinâbâdizâde Ömer Hilmi/Sungurbey, İsmet, Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul 1978, s. 7; Akgündüz, Ahmed, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul 1996, s. 367.

2 Vakıflar Kanunu m. 3'de bu terimin Kanunun uygulanmasında Vakıflar Genel Müdürlüğünü ifade edeceği belirtilmiştir. Çalışmamızda bu maddeye uygun olarak, Genel Müdürlük terimi kullanılmıştır.

- A – Bu kanundan önce zapt edilmiş bulunan vakıflar,
- B – Bu kanundan önce idaresi zapt edilmiş olan vakıflar,
- C – Mütevelliliği bir makama şart edilmiş olan vakıflar,
- D – Kanunen veya fiilen hayri bir hizmeti kalmamış olan vakıflar,
- E – Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerinden başkalarına şart edilmiş vakıflar,

Vakıflar Umum Müdürlüğüne idare olunur. Bunların hepsine birden (Mazbut vakıflar) denir.”

2762 sayılı Kanun m. 6 “Umum Müdürlüğün idare ve temsil ettiği vakıflar da bir kül halinde hükmi şahsiyet sayılır” şeklindeki düzenlemeyle her bir mazbut vakfın tüzel kişiliğinin bulunmadığını, bu vakıfların toplu bir şekilde tüzel kişiliğe sahip olduğuna işaret etmiştir<sup>3</sup>. 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 4’de ise, “Vakıflar, özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir.” hükmüyle, her mazbut vakfın ayrı bir özel hukuk tüzel kişiliği olduğu kabul edilmiştir.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 3. maddesinin yaptığı atıf sebebiyle, Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar da mazbut vakıflardır. Kanunun 7. maddesinde on yıl süreyle yönetici atanamayan veya yönetim organı oluşturulamayan mülhak vakıfların<sup>4</sup> da, mahkeme kararıyla Genel Müdürlükçe yönetileceği ve temsil edileceği belirtilmiştir. 5737 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mazbut vakıflar arasına alınan vakıflarla, bu Kanuna göre mazbut vakıflar arasına alınan vakıflara bir daha yönetici seçimi ve ataması yapılmayacaktır.

### III. Mazbut Vakıflara Ait Taşınmazlar

Vakıflar Kanununun değişik maddelerinde mazbut vakıflara ait malları ifade etmek amacıyla akar, hayrat ve vakıf kültür varlığı kavramları kullanılmıştır<sup>5</sup>.

- 3 **Öğüz**, M. Tufan, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007, s. 8 vd.; **Çınar**, Ömer, Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Özel Sayı, İstanbul 2016, s. 829.
- 4 Mülhak Vakıf, Osmanlı Devleti döneminde vakfiyelerinde belirtilen kişiler tarafından bağımsız olarak idare edilen ve Evkaf Nezareti tarafından denetimi yapılan vakıflardır., **Akgündüz**, s. 368-369; **Özkaya**, Eraslan, Eski Vakıf Hukuku, Ankara 2012, s. 174. Vakıflar Kanun m. 3’e göre, Mülhak vakıf, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıfları ifade eder. Mülhak vakıflar açısından önemli olan husus, vakfiyelerinde belirtilen yönetim şekline göre idare edilmeleridir. Yönetim organının mutlaka vakfedenin soyundan gelmesi zorunlu bir şart değildir. Bu nedenle, Vakıflar Kanunundaki tanımım hatalı olduğu söylenebilir., **Çınar**, s. 830.
- 5 “Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait *akar mallar* ile hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesine, paraya çevrilmesine veya değerlendirilmesine Meclis yetkilidir.” (m.12); “Mazbut vakıfların tescil görmemiş *hayrat taşınmazları*, Genel Müdürlüğün isteği üzerine tapu idaresince vakıfları adına tescil edilir.” (m.13) “Genel Müdürlük; Bakanlar Kurulu kararıyla Genel Müdürlük ve mazbut vakıfların gelirleri ve *akar malları* ile iktisadi işletme veya şirket kurmaya yetkilidir.” (m. 26); “Genel Müdürlüğe, mazbut ve mülhak vakıflara ait *akar ve hayrat taşınmazların* tahsis, satış ve tramplasına yönelik tasarruflarla, kamulaştırmalarda kamu yararı kararını vermek” (m.42/a); “Yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait *vakıf kültür varlığı niteliğindeki taşınmazların*, benzer amaçlı mazbut vakıfların gelirleriyle korunmasına ve yaşatılmasına Meclis yetkilidir.” (m.28).

Vakıflar Kanunu m. 3'e göre, "akar", vakıf amaç ve faaliyetlerinin yerine getirilmesi için gelir getirici şekilde değerlendirilmesi zorunlu olan taşınır ve taşınmazlar; "hayrat" ise mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların, doğrudan toplumun istifadesine bedelsiz olarak sundukları mal veya hizmetlerdir.

Sözlükte "arazi, ağaç, ev eşyası, eşyanın en iyisi" gibi manalara gelen akar, terim olarak daha dar anlamda yalnız gayrimenkul malları kapsar. Halk arasında genel olarak kiraya verilmek suretiyle gelir sağlayan mülke akar denilirse de İslâm hukukunda "taşınmaz mal ve arazi" anlamında kullanılmaktadır. Mecelle, 129. maddesinde gayrimenkulü "Akar denilen hâne ve arazi misillü mahall-i âhara nakli mümkün olmayan şeydir" şeklinde tarif ederken, akar teriminin hem gayrimenkul (taşınmaz) manasına, hem de arazi ile eş anlamlı olduğuna işaret etmiştir"<sup>6</sup>.

Hayrat kelimesi isim olarak, "sevap kazanmak için yapılan iyilik" ve "halkın yararlanması için yapılan okul, çeşme, hastane vb. yapı" anlamlarında kullanılmaktadır<sup>7</sup>. Mazbut vakıfların hayrat taşınmazları, ait olduğu mazbut vakfın vakfiyesinde belirtilen ve toplumun istifadesini sağlama amacı güden işlevin gerçekleşmesi için kullanılan taşınmazlar olarak tanımlanabilir. Hayrat taşınmaz mallar, doğrudan doğruya hayrat taşınmaz mallar (cami, mescit, namazgah, imaret, çeşme, sebil, hamam vb.) ve gelir kaynağı niteliğinde olan müsakkafatlar<sup>8</sup> ile müstegallatlar<sup>9</sup> olarak ikiye ayrılır<sup>10</sup>.

Vakıflar Kanununun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde 2762 sayılı Kanunda yer almayan "vakıf kültür varlığı" kavramına yer verilmiş; Kanunun hazırlanma amaçlarından birinin de yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olduğu belirtilmiştir.

Kültür varlıkları, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır (2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 3).

Vakıf kültür varlığı ise, Genel Müdürlük ile idare ve temsil ettiği vakıflara ait kültür varlıklarıdır (Vakıflar Yönetmeliği m. 3/v)<sup>11</sup>.

6 <https://islamansiklopedisi.org.tr/akar>

7 <https://sozluk.gov.tr>

8 Vakfa gelir (galle) sağlayan ev, dükkân gibi üstü kapalı (müsakkaf) akar için kullanılan bir terim., <https://islamansiklopedisi.org.tr/musakkafat>

9 Vakfa gelir (galle) sağlayan menkul ve gayri menkul mallar., <https://islamansiklopedisi.org.tr/mustegallat>

10 **Yener**, M. Serhat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Vakıf Kira Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 68.

11 27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı RG.

## IV. Mazbut Vakıflara Ait Taşınmazların Kiraya Verilme Usulü

### A. Akar ve Hayrat Taşınmazlar

Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (No:4)<sup>12</sup> 49. bölüm madde 692'de "Bu bölümde kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı ve özel bütçeli Vakıflar Genel Müdürlüğü kurulmuştur." düzenlemesine yer verilmek suretiyle özel bütçeli Genel Müdürlük Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlanmıştır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun "Kapsam" başlıklı 1. maddesine göre, "Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür." Katma bütçe, özel gelirleri olan ve genel bütçe dışında kalan bütçe, mülhak bütçe olarak tanımlanmaktadır<sup>13</sup>. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile birlikte katma bütçeli kuruluşlar özel bütçeli idareler haline dönüştürülerek katma bütçe ortadan kaldırılmıştır.

5018 sayılı Kanunun "Bütçe türleri ve kapsamı" başlıklı 12. maddesinde özel bütçe, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir şeklinde tanımlanmıştır.

Özel bütçeli Genel Müdürlüğe ait taşınmazların kiraya verilmesi 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabidir<sup>14</sup>. Genel Müdürlüğün idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesi işlemleri de bu Kanuna uygun olarak ihale usulüyle yapılmaktadır.

Genel Müdürlük, 13.03.2013 tarihli ve 6 no.lu genelge ile mazbut vakıf taşınmazlarının kiraya verilmesinin usul ve esaslarını belirlemiş; taşınmazların kiralama işlemleri, Vakıf Taşınmazların Genel Şartnamesi, Vakıf Taşınmazların Usul ve Esasları ile Vakıf Taşınmazların Kira Sözleşmesi çerçevesinde yürütülmeye başlanmıştır.

10.07.2014 tarihli ve 3 no.lu genelge ile 6 no.lu genelge yürürlükten kaldırılarak, uygulamalardan doğan ihtiyaçlar doğrultusunda Bölge Müdürlüklerinin de görüşleri alınarak yeni düzenlemeler yapıldığı ve bundan böyle Bölge Müdürlüklerinin sorumluluğu altında bulunan taşınmazların kiralama işlerinin Genel Müdürlüğün İnternet Portalı üzerinde Kurumsal Mevzuat sekmesinde yer alan Vakıf Taşınmazların Tip Genel Şartnamesi, Vakıf Taşınmazların Tip Kira Sözleşmesi<sup>15</sup> ve Vakıf

12 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı RG.

13 <https://sozluk.gov.tr>

14 **Yener**, s. 22; **Aydemir**, Efrail, Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016, s. 329.

15 Tip Kira Sözleşmesi şeklinde kısaltılmıştır.

Taşınmazların Kiraya Verilme Usul ve Esasları<sup>16</sup> doğrultusunda yürütüleceği ifade edilmiş ve bu belgelere genelge ekinde yer verilmiştir<sup>17</sup>.

Kiraya Verilme Usul ve Esasları m. 1'de Genel Müdürlük tarafından idare ve temsil edilen mazbut vakıflara<sup>18</sup> ait taşınmazların kiraya verilmesi işlemlerinin Devlet İhale Kanununa tabi olduğu belirtilmiştir<sup>19</sup>. Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü ve pazarlık usulü ile yarışma usulünden biri uygulanmakta, hangi usulün uygulanacağı işin gereğine göre ihaleyi yapacak olan idare tarafından tespit edilmektedir.

Devlet İhale Kanunu m. 51/g'ye göre, kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen, Devletin özel mülkiyetindeki taşınır ve taşınmaz malların kiralınması, trampası ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kiralınması ve mülkiyetin gayri aynı hak tesisi ihaleleri pazarlık usulüyle yapılabilir.

Mazbut vakıf taşınmazlarının kiraya verilme işlemlerinde kapalı teklif, açık teklif ve pazarlık usullerinden biri uygulanır. Kural, kapalı teklif veya açık teklif usulüdür. Ancak bazı şartların varlığı halinde pazarlık usulünün uygulanabilmesi mümkündür (Kiraya Verilme Usul ve Esasları m.1). Bu maddede “kullanışları, özelliği veya idareye yararlı olması” nedeniyle kapalı veya açık teklif usulleriyle ihalesi uygun görülmeyen taşınmazların pazarlık suretiyle kiraya verilebileceği düzenlenmiştir.

Devlet İhale Kanunu m. 51/g hükmüyle karşılaştırıldığında bu maddede yer alan “kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği” şeklindeki şartların özensiz bir şekilde kaleme alındığı ve “ivedilik” terimine yer verilmediği görülmektedir. Hal ve şartlar kiralamanın zaman kaybetmeksizin yapılmasını gerektirebilir. Bu sebeple, Devlet İhale Kanunu m. 51/g hükmüne uygun olarak, kullanışlarının özelliği, idarelere yararlı olması veya ivediliği nedeniyle kapalı veya açık teklif yöntemleriyle ihalesi uygun görülmeyen mülkiyetinin tamamı mazbut vakıflara ait taşınmazlardan, a) 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 71. maddesine göre kiralanan taşınmazlar içinde bulunan büfe, kantin, çay ocağı, otopark ve benzeri ticari üniteler, b) Geçici iş ve hizmetler için kullanılacak taşınmazlar (1 yıldan az süreli kiralama), c) Birlikte kullanılacağı parselin maliki veya kiracısı tarafından kiralama talebinde bulunulan ve bu parselle bütünlük arz eden, müstakil kullanımı mümkün olmayan taşınmazlar, (apartman önleri, ticari işletme ile bütünlük arz eden yerler, imar adası ortasında kalmış yüzsüz parseller vb.), d) Reklam levhası, reklam ve film çekimi, baz istasyonu, outdoor tv vs. amaçlarla kiralınması uygun görülen taşınmazlar e) Maden arama ruhsatı özel veya tüzel kişilerce alınmış taşınmazlar, f) Zeminsiz ağaçlar pazarlık usulüyle kiraya verilebilir.

16 Kiraya Verilme Usul ve Esasları şeklinde kısaltılmıştır.

17 <https://www.vgm.gov.tr/mevzuat>

18 Mazbut vakıflar, Genel Müdürlük tarafından yönetilir ve temsil edilir (Vakıflar Kanunu m. 6).

19 Mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesinde Genel Müdürlük tarafından 2886 sayılı Devlet İhale Kanuna uygun bir şekilde ihale yapılmaktadır. Devlet İhale Kanunu m.53'e göre ihalelerin sözleşmeye bağlanması gerektiğinden, ihaleyi kazanan kişi ile Genel Müdürlük arasında kira sözleşmesi yazılı şekilde düzenlenmekte ve noter tarafından onaylanmaktadır (Devlet İhale Kanunu m. 4, 57).

Mazbut vakıfların paylı mülkiyet konusu olan taşınmazlarından biri mazbut vakıf olmak üzere, iki paydaşı bulunan taşınmaz, Genel Müdürlük tarafından yapılan kiralama teklifini kabul etmesi şartıyla paydaşına; ikiden fazla paydaşı olan taşınmazdaki mazbut vakıf payı ise kabul etmeleri halinde payları oranında diğer paydaşlara veya pay ve paydaş çoğunluğunun vereceği karara göre diğer paydaşlara pazarlık suretiyle kiralanabilir. Pay ve paydaş çoğunluğunun teklifi kabul etmemesi halinde kapalı ya da açık teklif usullerinden biri uygulanır.

Kiraya Verilme Usul ve Esasları m.1'de "... mazbut vakıfların müştereken veya iştirak halinde sahibi bulunduğu taşınmazlardaki payları" ifadesine yer verilmiştir. Oysa ki, elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır (TMK m. 701/f.2). Mazbut vakfın elbirliği mülkiyeti konusu taşınmazının biri kendisi olan iki ortağının bulunması durumunda Genel Müdürlük tarafından yapılan kiralama teklifinin diğer ortak tarafından kabul edilmesi şartına bağlı olarak pazarlık usulüyle kiralama düşünülebilir.

Mazbut vakfın da ortağı olduğu, ikiden fazla ortağın bulunduğu taşınmazlarda ise yukarıda paylı mülkiyet konusu taşınmaz için söz konusu olan pay oranı ve pay ve paydaş çokluğu şeklindeki ölçütlerin uygulanabilmesi mümkün olmadığından, bu ölçütler esas alınarak bir sonuca gidilmek istendiği takdirde TMK m. 644 uyarınca elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi gerekir.

Vakıflar Kanunu m. 16'da mazbut vakıflara ait hayrat taşınmazların tahsisi düzenlenmiş; bu taşınmazların kiralanmasının istisna olduğu ifade edilmiştir. Bu maddeye göre, hayrat taşınmazlarda asıl olan Genel Müdürlüğün vakfiyeleri doğrultusunda bu taşınmazlara işlev vermesidir. Taşınmazın vakfedenin iradesine ve özgülediği amaca uygun bir şekilde varlığını sürdürmesini sağlamak esastır. Ancak, Genel Müdürlükçe değerlendirilemeyen veya işlev verilemeyen hayrat taşınmazlar, fiilen asli niteliğine uygun olarak kullanılıncaya kadar kiraya verilebilir.

Kanun koyucu anılan maddede "tahsis" ve "kira" kavramlarına yer vererek, Vakıflar Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemdeki tartışmaları ortadan kaldırmış, böylece tahsis işleminin kira sözleşmesi olmadığı açıklığa kavuşmuştur<sup>20</sup>.

Tahsisi yapılabilecek hayrat taşınmazlar, medrese, sıbyan mektebi, darüşşifa, بیمارhane, imaret, kütüphane gibi hayrat binalar, üzerindeki kültür varlığı çeşitli nedenlerle yıkılarak arsa haline gelmiş taşınmazlar ile arsa halindeki taşınmazlar ve üzerine yapılan binalardır (Vakıflar Yönetmeliği m. 58/f.1).

Bu hayrat taşınmazlar, Genel Müdürlükçe işlev verilmek amacıyla, vakfiyesinde yazılı hizmetlerde kullanılmak üzere Genel Müdürlüğün denetiminde onarım ve restorasyon karşılığı kamu kurum ve kuruluşlarına, benzer amaçlı vakıflara veya kamu yararına çalışan derneklere tahsis edilebilir (Vakıflar Kanunu m. 16/f.2).

---

20 Yener, s. 72.

## **B. Vakıf Kültür Varlığı Taşınmazlar**

Vakıf kültür varlıklarının, restorasyon veya onarım karşılığı kiralama işlemleri, mazbut vakfın diğer taşınmazlarının tabi olduğu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tâbi değildir ve kiralamaya ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenmiştir (Vakıflar Kanunu m. 77).

Genel Müdürlüğün idare ve temsil ettiği vakıflara ait vakıf kültür varlıklarını muhafaza ve imar etmek, günün koşullarına göre ekonomik bir şekilde yatırıma dönüştürmek ve işletmek için restorasyon veya onarım karşılığı kiralama işlemlerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemek amacıyla, Vakıflar Kanunu m. 77'ye dayanılarak hazırlanan “Vakıf Kültür Varlıklarının Restorasyon veya Onarım Karşılığı Kiraya Verilmesi İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 10.09.2008 tarihli ve 6993 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlığı niteliğindeki taşınmazlar, sadece restorasyon veya onarım<sup>21</sup> karşılığında kiralanabilir. Belirli bir süre<sup>22</sup> kira karşılığı işletilen bu taşınmazların süre sonunda herhangi bir hak ve bedel talep edilmeksizin kiracı tarafından ihaleyi yapan vakıflar bölge müdürlüğüne iade edilmesi gerekir.

Vakıf kültür varlığı niteliğindeki taşınmazların kiralanmasında da ihale usulü benimsenmiş ve Yönetmeliğin 3. maddesinde bu yönetmeliğe göre yapılacak olan ihale, yönetmelikte belirtilen yazılı usul, esas ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemler olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelikte ihale yöntemleri a) Açık teklif yöntemi, b) Belli istekliler arasında davet usulü ihale yöntemi, c) Doğrudan kiraya verme yöntemi, ç) Pazarlık yöntemi şeklinde düzenlenmiştir. Hangi yöntemin uygulanacağı, Bölge Müdürlüğünün takdirine bırakılmıştır. Müdürlük işin özelliğini dikkate alarak hangi yöntemin uygulanacağını tespit eder ve bu hususu ihale onay belgesinde belirtir<sup>23</sup>.

21 Vakıflar Kanununun “Değiştirilen Hükümler” başlıklı 79. maddesinin d bendi ile 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesine (j) bendinden sonra gelmek üzere, “Vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal veya hizmet alımları” şeklindeki (k) bendi ve geçici 4 maddesine “Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (k) bendine ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığı ve Kamu İhale Kurumunun görüşleri alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.” hükmü eklenerek, söz konusu mal ve hizmet alımları Kamu İhale Kanununun dışında bırakılmış; bu alımlara ilişkin usul ve esasların bir yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Kamu İhale Kanununun geçici 4 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan ve vakıf kültür varlıklarının onarımları ve restorasyonları ile çevre düzenlemesine ilişkin mal ve hizmet alımı ihalelerinde uygulanacak usul ve esasları belirleyen “Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliği” 10.09.2008 tarihli ve 26993 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 30.10.2018 tarihli 263 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararı ile, Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliğinin yürürlükten kaldırılmasına, Vakıf Kültür Varlıklarının Onarım Ve Restorasyonu ile Çevre Düzenlemesine İlişkin Mal ve Hizmet Alımlarına Dair Usul ve Esasların yürürlüğe konulmasına karar verilmiştir. Bu düzenlemenin “Mevcut İhaleler” başlıklı geçici 1. maddesine göre, “Bu Usul ve Esasların yayımı tarihinden önce ilan edilerek duyurulmuş veya sözleşmeye bağlanmış ihale işlemlerine, 10/9/2008 tarihli ve 26993 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Vakıf Kültür Varlıkları İhale Yönetmeliği hükümleri uygulanır.” (31.10.2018 tarihli ve 30581 sayılı RG).

22 “Vakıf kültür varlıklarının, restorasyon veya onarım karşılığı kiralama süresini belirlemeye yirmi yıla kadar Genel Müdür, kırk dokuz yıla kadar Vakıflar Meclisi yetkilidir.” Yönetmelik m. 5.

23 Detaylı bilgi için bkz. Yönetmelik m. 24 vd..



## **V. Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Taşınmazın Tahliyesi**

### **A. Genel Olarak**

Mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesi işlemleri Devlet İhale Kanunu kapsamında yapılsa da Vakıflar Kanunu m. 4 uyarınca, mazbut vakıfların ayrı bir tüzel kişiliği bulunduğundan, kira konusu taşınmazların mülkiyeti tüzel kişiliğe aittir. Genel Müdürlük yönetim ve temsil görevi çerçevesinde bu taşınmazlara ilişkin işlemleri gerçekleştirmektedir. Bu sebeple, bu taşınmazların kiraya verilmesinde Devlet İhale Kanununun usule ilişkin hükümleri ile Vakıflar Kanununun ve Türk Borçlar Kanununun<sup>24</sup> ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Kiraya Verilme Usul ve Esaslarında, mazbut vakıf taşınmazlarının kiraya verilmesinde Bölge Müdürlüklerinin ihale sürecine ve kira sözleşmelerinin düzenlenmesine ilişkin olarak yapması gerekenler ve uyması gereken kurallar tespit edilmiş; Tip Kira Sözleşmesi hazırlanarak, Kiraya Verilme Usul ve Esaslarında belirtilen kurallar çerçevesinde kira süresi, kira bedeli, kesin teminat ve güvence bedeli, kefalet, kiracının sorumluluğu, sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin devri, ortak alımı, alt kiracılık, sözleşmenin feshi ve tahliye gibi konularda düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu düzenlemelerde kira süresinin geçmesi kira sözleşmesini sona erdiren ve taşınmazın tahliyesini gerektiren bir sebep olarak gösterilmiştir. Bu bölümde, bu sebep ve Vakıflar Kanunu m. 20'ye eklenen özel sona erme sebebi incelenmiştir.

### **B. Kira Süresinin Geçmesi**

Kiraya Verilme Usul ve Esasları m. 24'e göre, "Kiracılık sözleşme süresinin bitimiyle sona erer." Madde 25'de ise, "2886 sayılı Kanunun 75. maddesine göre kiracı kira süresi sonunda herhangi bir tebligata gerek kalmadan derhâl, .... taşınmazı tahliye etmek zorundadır .... Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, taşınmaz 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75. maddesine göre tahliye ettirilir." düzenlemesine yer verilmiştir. Tip Kira Sözleşmesinin 15. maddesinde de, "2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75. maddesine göre sözleşmesinde ayrıca bir hüküm yoksa kiracı, kira süresi sonunda herhangi bir tebligata gerek kalmadan taşınmazı derhal tahliye etmek zorundadır. ... Kiracı taşınmazı tahliye etmezse, 08/09/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75. maddesine göre kiracının tahliyesi sağlanacaktır. ..." hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemelerle, mazbut vakıflara ait taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinde kira süresinin geçmesi sözleşmeyi sona erdiren ve taşınmazın tahliyesini gerektiren bir sebep olarak belirtilmiştir.

Devlet İhale Kanununun "Ecrimisil ve Tahliye" başlıklı 75. maddesine göre, Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinin bitim tarihinden itibaren, işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edilir; aksi halde

24 TBK şeklinde kısaltılmıştır.

ecrimisil alınır. İşgal edilen taşınmaz idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir.

Mazbut vakıflara ait taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinde kira süresi azami üç yıla sınırlandırılmıştır. Onarım ve inşaa karşılığı kiralamalarda ise, sürenin Genel Müdürün onayı ile yirmi yıla, Meclis<sup>25</sup> kararı ile kırk dokuz yıla kadar tespit edilebilmesi mümkündür<sup>26</sup> (Vakıflar Kanunu m. 20/f.1).

TBK m. 327'ye göre, belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin geçmesi kira sözleşmesini sona erdiren genel sebeplerden biridir. Bu maddeye göre açık veya örtülü biçimde bir süre belirlenmişse, kira sözleşmesi bu sürenin sonunda kendiliğinden sona erer.

Konut ve çatılı iş yerini konu edinen belirli süreli kira sözleşmelerinin sona ermesi ise TBK m. 347'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

TBK m. 347 hükmü, kiracıyı koruma düşüncesiyle, sadece ona kira sözleşmesini sona erdirebilme yetkisi veren emredici bir düzenlemedir<sup>27</sup>. Bu sebeple, konut ve çatılı işyerini konu edinen kira sözleşmelerindeki "kira süresinin geçmesiyle kira sözleşmesinin sona ereceği ve taşınmazın iade edilmesi gerekeceği" şeklindeki veya bu anlama gelen düzenlemeler geçerli kabul edilemeyecektir.

Konut ve çatılı işyeri kiralarının uygulama alanını gösteren TBK'nın 339. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kamu kurum ve kuruluşlarının, hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır." hükmü sebebiyle, yukarıda belirtilen düzenlemelerde yer alan sözleşmeyi sona erdiren ve taşınmazın tahliyesini gerektiren bir sebep olarak gösterilen kira süresinin geçmesinin mazbut vakıf taşınmazları açısından ifade ettiği anlamın tespiti gerekmektedir.

TBK ile birlikte yürürlükten kalkan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun<sup>28</sup> m. 14'de "2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanununa tabi olarak kiraya verilen gayrimenkuller hakkında

25 Meclis, Genel Müdürlüğün en üst seviyedeki karar organıdır. Meclise ilişkin düzenlemeler için bkz. Vakıflar Kanunu m. 41 vd.; Vakıflar Yönetmeliği m. 49 vd..

26 Vakıflar Yönetmeliği m. 111/d'ye göre, Genel Müdürlükçe teklif edilen, Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazların onarım veya inşaa karşılığı kiralamalarında yirmi yıldan kırk dokuz yıla kadar kira süresini karara bağlamak Vakıflar Meclisinin görevlerinden biridir.

27 **Gümüş**, M. Alper, "Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul 2011, s. 314; **Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10.Baskı'yı Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet YAVUZ – Prof. Dr. Faruk ACAR – Doç. Dr. Burak ÖZEN, İstanbul 2014, s. 656; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı Ankara 2019, s. 426. Bu sonuç, TBK m. 347/f.1 c. 2'de "Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez." şeklinde teyit edilmiştir.

28 GKHK şeklinde kısaltılmıştır.

da bu kanun hükümleri tatbik olunur.” hükmü yer almaktaydı ve 2490 sayılı Kanuna tabi olarak kiraya verilen taşınmazlar açısından da GKHK hükümleri uygulanmaktaydı.

Devlet İhale Kanununun GKHK m. 14’de işaret edilen 2490 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmasından sonra, Devlet İhale Kanununa tabi olan kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu kira sözleşmelerinin bu Kanunun 75. maddesi uyarınca kira süresinin geçmesi sebebiyle sona erip ermediği hususunda farklı yargı kararları ortaya çıkmıştır. Yargıtay birçok kararında, kira süresinin geçmesiyle kira sözleşmesinin zımnen yenileceğini öngören GKHK m. 11 hükmünün, Devlet İhale Kanunu m. 75 karşısında uygulanamayacağı yönünde görüş bildirmiştir<sup>29</sup>.

Bazı kararlarda ise, Devlet İhale Kanununun 2490 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmasından sonra GKHK m. 14’de bu yönden bir değişiklik yapılmadığı için bu maddede 2490 sayılı Kanuna yapılan atfın bu Kanunu yürürlükten kaldıran ve onun yerine yürürlüğe giren Devlet İhale Kanunu için de devam ettiği, bu sebeple de Devlet İhale Kanununa göre ihaleye verilen konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazların da GKHK kapsamında olacağı gerekçesiyle, GKHK m. 7’de tahdidi olarak sayılan tahliye sebeplerinden birine dayanılarak mahkeme kararı alınması şartıyla tahliyenin sağlanabileceğine hükmederek, kira süresinin geçmesini bir sona erme sebebi olarak kabul etmemiştir<sup>30</sup>.

Sayıştay Genel Kurulu, Devlet İhale Kanununun yürürlüğe girmesiyle GKHK m. 14’de 2490 sayılı Kanuna yapılan yollamanın hükümsüz hale geldiğine ve Devlet İhale Kanununa göre yapılan kira sözleşmelerinde bu özel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir<sup>31</sup>. Danıştay 10. Daire de bir kararında aynı sonuca işaret etmiştir<sup>32</sup>.

29 YHGK E. 2010/13-671, K. 2010/696, T. 22.12.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 6 HD E. 2011/19, K. 2011/5623, T. 2.5.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 3. HD E. 2011/8727, K. 2011/13124, T. 19.9.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 3. HD E. 2008/21012, K. 2009/1236, T. 3.2.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 3. HD E. 2008/19806, K. 2008/22497, T. 29.12.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

30 Yarg. 13. HD E. 2009/8167, K. 2010/87, T. 18.1.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 13. HD E. 2010/16666, K. 2011/6316, T. 20.4.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu kararlardaki 2490 sayılı Kanunun yerine Devlet İhale Kanununun geçtiği ve GKHK m. 14 hükmünün bu Kanun açısından da geçerli olmaya devam ettiği görüşünün eleştirisi için bkz. **Ayhan**, Fatma, İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, İstanbul 2013, s. 191.

31 “6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 14’üncü maddesinde; 2490 sayılı Artırma Eksiltme ve İhale Kanununa tabi olarak kiraya verilen gayrimenkuller hakkında da bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmak suretiyle 2490 sayılı Kanuna göre kiraya verilen taşınmazlarla ilgili uyumsuzluklar için 6570 sayılı Kanun hükümleri ile çözüm getirilmiştir. Ancak 1.1.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile Devletin İhale esasları yukarıda belirtildiği üzere yeniden düzenlenmiş ve mezkur Kanunun 94’üncü maddesi ile de 2490 sayılı Kanun ile bu Kanunda ek ve değişiklikler yapan kanunlar ve diğer kanunların bu kanuna uymayan hükümleri ( 15.7.1964 tarih ve 500 sayılı Kanun ile 22.10.1981 tarih ve 2547 sayılı Kanun hariç ) yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece 2490 sayılı Kanuna göre kiraya verilen gayri menkullerle ilgili uyumsuzlukların çözümünü 6570 sayılı Kanuna bağlayan bu Kanunun 14’üncü maddesinin atıfta bulunduğu 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu yürürlükten kaldırılmış olduğundan, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre kiraya verilen gayrimenkuller hakkında 6570 sayılı Kanuna gönderme yapmaya imkan kalmamıştır. Ayrıca 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 94’üncü maddesi, 2490 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmış olmasına karşılık, bazı Kanunları bu hükümden ayırık tutmuştur. Ancak 6570 sayılı Kanunun 14’üncü maddesinde yer alan düzenlemeye paralel bir hüküm veya bu hükmün uygulanmasına cevaz veren bir düzenleme ise 2886 sayılı Kanunda yer almamıştır.” gerekçesiyle, Devlet İhale Kanuna göre kiraya verilen taşınmazlara; GKHK m. 14 yoluyla bu Kanun hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir., Sayıştay Genel Kurulu, T. 21.01.1993, K. 4761/1, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

32 “6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun’un [11](#). maddesinde kiracı, kira süresinin bitmesinden en az onbeş gün

TBK m. 339/f.2 hükmünde ise TBK'nın konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerinin uygulama alanına kamu kurum ve kuruluşlarının yaptıkları konut ve çatılı işyeri kiralalarının da girdiği belirtilmiştir. Madde gerekçesindeki “Maddenin ikinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşlarının hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun kiraya veren veya kiracı olarak taraf olduğu tüm kira sözleşmelerinin de buradaki hükümlere tâbi olacağı açıklıkla ortaya konulmuştur. Böylece 6570 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin düzenlemesi benimsenmiş olmaktadır.” ifadesi de kanun koyucunun bu konudaki iradesinin ne kadar açık ve net olduğunu göstermektedir. Bugün öğretilerdeki baskın görüş, bu hükmün Devlet İhale Kanununa göre kiraya verilen konut ve çatılı işyeri kiralaları için de uygulanacağı yönündedir<sup>33</sup>.

Ancak, öğretilerde bazı yazarlar Devlet İhale Kanunu kapsamındaki kira sözleşmelerine ilişkin bu Kanunda yer alan düzenlemelerin konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından TBK'ya göre özel düzenlemeler olduğunu ve Devlet İhale Kanunu hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiği fikrindedirler<sup>34</sup>.

Bu fikre karşı çıkan yazarlara göre, sonraki tarihli genel kanunun önceki tarihli özel kanunu kaldırıp kaldırmadığı konusunda kanun koyucunun gerçek iradesinin ortaya çıkarılması gerekmekte olup, bunun için kanunun hazırlık çalışmaları ve hükmün konuluş amacı incelenerek, buna göre yorum yapılmalıdır<sup>35</sup>. Sonraki genel kanunun özel kanundaki düzenlemeleri kaldırmak amacıyla düzenleme yapması durumunda özel kanununun uygulanamayacağı kabul edilmelidir. Kanun koyucunun TBK

önce kiralanın şeyi tahliye edeceğini yazı ile bildirmediği takdirde sözleşmenin aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılacağı hükmüne bağlanmıştır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesinin “Ecrimisil ve tahliye” başlıklı 3.fıkrasında ise, kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren işgalin devam etmesi halinde, sözleşmede hüküm varsa ona göre hareket edileceği kuralına yer verilmiştir. 2886 sayılı Kanunun 74. maddesine dayanılarak çıkarılan Devlete Ait Taşınmaz Mal Satış, Trampa, Kiraya Verme, Mülkiyetin Gayri Ayni Hak Tesisi, Ecrimisil ve Tahliye Yönetmeliğinin 77. maddesinde, kiraya verilen veya mülkiyetin gayri ayni hak tesis edilen taşınmaz mallardan süresi dolduğu halde tahliye edilmeyen, sözleşmesi veya taahhütnamesi feshedilen ve herhangi bir sözleşmeye dayanmaksızın fuzulen işgal edilen hazinenin özel mülkiyetinde veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malların tahliye edileceği belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen Kanun ve Yönetmelik hükümlerine göre, özel mülkiyete konu taşınmazlarla ilgili olarak akdedilen kira sözleşmelerinde, kiralayanın taşınmazı tahliye edeceğini ilgiliye bildirmediği sürece sözleşmenin aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılacağı, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki veya hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlarda ise kira sözleşmesinin sona ermesinden sonra taşınmazın sözleşme hükümlerine veya Yönetmeliğin 77. maddesine göre tahliye edileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda, 6570 sayılı Kanunun 11. maddesi uyarınca süresi 1.10.1999 tarihine kadar uzamış olan kira sözleşmesi süresinin bitiminden sonra hazinenin mülkiyetinde olan taşınmazın 2886 sayılı Yasanın 75. maddesi uyarınca tahliye ettirilmesine ilişkin olarak tesis edilen 21.2.2000 tarihli dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolunda verilen temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay 10. Daire E. 2001/4278, K. 2004/3657 T. 7.4.2004, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı yöndeki kararlar için bkz. **Ayhan**, s. 194, dn. 8.

33 **Gümüş**, s. 19; **Yavuz**, s. 375; **Öz**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklik ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 71; **Gökyağla**, K. Emre, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)” Journal of Yaşar University, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 1228-1230; **İnceoğlu**, M. Murat, Kira Hukuku Cilt II, İstanbul 2014, s. 26 vd.; **Eren**, s. 401; **Aydemir**, s. 319.

34 **Ayhan**, s. 195-196; **Ceran**, Mithat, Kira Sözleşmesi ve Tahliye Davaları, Genişletilmiş, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2019, s. 336, 730.

35 **Günel**, M. Cahit, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Taraf Olduğu Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına Uygulanacak Hukuk (TBK m. 339/f. II)” İÜHFİM, C. LXXII, (s. 831-850), 2014, s. 846; **İnceoğlu**, Devlet İhale Kanununun 75. maddesinin özel hüküm olarak görülmesinin mümkün olmadığını ancak, bu hükmün özel hüküm olarak kabul edilmesi halinde bu yorumun yapılması gerektiğini belirtmektedir, s. 28.

m. 339/f.2 hükmünde “hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun” ifadesine yer vermek suretiyle, bu konuda özel bir düzenlemenin uygulanmasını istemediği anlaşılmaktadır<sup>36</sup>. Devlet İhale Kanununun TBK’ya göre özel bir kanun olduğu kabul edilse bile TBK sonraki bir tarihte yürürlüğe girmiş ve TBK m. 339/f.2 hükmüyle, bir kamu tüzel kişinin tamamen özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan kira sözleşmesi yapması durumunda, özel hukuk normlarına tabi olması amaçlanmıştır. TBK m. 339/f.2’nin gerekçesinde, GKHK m. 14 hükmünün dikkate alındığı belirtilmiş, böylece Devlet İhale Kanununun 2490 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırılmasından sonra ortaya çıkan hükmün niteliği ile ilgili tartışmalar sonlandırılmak istenmiştir<sup>37</sup>.

Devlet İhale Kanununun öncelikle uygulanması gerektiği fikri kabul edilse dahi, Devlet İhale Kanununda konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinin “kira süresinin geçmesiyle” sona ereceğine işaret eden özel bir düzenlemenin bulunmaması<sup>38</sup> sebebiyle kira süresinin geçmesi, sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Devlet İhale Kanunu m. 75, “Kira sözleşmesinin bitim tarihinden itibaren” ifadesiyle, kira sözleşmesinin bitim tarihine, sona erdiği tarihe işaret etmiştir. Bu tarihin tespiti, TBK hükümleri çerçevesinde yapılabilir. Belirli süreli kira sözleşmelerinin sürenin geçmesi sebebiyle sona ermesini düzenleyen hükümler, adi kiralar açısından TBK m. 327, konut ve çatılı işyeri kiraları açısından ise TBK m. 347 hükmüdür. TBK m. 327 hükmünde kira süresinin geçmesi kira sözleşmesini sona erdiren bir sebep olarak kabul edildiğinden mazbut vakıflara ait konut ve çatılı işyeri niteliğinde olmayan taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinin kira süresinin geçmesiyle sona erdiği kabul edilebilecektir.

TBK m. 347 hükmünün kiracının kira süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıl için uzamış sayılacağını ve kiraya verenin sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremeyeceğini açıkça ifade etmesi sebebiyle, mazbut vakıflara ait konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinde bildirim şartı gerçekleşmeden kira süresinin geçmesi durumunda sözleşme bir yıl daha uzamış sayılacağı için, kira süresinin geçmesi sözleşmeyi sona erdirmeyecektir.

Tip Kira Sözleşmesinde yer alan “sözleşmesinde ayrıca bir hüküm yoksa kiracı, kira süresi sonunda herhangi bir tebligata gerek kalmadan taşınmazı derhal tahliye etmek zorundadır.” şeklindeki düzenlemenin de konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı lehine bir düzenleme olarak nitelenen TBK m. 347 karşısında sonuç doğurmayacağı kabulü gerekir.

Yargıtay, TBK’nın yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda, Devlet İhale Kanunu kapsamına giren Hazine, Vakıflar Genel Müdürlüğü, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin bu Kanun uyarınca kiraya verdikleri taşınmazların, süre bitimi sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları hükümlerine tabi olup olmadığına bakılmaksızın 2886 Sayılı Kanunun 75. maddesine göre mülki amirden tahliyesini isteyebilecekleri gibi mahkemeye de başvurarak sözleşmenin bitimi üzerine “fuzuli şağil” durumuna düşen kiracının tahliyesini sağlayabilecekleri; ecrimisil olarak

36 İnceoğlu, s. 28.

37 Günel, s. 847.

38 Günel, s. 848.

alınması gereken paranın “kira parası” adı altında alınmış veya ödenmiş olmasının taraflar arasındaki kira sözleşmesinin yenilediği anlamına gelmeyeceği yönünde görüş bildirmiş ve bugüne kadar bu görüşünü muhafaza etmiştir<sup>39</sup>.

Bu kararların gerekçesinde sadece Devlet İhale Kanununun TBK’ya göre özel bir Kanun olduğu kabul edilmiş; GKHK döneminde konut ve çatılı işyeri kiralari hakkında Devlet İhale Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde verilen kararlardaki gerekçeler; TBK m. 339/f.2’nin açık ve net ifadesi ile Devlet İhale Kanununun 75. maddesinin konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazları konu alan kira sözleşmelerinin kira süresinin sona ermesi açısından ifade ettiği anlam yeterince tartışılıp değerlendirilmemiştir.

Devlet İhale Kanunu m. 75 hükmünün öncelikle uygulanması gerektiği kabul edilse bile, bu hükmün sözleşmenin bitim tarihine işaret etmesi sebebiyle, konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinde kira süresinin geçmesi kira sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. Amaç, Devlet İhale Kanunu uyarınca kiraya verilen bir taşınmazın ihalede belirtilen kira süresinin sonunda tekrar ihale yapılarak kiraya verilmesi zorunluluğunu gecikmeksizin yerine getirmekse mazbut vakıflara ait konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazlar açısından bunun yolu, Vakıflar Kanununun 20. maddesine mazbut vakıflara ait taşınmazların kiralanmasında kira süresinin geçmesinin bir sona erme sebebi olduğuna ve taşınmazın mülki amir tarafından tahliyesinin yapılabileceğine ilişkin bir hükmün eklenmesidir. Böylece, özel nitelikteki bu hüküm TBK’ya göre de öncelikli olarak uygulanacak ve yargı kararlarında TBK’nın 339. maddesinin ikinci fıkrası ve Devlet İhale Kanununun 75. maddesinin konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmalar açısından uygulanmasında TBK m. 347 hükmünün anlamı göz ardı edilerek varılan sonuç, kanuni bir düzenlemeyle sağlanmış olunacaktır.

### **C. Kira Bedelinin Ödenmemesi**

7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33. maddesi<sup>40</sup> ile Vakıflar Kanununun 20. maddesinin başlığı “Kiralama” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazların onarım veya inşa karşılığı kiralamalarında sözleşmenin başlangıç tarihinde, işletme süresine ait ilk yılın altı aylık kira bedeli ayrıca teminat olarak alınır ve bankalarda nemalandırılır. Alınan teminat sözleşmenin sona ermesiyle, dördüncü fıkra hükmü saklı kalmak şartıyla, varsa taşınmazda meydana gelen zarara mahsup edilir ve kalan kısım kiracıya iade edilir.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazların kiralamalarında, sözleşme süresi içinde üç aylık kira bedelinin ödenmediği tarihten itibaren on beş gün içinde Genel Müdürlükçe, kiracıya

39 Yarg. 6. HD E. 2014/6290, K. 2014/8171, T. 19.6.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 6. HD E. 2013/16478, K. 2014/9702, T. 11.9.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 3. HD E. 2017/16664, K. 2017/18118, T. 25.12.2017, Legalbank; YHGK E. 2017/6-971, K. 2019/148, T. 14.2.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Yarg. 3. HD E. 2019/5669, K. 2019/995, T. 11.12.2019, Legalbank.

40 26.03.2020 tarihli ve 31080 sayılı mükerrer RG.

bir ihtarname tebliğ ettirilmek suretiyle kira bedelinin tamamının tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi gerektiği, aksi hâlde taşınmazdan hiçbir hüküm ve karara bağlı olmaksızın mülki amirlikçe tahliye edileceği bildirilir. Verilen sürede borcun tamamını ödemeyen kiracının sözleşmesi feshedilmiş sayılır. Bu durum Genel Müdürlük tarafından mülki amirliğe derhal bildirilir ve taşınmaz mülki amirlikçe en geç on beş gün içinde tahliye ve teslim edilir. Alınan altı aylık teminat; kira alacağı, tahliye masrafları ve varsa taşınmazda meydana gelen zararlara mahsup edilir ve kalan kısım kiracıya iade edilir.”

Kanun koyucu, ek dördüncü fıkrada Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle sona ermesi ve tahliyesine ilişkin özel bir hükme yer vermiştir. Bu hüküm gereği sözleşmenin sona erdiğinin kabulü ile tahliyenin sağlanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

– Ödenmeyen kira bedeli üç aylık kira bedeli<sup>41</sup> olmalıdır. Bu bedelin tamamı ödenmemelidir. Kiracı kısmi ödemede bulunmuş ve bu ödeme kabul edilmişse bu hüküm uygulanmaz.

– Genel Müdürlük üç aylık ödenmeyen kira bedelinin ödenmesi için kiracıya ihtarname göndermelidir. Kiraya Verilme Usul ve Esasları m. 17’ye göre, “Kira bedeli ödeme yükümlülüğü yer teslim tarihi ile başlar. Sözleşmede başka bir hüküm yoksa; her ayın birinci iş günü kira bedeli ödeme günüdür. Kira bedeli ödeme süresi ise her ayın beşinci iş günü mesai bitimine kadar olan süredir”. Tip kira sözleşmesinde de kira bedelinin ödeme zamanına ilişkin aynı düzenleme yer almaktadır.

Bu durumda, sözleşmede farklı bir zaman öngörülmemişse kira bedelinin en geç ayın beşinci iş günü ödenmesi gerekmektedir. Bu günde ödemenin yapılmaması halinde Genel Müdürlük ödemenin yapılmadığı bu tarihten itibaren on beş gün içinde kiracıya bir ihtarname göndermeli ve bu ihtarnamede toplam kira bedelinin, ihtarnamenin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi; aksi halde taşınmazdan hiçbir hüküm ve karara bağlı olmaksızın mülki amirlikçe tahliye edileceği kiracıya bildirilmelidir.

– Kiracı kira bedelini ödememelidir. Kiracı ihtarnamede belirtilen süre içinde kira bedelinin tamamını ödemediği takdirde kira sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş olur. Fesih beyanına ya da mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Kira sözleşmesinin sona erdiği ancak bir tespit davasının konusu olabilir.

– Mülki amirliğe bildirim yapılmalıdır. Genel Müdürlük kira sözleşmesinin sona erdiğini mülki amire zaman kaybetmeksizin derhal bildirmelidir.

---

41 Mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesinde ihale öncesi tahmini kira bedeli, Devlet İhale Kanununun 9. maddesine uygun olarak, Bölge Müdürlüğüne belirlenecek biri başkan olmak üzere en az üç kişiden oluşacak komisyon marifetiyle tespit edilir. Komisyon bu tespiti yaparken kendisi ekspertiz raporu hazırlayabileceği gibi işin özelliğine göre ihtiyaç duyulması halinde SPK lisanslı bağımsız denetim firmalarına da bu raporu hazırlattırabilir. Ekspertiz raporunda; tapu, varsa imar durumu, mevcut durum bilgileri, taşınmaz ve yakın çevresini gösteren varsa harita, fotoğraf, yakın çevresinde emsal oluşturabilecek taşınmaz bedelleri ve işin konusuna göre Bölge Müdürlüğüne ihtiyaç duyulan diğer belgelerin bulunması zorunludur (Kiraya Verilme Usul ve Esasları m. 2).



Ek dördüncü fıkradaki bu düzenlemenin, kira sözleşmesinde kiracının temerrüdünü düzenleyen TBK m. 315 hükmüne benzer bir düzenleme olduğu görülmektedir. TBK m. 315/f.1’de kiracının kira bedelini ödemediği temerrüdü sebebiyle kiraya verenin sözleşmeyi feshederek sözleşmeyi sona erdirebilme imkanı düzenlenmiştir. Bu hükme göre, muaccel olan kira bedelini ödemeyen kiracı, kiraya veren tarafından verilen sürede de ödemeyi gerçekleştirmezse kiraya veren fesih beyanında bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilir. İkinci fıkrada kiracıya verilmesi lazım gelen asgari süreler, adi kiralarda on gün, konut ve çatlı işyeri kiralalarında ise otuz gün olarak belirlenmiştir.

Kiraya Verilme Usul ve Esasları m. 17’de ve Tip Kira Sözleşmesi m. 14’de, kira bedelinin süresinde tahsil edilememesine ilişkin olarak, “Kiracı, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödemezse; idare kiracıya yazılı olarak on günlük, konut ve çatlı işyeri kiralalarında ise otuz günlük bir süre vererek sözleşmeyi feshedeceğini bildirir. Bu süre, kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar. İhtar süresi içinde ödenen kira bedellerine yasal gecikme zammı uygulanır.” şeklindeki düzenlemeyle TBK m. 315 hükmüne atfı yapıldığı görülmektedir.

Ek dördüncü fıkra hükmü, TBK m. 315 hükmüyle karşılaştırıldığında ödenmeyen kira bedelinin miktarı, kiracıya tanınacak süre, sözleşmenin sona erme şekli ve tahliyenin gerçekleşmesi hususunda farklı esaslar kabul ettiğinden; bu yeni düzenlemeye de tip kira sözleşmesinde yer verilebilmesi mümkündür. Bu yapılmaya bile kira bedelinin ödenmemesi başlığı altında farklı şartlar içeren her iki hükmün de ek dördüncü fıkranın yürürlüğe girmesinden sonra birlikte uygulanabilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Vakıflar Kanunu m. 20’ye eklenen üçüncü fıkrada ise, Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmazların onarım veya inşaa karşılığı kiraya verilmesinde teminat alınmasına ve alınan teminatın bankalarda nemalandırılmasına hükmedilmiştir.

Alınacak olan teminat, işletme süresine ait ilk yılın altı aylık kira bedeli olarak belirlenmiştir. Onarım ve inşaa karşılığı kiralamalarda kira süresi tespit edilirken, onarım veya inşaa süresinin de dikkate alınması gerekir. Zira onarım veya inşaa faaliyetinin gerçekleşeceği süre ve işletme süresi için farklı kira bedelleri kararlaştırılabilir. Nitekim ihale ilanlarında bu süreler dikkate alınarak farklı kira bedelleri (onarım veya inşaa süresi için düşük, işletme süresi için daha yüksek) yer almaktadır. Bu sebeple kanun koyucu, teminatın belirlenmesinde işletme süresinin başlangıç yılını dikkate almıştır.

Devlet İhale Kanununun “Kesin Teminat” başlıklı 54. maddesinin birinci fıkrası gereği, mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesinde kira sözleşmesinin yapılmasından önce kiracıdan ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınması gerekmektedir. Kiraya Verilme Usul ve Esasları m. 12’de bir yıldan uzun süreli kiralamalarda alınması gereken teminatın, sözleşme başlangıç ve bitiş tarihi arasında oluşan toplam kira bedelinin %6’sı oranına kadar çıkartılabileceği belirtilmiştir. Kiracının kesin teminatı ödememesi protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihalenin bozulmasına ve varsa geçici teminatı gelir kaydedilmesine neden olur.

Mazbut vakıflara ait taşınmazların (vakıf kültür varlığı taşınmazlar hariç) onarım ve inşa karşılığı kiraya verilmesi de Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olduğundan. Devlet İhale Kanunu m. 54'de belirtilen kesin teminat<sup>42</sup> yanında en geç sözleşmenin başlangıç tarihinde alınması gereken ek bir teminattır. Kanun koyucu madde lafzında "...ayrıca teminat olarak alınır" ifadesine yer vermek suretiyle, bu teminatın ek bir teminat olduğunu açıkça ortaya koymuştur<sup>43</sup>.

Bu ek teminat, vakıf kültür varlığı taşınmazların onarım ve inşa karşılığı kiraya verilmesinde de alınır. Kanun koyucu anılan fıkrada mazbut vakıfların taşınmazları arasında bir ayırım yapmamıştır. Vakıflar Kanununun 77. maddesine dayanılarak hazırlanan Vakıf Kültür Varlıklarının Restorasyon veya Onarım Karşılığı Kiraya Verilmesi İşlemlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 19'da geçici ve kesin teminatlar yanında işletme teminatına da yer verilmiş; sözleşme imzalanmadan önce alınacak ve işletme süresinin sonunda sözleşmede belirtilen şartlar dahilinde iade edilecek olan bu bedelin yıllık toplam kira bedelinin % 6'sı olduğu ve her yıl kira artışları doğrultusunda artırılabileceği ifade edilmiştir. Yönetmelikte, işletme teminatının tanımı yapılmamıştır. İşletme süresinin başlangıç yılı esas alınarak belirlenen bu ek teminatla aynı amaç için alındığını düşündüğümüz işletme teminatının, bu yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra alınmayacağı ve Yönetmelikte gerekli değişikliğin yapılacağı düşünülmektedir.

Kira sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte kural olarak bu ek teminat iade edilir. Ancak, kira konusu taşınmazda kira süresi boyunca bir zarar meydana gelmişse zarar, teminattan mahsup edilerek kalan kısım kiracıya verilmelidir. Üçüncü fıkrada dördüncü fıkra hükmünün saklı olduğuna işaret edilmiştir. Mazbut vakıflara ait taşınmazların onarım veya inşa karşılığı kiralanmasını konu edinen kira sözleşmelerinin üç aylık kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle sona ermesi halinde, tahsil edilemeyen kira alacağı ve tahliye masrafları da bu teminattan mahsup edilecektir.

7226 sayılı Kanununun 34. maddesiyle Vakıflar Kanununa Geçici 14. madde eklenmiş; üçüncü ve dördüncü fıkraların bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mazbut vakıflara ait taşınmazların devam eden kiralamalarında da uygulanacağı, ancak bu kiralamalarda altı aylık teminatın alınmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, mazbut vakıflara ait taşınmazların devam eden kiralamalarında birikmiş üç aylık veya daha fazla kira borcu olanların bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde borcunu tamamen ödemesi gerekmektedir. Aksi halde, kira sözleşmeleri feshedilmiş sayılacak ve Genel Müdürlüğün bildirimleriyle taşınmaz mülki amirlikçe en geç on beş gün içinde tahliye edilecektir.

Son olarak belirtilmelidir ki, 7226 sayılı Kanununun 33. ve 34. maddeleri 01/01/2021 tarihinde yürürlüğe girecektir.

42 Bu maddeye göre, taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.

43 Kiraya Verilme Usul ve Esasları m. 12'de yer alan "Ayrıca, konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilir ve bu güvence üç aylık kira bedelini aşamaz." şeklindeki düzenleme de konut ve çatılı işyeri kiralarında ek bir teminatın alınacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme 6353 sayılı Kanunun 53. maddesi ile değişik 6217 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.

## SONUÇ

Mazbut vakıflara ait taşınmazların kiraya verilmesi işlemlerinin Devlet İhale Kanununa tabi olarak yürütülmesi sebebiyle, Vakıflar Genel Müdürlüğü bu işlemlerin usul ve esaslarını belirlemiş, bu çerçevede tip kira sözleşmesi ve tip genel şartnamesi hazırlanmıştır. Bu düzenlemelerde Devlet İhale Kanununun 75. maddesi dikkate alınarak, kira süresinin geçmesi kira sözleşmesini sona erdiren ve taşınmazın tahliyesini gerektiren bir sebep olarak gösterilmiştir. Ancak, kira konusunun konut veya çatılı işyeri niteliğinde bir taşınmaz olması durumunda TBK m. 339/f.2 hükmünün getiriliş amacı ve Devlet İhale Kanununun 75. maddesinin konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazlar açısından uygulanmasında TBK m. 347 hükmünün anlamı dikkate alındığında kira süresinin geçmesi, mazbut vakıflara ait konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinin sona ermesini sağlamayacaktır.

Ancak, Yargıtay'ın aksi yöndeki yerleşik uygulaması sebebiyle ortaya çıkan durum, mazbut vakıflara ait konut ve çatılı işyeri niteliğindeki taşınmazlar açısından, Vakıflar Kanununun 20. maddesine mazbut vakıflara ait taşınmazların kiralanmasında kira süresinin geçmesinin bir sona erme sebebi olduğuna ve taşınmazın mülki amir tarafından tahliyesinin yapılabileceğine ilişkin bir hükmün eklenmesiyle düzeltilbilir.

Mazbut vakıflara ait taşınmazları konu edinen kira sözleşmelerinin üç aylık kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle kendiliğinden sona ereceğini düzenleyen Vakıflar Kanununun 20. maddesine eklenen dördüncü fıkranın yürürlüğe girmesinden sonra bu hükmün farklı şartlar içeren TBK m. 315 hükmüyle birlikte uygulanabilmesi mümkündür.

Mazbut vakıflara ait taşınmazların onarım veya inşa karşılığı kiraya verilmesinde kira süresinin başlangıç tarihinde alınacak olan teminat, Devlet İhale Kanunu m. 54'de belirtilen kesin teminat yanında alınması gereken ek bir teminattır. Onarım veya inşa karşılığı kiralamayı konu edinen kira sözleşmelerinin üç aylık kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle sona ermesi halinde tahsil edilemeyen kira alacağı ve tahliye masrafları da bu teminattan mahsup edilir.

## KAYNAKÇA

- Akgündüz**, Ahmed, İslam Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, İstanbul 1996.
- Aydemir**, Efrail, Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016.
- Ayhan**, Fatma, İdarenin Taraf Olduğu Kira Sözleşmelerinin Hukuki Rejimi, İstanbul 2013.
- Ceran**, Mithat, Kira Sözleşmesi ve Tahliye Davaları, Genişletilmiş, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2019.
- Çınar**, Ömer, Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Özel Sayı, İstanbul 2016, s. 827-855.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı Ankara 2019.
- Gökayla**, K. Emre, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)" Journal of Yaşar University, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 1203-1250.

- Gümüş**, M. Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), İstanbul 2011.
- Günel**, M. Cahit, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Taraf Olduğu Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına Uygulanacak Hukuk (TBK m. 339/f. II)” İÜHFEM, C. LXXII, (s. 831-850), 2014, s. 831-850.
- İnceoğlu**, M. Murat, Kira Hukuku Cilt II, İstanbul 2014.
- Karinâbâdizâde** Ömer Hilmi/**Sungurbey**, İsmet, Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul 1978.
- Öğüz**, M. Tufan, Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları, İstanbul 2007.
- Ömer Hilmi** (Karinâbâdizâde), İtha’ül Ahlaf fi Ahkâmül Evkaf, İstanbul 1307.
- Öz**, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değışiklik ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul 2012.
- Özkaya**, Eraslan, Eski Vakıf Hukuku, Ankara 2012.
- Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10.Baskı’yı Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet YAVUZ – Prof. Dr. Faruk ACAR – Doç. Dr. Burak ÖZEN, İstanbul 2014.
- Yener**, M. Serhat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Vakıf Kira Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2015.

## Çalışma Belgesinin İçeriği

### Content of the Certificate Employment

Aslıhan KAYIK AYDINALP\* 

#### Öz

İş ilişkisi kurulurken işverenlerin seçimini etkileyen en önemli faktör işçinin mesleki geçmişi. Bu bilgileri işçiler, başvuru dosyası ile işverene sunarlar. Hiç şüphesiz ki işçinin mesleki geçmişine ilişkin üçüncü bir kişi, özellikle de eski işveren tarafından sunulan bir belgenin etkisi, objektif olduğu varsayımından hareketle daha etkili olmaktadır. Bu ise çoğu zaman önceki işveren ya da amirden alınan bir referans mektubu ile sağlanmaktadır. Hukuk düzenimizde işverenlerin referans mektubu düzenleme yükümlülüğü olmamakla birlikte, bir nevi referans mektubu etkisi yaratan çalışma belgesi düzenleme borcu öngörülmüştür. Bu belge doktrinde çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bu sınıflandırmalardan birinin ölçütünü ise belgenin içeriği oluşturmaktadır. Çalışma belgesinin hukuki dayanaklarında, içeriğe ilişkin genel bilgiler yer almakla birlikte, içeriğe dahil edilmesi gereken unsurların detaylandırılmaya ihtiyacı vardır. İşçiler tarafından işverenin bu borcu çok fazla bilinmediğinden konu yargı kararlarına da olması gerektiği çerçevede taşınmamıştır. Çalışmamızda kısmen çalışma belgesinin ne olduğuna ilişkin bilgilere yer verilmekle birlikte, esasen içeriği konusu incelenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Çalışma belgesi, Bonservis, Çalışma belgesinin içeriği, Performans ve davranış, Çalışma belgesine hâkim ilkeler.

#### Abstract

The most important factor affecting the choice of employers when establishing a employment relationship is the professional background of the employee. The employees present this information to the employer with the application file. Undoubtedly, the effect of a third person, especially a former employer, regarding the professional background of the employee is more effective than the assumption that it is objective. This is often accomplished by a reference letter from the previous employer or supervisor. In our legal order, although employers are not obliged to issue a reference letter, it is foreseen to arrange a certificate of employment that creates a reference letter effect. The document has been subjected to various classifications in the doctrine. The content of the document constitutes the criterion of one of these classifications. Although the legal basis of the certificate of employment includes general information about the content, the elements that should be included in the content need to be detailed. Since this debt of the employer is not known much by the employees, the issue has not been moved to the judicial decisions within the framework it should be. In our study, although partly information about what the working document is, it is tried to examine mainly its content.

\* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: aslihan.kayik@inonu.edu.tr.

**Keywords:** Certificate employment, Testimonial, Content of certificate employment, Performance and behavior, Principles of certificate employment.

## I. ÇALIŞMA BELGESİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

### A. ÇALIŞMA BELGESİNİN TANIMI VE HUKUKİ DAYANAĞI

Çalışma belgesi, işçinin yerine getirmiş olduğu işin türü ve süresi ile talep halinde işçinin performans ve davranışlarına ilişkin bilgilerin de yer aldığı belgedir<sup>1</sup>. Çalışma belgesini, iş ilişkisinin bir nevi kopyası olarak tanımlamak da mümkündür<sup>2</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu (İşK.) m. 28' e göre, "İşten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir.". 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 426'ya göre ise, "İşveren, işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür. İşçinin açıkça istemde bulunması hâlinde, hizmet belgesinde onun iş görmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir." İlgili düzenlemeler çalışma belgesinin hukuki dayanağını oluşturmaktadır<sup>3</sup>.

### B. ÇALIŞMA BELGESİNİN TÜRLERİ

Çeşitli kıstaslar dikkate alındığında çalışma belgesi, türlere ayrılmaktadır. İçeriğini oluşturan unsurlar açısından basit ve nitelikli çalışma belgesi olmak üzere ikiye ayrılır<sup>4</sup>. Belgenin istenme zamanına göre nihai ve ara dönem çalışma belgesi ise diğer bir ayrımdır. İşK. m. 28'de yer alan tanım, bu ayrımlardan basit ve nihai çalışma belgesine, TBK m. 426' da yer alan tanım ise basit, nitelikli, nihai ve ara dönem çalışma belgesine işaret etmektedir. Ancak İşK. m. 28' de nitelikli ve ara dönem çalışma belgesine ilişkin bir düzenlemenin yer almaması, kanaatimizce İş Kanunu kapsamında yer alan işçilerin bu belgeleri talep edemeyeceği anlamına gelmez<sup>5</sup>. Her ne kadar maddede nitelikli çalışma belgesine

1 PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Auflage, Köln 2012, s. 973; LOWISCH, Manfred/ CASPERS, Georg/ KLUMPP, Steffen: Arbeitsrecht, 9. Auflage, München 2012, Rn. 653, s. 176; STAEHELIN, Adrian: Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Rn.1, s. 484, <https://www.swisslex.ch/de/>, E.T. 28.03.2019; WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2012, Rn. 307, s. 127; AKYİĞİT, Ercan: "İş Kanunu'nda İşverenin Çalışma Belgesi Verme Yükümü", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi", Cilt: 22-23, Sayı 6-1, Mayıs-Ağustos 2010, s. 2; HOZAR, N. Nağme: "İşverenin Çalışma Belgesi Düzenleme Yükümlülüğü", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009, s. 252; SÖNMEZ, Gülsüm: "Çalışma Belgesi Düzenlemeden Doğan Sorumluluk", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2011, s. 1490.

2 MULLER-GLOGE, Rudi: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2013, Rn. 20, s. 1957.

3 ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s. 403; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019, s. 766.

4 Çalışma belgesinin türleri hakkında bkz. AKYİĞİT, s. 2-4; HOZAR, s. 252; SÖNMEZ, s. 1490-1491.

5 4857 sayılı İş Kanununda nitelikli ve ara dönem çalışma belgesinin düzenlenmemiş olmasının, bunun yasaklandığı sonucunu doğurmadığına ilişkin aynı nitelikteki görüş için bkz. AKYİĞİT, s. 3, 10; SÖNMEZ, s. 1490; Benzer nitelikte bkz. ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s. 617; İş Kanunu tabi işçiler açısından, işverenin nitelikli çalışma belgesi düzenlemek zorunda olmadığı hakkında görüş için bkz. HOZAR, s. 253.

ilişkin bir yükümlülük söz konusu olmasa da işverenin genel anlamda işçiyi gözetme borcunun, İş Kanunu kapsamında yer alan işçilerin de bu belgeleri talep edebilmesini gerektirdiği kanaatindeyiz<sup>6</sup>.

Basit çalışma belgesinde, çalışmanın türü ve süresine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Karşılaştırmalı hukuk açısından basit çalışma belgesi; Alman Sanayi ve Ticaret Yönetmeliği m. 109/f.1.c.2'ye göre en azından çalışmanın süresi ve ifa edilen işin türünün yer verildiği belge olarak tanımlanırken<sup>7</sup>, İsviçre Borçlar Kanunu m. 333'ada da çalışmanın süresi ve ifa edilen işin türüne ait bilgiler içeren belge olarak tanımlanmaktadır<sup>8</sup>. İşçinin talebi üzerine basit çalışma belgesinde yer alan bilgilerin yanı sıra işçinin performansı ve davranışlarına da belgede yer verilmesi durumunda nitelikli çalışma belgesi söz konusu olacaktır<sup>9</sup>. Ancak nitelikli çalışma belgesi düzenlenmesi talebi makul olmalıdır<sup>10</sup>. Zira basit çalışma belgesi talebi kural, nitelikli çalışma belgesi talep etme ise istisna olarak kabul edilmeli, nitelikli çalışma belgesi talep etme hakkının kötüye kullanılmaması gerekir.

### C. HAK SAHİBİ

Çalışma belgesini talep hakkı kural olarak işçilere tanınmıştır. Ancak bu haktan stajyer, çırak gibi işçi benzeri kişilerin de faydalanması konusunda, kanaatimizce bir sakınca yoktur<sup>11</sup>. Zira bu kişiler de stajyerlik ya da çıraklık süreçlerini tamamladıktan sonra işe ihtiyaç duyacak ve bu süreçlere ilişkin bir çalışma belgesi iş başvurusunda işlerini kolaylaştıracaktır. Alman hukukunda hak sahibinin bir stajyer olması halinde çalışma belgesi, meslek eğitiminin amacı, süresi ve türüne ilişkin bilgileri ile stajyerin kazanmış olduğu becerilere ilişkin bilgileri de içermelidir (BBiG ¶ 16 II 1). Davranış,

6 Aynı doğrultuda bkz. AKYİĞİT, s. 3.

7 WALTERMANN, Rn. 307, s. 127; PREIS, s. 973; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 653, s. 176; STAEHELIN, Rn. 12, s. 488; STAUNDINGER/ PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht Kommentar, Berlin 2012, Rn. 21, s. 1888; HUMMERICH, Klaus/ Oliver/ MAUER, Reinhold: Arbeitsrecht, 7. Auflage, Parag. 3, Rn. 9.

8 REHBINDER, Mafred/ STOCKLI, Jean-Fritz: Berner Kommentar, Einleitung und Kommenatr zu den Art. 319-330b OR, Rn. 14, s. 605, <https://www.swisslex.ch/de/>, E.T. 28.03.2019.

9 PREIS, s. 973; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 9; WALTERMANN, Rn. 307, s. 127; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 654, s. 176; STAUNDINGER/PREIS, Rn. 21, s. 1888; REHBINDER, Mafred/ STOCKLI, Jean-Fritz: Berner Kommentar, Einleitung und Kommenatr zu den Art. 319-330b OR, Rn. 14, s. 605, <https://www.swisslex.ch/de/>, E.T. 28.03.2019; MULLER-GLOGE, Rn. 18, s. 1956; MÖHREN, Stefan: Arbeitsrecht, NomosFormulare, 7. Auflage, Baden-Baden 2011, Rn. 221, s. 906.

10 STAUNDINGER/PREIS, Rn. 37, s. 1896.

11 Yargıya intikal etmiş, çıraklar için de çalışma belgesi düzenlendiğine ilişkin karar için bkz. "...Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacı adına 09/07/2000 tarihli işe giriş bildirgesinin Çıraklık Eğitimi Merkez Müdürlüğü tarafından verildiği, 07/07/2000 tarihli çıraklık sözleşmesinin davacı, velisi ve davalı işveren temsilcisi tarafından imzalandığı, Yalova Mesleki Eğitim Merkezince davacının devamsızlık nedeniyle kaydının silindiği ve 13/12/2002 tarihi itibarıyla SSK primlerinin ödenmesine son verildiğinin bildirildiği, 25/10/2003-31/10/2003 tarihleri arasında geçen çalışmalarının davalıya ait 1007376 sicil sayılı işyerinden bildirildiği, 11/122003-31/12/2003 tarihleri arasındaki çalışmalarının dava dışı İbrahim Şenè ait 1068328 sicil sayılı işyerinden bildirildiği, 12/01/2004-12/04/2005 tarihleri arasında askerlik görevini yaptığı, 09/09/2005-15/04/2011 tarihleri arasında geçen çalışmalarının davalıya ait 1007376 sicil sayılı işyerinden bildirildiği, 04/11/2003 tarihli bonserviste davacının 12/10/1998-15/11/2003 tarihleri arasında davalıya ait işyerinde çalıştığının yazılı olduğu, davacı ve davalı tanıklarının dinlenildiği anlaşılmaktadır...Somut olayda, davacı, velisi ve davalı işveren temsilcisi tarafından imzalanmış 07/07/2000 tarihli çıraklık sözleşmesi, bonservis ve dinlenen tanıklar beyanlarından davacının davalıya ait işyerinde çıraklık döneminden itibaren askerlik süresi haricinde kesintisiz olarak çalıştığı anlaşılmaktadır...". Y. 21. HD., E. 2016/666, K. 2017/3760, T. 09/05/2017, yargitay.gov.tr., E.T., 23.3.2020.



performans ve mesleğe ilişkin diğer yeteneklere ancak stajyerin talepte bulunması halinde çalışma belgesinde yer verilir. Stajyere eğitimin işveren dışındaki bir kişi tarafından verilmesi halinde, işverenin yanı sıra eğitim veren kişinin de çalışma belgesini imzalaması gerekir<sup>12</sup>.

#### **D. ŞEKLİ**

Çalışma belgesinin şekline ilişkin kanunlarda herhangi bir şart öngörülmemiştir. Ancak çalışma belgesinin işlevi ve müstakbel işverene takdim edilecek olması nedeniyle yazılı şekilde düzenlenmesi gerektiği sonucuna varıyoruz. Hangi unsurların mevcudiyeti halinde bu şartın gerçekleştiğinin ise detaylandırılması gerekir. Alman hukukunda yazılı bir kural olmamakla birlikte, işyerinin ait olduğu iş kolunda yazılı ifadeler için antetli kâğıt teamül gereği kullanıyor ve işveren de yazışmalarında bu nitelikte kâğıt kullanıyorsa, çalışma belgesinin sadece şirkete ait kurumsal bir kâğıt üzerine yazıldığında şekil açısından geçerli olacağı doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Kanunlarımızda çalışma belgesinin şekline ilişkin bir kural yer almadığı gibi konuya ilişkin yargıya intikal etmiş örneklere de rastlanamamıştır. Ancak Alman hukukunda olduğu gibi bir şekil şartının kabul edilmesinin, belgenin itibar görmesi açısından önem arz edeceği kanaatindeyiz. Mevcut durumda çalışma belgesi için adi yazılı şekil yeterli olmakla birlikte, şirkete ait antetli bir kâğıt üzerine hazırlandığında daha muteber bir belge haline gelecektir. Aksi durumda çalışma belgesi geçerli olmakla birlikte, işverenin sözleşme sonrasında/sırasında işçiyi gözetme borcuna aykırılık nedeniyle bir tazminat yaptırımını söz konusu olabilir. Belgenin elektronik ortamda hazırlanması, mail yoluyla hazırlanması ya da basılı matbu kağıtların kullanılması kabul edilmemelidir<sup>14</sup>.

Çalışma belgesinin dili ise kural olarak Türkçe olmalıdır. Ancak işyerinde ya da ilgili sektörde alışılmış şekilde farklı bir dil kullanılıyorsa ise o dilde hazırlanması da mümkündür<sup>15</sup>.

Şekle ilişkin bir diğer husus ise düzenleyenin her zaman kullandığı el imzası ile ıslak imzalı olarak belgeyi imzalamasıdır<sup>16</sup>. İmzanın tıpkı basımı ya da kopyalanması yapılmamalı, bilakis mürekkepli ya da tükenmez kalem gibi silinmeyen kalem ile bizzat yerine getirilmeli, boyut olarak çok fazla büyük olmamalıdır<sup>17</sup>. Kurşun kalemle hazırlanmış ya da düzeltme, silinti veya leke içeren özensiz bir şekilde hazırlanmış çalışma belgesini, işçi kabul etmek zorunda değildir<sup>18</sup>. Zira bu nitelikteki bir belge, okuyan kişinin belgeye itibar etmemesine neden olacaktır.

12 LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 656, s. 176.

13 BAG 3.3.1993 AP Nr. 20 zu § 630 BGB, PREIS, s. 974; WALTERMANN, Rn. 307, s. 128; BAG 9.9.1992-5 AZR 509/91 – NZA 1993, 698 f. İşveren çalışma belgesini iki kez katlayabilir, alışılmış büyüklükte bir zarfın içine sığdırabilmek için, eğer çalışma belgesi kopyalanabilir ve bükümler normal bir çalışma belgesinde kopyanın üzerine imzalanmamışsa, BAG 21.9.1999-9 AZR 893/98 – NZA 2000, 257 f.; WEIDENKAFF, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2013, Rn. 4., s. 966; STAEHELIN, Rn. 8, s. 486.

14 STAUDINGER/PREIS, Rn. 25, s. 1890; WEIDENKAFF, Rn. 4., s. 966; LAG Bremen 23.6.1989 LAGE PARAG. 630 BGB Nr. 6.

15 STAEHELIN, Rn. 9, s. 486.

16 STAUDINGER/PREIS, Rn. 25, s. 1890.

17 LAG Nürnberg 3.8.2005 NZA-RR 2006, 13.

18 STAEHELIN, Rn. 8, s. 486.

## E. İŞLEVI

İş başvurularında müstakbel işveren, başvuran işçinin yerine getirdiği iş, işyerindeki çalışma süresi, işçinin niteliği ve kişiliği gibi konularda önceki işverenden bilgi edinmek isteyecektir<sup>19</sup>. Bu bilgiyi ise çalışma belgesi sağlayacaktır<sup>20</sup>. Bu nedenle işçinin istihdamı açısından çalışma belgesi oldukça önemlidir. İşçinin yeni iş için başvurularında, bir nevi pasaport işlevi görmektedir<sup>21</sup>. Kanunlarımızda işverenin çalışma belgesi düzenleme borcuna yer verilerek bu durum işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmaktan çıkarılmış, bir yükümlülük haline getirilmiştir. Böylece işçinin çalışmış olduğu önceki işveren, bu nitelikteki bilgiyi vermekle yükümlü kılınmıştır<sup>22</sup>.

Çalışma belgesinin bir diğer işlevi olarak da hizmet tespiti ve işçilik alacağı davalarında, ispat vasıtası olabilmesidir<sup>23</sup>. Hizmet tespiti davasında, davacı, davalı işyerinde sosyal sigorta ilişkisi doğuracak şekilde çalıştığını ispat etmek zorundadır<sup>24</sup>. Hâkim de tarafların getirdiği delillerle bağlı olunmaksızın sigortalılık ilişkisinin ortaya çıkması için her türlü araştırmayı yapmalıdır<sup>25</sup>. Bu çerçevede ispat vasıtası olarak dikkate alınacak belgelerden biri de hiç şüphesiz ki işveren tarafından hazırlanan çalışma belgesi olacaktır. Ancak bunun için gerek şekil gerek içerik açısından geçerli bir çalışma belgesinin olması gerekir.

19 HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 216; WALTERMANN, Rn. 307, s. 128; STAEHELIN, Rn. 1, s. 483.

20 STAEHELIN, Rn. 1, s. 483; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 657, s. 176; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 216.

21 LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 660, s. 177; STAEHELIN, Rn. 1, s. 483; Konuya ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi tarafından verilen bir karar için bkz. "...Çalışma belgesi işe almada üçüncü kişi konumunda olan müstakbel işveren için bilgilendirme amacına hizmet ettiğinden, işçinin iş bulmasına fayda sağlayacak öneli bilgilerden oluşmalıdır. Bundan dolayı gerçek olmalı, tüm somut olguları ve değerlendirmeleri ihtiva etmelidir ki bunlar işçinin bir bütün olarak değerlendirilebilmesi açısından önemlidir. Ayrıca bu konuda gelecekteki işveren haklı ve makul çıkarlara sahip olabilir...". BAG 5.8.1976 AP Nr. 10 zu ¶ 630 BGB, PREIS, s. 975.

22 WALTERMANN, Rn. 307, s. 128.

23 Yargıya intikal etmiş konuya ilişkin bir karar için bkz. "...Dava davacının 10/05/2001 – 01/11/2004 tarihleri arasında sürekli ve kesintisiz asgari ücretle çalıştığının tespiti istemine ilişkindir...davacıya davalı şirket kaşesi mevcut, imzalı dava konusu uyumsuzluk tarihleri ile uyumlu bonservis verildiği...Mahkemece yapılacak iş... tüm bu araştırmalar sonrası bonservis, staj belgesi, savcılık ifadesini de dikkate alarak sonuca gitmekten ibarettir...", Y. 21. HD., E. 2018/5279, K. 2019/6548, T. 5.11.2019, yargitay.gov.tr, E.T.23.3.2020; Benzer nitelikteki bir diğer karar için bkz. "...Somut davada, davacının 01.04.1992-31.01.2006 tarihleri arasında davalı işverene ait farklı iş yerlerinden bildirimlerinin olduğu, bu dönem içerisinde 01.10.1993-10.01.1994, 15.06.2001-31.07.2001 ve 14.03.2002-25.11.2002 tarihleri arasında da dava dışı başka iş yerlerinden bildirimlerinin bulunduğu, hizmet cetvelinde eksik gün nedenlerinin puantaj kayıtları ve diğer nedenler olarak belirtildiği, dosya içerisinde davalı şirket tarafından davacı adına düzenlenmiş kaba inşaat ustası olduğunu ve 7 yıllık tecrübesinin olduğunu belirten tarihsiz bonservis belgesinin bulunduğu anlaşılmaktadır...", Y. 10. HD., E. 2016/16378, K. 2019/6122, T. 17.09.2019, yargitay.gov.tr, E.T.23.3.2020; Çalışma belgesinin ispat aracı olarak dikkate alındığına ilişkin örnek nitelikteki diğer kararlar için bkz. Y. 21. HD., E. 2016/12665, K. 2018/2146, T. 12.03.2018; Y. 21. HD., E. 2016/8685, K. 2017/10366, T. 11.12.2017; Y. 9. HD., E. 2015/35722, K. 2016/6865, T. 22.03.2016, yargitay.gov.tr, E.T.23.3.2020.

24 Hizmet tespiti davası hakkında detaylı bilgi için bkz. ARAP, Erdal: Hizmet Tespiti Davaları,

Ankara 2018; BİLGİLİ, Abbas: Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011; KAYIK AYDINALP, Aslıhan/ MÜLAYİM, Baki Oğuz: "Hizmet Tespiti Davalarında İş Sözleşmesi İle Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler", SÜHFD, S. 27, Y. 2019, s.809-843; ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s. 482; BULUT, Mehmet: Sosyal Güvenlik Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017, s. 250.

25 AKPULAT KÖME, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 242; BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 356; GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013, s. 629.

## II. ÇALIŞMA BELGESİNE HAKİM İLKELER

### A. GENEL OLARAK

Çalışma belgesine ilişkin maddelerde (İşK. m. 28, TBK. m. 426), çalışma belgesinin doğru olması gerektiği vurgulanmaktadır. Çalışma belgesine ilişkin kabul gören hâkim ilkeler arasında “doğruluk” ilkesi birinci sırada yer almaktadır. Kanunlarımızda açık bir şekilde zikredilmese de belgenin işlevi ile dürüstlük ve iyiniyet kuralları dikkate alındığında, aynı zamanda karşılaştırmalı hukukta yer alan ilkeler de göz önünde bulundurulduğunda, hâkim ilke sayısını artırmak mümkündür. Bunların en önemlileri olarak; teklik ve eksiksizlik ilkeleri sayılabilir<sup>26</sup>.

### B. DOĞRULUK

Doğruluk ilkesi, çalışma belgesinde yer alan bilgilerin objektif olarak doğru olmasını, yanlış bilgiler içermemesini ifade eder<sup>27</sup>. Çalışma belgesine hâkim olması gereken ilkeler arasında “doğruluk” ilkesinin birinci sırada yer aldığı söylenebilir. İlke gereği doğrulara dayanan bilgilere yer verilmeli; iddia, varsayım ya da salt kuşkuya yer vermekten kaçınılmalıdır<sup>28</sup>.

Belgenin işçinin mesleki ilerlemesini gereksiz bir şekilde zorlaştırmaması için iyiniyetli olarak hazırlanması gerekir<sup>29</sup>. Ancak bu durum, her şeyi toz pembe göstermek anlamına da gelmemektedir<sup>30</sup>. Abartıdan uzak ve gerçeğe dayanan ifadelere yer verilmelidir. Zira belgenin işlevi dikkate alındığında belgenin doğru olması sadece işçinin değil, müstakbel işverenin de menfaatinedir.

Nitelikli çalışma belgesinin talep edilmesi halinde işçinin performans, tutum ve davranışlarına ilişkin değerlendirme, kaçınılmaz bir şekilde hazırlayanın sübjektif görüşlerini içerecektir<sup>31</sup>. Ancak değerlendirmenin sübjektif olmasını, önyargıya dayandırılmasından ayırmak gerekir<sup>32</sup>. Aksi takdirde doğruluk ilkesi ihlal edilmiş olur. İşçinin performans, davranış ve tutumlarına ilişkin değerlendirmeler dışında kalan bilgilerin objektif olması gerekir<sup>33</sup>.

26 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 17, s. 1956; STAUDINGER/PREIS, Rn. 38, s. 1896; Palandt/ WEIDENKAFK, Rn. 6, s. 966; REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 605; Bu ilkeler ilave olarak Alman hukukunda açık ve anlaşılır olma ilkeleri de vurgulanmaktadır.

27 PREIS, s. 974; MÖHREN, Rn. 223, s. 906; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 659, s. 177; STAEHELIN, Rn. 10, s. 487; BAG 29.7.1971 AP BGB Prg 630 Nr.6, ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 22, s. 1957; REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 606; Palandt/ WEIDENKAFK, Rn. 6, s. 966; WALTERMANN, Rn. 307, s. 127; PREIS, s. 975; Çalışma belgesinde yer alan bilgilerin doğru olmaması halinde doğan sorumluluk hakkında detaylı bilgi için bkz. SÖNMEZ, s. 1497-1516; HOZAR, s. 256-258.

28 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 24, s. 1957; STAEHELIN, Rn. 10, s. 487; BAG 5.8.1976 AP Nr. 10 zu ¶ 630 BGB, PREIS, s. 975; REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 605.

29 HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 216; MÖHREN, Rn. 223, s. 906; WALTERMANN, Rn. 307, s. 128.

30 LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 660, s. 177; Aksi takdirde gelecekteki işverene karşı sorumlu olur, AKYİĞİT, s. 17.

31 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 24, s. 1957.

32 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 24, s. 1957.

33 STAEHELIN, Rn. 10, s. 487; PREIS, s. 976; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 24, s. 1957.

### C. TEKLİK

Teklik ilkesi, tek bir çalışma belgesi düzenlenmesi gerektiğini ifade eder<sup>34</sup>. Aynı anda hem basit hem de nitelikli çalışma belgesi istenemez<sup>35</sup>. Değerlendirme yapılırken tüm sözleşme süresine dayanılması da teklik ilkesinin bir gereğidir<sup>36</sup>. Aynı şekilde birden fazla işin görülmesi nedeniyle görülen her bir iş için ayrı çalışma belgesi talep edilememesi de teklik ilkesinin bir gereğidir<sup>37</sup>. Teklik ilkesi performans ve davranışların değerlendirilmesi hususunda da etkiye sahiptir. Bu nedenle belgede sadece performans ya da sadece davranışa yer verilmesi talep edilemez<sup>38</sup>.

### D. EKSİKSİZLİK

Çalışma belgesi bir taraftan işçinin yeni iş başvurusunda bir nevi pasaport gibi hizmet etmekte, diğer taraftan da üçüncü kişi konumundaki müstakbel işvereni işçi hakkında bilgilendirmektedir<sup>39</sup>. Eksiksizlik ilkesi gereği genel değerlendirme için anlamlı olan ve üçüncü kişinin çıkarları için önem arz eden, okuyanın da belgede var olmasını umduğu tüm esaslı noktaların eksiksiz bir şekilde belge hazırlanırken göz önünde bulundurulması gerekir<sup>40</sup>. Önemli olayların gizlenmesi, müstakbel işverenin yanılmasına sebebiyet verebilir<sup>41</sup>. Bu nedenle işçi bir bütün olarak değerlendirilmeli, her iki tarafın çıkarları için söz konusu somut olgu ve değerlendirmelere eksiksiz bir şekilde yer verilmelidir<sup>42</sup>.

Eksiksizlik ilkesi, olumlu durumlar kadar olumsuzlar için de geçerlidir. Bu nedenle belgede işçinin aleyhine olanlar da dahil olmak üzere, tüm önemli gerçeklere yer verilmelidir<sup>43</sup>. Ancak işçinin yeni iş başvurusunda herhangi bir anlam ifade etmeyecek bilgiler yazılmayabilir<sup>44</sup>. Diğer bir anlatımla belgede yer verilmeyen bilgilerin, yeni iş başvurusuna bir etkisi olmayacak ise bu bilgilere çalışma belgesinde yer verilmemiş olması eksiksizlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir.

Çalışma belgesi işlevi gereği açık ve anlaşılır da olmalıdır<sup>45</sup>. İşçi ve gelecekteki işveren, belgede ne denilmek istendiğini tek başına anlayabilmelidir<sup>46</sup>.

34 PREIS, s. 975; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 18, s. 1956.

35 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 18, s. 1956.

36 STAEHELIN, Rn. 10, s. 487; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 18, s. 1956.

37 LAG F 23.1.1968 AP BGB ¶ 630 Nr. 5; 14.9.1984 NZA 1985, 27; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 18, s. 1956; MÖHREN, Rn. 218, s. 905.

38 STAEHELIN, Rn. 18, s. 491; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 18, s. 1956.

39 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 19, s. 1956.

40 PREIS, s. 974; BAG 29.7.1971 AP BGB Prg 630 Nr.6, ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 22, 24 s. 1957; BAG 12.8.1976 AP BGB Prg 630 Nr 11, ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 19, s. 1956.

41 LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 660, s. 177.

42 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 19, s. 1956; REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 605.

43 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 24, s. 1957.

44 MÖHREN, Rn. 218, s. 905.

45 Palandt/ WEIDENKAFK, Rn. 6, s. 966, ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 22, s. 1957.

46 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 22, s. 1957.

### III. ÇALIŞMA BELGESİNİN İÇERİĞİ

#### A. GENEL OLARAK

Çalışma belgesine ilişkin düzenlemelerde, belgenin içeriğinden çok genel ifadelerle bahsedilmiş ancak detaylandırılmamıştır. Çalışma belgesinin içeriğini oluşturan unsurlar bu ana başlık altında, özellikle Alman doktrininde yer alan görüşlerden faydalanılmak suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır. İşçinin performans ve davranışı dışında kalan unsurlar hem basit hem de nitelikli çalışma belgesinde yer alması gereken ortak unsurlardır. Bu nedenle ilk olarak hem basit hem de nitelikli çalışma belgesi için ortak mahiyetteki unsurlar, son olarak da performans ve davranış unsuru açıklanacaktır.

#### B. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI AÇISINDAN ÇALIŞMA BELGESİ

Çalışma belgesinin içeriğini detaylandırmaya geçmeden önce, belgenin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) açısından kısa bir değerlendirilmesi ihtiyacı duyulmuştur<sup>47</sup>. Kişisel verilerin işlenebilmesi için kural olarak ilgili kişinin açık rızasının alınması gerekir. Ancak 6698 sayılı KVKK m. 5 uyarınca, kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. İşverenin çalışma belgesi düzenleme borcuna baktığımızda, İşK. m. 28 ve TBK m. 426 gereği kanundan kaynaklandığını görmekteyiz. Bu nedenle çalışma belgesinde kişisel verilerin işlenmesi kanundan kaynaklanmaktadır. Esasen çalışma belgesini her ne kadar işveren düzenlese de bu belge işçiye verilmekte ve işçi tarafından 3. kişi konumunda olan müstakbel işverenle paylaşılmaktadır. Dolayısıyla bu çerçevede kalındığı sürece, konuya ilişkin işçiden açık rıza alınmasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Hiç şüphesiz ki özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi için KVKK m. 6 uyarınca işçinin açık rızasının alınması gerekir. Esasen işçi tarafından çalışma belgesinin talep edilmiş olması, işçinin açık rızasının eylemli görünümü olarak yorumlanabilir. Böyle bir kabulün söz konusu olabilmesi için belgenin işlevi dikkate alınarak, işlenen verilerin ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

#### C. ÇALIŞMA BELGESİNİN İÇERİĞİNİ OLUŞTURAN UNSURLAR

##### I. Kimlik Bilgileri

Çalışma belgesinde ilk olarak işçinin kimlik bilgileri arasında yer alan çeşitli kişisel bilgilerine yer verilmelidir<sup>48</sup>. Bu nedenle varsa akademik unvanla birlikte ad-soyad bilgisi kural olarak belgede yer

47 Kişisel verilerin korunmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. GÜRSEL, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016; BEYTAR, Erbil: İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2018; GÜRSEL, İlke: "Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkinde Etkileri", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2016, S. 50; UNCULAR, Selen: İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2018; DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019; ÇEKİN, M. Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2018.

48 STAUDINGER/PREIS, Rn. 30, s. 1892.

almalıdır<sup>49</sup>. İşçi tarafından talep edilmediği müddetçe vatandaşlık kimlik numarası, doğum tarihi, kızlık soyadı, uyruk bilgisi, din ve mezhep gibi özel nitelikteki bilgilere yer verilmemesi gerekir<sup>50</sup>.

## 2. İşin Tanımlanması

Belgede yer alması gereken diğer bir unsur ise, işçi tarafından ifa edilen işin tanımlanmasıdır. İşin tanımına, tam ve doğru bir şekilde yer verilmelidir<sup>51</sup>. Tanımlama yapılırken yuvarlak bir tablonun verilmesi yeterli olmayıp, iş basit bir şekilde detaylandırılmalıdır<sup>52</sup>. İşçiye verilen ustabaşı, şef, müdür, ticari temsilci gibi sıfatlarla imza ve temsil yetkisinin verilmesi durumunda, yetkinin derecesi de eklenmelidir<sup>53</sup>. Ayrıca işçinin kısmi ya da tam süreli, belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştığına ilişkin, sözleşmenin türünden de bahsedilmelidir<sup>54</sup>.

Müstakbel işverenin, net bir tablo ile karşılaşılabilmesi için ifa edilen işin kronolojik bir şekilde tam ve doğru tanımlanması gerekir<sup>55</sup>. Zira işçi, işyerinde her zaman tür bakımından tek bir iş yerine getirmiş olmayabilir. İşçinin farklı zamanlarda ya da aynı anda birbirinden farklı görevlerde bulunması mümkündür. Bu gibi durumlarda ifa edilen tek bir işe yer verilmesi, işin tür ve kapsamını belirleme noktasında yetersiz kalacaktır<sup>56</sup>. İşçinin, işin görülmesi açısından önem arz eden bilgi ve kapasitesi hakkında kanaat uyandıracak görev ve işler gizlenemez, özellikle de zaman zaman kendisine özel görevler verilmişse<sup>57</sup>. Aynı şekilde işçinin yürütmüş olduğu eğitim faaliyetlerine de

49 AKYİĞİT, s. 14; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 218.

50 Esasen bu özel nitelikli veriler çalışma belgesinin işlevi dikkate alındığında gerekli de değildir. Bu nedenle her ne kadar çalışma belgesi kanunda düzenlenmiş olsa da bu bilgilerin belgenin zorunlu unsuru olmadığı ve bu nedenle ancak açık rıza halinde işlenebileceği kanaatindeyiz; MÖHREN, Rn. 218, s. 905.

51 AKYİĞİT, s. 14; STAUDINGER/PREIS, Rn. 31, s. 1893; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 218; MULLER-GLOGE, Rn. 17, s. 1956; MÖHREN, Rn. 218, s. 905; PREIS, s. 975; HOZAR, s. 256.

52 STAEHELIN, Rn. 12, s. 488; STAUDINGER/PREIS, Rn. 31, s. 1893; Konuya ilişkin örnek mahiyetindeki Yargıtay kararı için bkz. "...bonservis kartına göre davacının 10/01/1984 tarihinde yağlı boya ustası olarak çalışmaya başladığının belirtildiği...", Y. 21. HD., E. 2016/9504, K. 2017/969, T. 14/02/2017; Benzer bir diğer karar için bkz. "...davacının 29/08/1989-01/03/1991 döneminde askerde olduğu; askere giderken işveren tarafından verilen imzalı ve kaşeli işe başlama tarihi; 1.10.1984 işten ayrılma tarihi;15.8.1989 tarihi olan mesleği soğuk demirci yazılı olan bonservis belgesinin düzenlendiği anlaşılmaktadır...", Y. 21. HD., E. 2016/12665, K. 2018/2146, T. 12.03.2018, yargitay.gov.tr, E.T. 23.3.2020.

53 STAEHELIN, Rn. 12, s. 488.

54 AKYİĞİT, s. 15.

55 BAG 10.5.2005 AP Nr 30 zu Prg 630 BGB, STAUDINGER/PREIS, Rn. 31, s. 1893; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 218; AKYİĞİT, s. 14; Alman Federal İş Mahkemesine göre, işveren işin tanımında değerlendirme özgürlüğüne sahiptir. Kelimeleri seçme konusunda serbest olduğunda bir alanı az ya da çok vurgulayabilir. Fakat bu hakka sahip olması, basit çalışma belgesinde değerlendirme yapabilme hakkına sahip olduğu anlamına da gelmemektedir, BAG 12.8.1976 AP Nr 11 zu Prg 630 BGB, STAUDINGER/PREIS, Rn. 36, s. 1895; BAG 29.7.1971 AP Nr 6 zu Prg 630 BGB, STAUDINGER/PREIS, Rn. 36, s. 1896.

56 STAUDINGER/PREIS, Rn. 31, s. 1893.

57 BAG 12.8.1976 AP Nr. 11 zu Prg 630 BGB, STAUDINGER/PREIS, Rn. 31, s. 1893; AKYİĞİT, s. 15; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 218; MÖHREN, Rn. 218, s. 905; Konuya ilişkin yargıya intikal etmiş bir karar için bkz. "...davacı tarafından dosyaya sunulan davalı işyerince düzenlenmiş bonservis örneğinde 15/11/1981-21/01/1984 tarihleri arasında davacının "Ustabaşı" olarak davalı nezdinde çalışmalarının olduğunun görüldüğü...", Y. 21. HD., E. 2014/24984, K. 2015/6000, T. 23.03.2015, yargitay.gov.tr, E.T. 23.3.2020.

çalışma belgesinde yer verilmesi gerekir<sup>58</sup>. Ancak ifa edilen işlerden ikinci derecede kalan, nispeten önemsiz olanlara yer verilmeyebilir.

### 3. Hizmet Süresi

Hizmet süresi, basit ve nitelikli çalışma belgesinde bulunması kanun tarafından öngörülen unsurlarından biridir. Hizmet süresinden, iş ilişkisinin hukuken devam ettiği süreyi anlamalıyız<sup>59</sup>. İş ilişkisinin başlangıç ve bitiş tarihlerine yer verilmek suretiyle bu süre hesaplanacaktır<sup>60</sup>. İş sözleşmesinin bildirimli feshinde, işçinin kıdemine göre belirlenen bildirim süresinin sonu, derhal fesihlerde ise fesih tarihi, bitiş tarihi olarak dikkate alınacaktır.

Hizmet süresi hesaplanırken, her ne kadar iş sözleşmesinin hukuken devam ettiği süre esas alınacak olsa da iş sözleşmesinin askıya alınmasına yol açan çalışılmayan süreler açıklık getirmekte fayda vardır. Çalışılmayan süreler işçinin performans ve davranışı açısından karakteristik olmadığı sürece, bu bilgilere çalışma belgesinde kural olarak yer verilemez<sup>61</sup>. Ancak çalışılmayan sürenin belirtilmemesi, önemi nedeniyle iş ilişkisi açısından yanlış bir tablonun oluşmasına yol açacak ise çalışılmayan süreden de bahsedilmelidir<sup>62</sup>. Zira habersiz konumdaki müstakbel işverende, işçinin iş tecrübesi açısından kesintisiz bir çalışmasının olduğuna dair yanlış bir kanı oluşabilir<sup>63</sup>. Bu noktada çalışılmayan sürenin uzunluğu açısından bir ayırım yapmak gerekir. Hastalık, tatil, mazeret izinleri gibi kısa nitelikteki ara vermeler, çalışma belgesinde bildirilmez<sup>64</sup>. Ancak toplam çalışma süresi dikkate alındığında çalışılmayan süre esaslı nitelikte ise, yani hizmet süresinin önemli bir kısmını oluşturuyorsa, çalışma belgesinde bildirilmelidir<sup>65</sup>. Bu husus çalışma belgesinin doğruluğu ilkesinin de bir gereğidir<sup>66</sup>. Bu duruma örnek olarak hizmet süresinin yarıdan fazlasını çalışılmayan sürenin oluşturması verilebilir<sup>67</sup>. Aynı durum çalışılmayan sürenin iş ilişkisinin son zamanlarına denk gelmesi durumu için de söz konusu olabilir<sup>68</sup>. Kural olarak İşK. m. 74'te yer alan yasal doğum iznine çalışma belgesinde yer verilmemelidir. Ancak doğum nedeniyle alınan ücretsiz izin süresinin fazla olması ya da işçinin toplam hizmet süresine kıyaslandığında oldukça fazla olması durumunda, bu süre çalışma süresi belirlenirken hesaba katılmamalıdır. Alman Federal İş Mahkemesi de ara verilen sürenin önemli ya da önemsiz olmasına göre ayırım yapmaktadır<sup>69</sup>. Aynı şekilde, işçi profesyonel

58 MÖHREN, Rn. 218, s. 905; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 218.

59 MÖHREN, Rn. 219, s. 905; STAUDINGER/PREIS, Rn. 33, s. 1894.

60PREIS, s. 974; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 218; STAUDINGER/PREIS, Rn. 33, s. 1894.

61 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

62 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

63 STAUDINGER/PREIS, Rn. 34, s. 1894; MÖHREN, Rn. 228, s. 907.

64 BAG 10.5.2005 AP Nr. 30 zu ¶ 630 BGB, PREIS, s. 974; AKYİĞİT, s. 15; STAEHELIN, Rn. 13, s. 489; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 219; MÖHREN, Rn. 219, s. 905.

65 BAG 10.5.2005-9 AZR 261/04, NZA 2005, 1237; BAG 10.5.2005 AP Nr. 30 zu ¶ 630 BGB, PREIS, s. 974.

66 MÖHREN, Rn. 223, s. 906.

67 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

68 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

69 Karara göre toplam hizmet süresinin % 70'ini çalışılmayan süre oluşturuyorsa, bu süreye çalışma belgesinde yer verilmelidir, HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 219; MÖHREN, Rn. 219, s. 905.



sendika temsilcisi olması nedeniyle uzun süre iş görme edimini yerine getirmemişse, hizmet süresi tespit edilirken yöneticilik yaptığı süre hesaba dahil edilmemelidir. Zira çalışma belgesi, alıp okuyan için objektif bir tablo çizmelidir<sup>70</sup>. Çalışma belgesinde hesaba dahil edilmemesi gereken bir diğer çalışılmayan süre ise hapis cezası nedeniyle geçen süredir<sup>71</sup>.

İşçinin işveren yanında fasilalı çalışması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda işçinin toplam çalışma süresine belgede yer verilmelidir. Ancak işçinin talebi halinde bu çalışmanın bir kısmını oluşturan hizmet süresine yer verilebilir<sup>72</sup>.

#### 4. Düzenleyen Bilgisi

Çalışma belgesini düzenleme yükümlülüğü işverene aittir. Bu yükümlülük, işverenin gerçek kişi olması durumunda kendisi, tüzelkişi olması durumunda ise yetkili temsilcisi tarafından yerine getirilecektir<sup>73</sup>. İşyerinin büyük olması halinde işverenin, çalışma belgesi talep eden işçi hakkında doğrudan bilgi sahibi olması her zaman mümkün olmayabilir. İşçi hakkında doğrudan bilgi sahibi olunması bilhassa nitelikli çalışma belgesinin talep edilmesi halinde önem arz eder. Zira işçinin performans ve davranışlarına yönelik bir değerlendirmenin yapılması gerekecektir. İşveren tarafından yetkili kılınan işveren vekili tarafından düzenlenen çalışma belgesinde, yetkili işveren vekilinin adının yazılması yeterli olacaktır. Dolayısıyla bu belgenin bizzat işveren tarafından imzalanması zorunlu olmayıp, hiyerarşik olarak işçinin üzerinde yer alan bir kişi tarafından imzalanması da yeterli olacaktır<sup>74</sup>. Ancak imzalayanın işyeri çalışanı olması gerekir<sup>75</sup>. Bu nedenle bağımsız çalışan bir avukata ya da bordro şirketine düzenlettirilen çalışma belgesi geçerli olmayacaktır<sup>76</sup>.

Düzenleyen ile işçi arasında anlaşmazlığın mevcut olması gibi istisnai hallerde, işçi belirli bir amiri tarafından çalışma belgesinin düzenlenmesini dürüstlük kuralları gereği kabul etmeyebilir<sup>77</sup>. Ancak bu durum, işçinin istediği kişiden çalışma belgesi düzenlenmesini talep edebileceği anlamına da gelmemelidir.

Çalışma belgesinin hukuken tanınabilmesi ve itibar görebilmesi için düzenleyenin el imzasını içermelidir<sup>78</sup>. Bu nedenle sadece bir kaşenin basılmış ya da sadece ismin yazılmış olması, belgeyi şekil açısından eksik, geçersiz bırakacaktır.

70 MÖHREN, Rn. 219, s. 905; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 219.

71 STAUDINGER/PREIS, Rn. 34, s. 1894.

72 MÖHREN, Rn. 220, s. 905; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 219.

73 AKYİĞİT, s. 13; STAUDINGER/PREIS, Rn. 22, s. 1888; İşverenin kamu kesimi işvereni niteliği taşıması da mümkündür, AKYİĞİT, s. 13.

74 BAG 4.10.2005 AP Nr. 32 zu ¶ 630 BGB, PREIS, s. 974.

75 STAUDINGER/PREIS, Rn. 22, s. 1888.

76 STAUDINGER/PREIS, Rn. 22, s. 1888.

77 STAUDINGER/PREIS, Rn. 22, s. 1889.

78 STAEHELIN, Rn. 8, s. 486; WEIDENKAFF, Rn. 4., s. 966; Belgenin gerçekten yetkili kişiler tarafından hazırlanıp hazırlanmadığının bilinmesi açısından imzanın işveren veya işveren vekilinin her zamanki yani alışlagelmiş şekilde imzalanmasının belgenin ispat külfeti açısından gerekli olduğu hakkında bkz. HOZAR, s. 258.

## 5. Düzenlenme Tarihi

Çalışma belgesinde, belgenin düzenlenme tarihine yer verilmelidir<sup>79</sup>. Tarafların anlaşarak, ilerideki bir tarih yazmaları mümkün fakat geçmiş bir tarih yazmaları mümkün değildir<sup>80</sup>. Ancak belgede sonradan düzeltme yapılması halinde, düzeltmeye esas alınan belgenin düzenlenme tarihinin dikkate alınması gerekir<sup>81</sup>. Bu durum özellikle değişikliğin uzun bir dava sürecinden sonra gerçekleşmesinde söz konusu olur<sup>82</sup>.

## 6. Başlık

Başlık olarak “çalışma belgesi” ya da “bonservis” yazılması, zorunlu bir unsur değildir<sup>83</sup>. Metindeki bilgilerin içeriğinden bunun bir çalışma belgesi karakterine sahip olduğunun anlaşılması, belgenin çalışma belgesi olarak kabul edilmesi için yeterli olacaktır<sup>84</sup>.

## 7. Son Ücret Bilgisi

Müstakbel işveren açısından, talep edilebilecek ücret konusunda bir kanaat uyandırması amacıyla, son ücret bilgisine yer verilmesi işçi tarafından talep edilebilir. Ancak işçinin buna yönelik bir talebi mevcut değilse, bu bilgiye belgede yer verilmemesi gerekir. Böylece çalışma belgesinde yer verilen son ücret bilgisi aracılığıyla, işçiler arasında oluşabilecek bir ayırım engellenmeye çalışılmıştır<sup>85</sup>. Alman Federal İş Mahkemesi de iş görüşmesinde yeni işverenin, kural olarak en son sağlanan ücreti sormaya yetkili olmadığı kanaatindedir<sup>86</sup>.

İşçinin son ücret bilgisine çalışma belgesinde yer verilmesi talebi karşısında, ücret gizliliğine ilişkin hükümlerin değerlendirilmesinde fayda vardır. Uygulamada işverenler tarafından iş sözleşmesinde ya da ayrı bir gizlilik sözleşmesinde, ücret gizliliğine ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ücret gizliliğine ilişkin düzenlemelerin öngörülmesinin temel sebebi ise işyerindeki iş barışının bozulmasını önlemektir. İşçilerin bu yasağa aykırı davranışları halinde ise iş sözleşmelerinin sona erdirildiği, yargıya yansıyan olaylarda görülmektedir. İşyerinde uygulanan ücret rejiminin içeriğinin işçiler tarafından bilinmesi hususunda eşitlik ilkesinin mi yoksa gizlilik ilkesinin mi önceliğe sahip olduğu konusu önem arz etmektedir. Yargıtay tarafından konuya ilişkin verilen kararda, “...aynı yerde çalışan işçilere verilen ücretlerin, yapılan zam oranlarının eşit işlem borcu kapsamında denetlenebilmesi için işçi tarafından bilinmesi gerekir. Eşit işlem ilkesi gizlilik ilkesinden önce gelir. İşçinin aynı işte ve aynı kıdemde iken aldığı ücret ve zam oranının, kriterler belli değil ise

79 WEIDENKAFF, Rn. 4., s. 966.

80 STAUDINGER/PREIS, Rn. 29, s. 1892; AKYİĞİT, s. 15.

81 BAG 9.9.1992 AP Nr. 19 zu § 630 BGB, STAUDINGER/PREIS, Rn. 29, s. 1892.

82 LAG Bremen 23.6.1989 LAGE § 630 BGB Nr. 6, STAUDINGER/PREIS, Rn. 29, s. 1892.

83 STAEHELIN, Rn. 9, s. 486.

84 STAUDINGER/PREIS, Rn. 29, s. 1892; STAEHELIN, Rn. 9, s. 486.

85 STAUDINGER/PREIS, Rn. 32, s. 1893.

86 BAG 19.5.1983 AP Nr 25 zu prg 123 BGB, STAUDINGER/PREIS, Rn. 32, s. 1893.

*diğer işçilere göre farklı olup olmadığını bilmesi gerekir. Bu durumda da işyerinde alınan ücretlerin ve zam oranlarının kötünüyle kullanılmadığı sürece işçi açısından gizliliğinden söz edilemez.”<sup>87</sup>. Yargıtay kararı dikkate alındığında, çalışma belgesinde son ücret bilgisine yer verilmesinin işçi tarafından talep edilmesi ve son ücret bilgisi yazan çalışma belgesinin iş başvurusunda kullanılmasının, ücret gizliliği hükümlerine aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.*

### **8. Rekabet Yasağı**

Rekabet yasağı, iş ilişkisinin süresi, türü ya da işçinin performans ve davranışıyla ilgili değildir<sup>88</sup>. Buna rağmen mevcut bir rekabet yasağına ilişkin bilginin, işçinin isteğine tabi olmaksızın çalışma belgesine eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira rekabet yasağını ihlal eder şekilde bir başvurunun yapılmış olması ihtimali karşısında, yeni işverenin mevcut bir rekabet yasağı sözleşmesini bilmesinde haklı menfaati vardır.

### **9. Sendika Üyeliği ve Temsilciliği**

Sendika üyeliği bilgisine çalışma belgesinde, işçinin sendikal ayrımcılığa maruz kalmaması adına yer verilmemelidir<sup>89</sup>. İşyeri sendika temsilciliği yapıldığı bilgisine belgede yer verilmesi ise tartışmalı bir husustur. Kural olarak bu bilgiye, işçinin bu konuda özel bir talebi olmadığı müddetçe yer verilmemesi gerekir. Aynı husus sendika yöneticiliği yapan içi açısından da geçerli olmalıdır. Ancak profesyonel sendika yöneticiliği sebebiyle çalışılmayan durumlarda şöyle bir yol izlenebilir. Yöneticilik süresinin kısa olması durumunda bu bilgiye yer verilmemelidir. Uzun soluklu olması durumunda ise çalışma belgesinin doğruluğu ilkesi gereği, hizmet süresinin doğru bir şekilde yansıtılabilmesi için bu bilgiye kanaatimizce yer verilebilir. Fakat burada da talep edilen belgenin basit ya da nitelikli olmasına göre bir ayırım yapmak mümkündür. Eğer basit çalışma belgesi talep ediliyorsa bu bilgiye yer verilmemeli, fakat çalışılmayan süre de hizmet süresinin hesabına dahil edilmemelidir. Nitelikli çalışma belgesinin talep edilmesi durumunda ise bu bilgiye de yer verilebilir. Zira uzun soluklu ara verme işçinin performansında bir gerilemeye yol açmış olabilir. Alman hukukunda da bu husus tartışmalıdır. İşçinin uzun süre sendikal görevi nedeniyle çalışmaması halinde bu bilgiye çalışma belgesinde yer verilmemesi gerektiğini savunanlar kadar<sup>90</sup>, yer verilmesi gerektiğini savunanlar da

87Y. 9. HD., E. 2016/24041, K. 2017/15069, T. 05.10.2017, www.lexpera.com.tr, E.T. 9.4.2020.

88 Rekabet yasağı hakkında detaylı bilgi için bkz. SOYER, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994; UŞAN, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003; MANAV, Eda Manav: “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, TBBD, S. 87, 2010; TAŞKENT, Savaş/ KABAKÇI, Mahmut: “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Yıl 4, Sayı 16, s. 33-34; KESER, Hakan: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, (88-104); UŞAN, Fatih: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, (118-128).

89 Alman hukukunda işçi temsilciliğine çalışma belgesinde yer verilmeyeceğine ilişkin bkz. ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 21, s. 1957; STAUDINGER/PREIS, Rn. 32, s. 1894; Palandt/ WEIDENKAF, Rn. 8, s. 966; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 219.

90 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

vardır<sup>91</sup>. Bu nitelikteki askıya alınma bilgisine yer verilmesinin sebebi olarak işçinin mesleğinden beklenen performansa ilişkin ortalama talepleri artık kolaylıkla karşılayamayacak olması ileri sürülmektedir<sup>92</sup>. Aynı zamanda işyeri sendika temsilciliği ya da sendika yöneticiliği nedeniyle işçinin çalışmadığı sürenin nedeni belirtilmeksizin yazılması, işçi aleyhine tereddüt yol açabilir<sup>93</sup>.

### **10. İş İlişkisinin Sona Erme Sebebi**

İş ilişkisinin sona erme sebebi ve şekline yönelik bilgi, işçinin isteği ve bilgisi olmaksızın çalışma belgesine yer almamalıdır<sup>94</sup>. Ancak iş sözleşmesinin İşK. m. 25/II kapsamında derhal feshine, belgenin üçüncü kişi konumundaki müstakbel işvereni koruma işlevi gereği, hakkın kötüye kullanılmaması çerçevesinde kanaatimizce yer verilebilir. Bu bilgiye yer verilebilmesi için sona erme sebebinin aynı zamanda işçinin davranış ve performans değerlendirmesini etkileyebilecek nitelikte de olması gerekir<sup>95</sup>. Eğer iş ilişkisini sona erdiren sebebinin, böyle bir katkısı mevcut değilse sona erme sebebinden bahsedilmesi işçinin talebine bağlıdır<sup>96</sup>. Alman hukukunda da bu husus işçinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, çalışma belgesinde bu bilgiye yer verilebileceği şeklinde ifade edilmiştir<sup>97</sup>.

### **11. Performans ve Davranış**

#### **a. Genel Olarak**

Nitelikli çalışma belgesini basit çalışma belgesinden ayıran unsur, performans ve davranışa yönelik bir değerlendirme içermesidir. Performanstan hem işçinin mesleki bilgi becerileri hem de fiilen yaptığı işte aldığı sorumluluklar anlaşılır<sup>98</sup>. Davranıştan ise bütün diğer özellikleri anlaşılır. Bunlar işçinin işinde faydalı olmasını etkileyen, işinde ortaya çıkan ve her şeyden önce işin görülmesine yönelik olanlardır<sup>99</sup>. İşçinin işin görülmesine ilişkin olmayan davranışlarına ise (aile ilişkileri, dini düşünce ve siyasi görüşleri gibi), iş görme edimini yerine getirirken performans ve davranışlarını

91 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 21, s. 1957.

92 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 21, s. 1957.

93 BAG 19.8.1992 AP BPersVG Prg 8 Nr.5, ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 21, s. 1957.

94 PREIS, s. 974; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 219; MÖHREN, Rn. 228, s. 907; Gerek nitelikli gerek basit çalışma belgesinde iş sözleşmesinin ne şekilde sona erdiği bilgisinin yer almaması gerektiği hakkında görüş hakkında bkz. HOZAR, s. 256; Uygulamada “askerlik bonservisi” olarak adlandırılan, iş ilişkisini sona erdiren sebep olarak “askerlik” durumunun belirtildiği yargıya intikal etmiş bir karar için bkz. “...davacı tarafından dosyaya sunulan ve davalı şirketin kaşe ve imzasının bulunduğu davacı adına düzenlenen bonservis belgesinde davacının davalı işyerinde 03/04/2001 tarihinde çalışmaya başladığının ve 16/09/2002 tarihinde işten ayrıldığının, ayrılış sebebinin askerlik olduğunun belirtildiği...”, Y. 21. HD., E. 2013/22497, K. 2014/21835, T. 30/10/2014, yargitay.gov.tr., E.T. 23.3.2020.

95 STAEHELIN, Rn. 15, s. 490.

96 STAEHELIN, Rn. 15, s. 490.

97 STAUDINGER/PREIS, Rn. 35, s. 1895.

98 STAEHELIN, Rn. 14, s. 489.

99 STAEHELIN, Rn. 14, s. 489.

etkilemesi halinde yer verilebilir<sup>100</sup>. Örneğin böyle bir etkisi olmadığı sürece alkol bağımlılığından belgede söz edilmemelidir. Ancak işyerinin dışında, kasiyerin malvarlığına karşı işlediği suç ya da öğretmenin işlediği cinsel istismar suçu, işçinin kabiliyetini yerine getirdiği iş noktasında olumsuz etkileyeceğinden yazılabilir<sup>101</sup>. Bu bağlamda nazik bir şekilde işçinin, performansını olumsuz etkileyen hastalığından da bahsedilebilir<sup>102</sup>.

İşçinin buluş ya da ödüllendirilen bir iyileştirme projesi gibi başarılı performansına dayalı durumların çalışma belgesinde belirtilmesi gerekir<sup>103</sup>.

### **b. Değerlendirmenin Sınırı**

Değerlendirmenin sınırını, karşıdaki kişinin makul düzeyde fikir sahibi olması oluşturmaktadır. Bu nedenle abartılı değil ancak genel kabul görmüş standartlardan da az olmayan bilgilendirme yapılmalıdır<sup>104</sup>. Çalışma belgesinde, işçinin davranış ve performansının yansıtılması gerektiğinden, müstakbel işverenin çıkarlarını ilgilendiren ve onun için anlamlı olan bütün olay ve değerlendirmelere yer verilmelidir<sup>105</sup>. İşçi yararına yazılacak bilgilerin sınırını dürüstlük ve iyiniyet ilkesi oluşturmaktadır<sup>106</sup>. Aksi takdirde işverenin işçiyi gözetme borcuna aykırılık söz konusu olabilecektir<sup>107</sup>.

İşçiye yönelik yapılan değerlendirmeler yerinde ve makul düzeyde olmalıdır<sup>108</sup>. İşçinin aleyhine yapılacak değerlendirme de makul olmalıdır<sup>109</sup>. İşçinin detaylı bilgilerin sadece belli bir alana yönelik olmasını istemesi halinde, istediği alan dışında ek bilgilerin yazılmaması gerekir<sup>110</sup>. Değerlendirmede dikkate alınması gereken, tek bir olay ya da iş ilişkisinin sona erme anındaki davranış ve performans değil iş ilişkisinin tamamındaki davranış ve performanstır<sup>111</sup>.

İşveren, işçinin performans ve özelliklerinden hangisini ön plana çıkarmak konusunda kural olarak özgürdür<sup>112</sup>. Değerlendirme açısından belgenin metni işverenin takdirindedir<sup>113</sup>. İşçinin düzenleme

100 BAG 29.1.1986-4 AZR 479/84, AP ¶ 48 TVAL II Nr. 2. MÖHREN, Rn. 225, s. 907; STAEHELIN, Rn. 14, s. 489.

101 STAEHELIN, Rn. 14, s. 489.

102 STAEHELIN, Rn. 14, s. 489.

103 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

104 PREIS, s. 975.

105 BAG 23.6.1960 – 5 AZR 560/58, AP ¶ 73 HGB Nr. 1; MÖHREN, Rn. 224, s. 907.

106 REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 606.

107 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 30, s. 2152.

108 WALTERMANN, Rn. 307, s. 127.

109 LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 657, s. 176.

110 AKYİĞİT, s. 16.

111 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 18, s. 1956; AKYİĞİT, s. 16; MÖHREN, Rn. 224, s. 907; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 658, s. 176; STAEHELIN, Rn. 10, s. 487.

112 BAG 29.7.1971-2 AZR 250/70, AP ¶ 630 BGB Nr. 6; BAG 23.2.1983 – 5 AZR 515/00 AP ¶ 70 BAT Nr. 10; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

113 Palandt/ WEIDENKAF, Rn. 8, s. 966; ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 17, s. 1956; STAUDINGER/PREIS, Rn. 38, s. 1896; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222; HWK/ GÄNTGEN, Rn. 29, s. 2152.

üzerinde inisiyatifi yoktur<sup>114</sup>. Ancak işveren de belgeyi genel standartlara ve iyiniyetli işveren ölçütüne uygun düzenlemelidir<sup>115</sup>. Belgede yer alan değerlendirmeler birbiriyle uyumlu olmalı, çelişkiye mahal vermemelidir<sup>116</sup>. Dolayısıyla yapılan değerlendirmeler sonuçla tutarlı da olmalıdır<sup>117</sup>.

İşveren, genellikle bir açıklama yapmasının beklenildiği durumlarda sessiz kalmamalıdır<sup>118</sup>. Belirli bir özellikten söz etme belirli bir branş için alışılmalı şekilde gerekli ise, işveren bu hususta görüşünü bildirmelidir<sup>119</sup>. Örnek vermek gerekirse; para ve malvarlığı değerlerinin teslim edildiği kasiyer ya da muhasebeci gibi özel bir güven gerektiren meslek grubuna ait bir işçinin olması durumunda “dürüstlük” ifadesi; müdür, personel müdürü gibi sorumluluk bilinci gerektiren işlerde “iyi bir yönetici” ifadesi belirtilmelidir<sup>120</sup>. Başka bir örnek olarak da medya sektöründe alışıldık olması halinde, hemen hemen her gün yayın yapan bir gazetenin düzenleyeni stres yaratan bir durum karşısındaki dayanıklılığının tasdik edilmesini isteyebilir<sup>121</sup>. Zira belli bir meslek grubu ya da sektör için iş başvurularında etkili bir özellik mevcutsa, buna ilişkin işçinin performans ve özelliğinden bahsetmemek, gizli bir ima olarak işçinin ortalama ya da ortalamanın altında özelliklere sahip olduğu şeklinde anlaşılabilir<sup>122</sup>.

İşçinin performans değerlendirmesi için önemli ise, olumsuzlukların da gizlenmemesi gerekir<sup>123</sup>. Yurt görevlisi olarak çalışan işçi kendisine teslim edilen gençlere istismar nedeniyle bir hukuki süreç geçirmişse, işçi işvereninden, belgede bu konunun yazılmamasını isteyemez<sup>124</sup>. Bilakis işveren, belgede bu bilgiye yer vermekle yükümlüdür. Ancak işçinin geçirmiş olduğu yargılama neticesinde beraat etmesi halinde, bu bilgiye de çalışma belgesinde yer verilmemelidir<sup>125</sup>.

Çalışma belgesindeki bilgilerin doğru ve işveren tarafından iyiniyetle düzenlenmesi gerekir<sup>126</sup>. Ancak bu işçi lehine olacak şekilde, doğruluk ilkesi ihlal edilerek doğru olmayan bilgilerin yazılması anlamına gelmemektedir<sup>127</sup>. Zira işçinin hakkı, lehine düzenlenmiş bir çalışma belgesi değil, doğru ve özenli bir çalışma belgesi yönündedir<sup>128</sup>.

MÖHREN, Rn. 222, s. 906; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

114 HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222; STAEHELIN, Rn. 10, s. 487; MÖHREN, Rn. 222, s. 906.

115 BAG 12.08.2008 – 2 AZR 632/07, NZA 2008, 1349; MÖHREN, Rn. 222, s. 906; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

116 MÖHREN, Rn. 222, s. 906; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

117 MÖHREN, Rn. 222, s. 906; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

118 BAG 29.7.1971-2 AZR 250/70, AP ¶ 630 BGB Nr. 6; HWK/ GÄNTGEN, Rn. 29, s. 2152.

119 PREIS, s. 975; MÖHREN, Rn. 222, s. 906; AKYİĞİT, s. 16; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

120 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 29, s. 2152; MÖHREN, Rn. 222, s. 906; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

121 BAG 12.8.2008 NZA 2008, 1349, 1350, PREIS, s. 976.

122 BAG 12.8.2008 – 9 AZR 632/07, NZA 2008.

123 MÖHREN, Rn. 222, s. 906; HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 222.

124 BAG 5.8.1976-3 AZR 491/75, AP ¶ 630 BGB Nr. 10.

125 Suçlara ilişkin bkz. Başlık, III, C, 14.

126 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 30, s. 2152; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 657, s. 176; REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 606.

127 REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 606.

128 REHBINDER/ STOCKLI, Rn. 14, s. 606.

Çalışma belgesinde yer alan bilgiler, işçinin mesleki ilerlemesini haksız yere zorlaştıracak nitelikte olmamalıdır<sup>129</sup>. Çalışma belgesi, iş hayatı boyunca işçiyi etkileyecek niteliktedir. Bu nedenle işveren, çalışma belgesinin yeni iş başvurularında işçinin aleyhine olacak şekilde etki etmesinden kaçınmakla yükümlüdür. Aksi takdirde işverenin sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>130</sup>.

İş ilişkisini esaslı bir şekilde etkilemesi halinde, çalışma belgesinde işçinin sağlık durumu hakkında bilgiye de yer verilebilir<sup>131</sup>.

### **c. Gizli Mesaj**

Çalışma belgesi hazırlanırken dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da kullanılması gereken dildir. Belgenin dilinin açık ve anlaşılır olmasının yanı sıra işveren alışlagelmiş dili göz önünde bulundurmalıdır<sup>132</sup>. Bu nedenle işveren, gizli mesaj içeren ifadelerle yer vermemelidir<sup>133</sup>. Zaman zaman öyle düzenleme teknikleri kullanılır ki olumsuz bir özellik verilmek istenirken olumluymuş gibi şekillendirilebilir. Bu noktada gizli mesaj içerebilecek şekilde bir kelimenin tırnak içine alınması, koyu harflerle yazılması ya da altının çizilmesi, alışılmadık bir cümle yapısı ya da kelime seçimi kullanılmamalıdır<sup>134</sup>.

## **12. İşçinin Katıldığı Eğitimler**

İşçinin katılmış olduğu eğitimlere çalışma belgesinde yer verilip verilmeyeceği bir diğer önemli husustur. Her eğitimin değil ancak bazı şartlara sahip eğitimlere çalışma belgesinde yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede ilgili eğitim, işçinin mesleki ilerlemesi için önemli ise ve bu eğitime yer vermemek işçiyi geriye götürecekse nitelikteyse ya da bu şartları taşımamakla birlikte işçinin iş yerinden ayrılmasından kısa bir süre önce meydana gelmişse, çalışma belgesinde yer verilmesi gerekir<sup>135</sup>.

## **13. Kapanış İfadesi**

Teşekkür ve teessür ifadeleri çalışma belgesinin esaslı unsurlarından değildir; bu nedenle çalışma belgesinde kapanış ifadesinin yazılması hususunda işçinin ısrar hakkı yoktur<sup>136</sup>. Ancak nazik

129 HUMMERICH/ LUCKE/ MAUER, Parag. 3, Rn. 216; PREIS, s. 975; WALTERMANN, Rn. 307, s. 128.

130 PREIS, s. 975.

131 MÖHREN, Rn. 225, s. 907.

132 LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 658, s. 177; HWK/ GÄNTGEN, Rn. 30, s. 2152; Alman hukukunda GewO m. 109'un yeniden düzenlenmesiyle birlikte çalışma belgesinin açık ve anlaşılır olması gerektiği düzenlendi. Bu düzenlemeyle birlikte çalışma belgesinde gizli mesaj yoluyla, işçiyi yaralama amacı güden herhangi bir işaret ya da ifadeye yer verilemeyeceği kabul edildi.

133 BAG 15.11.2011 DB 2012, 636 f; PREIS, s. 975; LOWISCH/ CASPERS/ KLUMPP, Rn. 658, s. 177.

134 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 30, s. 2152.

135 ErfK/ MULLER-GLOGE, Rn. 20, s. 1957.

136 MÖHREN, Rn. 230, s. 908; STAEHELIN, Rn. 11, s. 488; HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151; HUMMERICH/ LUCKE/



bir kapanış ifadesi olarak teşekkür, üzüntü ve geleceğe dair dilek ifadelerinin genellikle çalışma belgelerinde kullanıldığı görülmektedir<sup>137</sup>. Bu husus, işverenin gözetme borcuna dayandırılabilir<sup>138</sup>. Nitelikli çalışma belgesi, işçiye yönelik genel bir değerlendirme içerir. Kapanış ifadesinin yapılan performans değerlendirmesi ile uyumlu olması gerekir<sup>139</sup>. Zira çalışma belgesi içinde çelişki barındırmamalıdır<sup>140</sup>.

Zorunlu olmamakla birlikte kapanış ifadesinin yer almaması, deneyimli bir çalışma belgesi okuyucusunun dikkatini çeker<sup>141</sup>. Böyle bir eksiklik, alışılmışlık açısından insan kaynaklarında olumsuz bir şekilde işçinin işvereni ile çatışma yaşadığı şeklinde yorumlanır<sup>142</sup>. Netice olarak müstakbel işveren, çalışma belgesinde alışılmış bir teşekkür ve kapanış ifadesi yer almayan böyle bir işçinin istihdamından vazgeçebilir<sup>143</sup>.

Kapanış ifadesine yer veren işverenin, kötüniyetli bir kapanış ifadesi de kullanmaması gerekir. Zira metinde olumsuz ifadeden kaçınıp, “antipatik” bir kapanış ifadesinin kullanılması çelişkili bir duruma yol açar<sup>144</sup>.

#### 14. Suçlar

Suçlara, işe ilişkin bir yükümlülüğün ihlalini oluşturması ve işçinin bu sebepten yargılama neticesinde kesinleşmiş mahkeme kararının mevcudiyeti ya da iş ilişkisi bu sebepten dolayı sonlandırılması halinde yer verilebilir<sup>145</sup>. Diğer bir anlatımla suç, iş ilişkisini ilgilendirmeyen bir konuya ilişkinse, çalışma belgesinde bu bilgiye yer verilmemelidir<sup>146</sup>. İşverene karşı işlenen suçlar ise ancak iş ilişkisi için önemli olması ya da olayın ciddiyeti nedeniyle gizlenemeyecek olması halinde yazılabilir<sup>147</sup>.

Çalışma belgesi sadece gerçekleri içerir; kuşkuyla çalışma belgesinde yer verilemez<sup>148</sup>. Bu nedenle işçinin geçirmekte olduğu hazırlık soruşturmasına yer verilmemelidir<sup>149</sup>. Bununla birlikte soruşturmanın altında yatan şüphelerin çok ciddi olması, soruşturmanın başlatılmasının bile yeni

---

MAUER, Parag. 3, Rn. 216.

137 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

138 MÖHREN, Rn. 230, s. 908.

139 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 32, s. 2154.

140 MÖHREN, Rn. 230, s. 908; HWK/ GÄNTGEN, Rn. 32, s. 2154.

141 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

142 MÖHREN, Rn. 230, s. 908.

143 MÖHREN, Rn. 230, s. 908.

144 MÖHREN, Rn. 230, s. 908.

145 MÖHREN, Rn. 227, s. 907.

146 HWK/ GÄNTGEN, Hans Jörg: Arbeitsrecht Kommentar, 5. Auflage, Köln 2012, Rn. 28, s. 2151.

147 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

148 LAG Düsseldorf 3.5.2005 – 3 Sa 359/05, DB 2005, 1799; MÖHREN, Rn. 229, s. 907.

149 HOZAR, s. 259; MÖHREN, Rn. 229, s. 907; HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151; Konuya ilişkin Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi Kararına göre; “...İşverenler çalışma belgesinde sadece gerçeği yansıtan ifadelere yer vermekle yükümlüdürler, ancak bu gerçeklerin kesin olması zorunluluğu vardır ki, yürütülen hazırlık soruşturmaları bu kapsama girmemektedir...”, Say 359/05, Karar Tarihi 03.05.2005, HOZAR, s. 249.

işveren açısından büyük öneme sahip olması durumunda işçinin soruşturma geçirdiği bilgisine yer verilebilir<sup>150</sup>. Örnek olarak hemşire açısından hastaya karşı gerçekleştirilen adam öldürmeye teşebbüs suçuna ilişkin soruşturma süreci verilebilir<sup>151</sup>. Bu gibi durumlarda hazırlık soruşmasının ortadan kaldırılması ya da işçinin beraatine karar verilmesi halinde işveren, gerçeğe uygun olarak çalışma belgesini yeniden düzeltmekle yükümlü olmalıdır<sup>152</sup>.

## SONUÇ

Çalışma belgesi, işçinin yerine getirmiş olduğu işin türü ve süresi ile talep halinde işçinin performans ve davranışlarına ilişkin bilgilerin de yer aldığı belgedir. Belgenin içeriği ve istenme zamanı dikkate alındığında çeşitli sınıflandırmaların yapıldığı görülmektedir. Kural olarak bu hak işçilere ait olmakla birlikte, stajyer, çırak gibi işçi benzeri kişilerin de bu haktan faydalanması konusunda, kanaatimizce bir sakınca yoktur. Belgenin çift taraflı işlevi söz konusudur. İşçi açısından yeni iş başvuruları için bir nevi kimlik, müstakbel işveren açısından ise işçiye tutulmuş bir ayna gibidir.

Çalışma belgesini düzenleme yükümlülüğü, işverene aittir. Bu yükümlülük, işverenin gerçek kişi olması halinde kendisi, tüzelkişi olması durumunda ise yetkili temsilcisi tarafından yerine getirilecektir.

Kanunlarda belgenin şekline ilişkin herhangi bir şart öngörülmemekle birlikte, işlevi dikkate alındığında, yazılı olarak düzenlenmesi gerektiği sonucuna varıyoruz. Şekle ilişkin bir diğer şart ise işyerinin ait olduğu iş kolunda yazışmalar için antetli kâğıt teamül gereği kullanılıyor ve işveren de yazışmalarında bu nitelikte bir kâğıt kullanıyorsa, dürüstlük kuralı gereği işverenin çalışma belgesini bu nitelikte bir kâğıt üzerine hazırlaması gerektiğidir. Şekle ilişkin bir diğer husus ise düzenleyenin her zaman kullandığı el imzası ile belgeyi imzalanmasıdır.

Belgenin içeriğinde yer alması gereken unsurları açıklamaya çalışırken, belgeye hâkim ilkelere ihtiyaç duyulmaktadır. Belgeye hâkim ilke olarak hukuki düzenlemelerde doğruluk ilkesi yer alsada teklik ve eksiksizlik ilkelerinin de kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çalışma belgesinin içeriğinde işçinin kimlik bilgileri, işin tanımı, hizmet süresi, belgenin düzenlenme tarihi, işçinin katılmış olduğu eğitimler, kapanış ve teessür ifadelerine yer verilmelidir. Bu unsurlar arasında yer alan hizmet süresi, iş sözleşmesinin hukuken devam ettiği süredir. Bu nedenle çalışılmayan süreden bahsedilmez. Ancak tüm çalışma süresi dikkate alındığında çalışılmayan süre esaslı nitelikte ise, yani hizmet süresinin önemli bir kısmını oluşturuyorsa bu süre hesaba dahil edilmemelidir.

Başlık olarak “çalışma belgesi” ya da “bonservis” yazılması, zorunlu değildir. Son ücret bilgisine ise müstakbel işveren açısından kanaat uyandırması amacıyla, işçi tarafından talep edilmesi halinde yer verilebilir. Önceki işveren ile imzalanmış rekabet yasağı sözleşmesi mevcutsa, işçinin isteğine tabi olmaksızın bu bilginin çalışma belgesine eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

150 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

151 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

152 HWK/ GÄNTGEN, Rn. 28, s. 2151.

Sendika üyeliği bilgisine, işçinin sendikal ayrımcılığa maruz kalmaması adına yer verilmemelidir. Ancak profesyonel sendika yöneticiliği sebebiyle çalışılmayan durumlarda şöyle bir yol izlenebilir. İş sözleşmesinin askıya alınma süresinin kısa olması durumunda bu bilgiye yer verilmemelidir. Uzun soluklu olması durumunda ise çalışma belgesinin doğruluğu ilkesi gereği, hizmet süresinin doğru bir şekilde yansıtılabilmesi için bu bilgiye kanaatimizce yer verilebilir. Fakat burada da talep edilen belgenin basit ya da nitelikli olmasına göre bir ayırım yapmak mümkündür. Eğer basit çalışma belgesi talep ediliyorsa bu bilgiye yer verilmemeli, fakat çalışılmayan süre de hizmet süresinin hesabına dahil edilmemelidir. Nitelikli çalışma belgesinin talep edilmesi durumunda ise bu bilgiye yer verilebilir.

İş sözleşmesinin sona erme sebebine ise, nitelikli çalışma belgesinde ancak işçinin davranış ve performans değerlendirmesini etkileyebilecek nitelikte olması durumunda yer verilebilir. İş ilişkisini sona erdiren sebebin böyle bir katkısı mevcut değilse bu durumdan bahsedilmesi işçinin talebine bağlıdır.

Nitelikli çalışma belgesini basit çalışma belgesinden ayıran unsur, performans ve davranışa yönelik bir değerlendirme içermesidir. Dolayısıyla nitelikli çalışma belgesinde işçinin performans ve davranışlarına ilişkin bir değerlendirme de yer verilecektir. İşçinin sosyal nitelikteki davranışlarına ise iş görme edimini yerine getirmede performans ve davranışlarını etkilemesi halinde yer verilebilir. İşçinin performans değerlendirmesi için önemli ise, olumsuzlukların da gizlenmemesi gerekir. İşveren, gizli mesaj içeren ifadelere de belgede yer vermemelidir. Belgede yer alan değerlendirmenin sınırını, karşıdaki kişinin makul düzeyde fikir sahibi olması oluşturur. Bu nedenle abartılı değil ancak genel kabul görmüş standartlardan da az olmayan değerlendirme yapılmalıdır. İşveren, genellikle bir açıklama yapmasının beklenildiği durumlarda ise sessiz kalmamalıdır.

Teşekkür ve teessür ifadeleri zorunlu olmamakla birlikte bunlara yer verilmemesi, deneyimli bir çalışma belgesi okuyucusunun dikkatini çeker. Böyle bir eksiklik, alışılmışlık açısından insan kaynaklarında olumsuz bir şekilde işçinin işvereni ile çatışma yaşadığı şeklinde yorumlanır. Bu nedenle teşekkür ve teessür ifadelerine dürüstlük kuralı gereği sade bir şekilde yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

AKPULAT KÖME, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, 1. Baskı, İstanbul 2018.

AKYİĞİT, Ercan: “İş Kanunu’nda İşverenin Çalışma Belgesi Verme Yükümü”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi”, Cilt: 22-23, Sayı 6-1, Mayıs-Ağustos 2010.

ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.

BEYTAR, Erbil: İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2018.

BOZKURT, Argun: İş Yargılaması Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018.

BULUT, Mehmet: Sosyal Güvenlik Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2017.

ÇEKİN, M. Serdar: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2018.

ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2017.

ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.

DÜLGER, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019.

- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş Hukuku, Ankara 2013.
- GÜRSEL, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016.
- GÜRSEL, İlke: “Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkisine Etkileri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Y. 2016, S. 50, s. 765-848.
- HOZAR, N. Nağme: “İşverenin Çalışma Belgesi Düzenleme Yükümlülüğü”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2009.
- HUMMERICH, Klaus/ LUCKE, Oliver/ MAUER, Reinhold: Arbeitsrecht, 7. Auflage.
- HWK/ Gäntgen, Hans Jörg: Arbeitsrecht Kommentar, 5. Auflage, Köln 2012.
- KAYIK AYDINALP, Aslıhan/ MÜLAYİM, Baki Oğuz: “Hizmet Tespiti Davalarında İş Sözleşmesi İle Adi Ortaklık Sözleşmesinin Tespitine İlişkin Ölçütler”, SÜHFD, S. 27, Y. 2019, s.809-843.
- KESER, Hakan: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Rekabet Yasağı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2011, (88-104).
- LOWISCH, Manfred/ CASPERS, Georg/ KLUMPP, Steffen: Arbeitsrecht, 9. Auflage, München 2012.
- MANAV, Eda Manav: “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, TBBD, S. 87, 2010.
- MÖHREN, Stefan: Arbeitsrecht, NomosFormulare, 7. Auflage, Baden-Baden 2011.
- MÜLLER-GLÖGE, Rudi: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2013.
- REHBINDER, Mafred/ STOCKLI, Jean-Fritz: Berner Kommentar, Einleitung und Kommenatrzu den Art. 319-330b OR, <https://www.swisslex.ch/de/>, E.T. 28.03.2019.
- PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Auflage, Köln 2012.
- SOYER, Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.
- SÖNMEZ, Gülsüm: “Çalışma Belgesi Düzenlemeden Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2011.
- STAEHELIN, Adrian: Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Rn.1, s. 484, <https://www.swisslex.ch/de/>, E.T. 28.03.2019.
- STAUNDINGER/ PREIS, Ulrich: Arbeitsrecht Kommentar, Berlin 2012.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019.
- TAŞKENT, Savaş/ KABAKÇI, Mahmut: “Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2009, Yıl 4, Sayı 16.
- UNCULAR, Selen: İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2018.
- UŞAN, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003.
- UŞAN, Fatih: “Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9 uncu Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, (118-128).
- WALTERMANN, Raimund: Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2012.
- WEIDENKAFF, Walter: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2013.

## Kambiyo Senetlerinde Çizilmiş Cironun Hüküm ve Sonuçları

### Legal Consequences of Cancelled Endorsements on Negotiable Instruments

Kadir BAŞ\* 

#### Öz

TTK m.686/1 ve m.790'da ciro silsilesine göre yetkili hamil belirlenirken çizilmiş cironun yazılmamış sayılacağı düzenlenmiştir. Ancak ciro çiziminin şeklen nasıl yapılması gerektiği, kimlerin ciroyu çizebileceği ve geçerli bir ciro çiziminin şartlarının ve bu şartlara aykırılığın sonuçlarının neler olacağı konularında tam bir açıklık sağlanmamıştır. Bu hususların açıklığa kavuşturulması, özellikle bir hukuki işlem niteliğinde olan ciro çiziminin maddi hukuk alanındaki sonuçlarının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Buna karşılık ciro çiziminin maddi hukuk anlamındaki geçerliliği, şekli hak sahipliğinin incelenmesinde çok sınırlı bir işleve sahiptir. Bu makale de cironun çizilmesinin geçerlilik şartlarını ve maddi hukuk ile şekli inceleme açısından hüküm ve sonuçlarını, bu konudaki belirsizlikler ve tartışılabilir hususlar üzerinde durarak ele almayı amaçlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Ciro, Çizilmiş Ciro, Kambiyo Senetleri, Meşru Hamil, Ciro Silsilesi.

#### Abstract

Articles 686/1 and 790 of TCC provide that cancelled endorsements will be deemed not to be written, when determining the lawful holder of the instrument according to the series of endorsement. However, it is not sufficiently clear how an endorsement can be cancelled, who has the right to strike out it, what are requirements for a valid cancellation and what are the consequences of an unlawful cancellation. Addressing these questions are particularly important for revealing the substantive consequences of the cancellation of an endorsement which is, in essence, a legal transaction. On the other hand, whether the cancellation of an endorsement is valid from a substantive law perspective does not actually matter for determining whether the holder of the instrument is formally legitimate. This article therefore aims to discuss the requirements for a valid cancellation of an endorsement and its legal consequences from both substantive law and formal legitimation perspectives, through focusing on uncertainties and controversial points in this respect.

**Keywords:** Endorsement, Cancelled Endorsement, Negotiable Instruments, Rightful Holder, Series of Endorsement.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: kadir.bas@marmara.edu.tr

## I. GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.684/1<sup>1</sup> ve m.788/1 uyarınca, emre yazılı kambiyo senetleri (poliçe, bono ve çek), esas itibarıyla ciro ve zilyetliğin geçirilmesi yoluyla devredilir. Ciro, bu temlik fonksiyonunun yanında, yetkili hamilin belirlenmesini sağlayan bir teşhis fonksiyonuna da sahiptir. TTK m.686/1 ve m.790'a göre, bir poliçeyi (ya da bonoyu) veya çeki elinde bulunduran kişi, son ciro beyaz ciro olsa dahi kendi hakkının müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşılması halinde, yetkili hamil sayılır. Borçlu ve muhatap banka da TTK m.710/3 ve m.801 uyarınca yapacağı şekli inceleme sonucunda ciro silsilesine göre yetkili hamil gözüken kişiye ödeme yapmakla kural olarak ödeme yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır.

Ciro silsilesine göre şeklen yetkili gözüken hamil, karine olarak maddi hukuk yönünden de hak sahibi kabul edilir<sup>2</sup>. Ancak bu karinenin aksi söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle şeklen hak sahibi, maddi hukuk açısından hak sahibi olmayabilir veya şeklen hak sahibi olmayan hamil, maddi hukuk açısından meşru hak sahibi olabilir<sup>3</sup>.

Şeklen hak sahipliği ile maddi hukuk bakımından hak sahipliğinin farklılaşmasına neden olan durumlardan biri de çizilmiş cirolardır. TTK m.686/1 ve m.790'ın ikinci cümlelerinde, ciro silsilesine göre yetkili hamilin belirlenmesinde çizilmiş ciroların yazılmamış hükmünde olacağı belirtilmiştir. Şekli hak sahipliği incelemesinde, cironun şeklen çizilmiş gözükmeye yeterli olup, cironun kimin tarafından çizildiği veya çizme konusunda geçerli bir iradenin bulunup bulunmadığı önem ifade etmemektedir. Maddi hukuk anlamında hak sahipliğinin belirlenmesi açısından ise, cironun bu konuda yetkili kişi tarafından çizilmesi ve bu çizimin geçerlilik şartlarını taşıması şarttır<sup>4</sup>. Aynı kural, geçersiz olarak çizilen cironun sahibinin maddi hukuk çerçevesindeki sorumluluğu bakımından da geçerlidir.

Şeklen çizilmiş cironun maddi hukuk bakımından her zaman çizilmiş sayılamayabileceği açık olsa da ciro çiziminin şekli, çizme yetkisinin kapsamı, bu çizimin geçerliliği ve geçersiz çizimin hukuki sonuçları ile bu konudaki ispat yükümlülüğü açısından birçok belirsizlik ve tartışmalı husus bulunmaktadır. Bu makale de kambiyo senetlerinde çizilmiş ciroların maddi hukuk ile şekli inceleme açısından hüküm ve sonuçlarını, özellikle söz konusu belirsizlikler ve tartışmalı hususlar üzerinde durarak tüm yönleriyle ele almayı amaçlamaktadır.

1 Bu hüküm, TTK m.778/1-a atfıyla bonolar hakkında da uygulanmaktadır.

2 *Karayalçın*, Y.: Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara 1970, s. 144; *Öztaş*, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 583; *Tuna*, E. ve *Göç Gürbüz*, D.: Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, 10. Baskı, İstanbul 2018, s. 152.

3 *Karayalçın*, s. 144; *Öztaş*, s. 582-583; *Kınacıoğlu*, N.: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 155-159; *Poroy*, R. ve *Tekinalp*, T.: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Bası, İstanbul 2019, s. 205-209; *Kendigelen*, A. (Kendigelen/ Kırca): Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019, s. 211-212; *Tuna/ Gürbüz*, s. 152. *Çamoğlu*, maddi hukuk tarafından desteklenmeyen şekli hak sahipliğinin meşruiyetini yitirdiğini savunmaktadır, *Çamoğlu*, E.: Çizilmiş Cironun Hukuki Sonuçları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. 35 S. 2, s. 9-11.

4 *Baumbach*, A./ *Hefermehl*, W./ *Casper*, M.: Wechselgesetz und Scheckgesetz Recht der kartengestützten Zahlungen, 23. Auflage, München 2008, Art. 16 N. 9; *Bülow*, P.: Wechselgesetz und Scheckgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2013, Art.16 N. 12; *Kınacıoğlu*, s. 155-156.

Bu makale, giriş ve sonuç bölümü dâhil olmak üzere altı ana bölümden oluşmaktadır. İkinci bölümde, çizilmiş ciro kavramı ile ciro çiziminin şekli, hukuki niteliği ve sonuçları ele alınmıştır. Üçüncü bölümde, çizilmiş ciroların maddi hukuk kapsamında geçerliliği ve sonuçları; ciroyu çizme hakkı, ehliyet, temsil ile irade sakatlıkları açısından değerlendirilmiştir. Dördüncü bölümde ise, borçlu ve muhatap banka tarafından ödeme sırasında yapılacak şekli hak sahipliği araştırmasında çizilmiş ciroların nasıl değerlendirileceği irdelenmiştir. Ciro çiziminin geçerliliğinin uygulamadaki öneminin belirlenebilmesi açısından, bu geçersizliğin icra yargılaması ile hukuk davalarında ileri sürülebilirliğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle beşinci bölümde, icra yargılaması ile hukuk davalarında cironun geçersiz çizildiği iddiasına ilişkin ispat yükümlülüğü incelenmiştir. Altıncı ve son bölümde ise, sonuç ve değerlendirmelerimiz sunulmuştur.

## II. CIRONUN ÇİZİLMESİ KAVRAMI, ŞEKLİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

### A. KAVRAM VE ŞEKİL

Cironun çizilmesi, kambiyo hukuku anlamında senet metni üzerindeki cironun iptalini, yani hukuken geçersiz hale getirilmesini ifade etmektedir<sup>5</sup>. Bu çerçevede Yargıtay kararlarında, “cironun çizilmesi” yerine “cironun iptali” kavramının kullanıldığı da görülmektedir<sup>6</sup>. Doktrinin ekseriyeti tarafından kabul edildiği üzere, cironun çizilmesi; cironun üzerine belirgin bir çizgi çizilmesi, cironun kazınması, silinmesi, üzerinin bantla veya benzeri bir şekilde kapatılması veya cironun görünürlüğünü ortadan kaldıran başka bir yöntemle sağlanabilir<sup>7</sup>. Yine ciro, üzerine “iptal”, “çizilmiştir” ve “geçersizdir” gibi kayıtlar konulmak suretiyle de çizilmiş hale getirilebilir<sup>8</sup>.

Öztaş, cironun iptaline yönelik kayıtların cironun çizilmesi sonucunu doğurabilmesi için, bunların ayrıca imzalanmış olması şartını aramıştır<sup>9</sup>. Çamoğlu, bir adım ileri giderek, çizme yöntemi açısından herhangi bir ayırım yapmaksızın cironun hukuken çizilmiş kabul edilebilmesi için, bu yöndeki irade açıklamasının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 207’nci maddesi uyarınca yetkili hamilin imzasıyla (parafıyla) onaylanması gerektiğini savunmuştur<sup>10</sup>.

Biz, geçerli bir ciro çizimi için hak sahibinin imzasını arayan bu görüşlere katılmamaktayız. Öncelikle, HMK m.207 anlamında “senette değişiklik” kavramının, cironun çizilmesini kapsadığını söylemek

5 Tekil, F.: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1994, s. 130; Çamoğlu, s. 11.

6 Y. 11. HD., 19.11.2014, E. 2014/16744, K. 2014/17964; Y. 12. HD., 04.03.2019; E. 2019/733, K. 2019/3456, Y. 12. HD., 17.11.2014, E. 2014/20522, K. 2014/27342; Y. 12. HD., 20.02.2014, E. 2014/1657, K. 2014/4778; Y. 12. HD., 11.10.2013, E. 2013/27767, K. 2013/32500; Y. 19. HD., 20.01.2014, E. 2013/16589, K. 2014/1533.

7 Karayalçın, s. 142-143; Doğanay, İ.: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt, 3. Bası, Ankara 1990, s. 1649; Tekil, s. 130; Öztaş, s. 587; Kinacıoğlu, s. 155; Alışkan, M.: Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro, İstanbul 1998, s. 156; Hacıömeroğlu, A.O.: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro, Ankara 2017, s. 71-72.

8 Y. 19. HD., 24.04.2014, E. 2014/4959, K. 2014/7936.

9 Öztaş, s. 587. Aynı yönde bkz. Alışkan, s. 156; Hacıömeroğlu, s. 172.

10 Çamoğlu, s. 11-13.



güçtür<sup>11</sup>. HMK m.207, esasında senet altında imzası bulunan kişi aleyhine sözleşme metninde değişiklik yapılması halini düzenlemektedir. Senet üzerindeki imzanın çizilmesi ise, imza sahibi aleyhine sonuç doğuran bir niteliğe sahip olmadığı için, HMK m.207'ye tabi olmamalıdır<sup>12</sup>. İmzada sahteliğin HMK m.209'da ayrıca düzenlenmesi de bu görüşü desteklemektedir.

Cironun çizilmesinin HMK m.207'nin kapsamına girdiği kabul edilse dahi, çizimin ayrıca imzalanmamış veya paraflanmamış olması, onu kendiliğinden geçersiz hale getirmez. Söz konusu hükmün ilk cümlesinde, “*senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkâr hâlinde göz önünde tutulmaz*” denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, senette yapılan değişikliğin geçersiz olabilmesi için, değişikliğin onanmaması ve değişikliğin inkâr edilmesi şartlarının her ikisinin kümülatif olarak sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle senetteki değişiklik, bununla borç altına giren kişi tarafından onanmamış olsa dahi inkâr edilmedikçe geçerli olmaya devam edecektir<sup>13</sup>. Onamanın mutlaka senetteki değişikliğin yanına konulacak bir imza ile yapılması gerekli değildir. Senet üzerindeki değişiklik, senet dışında başka bir yazılı metin ile de onaylanabilir<sup>14</sup>.

Bu kapsamda, ciro çiziminin inkâr edilmemesi veya bu çizimin senet dışında onanmış olması halinde, bu çizim, HMK m.207 uyarınca geçerli olmaya devam edecektir. Burada çizmeyi onaylayacak veya inkâr edecek kişi, ciroyu çizme hakkına sahip olan kişidir. Ciro silsilesini şeklen incelemekle yükümlü olan düzenleyen veya muhataptan, senet üzerinden anlaşılmayan bu hususları araştırması ve hak sahibinden ciro çizimini inkâr edip etmediğini sorması beklenemez.

Her halükârda karalama, silme veya kazıma suretiyle senet üzerindeki cironun kime ait olduğunun belirlenemez hale getirilmesi durumunda, imzanın sahibinin gerçekten ciroyu çizmeye yetkili olup olmadığının şeklen dahi tespiti mümkün olmayacaktır. Bu halde, çizilen cironun yanına HMK m.207 uyarınca atılan imzanın kendisinin, TTK m.683/2 uyarınca beyaz ciro sayılması ihtimali ortaya çıkacaktır.

Bütün bu gerekçelerle, cironun üzerinin çizilmesi veya başka yöntemle okunamaz hale getirilmesi ya da cironun iptal edildiğine ilişkin bir ifadenin cironun üzerine konulması durumunda, ayrıca bir imzaya gerek olmaksızın cironun şeklen çizilmiş olduğu sonucuna varılmalıdır. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu söylenebilir<sup>15</sup>.

11 Doktrinde, senet metnindeki değişiklikleri düzenleyen TTK m.748'in uygulanması açısından, senet metninin imzaları içermediği görüşü dile getirilmiştir, bkz. *Öztaş*, 863; *Bilgen*, M.: Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 11, Özel S.: 2009, s. 1010.

12 HMK m.207, yargılama sırasında bir alacağın ispatlanması için bir senede dayanılması halinde gündeme gelecektir. Bu halde, aleyhine senede dayanılan taraf, senette yapılan değişiklikleri onaylamamışsa, bu değişiklikleri inkâr ederek senedi ispat aracı olmaktan çıkarabilecektir. Senetteki imzası çizilen kişiye karşı senede dayanılamayacak olması nedeniyle, bu kişinin HMK m.207'ye başvurma ihtiyacı ortaya çıkmayacaktır.

13 *Yılmaz*, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 2, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 2506; *Domaniç*, H: TTK Şerhi IV – Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990, s. 389; *Erdem*, N.: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), İstanbul 2008, s. 21.

14 *Yılmaz*, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, s. 2506.

15 Y. 19. HD., 24.04.2014, E. 2014/4959, K. 2014/7936; “*Davalı vekili, davaya konu çek ciro eden ciranta ... ile davacı arasında patates ticaretine dayanan ticari ilişki bulunduğunu, ciro silsilesinde bir cironun iptal edilebilmesi için açık ve anlaşılır biçimde iptal ibaresinin yer alması gerektiğini belirterek, açılan bu davanın reddine ve yapılan masraflar le birlikte % 20'den*

Cironun çizilmiş sayılması için, cirodaki imzanın çizilmiş olması gerekli ve yeterlidir<sup>16</sup>. Bu bakımdan, tam ciro halinde, ayrıca ciro şerhinin çizilmesi zorunlu değildir<sup>17</sup>. Cirantanın imzası çizilmeden sadece ad ve soyadının veya kaşesinin çizilmesi halinde ise, imza korunduğu için cironun çizilmesinden bahsedilemez<sup>18</sup>.

## B. HUKUKİ MAHİYET

Cironun çizilmesi ihtiyacı, çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. Örneğin, bir sözleşme çerçevesinde karşı tarafa verilmek üzere bir bono ciro edilmiş, ancak sözleşmeden dönülmüş olması sebebiyle bononun teslim edilmesi gerekliliği ortadan kalkmışsa, cironun çizilmesi yoluna gidilebilir<sup>19</sup>. Benzer şekilde, cironun hatır amaçlı yapılması veya borcun başka bir şekilde ödenmiş olması nedeniyle senedin iade alınmış olması durumunda da cironun çizilmesi mümkündür<sup>20</sup>. Ciro, cirodaki hataların<sup>21</sup> veya ciro silsilesinin düzeltilmesi amacıyla da çizilebilir. Ancak bu halde, cironun yetkisiz kişilerce çizilmesi, senette tahrifat sayılacaktır<sup>22</sup>.

Ciro, senetten doğan hakkı devretmeye yönelik bir hukuki işlemidir<sup>23</sup>. Cironun çizilmesi ise, ciroyu iptal ederek ona bağlı bütün hukuki sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik bir irade açıklamasıdır<sup>24</sup>.

*az olmamak üzere kötü niyet tazminatına, yargılama giderler ve vekalet ücretinin davacıya yükletilmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemeye toplanan deliller doğrultusunda, 6102 Sayılı TTK'nun 686/1 ve 790 maddeler gereğince çekte çizilmiş cironun yazılmamış sayılacağı, çek arkasında ciranta imzası bulunan davacı borçlunun isim ve imzasının karalanmak suretiyle çizildiği, bu çizme işlemi sebebiyle davacı cirosunun yazılmamış sayılacağı ve davacı borçlunun çek bedelinden sorumlu olmayacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, .... karar verilmiş , hüküm davalı vekil tarafından süresinde temyiz edilmiştir... davalı vekilin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, ... oybirliğiyle karar verildi". Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 04.06.2018, E. 2018/2021, K. 2018/4248; Y. 11. HD., 28.04.2015, E. 2015/474, K. 2015/11474; Y. 11. HD., 17.11.2014, E. 2014/20522, K. 2014/27342; Y. 12. HD., 01.03.2010, E. 2009/23170, K. 2010/4487; Y. 19. HD., 18.02.2013, E. 2013/455, K. 2013/3062.*

16 Tuna/ Gürbüz, s. 148; Alişkan, s. 156.

17 Tam ciroda, ciro şerhinin çizilip imzanın korunmasının hukuki niteliği ve sonuçları hakkında bkz. Bölüm II/D.

18 Y. 11. HD., 23.06.2015, E. 2014/19197, K. 2015/9264; "... ciro için ciro edenin isminin yazılmasının şart olmayıp cirantanın imzası ile cironun gerçekleştiği, çizilmiş ciroların yazılmamış hükmünde olduğu, takip konusu çekte davacı şirketin temsilcisi olan...in isminin çizildiği sabit ise de, ceza soruşturmasında ve isticvaben beyanında ...in çizilen isminin altındaki imzanın kendisine ait olduğunu kabul ettiği, çekte yalnız ...ismi çizili olup, şirketin her zaman değiştirilebilir kaşesi üzerindeki imzanın ise şirket temsilcisi olan ...e ait olduğu, geçerli ciro imzası ile düzgün ciro silsilesi sonucunda takip alacaklısının yetkili hamil olduğu ve ciranta görülen davacıyı takip hakkının bulunduğu gerekçeleriyle, davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir... davacı vekilin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA ... oybirliğiyle karar verildi". Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 25.02.2016, E. 2015/28099, K. 2016/5416.

19 Domaniç, s. 132; Kendigelen, Kıymeti Evrak Hukuku, s. 208.

20 Bu örneklerde, cironun çizilmesi, geriye ciro (dönüş cirosu) yapılmaksızın ciroşu çizilen cirantanın tekrardan yetkili hamil sıfatı kazanmasını sağlamaktadır. Bu konuda bkz. Çamoğlu, s. 14-15.

21 Domaniç, s. 132; Çamoğlu, s. 12-13.

22 Bkz. Bölüm III/A/2.

23 Öztan, s. 552; İmregün, O.: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2007, s. 68; Ülgen, H. (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan): Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2019, s. 167, 169; Kendigelen, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 200.

24 İrade açıklamaları hakkında genel olarak bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N. (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı): Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 86-87; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015, s. 120-121.

Dolayısıyla cironun çizilmesi de bir hukuki işlem niteliğindedir<sup>25</sup>. Bunun bir sonucu olarak, ciroyu geçersiz kılmaya yönelik bir irade olmaksızın cironun aşınma veya benzeri bir sebeple okunamaz hale gelmesi veya yanlışlıkla çizilmesi durumlarında, ortada bir irade açıklaması bulunmayacağı için cironun maddi hukuk anlamında çizilmesinden bahsedilemeyecektir. Cironun çizilmesinin hukuki işlem mahiyetinde olması, çizimin geçerliliğinin değerlendirilmesinde ayrıca yetki, ehliyet ve irade sakatlıkları gibi hususların dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır<sup>26</sup>.

Bununla birlikte ciro çiziminin hukuki işlem olarak geçersiz olması, bu geçersizliğin her koşulda düzenleyene/muhataba veya iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği anlamına gelmemektedir. Aşağıda detaylı olarak incelendiği üzere<sup>27</sup>, senet borçlusunun ve muhatap bankanın araştırma yükümlülüğünün şeklen inceleme ile sınırlı olması ve kambiyo senetlerinin kamu güvenini haiz senetler olması dolayısıyla hukuki görünüşe güvenin korunması, yetkisiz olarak veya yanlışlıkla çizilen cironun da TTK m.686/1 ve 790 kapsamında yazılmamış sayılmasına neden olabilir.

### **C. CIRONUN ÇİZİLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI**

TTK m.686/1 ve m.790 uyarınca, çizilmiş cirolar, yazılmamış sayılır. Yazılmamış sayılmanın en önemli sonucu, çizilmiş cironun, ciro silsilesine göre senedin yetkili hamilinin belirlenmesinde tümüyle göz ardı edilmesidir. Bunun ciro silsilesinin düzgünlüğüne etkisi ise, çeşitli ihtimallere göre değişmektedir.

Çizilen cironun ciro silsilesini bozan bir ciro olması halinde, bu ciro yok hükmünde olacağından senedi elinde bulunduran kişi, şeklen yetkili hamil kabul edilecektir<sup>28</sup>. Senedi elinde bulunduran hamile yapılan cironun çizilmiş olması durumunda ise, söz konusu hamil yetkisiz hale geleceği için<sup>29</sup>, senede dayalı herhangi bir talepte bulunamayacaktır<sup>30</sup>. Lehtarın cirosunun çizilmesi, ciro silsilesini sonraki tüm cirantalar açısından bozacaktır<sup>31</sup>. Senet üzerinde lehtarın birden fazla cirosunun bulunması durumunda ise, lehtarın ilk cirosunun çizilmesi, düzgün ciro silsilesini, lehtarın sonraki

25 Çamoğlu, s. 12-13.

26 Doktrinde bazı yazarlar, cironun yetkili kişi tarafından çizilmesinin gerekli olduğunu belirtmekle birlikte, cironun kasten veya istenmeden çizilmiş olmasının bir fark yaratmadığını savunmuşlardır, Öztan, s. 587; Alışkan, s. 156; Hacıömeroğlu, s. 172. Cironun istemsiz çizilmesinin maddi hukuk anlamında geçerli sayılması, söz konusu çizimin bir maddi fiil olarak kabulü halinde mümkün olabilir. Bu bakımdan, maddi hukuku açısından cironun çizilmesinde yetkinin aranmasına rağmen iradenin göz ardı edilmesi, bir çelişki yaratmaktadır.

27 Bkz. Bölüm IV.

28 Poroy/ Tekinalp, s. 205; Ülgen, s. 171-172; Tuna/Göç Gürbüz, s. 148; Bozer, A. ve Göle, C.: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2017, s. 106. Y. 12. HD., 20.09.2012, E. 2012/8632, K. 2012/27148; Y. 12. HD., 27.06.2011, E. 2010/32785, K. 2011/13600; Y. 19. HD., 24.09.2014, E. 2014/9994, K. 2014/14001.

29 Bu halde, hamilin şeklen yetkisiz hale gelebilmesi için, önceki cironun tam ciro olması gereklidir. Önceki cironun beyaz ciro olması halinde ise, hamil, kendisine yapılan ciro çizilse dahi şeklen yetkili olmaya devam edecektir.

30 Y. 12. HD., 10.11.2016, E. 2016/28878, K. 2016/23299; Y. 12. HD., 17.11.2014, E. 2014/20522, K. 2014/27342; Y. 12. HD., 15.04.2014, E. 2014/8767, K. 2014/10942; Y. 12. HD., 16.09.2003, E. 2003/13742, K. 2003/17697.

31 Öztan, s. 585; Kendigelen, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 212. Y. 12. HD., 01.12.2008, E. 2008/18032 K. 2008/21291; Y. 19. HD., 22.03.2010, E. 2009/5632, K. 2010/3117.

cirosundan itibaren başlar hale getirecektir. Bu ihtimalde, lehtarın çizilen ilk cirosu ile sonraki cirosu arasında kalan cirantaların senede dayalı talepte bulunma hakları bulunmayacaktır<sup>32</sup>.

Cironun çizilmesi, bazı durumlarda ciro silsilesini etkilemeyebilir. Lehtarın cirosundan önce gelen cirolar, yok hükmünde olduğu için, bu ciroların çizilmesi ciro silsilesinin düzgünlüğüne tesir etmeyecektir<sup>33</sup>. Benzer şekilde, lehtar ile senedi tam ciroyla devralan cirantalara ait beyaz cirolar dışında, senet üzerindeki beyaz ciroların çizilmesi de ciro silsilesine herhangi bir etkide bulunmayacaktır<sup>34</sup>.

Cironun çizilmesini düzenleyen TTK m.686/1 ve m.790 hükümleri, esas olarak cironun teşhis fonksiyonunu düzenlemektedir. Ne var ki, cironun çizilmesinin etkisi, sadece teşhis fonksiyonuyla sınırlı değildir. Cironun çizilmesi, aynı zamanda cironun teminat fonksiyonunu ortadan kaldırmaktadır<sup>35</sup>. Bu çerçevede, çizilmiş ciroların sahipleri, senedin ödenmemesi sebebiyle herhangi bir sorumluluğa sahip olmayacaktır<sup>36</sup>.

Geçerli bir ciro çizimi sebebiyle şeklen hak sahipliğinin kaybedilmesi, kural olarak senet hamilinin maddi hukuk anlamında hak sahipliğini de ortadan kaldırır. Ancak cironun çizilmesine rağmen, senet hamili, maddi hukuk anlamında hak sahibi olarak kalabilir. Örneğin, (A)'nın, tek varisi olan oğlu (B)'ye yapmış olduğu tam ciroyu çizdikten sonra ölmesi durumunda, (B) miras hükümleri uyarınca maddi anlamda hak sahibi olmaya devam edecektir<sup>37</sup>.

#### D. CİRO METNİNİN (ŞERHİNİN) ÇİZİLMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Yukarıda da bahsedildiği üzere<sup>38</sup>, tam cironun TTK m.686/1 ve 790 anlamında çizilmiş sayılması için, ciro şerhinin altındaki imzanın çizilmesi gerekli ve yeterlidir. İmza çizilmeden sadece ciro şerhinin çizilmesinin hukuki sonuçları konusunda ise, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde bir grup yazar, tam cirodadaki ciro şerhinin çizilip imzanın korunması durumunda, bu imzanın beyaz ciro olarak geçerli kabul edileceğini ifade etmektedir<sup>39</sup>. Buna karşılık doktrinde çoğunluk, ciro şerhinin çizilmesi halinde geriye kalan imzanın beyaz ciro sayılmasının, yetkili hamil

32 Y. 12. HD., 20.09.2017, E. 2016/19381, K. 2017/11051; Y. 12. HD., 14.04.2014, E. 2014/8920, K. 2014/10742.

33 Y. 12. HD., 03.12.2015, E. 2015/15790, K. 2015/30366. Lehtarın cirosundan önce gelen ciroların teminat cirosu olarak geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. *Alışkan, M. ve Cankat, R.*: Teori ve Uygulamada Kambyo Senedinin Arka Yüzüne Lehtarın Cirosundan Önce Atılan İmza (Şeklindeki Garanti Cirosu), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. 16, S. 2, Özel Sayı, s. 29-54.

34 Y. 12. HD., 28.04.2006, E. 2006/6072 K. 2006/9442.

35 Cironun teminat (garanti) fonksiyonu hakkında bkz. *Öztaş, s. 598-609; Poroy/Tekinalp, s. 209-210; Kendigelen, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 214-216.*

36 Y. 12. HD., 26.05.2016, E. 2016/1261, K. 2016/14888; Y. 12. HD., 28.04.2015, E. 2015/474, K. 2015/11474; Y. 12. HD., 10.04.2015, E. 2015/583, K. 2015/9317; Y. 12. HD., 11.09.2012, E. 2012/11057, K. 2012/25791; Y. 12. HD., 07.05.2009, E. 2009/1733 K. 2009/10031.

37 *Öztaş, s. 582-583; Kınacıoğlu, s. 156; Poroy/Tekinalp, s. 207.*

38 Bkz. Bölüm II/A.

39 *Baumbach/ Hefermehl/ Casper, Art. 16 N. 9; Karayalçın, s. 143; Poroy/Tekinalp, s. 195; Çamoğlu, s. 13.*

olmayan kişilere ciro silsilesini düzeltme imkânı vereceğini, dolayısıyla sadece ciro şerhinin çizilmesi durumunda cironun tamamen çizilmiş sayılması gerektiğini savunmaktadır<sup>40</sup>.

Sadece ciro şerhinin çizilmesi halinde cironun tümüyle çizilmiş sayılacağını kabul eden çoğunluk görüşüne çeşitli gerekçelerle katılmamaktayız. Öncelikle, bu halde cironun çizilmiş sayılması, söz konusu görüşü savunanların ana gerekçesi olan bozuk ciro silsilesinin düzgün hale getirilmesinin önlenmesi amacıyla her zaman hizmet etmeyebilir. Örneğin, (L)'nin lehtar olduğu bir bonoyu beyaz ciroyla (C1)'e, (C1)'in ise bu bonoyu tam ciroyla (C2)'ye devrettiği bir senaryoda, bu bonoyu hırsızlık sonucu elde eden (H)'nin (C1)'in yapmış olduğu tam cirodaki (C2)'nin ismini çizmesi durumunda cironun tamamen çizilmiş sayılması, ciro silsilesini şeklen düzgün hale getirecektir. Bu kurguda, (C1)'in çizilmeyen imzasının beyaz ciro olarak kabul edilmeyip cironun tamamen çizilmiş sayılması, yalnızca (C1)'in ciranta olarak sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır ki bu sonuç, maddi hukuk bakımından hak sahibi olan (C2)'nin daha da aleyhine olacaktır.

Ayrıca cironun tamamen çizilmiş sayılmasını savunan yazarların çoğunluğu tarafından da kabul edildiği üzere, cironun hukuka uygun olarak çizilmiş sayılabilmesi için, çizme işleminin yetkili kişi tarafından yapılmış olması gereklidir<sup>41</sup>. Yetkisiz kişilerce yapılan çizim ise, aşağıdaki bölümde de açıklandığı üzere tahrifat niteliğinde olacaktır. Tam cirodaki ciro şerhinin yetkisiz kişilerce çizilmesi de aynı şekilde tahrifat olarak muamele göreceği için, şerhin yetkisiz hamilce çizilerek bozuk ciro silsilesinin düzeltilmesi, her halükârda maddi hukuk anlamında geçersiz olacaktır. Şekli hak sahipliği incelemesinde, borçlu veya muhatap banka, ciro şerhinin silinmesiyle geriye kalan imzayı beyaz ciro olarak algılayacağı için, cironun tamamen çizilmiş sayılması bu halde de mümkün olmayacaktır.

Ciro şerhinin yetkili kişi tarafından çizilmesi halinde ise, bu kişinin iradesine aykırı şekilde cironun tamamen çizildiğinin kabulünün haklı bir gerekçesi bulunmayacaktır. Örneğin, senedin yetkili hamili, senedi tam ciroyla ciro ettikten sonra fikrini değiştirerek senedi henüz teslim etmeden önce, ciro şerhini çizip senedi beyaz ciroyla devretme yolunu tercih edebilir. Tam ciro ile devredilen senedin herhangi bir sebeple iade alınmasından sonra, bu senedin üçüncü bir kişiye devredilmesi için de önceki cirodaki ciro şerhinin çizilmesi yöntemi kullanılabilir. Benzer şekilde, senet üzerindeki rehin veya tahsil cirosu, tarafların anlaşması sonucu rehin veya tahsil cirosu şerhi çizilerek temlik cirosuna çevrilebilir. Tüm bu hallerde, cironun tamamen çizilmiş sayılması yerine, yetkili kişinin iradesine uygun olarak geriye kalan imzanın beyaz ciro olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak sadece ciro şerhinin çizilmesi halinde de maddi hukuk yönünden çizimi yapan kişinin yetkisine ve iradesine bakılarak hareket edilmesi gereklidir. Çizimi yapan yetkili kişinin iradesinin cironun tamamının çizilmesi yönünde olmasına rağmen, "iptal" yazısı imzaya kadar uzanmamışsa, ispata ve görünüşe güvene ilişkin hususlar saklı kalmak kaydıyla cironun tamamen çizildiği kabul edilebilir. İradenin sadece şerhin çizilmesi yönünde olduğu bir durumda ise, artık TTK m.686/1

40 Doğanay, s. 1649; İmregün, s. 71; Öztan, s. 570-571; Tuna/Göç Gürbüz, s.148; Tekil, s. 130; Alışkan, s. 156-159; Kendigelen, A.: Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019, s. 251-252; Hacıömeroğlu, s. 6-62.

41 Bkz. Bölüm III/A.

ve 790 uyarınca çizilmiş bir cirodan bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte söz konusu hükümlerin, bu halde de çizilen ciro şerhiyle sınırlı olarak kıyasen uygulanacağı, yani çizilen şerh yazılmamış sayılarak geriye kalan imzanın hukuki sonuçlarını doğurmaya devam edeceği kabul edilmelidir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2010 tarihli bir kararı da bu görüşü destekler niteliktedir<sup>42</sup>.

Bu açıklamalar, senedin arkasındaki tam cironun şerh kısmının çizilmesi hali için geçerlidir. Senedin ön yüzüne atılmış olan tam ciro şerhinin çizilmesi halinde ise, varılması gereken sonuç daha farklıdır. TTK m.701'in üçüncü fıkrasında, muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imzanın aval şerhi sayılacağı; maddenin dördüncü fıkrasında ise, kimin için verildiği belirtilmeyen avalin, düzenleyen için verilmiş kabul edileceği ifade edilmiştir. Bu bakımdan, senedin ön yüzündeki tam cironun şerh kısmının çizilmesi halinde, geriye kalan imza, düzenleyen için verilmiş aval olarak kabul edilecektir<sup>43</sup>.

### III. ÇİZİLMİŞ CIRONUN MADDİ HUKUK BAKIMINDAN GEÇERLİLİĞİ

#### A. CİROYU ÇİZME HAKKI

##### I. Çizme Hakkının Sahibi ve Kapsamı

Senet bedelini ödeyen borçlunun poliçe ve protesto belgesini talep etme hakkını düzenleyen TTK m.727/2'de, poliçeyi ödemiş olan her cirantanın, kendi cirosunu ve kendisinden sonra gelen borçluların cirolarını çizebileceği belirtilmiştir. Senet ödendikten sonraki aşamada ciro silsilesinin sadeleştirilmesine yönelik bu hükmün<sup>44</sup>, TTK m.686/1 (ve de m.790) kapsamında ciroyu çizme yetkisi açısından genel bir kural oluşturduğundan bahsedilemez. Bu bakımdan maddi hukuk kapsamında kimlerin ciroyu çizme hakkına sahip olacağını ayrıca belirlenmesi gereklidir. Doktrinde, bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

*Arslanlı ve İmregün*, herhangi bir ayırım yapmadan hamilin ciro silsilesini düzeltmek için ciroyu çizebileceğini savunmuştur<sup>45</sup>. Bu görüşten hareket edilirse, senedi elinde bulunduran herkesin

42 Y. 12. HD., 09.02.2010, E. 2009/30453, K. 2010/2721; "Somut olayda, hamiline düzenlenmiş çekte ilk cironun N.A. tarafından yapıldığı bu cironun alt kısmına "BEDELİ TAHSİLDİR" "Akbank TAŞ. Manavgat şb./Antalya" yazıldığı daha sonra cironun altına ilave olarak yazılan bu kısım üzerine "İPTAL" yazıldığı görülmüştür. Görüldüğü gibi hamil Akbank'ın adını yazarak cirosunu tam ciro halinde düzenledikten sonra sadece tam ciroyu ihtiva eden Akbank ismini iptal ederek cirosunu beyaz ciro haline dönüştürmüştür. Bu durumda hamilin ciro imzası iptal edilmediğinden varlığını korumaktadır. Burada iptal edilen kısım yalnızca çek bedelinin tahsil edilmesi için Akbank'a yapılan tahsil cirosunun iptalidir. Şayet hamil kendi cirosunu iptal etmek istese idi ciro su üzerine iptal yazısını yazması gerekirdi. Kendi cirosunu iptal etmediğinden ve bu ciroda beyaz ciro olmakla bu ciroya dayanarak alan ve bankaya ibraz ettiği anlaşılan takip alacaklısı Mehmet Arslan yetkili hamildir. Çek üzerinde yapıldığı iddia edilen değişiklikler keşideci tarafından paraf edildiğine ve bunun aksinin de iddia edilmediğine göre şikayetçi borçlu Nevzat'ın ileri sürdüğü hususlar yargılamayı gerektirdiğinden icra mahkemesinde dinlenemez. Mahkemece şikayetin reddine karar vermek gerekir iken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir". Aksi yönde bkz. Y. 19. HD., 12.02.2013, E. 2012/17335, K. 2013/2548.

43 *Tuna/Göç Gürbüz*, s.148; *Alışkan*, s. 157. Bununla birlikte poliçede ön yüze atılan cironun muhataba ait olması durumunda, ciro şerhinin çizilmesi sonucu geriye kalan imza, TTK m.695 uyarınca kabul hükmünde olacaktır.

44 *Çamoğlu*, s. 13.

45 *Arslanlı, H.:* Ticari Senetler Dersleri, 3. Bası, Ankara 1954, s. 109; *İmregün*, s. 76.

ciroyu çizme hakkına sahip olduğu, dolayısıyla çizim konusunda yetki tartışmasının önemsiz olduğu sonucuna varmak gerekir.

*Karayalçın*, ciroyu çizme yetkisinin, poliçe alacaklısına ait olduğunu, yetkisiz kişilerce yapılacak çizimin tahrifat niteliğinde olacağını belirtmiştir<sup>46</sup>. Bu görüş uyarınca, senedi elinde bulunduran yetkisiz hamil, ciroları çizerek ciro silsilesini düzeltmeyecektir. Ancak yazar, poliçe alacaklısının, TTK m.727'de öngörüldüğü üzere sadece kendi ve kendisinden sonra gelen ciroları mı çizebileceği yoksa kendinden önce gelen cirolar dâhil senet üzerindeki tüm ciroları mı çizebileceği konusunda bir açıklık sağlamamıştır.

*Poroy/Tekinalp*, cironun hakkı olan kimse tarafından çizilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>47</sup>. Yazara göre, her ciranta, poliçeyi teslim etmeden önce kendi cirosunu çizebilecek ve ayrıca TTK m.727/2 uyarınca poliçeyi ödemiş olan her ciranta, kendi cirosunu ve kendinden sonra gelen ciroları çizme hakkına sahip olacaktır<sup>48</sup>.

*Öztan ve Kınacıoğlu* ise, TTK m.727/2'ye ek olarak maddi hukuk anlamında hak sahibi olan hamilin, kendi hukuki durumunu değiştirmedeği sürece senet üzerindeki ciroları çizebileceğini belirtmişlerdir<sup>49</sup>. *Öztan*'a göre, cironun, ciro silsilesinin düzeltilmesi veya önceki hamillerce ileri sürülecek defilerin ortadan kaldırılması amacıyla çizilmesi mümkün değildir<sup>50</sup>.

Kanımızca, ciroyu çizme yetkisi, ciroyu elinde bulunduran herkese verilmemelidir. Aksi takdirde, senedi meşru olmayan bir şekilde eline geçiren kişi, ciro silsilesini bozan ciroları çizerek maddi hukuk yönünden meşru hamile karşı da ileri sürülecek bir hak sahipliği elde etmiş olur. TTK m.727/2'de, poliçeyi ödeyen cirantanın çizim hakkını dahi kendi cirosu ve kendinden sonra gelen cirolarla sınırlayan kanun koyucunun amacının da bu olmadığı açıktır. Bununla birlikte TTK m.686/1ve 790 kapsamında geçerli ciro çiziminin, TTK m.727/2 ile sınırlı olduğu da söylenemez. Yazarların ekseriyeti tarafından kabul edildiği üzere, cirantanın, yapmış olduğu ciroyu senedi henüz teslim etmeden önce çizmesi mümkündür. Yine senedi ödeme dışında bir sebeple iade alan cirantanın, kendi cirosunu çizebileceği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Burada asıl belirlenmesi gereken husus, söz konusu durumlar dışında yetkili hamilin ciroyu hangi halde çizilebileceğidir.

“*Ciro çiziminin hamilin kendi hukuki durumunda bir değişiklik yaratmaması*” kriteri, bu bakımından uygulanabilir bir sınırlama getirmekle birlikte, senet üzerindeki diğer hak sahiplerine etkiyi göz ardı etmesi sebebiyle eksik kalmaktadır. Hamil tarafından yapılacak ciro çizimi, hamilin kendi hukuki durumunu etkilemese dahi üstteki cirantaların haklarını olumsuz etkileyebilir. Dolayısıyla yetkili

46 *Karayalçın*, s. 142. Benzer yönde bkz. *Doğanay*, s. 1649, *Tuna/Göç Gürbüz*, s. 154, *Pulaşlı*, H.: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 187.

47 *Poroy/Tekinalp*, s. 194-195. Benzer yönde bkz. *Ülgen*, s. 167.

48 *Çamoğlu* da cironun sadece onun sahibi ciranta tarafından çizilebileceğini ifade ederek benzer bir görüşü benimsemiştir; *Çamoğlu*, s. 12.

49 *Öztan*, s. 587; *Kınacıoğlu*, s. 155. Benzer yönde bkz. *Kendiğelen*, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 208. Bu görüşün Alman doktrinindeki kaynağı için bkz. *Baumbach/ Hefermehl/ Casper*, Art. 16 N. 9.

50 *Öztan*, s. 588.



hamilin kendi cirosu ile diğer ciroları çizme yetkisinin belirlenmesindeki esas kriter, çizimin hamilin hak sahipliğine olumlu, diğer cirantalara ise haksız yere olumsuz etkide bulunmaması olmalıdır.

Bu çerçevede, senedin yetkili hamili, kendi hukuki durumunu iyileştirecek olması sebebiyle ciro silsilesinde daha üstte yer alan bir cirosunu çizemez<sup>51</sup>. Örneğin, bir bononun, lehtar (L) tarafından beyaz ciro ile (C1)'e, (C1) tarafından beyaz ciro ile (C2)'ye ve (C2) tarafından yine beyaz ciroyla tekrardan (C1)'e devredildiği bir durumda, (C1), (C2)'ye yaptığı ciroyu çizerek ona karşı alacaklı konumuna geçemez. Aynı şekilde, mirasçı, murisin ismine yapılan ciroyu çizerek senedin doğrudan kendisine temlik edildiği yönünde bir izlenim yaratamaz<sup>52</sup>.

Yetkili hamil, üstte yer alan cirantalardan birinin cirosunu çizerek bu cirantanın sonraki cirantalara karşı sorumluluğunu da ortadan kaldıramaz. Örneğin, bir bononun, lehtar (L) tarafından beyaz ciro ile (C1)'e, (C1) tarafından beyaz ciro ile (C2)'ye ve (C2) tarafından yine beyaz ciroyla (H)'ye devredildiği bir durumda, (H), (C1)'in cirosunu çizerek bonoyu ödeyen (C2)'nin ona başvurmasını engelleyemez. Buna karşılık (H), kendi hukuki durumunu iyileştirmeyeceği ve diğer cirantaların hakkını etkilemeyeceği için (C2)'nin cirosunu çizebilecektir. Benzer bir şekilde, (H), senetten kaynaklanan alacak hakkı üzerinde tasarrufta bulunma hakkının bir sonucu olarak (L)'nin cirosunu çizerek halihazırda düzgün olan ciro silsilesini bozabilir.

Ciro çizme yetkisi hakkında bir diğer sorun, senedi rehin veya tahsil cirosu ile elinde bulunduran kişinin, senetteki ciroları çizip çizemeyeceğidir. Bahis konusu kişilerin, ciroyu veya ciro şerhini çizerek ciro silsilesini düzeltemeyeceği veya rehin veya tahsil cirosunu temlik cirosu haline getirmeyeceği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu kişiler, senet üzerindeki haktan feragat etme yetkisine sahip olmadıkları için<sup>53</sup>, ciro silsilesini bozacak veya bazı cirantaları sorumluluktan kurtaracak şekilde de ciroları çizemezler. Senedi rehin cirosu veya tahsil cirosu ile elinde bulunduran kişinin, aynı zamanda cirosu daha üstte yer alan bir ciranta olması halinde, bu kişi yine ne kendi cirosunu ne de diğer cirantaların cirosunu çizebilecektir. Bu kapsamda, söz konusu kişiler, sadece ciroyu yapan kişinin lehtar olması veya bir önceki cironun tam ciro olması kaydıyla kendilerine yapılan rehin cirosunu veya tahsil cirosunu çizebilirler. Zira bu halde cironun çizimi, ciro eden ciranta ile diğer cirantaların haklarını hiçbir şekilde etkilemeyecektir<sup>54</sup>.

## 2. Cironun Yetkisiz Çiziminin Hukuki Sonuçları

Cironun yetkisiz kişi tarafından çizilmesi, doktrinin ekseriyeti tarafından senet üzerinde yapılmış bir tahrifat olarak kabul edilmektedir<sup>55</sup>. Senet üzerindeki tahrifatın sonuçlarını düzenleyen TTK'nın

51 *Baumbach/ Hefermehl/ Casper*, Art. 16, N. 9; *Bülöw*, Art.16 N. 13.

52 *Baumbach/ Hefermehl/ Casper*, Art. 16, N. 9; *Öztañ*, s. 588.

53 *Arslanlı*, s. 114, 117; *Öztañ*, s. 613, 627-628; *Poroy/Tekinalp*, s. 212, 214; *İmregün*, s. 77-78; *Bozer/Göle*, s. 112; *Pulaşlı*, s. 196, 200-201. Tahsil cirosu yönünden aksi görüşte olanlar için bkz. *Karayalçın*, s. 150; *Kınacıoğlu*, s. 178.

54 Buna karşılık bir önceki cironun beyaz ciro olması durumunda, tahsil veya rehin cirosuyla senedi elinde bulunduran kişi, kendisine yapılan ciroyu çizmesi durumunda şeklen yetkili hamil durumuna geleceği için, böyle bir çizimi yapma yetkisine sahip olmayacaktır.

55 *Baumbach/Hefermehl/Casper*, Art. 16 N. 9; *Bülöw*, Art. 16, N. 12; *Karayalçın*, s. 142; *Öztañ*, s. 587; *Poroy/Tekinalp*, s.

748'inci maddesi uyarınca, “*bir poliçe metni değiştirildiği takdirde, değiştirmeden sonra poliçe üzerine imza koymuş olan kişiler, değişmiş metne ve ondan önce imzasını koyanlar ise eski metne göre sorumlu olurlar*”. Yetkisiz ciro çiziminin geniş anlamda tahrifat niteliğinde olduğu görüşüne katılmakla birlikte, TTK m.748'in, cironun teşhis fonksiyonunu düzenleyen TTK m.686/1 ve m.790 hükümleri ile ciro çiziminin kendine özgü niteliği dikkate alınarak uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>56</sup>. Bu noktada, çeşitli ihtimallere göre değerlendirme yapılmalıdır.

İlk değerlendirme, bozuk olan ciro silsilesinin yetkisiz bir biçimde düzeltilmesi ihtimali açısından yapılmalıdır. Senet, ancak şekli veya maddi anlamda yetkili hamil tarafından ciro edilerek devredilebilir<sup>57</sup>. Buna karşılık senetten şekli anlamda yetkili hamil olduğu anlaşılmayan ve maddi hukuku anlamında da hak sahibi olmayan kişinin, senedi devretmesi mümkün değildir. Böyle bir kişi tarafından yapılacak cironun ne temlik ne de teminat işlevi olacaktır<sup>58</sup>. Örneğin, (D) bir bono düzenleyerek lehtar (L)'ye teslim etmiş; sonrasında bono, (L) tarafından beyaz ciro ile (C1)'e, (C1) tarafından ise tam ciro ile (C2)'ye devredilmiş; (C2)'nin bonoyu kaybetmesi üzerine bonoyu eline geçiren (E), senedi (F)'ye ciro etmiş, (F) ise senedi ciro ile (H)'ye devretmiştir. Bu senaryoda, (C1)'in cirosundan sonraki kopukluk, senet metninden anlaşıldığı için, (E), ne şekli ne de maddi hukuk anlamında hak sahibi sıfatını kazanmıştır. Dolayısıyla olayda (E) ve (F) tarafından yapılacak ciroların ne temlik fonksiyonu ne de teminat fonksiyonu bulunacaktır. Bu halde (H), cironun kopukluğundan önce senette imzası bulunanların yanı sıra, ciroları geçersiz olan (E) ve (F)'ye karşı da senede dayalı olarak herhangi bir talepte bulunamayacaktır.

Yukarıdaki örnekte, bonoyu bulan (E)'nin, (C1)'in yapmış olduğu tam cironun tamamını veya ciro şerhini çizerek ciro silsilesini düzgün hale getirmesi durumunda ise, (E) şekli anlamda hak sahibi haline geleceği için, onun tarafından (F)'ye yapılan ciro ile (F) tarafından (H)'ye yapılan ciro, geçerli olacak ve temlik ve teminat fonksiyonuna sahip olacaktır. Ancak (E)'nin (C1) tarafından yapılan ciroyu çizme hakkı bulunmadığı için, bu çizim işlemi, tahrifat niteliğinde olacaktır. Bu halde, TTK m.748'in uygulanması halinde, bu tahrifatın, senede daha önceden imza atan (D), (L) ve (C1)'e karşı ileri sürülemeyeceğini, dolayısıyla (H)'nin senede dayalı olarak sadece senede tahrifattan sonra imza atan (E) ve (F)'ye karşı başvurabileceği iddia edilebilir. Ne var ki, bu halde, ciro silsilesinin düzgün olması sebebiyle TTK m.686/1 uyarınca yetkili hamil olarak kabul edileceği ve düzgün ciro zincirindeki her ciranta senet sebebiyle sorumlu olacağı için<sup>59</sup>, (H); (D), (L) ve (C1)'e de başvurabilecektir.

Düzgün bir ciro silsilesindeki bir cironun yetkisiz çiziminin sonuçları ise daha farklıdır. Örneğin, bir bono, lehtar (L) tarafından (C1)'e, (C1) tarafından ise (H)'ye tam ciro ile devredilmiş, daha sonra da

194; Tuna/Göç Gürbüz, s. 154; Çamoğlu, s. 23; Kendigelen, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 208; Pulaşlı, s. 148.

56 Cironun yetkisiz çizimini tahrifat olarak kabul eden Öztan, poliçe borçlularının imzalarında yapılan değişikliklerin TTK m.748 anlamında senet metninde değişiklik anlamına gelmeyeceğini, m.748'in bu tür değişikliklere kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir; Öztan, s. 863.

57 Maddi hukuku anlamında hak sahibinin, şeklen hak sahibi gözükmese de senedi ciro edebileceği yönünde bkz. Kınacıoğlu, s. 156; Poroy/Tekinalp, s. 207. Öztan, geçerli bir halefiyet durumu hariç, maddi hukuk bakımından hak sahibi kişinin, şeklen hak sahibi olmaması halinde senedi ciroyla devredemeyeceğini ifade etmiştir, Öztan, s. 593.

58 Öztan, s. 604; Kınacıoğlu s. 158; Poroy/Tekinalp, s. 208; Alışkan, s. 299-300. Aksi yönde bkz. Tuna/Göç Gürbüz, s. 156.

59 Poroy/Tekinalp, s. 209.

bononun zilyetliği (H) tarafından tahsil ciroyuyla (T)'ye geçirilmiş olsun. Bu örnekte, ciroyu çizme yetkisi bulunmayan (T)'nin, (L)'nin cirosunu çizmesi halinde, bu çizim geçersiz olacaktır. Ancak söz konusu cironun çizilmesiyle birlikte, (H), artık senedin Şekli hak sahibi olarak gzkmeyecektir.

Burada (H)'nin ve senedi ondan ciroyla devralan kişilerin, senede dayalı olarak (H)'den önce gelen borçlara başvurma hakkına sahip olup olmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. TTK m.748'den yola çıkılır ise, düzenleyen ile (L) ve (C1), cironun çizilmesinden önce senede imza atıkları için, bu kişilerin sorumluluğunun ciro silsilesinin bozulmasından sonra da devam edeceği sonucuna varılmalıdır<sup>60</sup>. (H)'nin senedi (M)'ye ciro etmesi durumunda ise, (H)'nin sorumluluğu ile (M)'nin hak sahipliği, (H) tarafından yapılan cironun geçerliliğine bağlı olacaktır. (H), her ne kadar (L)'nin cirosunun silinmesi sonucu Şekli hak sahipliğini yitirmişse de maddi hukuk anlamında hak sahibi kalmaya devam etmiştir<sup>61</sup>. Dolayısıyla maddi hukuk uyarınca hak sahibi olan (H) tarafından (M)'ye yapılan ciro geçerli olacak olup, (M), yetkili hamil olarak (H) ile ondan önce gelen tüm borçlara karşı, başvuru Şartlarının sağlanması kaydıyla senede dayalı talepte bulunabilecektir.

## **B. CIRONUN ÇİZİLMESİNDE EHLİYET VE TEMSİL**

Cironun izilmesi bir hukuki işlem niteliğinde olduğu için, bu işlemi gerçekleştiren kişinin fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Kambiyo senetlerine ilişkin ehliyeti düzenleyen TTK m.670'te, “*sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir*” denilerek genel fiil ehliyetine gönderme yapılmış, özel bir ehliyet Şartı getirilmemiŐtir<sup>62</sup>. Bu bakımdan, cironun çizilmesi işleminin kambiyo borçlanması niteliğinde olup olmadığı tartıŐmasından bağımsız olarak bu işlemin gerçekleştirilmesi için, çizimi yapan hamilin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca fiil ehliyetine sahip olması gereklidir<sup>63</sup>.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan yetkili hamil tarafından yapılacak izim, TMK m.15 uyarınca mutlak butlanla batıl olup, bu çizimin veli veya vasinin sonradan vereceği onay ile geçerli hale gelmesi mümkün değildir<sup>64</sup>. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar ise, yasal temsilcilerinin onayı olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremez ve malvarlıkları üzerinde tasarruf bulunamazlar. Ancak bu kişiler, yasal temsilcilerinin izni olmaksızın, kendilerini herhangi bir yükümlülük altına sokmadan karşılıksız kazanım sağlayan işlemleri gerçekleŐtirebilirler<sup>65</sup>. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlıların ciroyu çizme ehliyetine sahip olup olmadığı, çizimin yarattığı hukuki sonuçlara göre belirlenmelidir.

60 Aynı sonuç, ciro çiziminin ciro silsilesini bozmaması halinde de ortaya çıkacaktır. Bu halde, ciroyu yetkisiz olarak zilen cironun, cirosunun çizilmesine rağmen kendinden sonra gelen hamillere karşı ciroyu sebebiyle sorumlu olmalıdır.

61 ztan, s. 582-583; Alışkan, s. 231.

62 Karayalçın, s. 44-45; Domaniç, s. 93-94; Kendigelen, ek Hukuku, s. 54; Pulaşlı, s. 121.

63 Çizimi gerçekleştiren yetkili hamilin yabancı uyruklu olması durumunda, TTK m.766 uyarınca bu kişinin ehliyetinin belirlenmesinde vatandaşı olduğu ülke hukuku uygulanır.

64 Oğuzman, K., Seliçi, . ve Oktay-zdemir, S.: Kişiler Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2019, s. 84-85; Dural, M. ve gz, T.: Türk zel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2019, s. 69.

65 Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir, s. 108-109; Dural/gz, s. 91-92; Akipek, J., Akıntürk, T. ve Ateş, D.: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 15. Bası, İstanbul 2019, s. 324-325.

Cironun çizilmesinin ciro silsilesini bozarak sınırlı ehliyetsizin senetteki hakkını kaybetmesine sebebiyet verecek olması halinde, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin onayı olmaksızın yapacağı çizim geçersiz olacaktır. Aynı şekilde, sınırlı ehliyetsiz, yasal temsilcisinin onayı olmaksızın ciro silsilesini bozmasa dahi üstte cirosu bulunan kişilerin cirolarını silerek bu kişileri senet borçlusu olmaktan çıkaramaz. Buna karşılık daha önce yasal temsilcisinin rızasıyla atılan cironun, senet henüz ciro edilen kişiye verilmeden önce veya söz konusu senet ciro edilen tarafından iade edildikten sonra çizilmesi, sınırlı ehliyetsizin malvarlığı için olumsuz bir sonuç doğurmayacağı için, sınırlı ehliyetsiz, bu çizme işlemini yasal temsilcisinin onayı olmaksızın gerçekleştirebilecektir. Ancak sınırlı ehliyetsizin sadece ciro şerhini çizerek ciroyu beyaz ciro haline getirmesi, onun senet ile borçlanabileceği kişilerin kapsamını genişleteceği için, yasal temsilcisinin onayı olmadan geçerli kabul edilmemelidir.

Küçük adına kambyo taahhüdünde bulunma yetkisine sahip olan veli, küçüğü temsilen senetteki ciroları çizebilir. TMK m.462'nin beşinci bendi uyarınca, vesayet altındaki kişi adına kambyo taahhüdünde bulunulabilmek için, vesayet makamı olan sulh hukuk hakiminden izin alınması gereklidir. Ne var ki, cironun çizilmesi kambyo taahhüdü doğurmayacağı için, vasinin, vesayet altındaki kişi adına bu işlemi sulh hukuk mahkemesinin izni olmaksızın yapabileceğinin kabulü gerekir. Ancak ciro şerhinin çizilerek senedin beyaz ciroya dönüştürülmesi, yukarıda da ifade edildiği üzere kambyo taahhüdünü genişleteceği için, sulh hukuk hakiminin iznini gerektireceği kanaatindeyiz.

Ciroyu çizme hakkının bir tüzel kişiye ait olması halinde, bu hak, tüzel kişiyi temsile yetkili kişilerce kullanılacaktır. Ticaret şirketlerinde müşterek imza kuralının uygulandığı durumlarda, çizme işleminin, müşterek imza yetkisine sahip iki temsilcinin onayıyla gerçekleştirilmesi gereklidir.

Yetkili hamil, çizme işlemini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (BK) temsile ilişkin hükümleri uyarınca bir temsilci aracılığıyla da gerçekleştirebilir. Cironun çizilmesi kambyo taahhüdü niteliğinde olmadığı için, genel yetkili ticari vekilin, özel yetkilendirme olmaksızın müvekkili adına ciroyu çizebileceği kanısındayız. Ancak tam cironun beyaz ciro haline getirilmesi, kambyo taahhüdü niteliğinde olacağı için, ticari vekilin bu işlem için özel olarak yetkilendirilmiş olması gereklidir<sup>66</sup>.

TTK m.677'de düzenlenen imzaların bağımsızlığı ilkesi uyarınca, senet üzerinde bulunan imzalardan birinin ehliyetsizlik sebebiyle geçersizliği, senetteki diğer imzaların geçerliliğini etkilememektedir. TTK m.678'de ise, temsil yetkisi bulunmaksızın veya temsil yetkisi aşılarak başka bir kişiyi temsilen atılan imza sebebiyle, temsil edilenin değil temsilcinin kendisinin sorumlu olacağı öngörülmüştür. Kambyo taahhüdüne ilişkin ehliyetsizliğin ve yetkisiz temsilin sonuçlarının düzenlendiği bu hükümlerin, cironun çizilmesi halinde uygulanması, bunların niteliği gereği mümkün gözükmemektedir. Kanaatimizce, ehliyete veya temsil yetkisine sahip olmaksızın cironun çizilmesi de tahrifat olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, hak sahibi olmayan bir kimse tarafından cironun çizilmesinin hukuki sonuçlarına ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar, cironun ehliyetsiz bir kimse veya yetkisiz temsilci tarafından çizilmesi hali açısından da geçerli olmalıdır.

66 BK m.551/2 uyarınca, ticari vekil, açıkça yetkili kılınmadıkça kambyo taahhüdünde bulunamaz. Buna karşılık ticari temsilci, BK m.548 uyarınca, müvekkili adına kambyo taahhüdünde buluma yetkisine sahip olduğu için, onun adına ciroyu çizme yetkisini kullanabilecektir.

### C. CIRONUN ÇİZİLMESİNDE İRADE SAKATLIKLARI

Ciroyu çizme iradesinin bulunmaması veya mevcut iradenin sakat olması, belirli durumlarda çizimin geçerliliğini etkileyebilecektir.

Doktrinde, kambiyo taahhüdünde bulunma iradesine yönelik defilerin, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi konusunda çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. Buna göre, birçok belgeyi imzalarken gözlüğünü takmadığı için bir kambiyo senedini hataen imzalayan kişinin, bu imzanın oluşturduğu hukuki görünüşe bizzat katkıda bulunduğu için, senet dolayısıyla iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>67</sup>. Aynı sonuç, bilinçli olarak alınan alkol veya uyuşturucunun etkisiyle ayırt etme gücünün kaybedildiği bir durumda senedin imzalanması hali açısından da savunulmaktadır<sup>68</sup>. Kambiyo taahhüdünde bulunma konusunda bir irade mevcut olmasına rağmen, bu iradenin hata, hile veya korkutma sonucu sakatlanmış olması halinde ise, ağırlıklı görüşe göre, bu irade sakatlıkları senedi iyiniyetli iktisap etmiş kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Buna karşılık imzanın cebir sonucu atılmış olması ihtimalinde, ortada imza sahibine isnat edilebilecek bir irade beyanı olmadığı için, imza sahibinin iyiniyetli kişilere karşı dahi sorumlu olmayacağı genel kabul görmektedir<sup>69</sup>.

İrade sakatlığı halleri arasında yapılan söz konusu ayırım, cironun çizilmesi işlemi açısından da uygulanmalıdır. Buna göre, bir cironun hak sahibi tarafından yanlışlıkla çizilmesi durumunda, iyiniyetli üçüncü kişilerin hukuki görünüşe güveni korunmalı ve cironun hukuka uygun olarak çizildiği kabul edilmelidir. Örneğin, bir bonoyu beyaz ciro ile devralan (A), senedi tam ciro ile (B)'ye cirolamış, ancak bu ciroyu, senedi (B)'ye teslim etmeden önce yanlışlıkla çizmiş ve daha sonra senedi kaybetmiştir. Bu durumda, (A), söz konusu bonoyu (C)'den iyiniyetli olarak devralan (D)'ye karşı, cirosunu hatalı olarak çizdiği iddiasında bulunamayacaktır. Ciroyu çizme iradesi bulunmasına rağmen bu iradenin hata, hile veya korkutma nedeniyle sakat olması halinde de aynı sonuca varmalıdır. Buna karşılık cironun fiziki cebir kullanılarak çizilmiş olması halinde, bu çizim, hak sahibine isnat edilemeyecek ve bu durum bir mutlak defi olarak iyiniyetli kişilere karşı da ileri sürülebilecektir.

Senet üzerinde yer alan bir cironun hamil tarafından yanlışlıkla çizilmesi nedeniyle ciro silsilesinin bozulması durumunda ise, hamil, maddi hukuk anlamında yetkili hamil olarak kalmaya devam edeceği için, cironun yanlışlıkla çizildiğini kural olarak senedin borçlularına karşı ileri sürebilecektir<sup>70</sup>.

67 Öztan, s. 226; Poroy/Tekinalp, s. 100-101; Yılmaz, L.: Kambiyo Senetlerinde Def'iler, İstanbul 2007, s. 197, 213. Kırca, bir kambiyo taahhüdünde bulunulduğunun objektif olarak fark edilebilir olmasının, irade beyanının sahibine isnat edilmesi için gerekli ve yeterli olduğunu savunmuştur; Kırca, İ. (Kendigelen/Kırca): Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019, s. 100-101.

68 Poroy/Tekinalp, s. 105; Kırca, s. 99.

69 Öztan, s. 224; Kınacıoğlu, s. 166; Kırca, s. 99; Helvacı, M. (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan): Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2019, s. 71. Poroy/Tekinalp, senedin tehdit altında imzalanması halinde de imzanın sahibine isnat edilemeyeceğini savunmaktadır; Poroy/Tekinalp, s. 100-101. Aynı yönde bkz. Sarıkaya, M: Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, İstanbul 2018, s. 120. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2018 tarihli bir kararında tehdit sonucunda bonoya atılan imzanın sahibine isnat edilemeyeceğine ve mutlak defi olarak iyiniyetli kişilere karşı da ileri sürülebileceğine hükmetmiştir; YHGK., 13.06.2018, E.2017/1627, K. 2018/1187. Yılmaz ise, senetteki imzanın hile, korkutma veya cebir yoluyla atılmış olması halinde, bunun mutlak defi olarak herkese karşı ileri sürülebileceğini belirtmiştir, Yılmaz, Defi'ler, s. 208-212.

70 Bkz. Bölüm V/B.

## IV. ÖDEMEDE ÇİZİLMİŞ CIRONUN GEÇERLİLİĞİNİ İNCELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

### A. BORÇLUNUN İNCELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK m.710/3'e göre: "Hile veya ağır bir kusuru bulunmadıkça poliçeyi vadesinde ödeyen kişi borcundan kurtulur. Ödeyen kişi, cirolar arasında düzenli bir teselsülün bulunup bulunmadığını incelemekle yükümlü ise de cirantaların imzalarının geçerliliğini araştırmak zorunda değildir." Bu hüküm, borçlunun, poliçe veya bonoyu ödeme için ibraz eden kişinin yetkili hamil olup olmadığını araştırma yükümlülüğünün, TTK m.686/1 uyarınca ciro silsilesinin düzgünlüğünün şeklen incelenmesiyle sınırlı olacağını öngörmektedir. Bu çerçevede, senet borçlusu, hamilden hak sahipliğini kanıtlamak üzere kimliğinin ibrazını talep etmek dışında, ciro silsilesindeki imzaların geçerliliğini araştırma yükümlülüğüne ve yetkisine sahip değildir<sup>71</sup>.

Hamilin yetkisinin incelenmesine ilişkin bu ilkelerin, ciro silsilesinde çizilmiş ciroların yer alması halinde nasıl uygulanması gerektiğinin ayrıca değerlendirilmesi gereklidir. TTK m.686/1'in ikinci cümlesinin açık hükmü gereğince, çizilmiş cirolar ciro silsilesinin düzgünlüğünün incelenmesinde yazılmamış sayılacaktır. Buradaki asıl sorun, borçlunun, çizilmiş ciroların hukuku uygun olarak çizilip çizilmediğini araştırmasının gerekip gerekmediğidir.

Ciro çiziminin geçerli olabilmesi için ciroyu çizen kişinin bu yönde imzasını arayan *Çamoğlu*, cironun çiziminin hak sahibinin imzasını içermemesi halinde, ciro zincirinin kopuk olduğu sonucuna varılması gerektiğini, buna rağmen ödeme yapılmasının TTK m.710/3 anlamında ağır kusur oluşturacağını ileri sürmüştür<sup>72</sup>. Cironun çizilmesi için hak sahibinin imzasının bulunmasının şart olmadığını düşünmemiz sebebiyle, *Çamoğlu*'nun bu görüşüne katılamamaktayız. Kanımızca, senet üzerindeki cironun "iptal" veya "geçersizdir" gibi ifadelerin kullanılması veya karalama ve silme gibi yöntemlerle çizilmiş gözüküyor olması halinde, borçlu, kural olarak bu çizimin yetkili kişi tarafından yapıp yapılmadığını veya çizime ilişkin diğer bir geçersizlik sebebinin bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlü tutulmamalıdır. Dolayısıyla senet metninden şeklen çizilmiş olduğu anlaşılan cirolar çıkarıldıktan sonra ciro silsilesine göre hamil gözükene kişiye yapılan ödeme, ciro çizimi hukuka aykırı olsa dahi iyi ödeme olarak kabul edilmeli ve borçluyu borcundan kurtarmalıdır.

Kural bu olmakla birlikte, bazı hallerde, borçlunun, cironun hukuka aykırı olarak çizildiğini senet metninden anlaması gerekebilir. Örneğin, (D)'nin (L) lehine düzenlediği bir bono, beyaz cirolarla (L) tarafından (C1)'e, (C1) tarafından (C2)'ye ve (C2) tarafından tekrardan (D)'ye ve son olarak (D) tarafından tam ciroyla (C3)'e devredilmiş olsun. Bu senedi (C3)'ten hırsızlık sonucu alan (H), (D) tarafından (C3)'e yapılan tam ciroyu çizerek senedin şeklen yetkili hamili konumuna gelebilir. Ancak (H)'nin senedin ödenmesi için (D)'ye başvurması halinde, (D)'nin kendi cirosunun hukuka aykırı olarak çizildiğini bilmesi gerekecektir. (D), buna rağmen bono bedelini (H)'ye öderse ağır kusurlu olarak hareket etmiş kabul edilebilir<sup>73</sup>.

71 Domaniç, s. 268; Öztan, s. 675-676; Poroy/Tekinalp, s. 228; Kendigelen, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 242-243.

72 Çamoğlu, s. 17.

73 TTK m.710/3 uyarınca, hile veya ağır kusur oluşturan davranışlara örnek olarak bkz. Öztan, s. 699-700.



Yukarıdaki örnekte, senedin (H) tarafından (K)'ya devredilmiş olması halinde, daha farklı bir sonuca varılması gerekebilir. TTK m.686/2'ye göre, “*poliçe herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, birinci fıkrada yazılı hükümlere göre hakkı anlaşılan yeni hamil, ancak poliçeyi kötünîyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisabında ağır bir kusur bulunduğu takdirde o poliçeyi geri vermekle yükümlüdür*”. Bu hüküm uyarınca, kötünîyeti veya ağır kusuru bulunmaksızın senedi şekli anlamda yetkili hamilden devralan kişi, senedin maddi hukuk anlamında hak sahipliğini kazanacaktır<sup>74</sup>. Bu halde (D), kendi cirosunun çizilmiş olduğu gerekçesiyle (K)'ya ödeme yapmaktan kaçınamayacaktır.

## **B. MUHATAP BANKANIN İNCELEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

Çekte muhatap bankanın inceleme yükümlülüğü ise, TTK m.801'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*cirosu kabil bir çeki ödeyecek muhatap, cirolar arasında düzenli bir teselsülün var olup olmadığını incelemekle yükümlü ise de cirantaların imzalarının geçerliliğini araştırmak zorunda değildir*.” Dolayısıyla muhatap bankanın araştırma yükümlülüğü de çeki ibraz eden hamilin şekli anlamda hak sahipliğinin incelenmesiyle sınırlıdır<sup>75</sup>.

Muhatabın inceleme yükümlülüğü açısından, TTK m.812'nin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. TTK m.812'ye göre, düzenleyenin çek defterini iyi saklamama gibi bir kusuru bulunmadıkça, sahte veya tahrif edilmiş bir çekin ödenmiş olmasından doğan zarar, muhatap bankaya ait olacaktır. Cirantaların imzalarının geçerliliği TTK m.801'de özel olarak düzenlendiği için, imzaların sahteliği durumunda, TTK m.812'nin uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmelidir<sup>76</sup>.

Hukuka aykırı olarak çizilmiş cirolar açısından ise, uygulanacak hükmün belirlenmesi daha sorundur. Geçersiz ciro çiziminin tahrifat niteliğinde olmasından yola çıkarak burada TTK m.812'nin uygulama alanı bulacağı iddia edilebilir. Ne var ki, TTK m.801, sadece cirantaların imzalarının geçerliliği konusunda değil, genel olarak cirolar arasında düzenli bir silsilenin varlığı bakımından muhatap bankanın inceleme yükümlülüğünü düzenlemektedir. Çizilmiş cirolar da ciro silsilesinin düzgünlüğünü etkileyen bir unsur olarak bu incelemede muhatap banka tarafından dikkate alınacak hususlar arasındadır. Dolayısıyla ciroların yetkisiz çizimi sonucu ciro silsilesinin düzeltilmesi durumunda, muhatap bankanın yükümlülüğü, TTK m.801 uyarınca şekli inceleme ile sınırlı olmalıdır.

Ayrıca TTK m.812, esas olarak düzenleyenin imzalamadığı veya çek tutarının tahrifat yoluyla artırıldığı bir çekin ödenmesi halinde, bundan kaynaklanan zararın nasıl paylaşılacağını düzenlemektedir. Bu kapsamda, muhatap banka, kural olarak sahte veya tahrifata uğramış bir çeki ödemesi sebebiyle kusur aranmaksızın sorumlu olacak iken, bu sorumluluk, düzenleyene atfedilebilecek kusur oranında

74 Öztan, s. 594; Poroy/Tekinalp, s. 200-201; Kırcı, s. 50-51; Pulaşlı, s. 176-177.

75 Bununla birlikte TTK m.801'de, senedi ödeyen borçlunun sorumluluğunu hile veya ağır kusur haline hasreden TTK m.710/3'ün ilk cümlesine benzer bir ifadeye yer verilmemiştir. Çamoğlu, kanun koyucunun, kurulması ve faaliyet göstermesi izne tabi olan bankalar için, burada daha yüksek bir özen yükümlülüğü öngördüğünü ifade etmiştir, Çamoğlu, s. 18-19;

76 Kendigelen, Çek Hukuku, s. 326-327.



ortadan kalkacaktır. Buna karşılık TTK m.801, düzenleyenin imzasında ve çek tutarında sahteliğin veya tahrifatın bulunmamasına rağmen, kötü ödeme yapan muhatap bankanın, düzenleyenden ziyade senedi elinde bulunduran yetkili hamile karşı sorumluluğunu düzenlemektedir. Cironun yetkisiz çizimi halinde, düzenleyenin senetten kaynaklanan sorumluluğu artırılmadığı için, TTK m.801'in uygulanması bu açıdan da yerinde olacaktır<sup>77</sup>.

*Çamoğlu*, poliçe ve bonolar için belirtmiş olduğu görüşüne paralel şekilde, TTK m.801 uyarınca yapılacak incelemede, muhatap bankanın, kimin tarafından yapıldığı belli olmayan ciro çizimlerini geçerli kabul etmemesi ve böyle bir çeki ibraz eden hamile ödeme yapmaması gerektiğini savunmuştur. Kanımızca ise, bu halde de ciroyu çizen kişinin imzasının aranmaması gerekir. Muhatap banka, cironun hak sahibi tarafından çizilip çizilmediğini denetlemekle yükümlü olmadan şeklen çizilmiş gözükten ciroları göz ardı ederek ciro silsilesinin düzgünlüğünü incelemelidir.

## V. CİRO ÇİZİMİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN İSPAT KURALLARI

### A. İCRA YARGILAMALARINDA

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 167'nci ve devamı maddeleri, kambiyo senetlerine özgü ilamsız takip yolunu düzenlemektedir. Bu özel takip yoluna başvurulabilmesi için, takibin dayandığı senedin kambiyo senedi vasfını taşıması ve takip alacaklısının bu senedin yetkili hamili olması gereklidir<sup>78</sup>. Alacaklının senedin yetkili hamili olup olmadığı, TTK m.686/1 ve m.790 uyarınca yapılacak şekli incelemeye göre belirlenmektedir. Buna göre, çizilmiş cirolar yok sayılarak şeklen yapılacak bir inceleme sonucunda ciro silsilesine göre yetkili hamil gözükten kişi, takip hakkına sahip olacaktır<sup>79</sup>. Ciro çiziminin geçersiz olması durumunda, bu geçersizliğin icra yargılamasında ileri sürülüp sürülemeyeceği ise, icra hukuku ilkelerine göre çeşitli ihtimaller dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

İİK m.169 ila 170 uyarınca, borçlu, kambiyo senedine dayalı takibe karşı beş gün içerisinde icra mahkemesi nezdinde borca itiraz edebilir. İİK m.169a/1'e göre borca itirazın kabul edilebilmesi için, borçlunun, takip alacaklısına karşı borcunun olmadığını veya sona erdiğini ya da ertelendiğini resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatlaması gerekmektedir. Borçlunun takip konusu senetdeki imzasını inkâr etmesi ise, İİK m.170'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, icra mahkemesi, imza inkârı halinde, imzanın borçluya ait olup olmadığını HMK m.211 uyarınca yaptıracağı bilirkişi incelemesiyle tespit ettirecektir<sup>80</sup>. Senetdeki imzanın borçluya ait olduğunun ispat yükü alacaklıya ait olduğu için, imzanın borçluya ait olup olmadığının tespit edilememesi halinde, takip sona erecektir<sup>81</sup>. Borçlu, takip konusu senedin kambiyo senedi vasfını taşımadığı veya alacaklının yetkili

77 *Bozer/Göle*, düzenleyenin zarar görmeyecek olması sebebiyle, düzenleyen dışındaki kişilerin imzasındaki sahteliğin, TTK m.812'nin kapsamına girmeyeceğini savunmuştur, *Bozer/Göle*, s. 370-371. Aynı yönde bkz. *Erdem*, s. 77-78.

78 *Kuru*, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 752-766.

79 Y. 12. HD., 15.04.2014, E. 2014/8767, K.2014/10942; Y. 12. HD., 20.09.2012, E. 2012/8632, K.2012/27148.

80 *Yılmaz*, E.: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2017, s. 907.

81 *Yılmaz*, İcra ve İflas Kanunu, s. 902-903; YHGK., 9.5.2019, E. 2017/1656, K. 2019/548.

hamil olmadığı iddiasını ise, İİK m.170a uyarınca beş gün içerisinde şikâyet yolu ile icra mahkemesi nezdinde ileri sürmelidir.<sup>82</sup>

Yargıtay, imza sahteliği dışındaki sahtelik iddialarının borca itiraz ya da şikâyet yoluyla dile getirilebileceğini kabul etmektedir<sup>83</sup>. Ciro silsilesinin, cirolardan birinin hak sahibi olmayan biri tarafından çizilmesi sonucu düzeltilmesinin tahrifat oluşturduğundan hareketle, yetkisiz ciro çiziminin de borca itiraz ya da şikâyet yoluyla ileri sürülebileceği düşünülebilir<sup>84</sup>. Ne var ki, TTK m.677'de öngörülen imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince, borçlunun, ciro silsilesindeki diğer kişilerin cirolarının geçersizliğini ileri süremeyeceği dikkate alındığında<sup>85</sup>, ciro silsilesini düzgün hale getiren ciro çiziminin hukuka aykırı olduğu iddiasının icra mahkemesi önünde dinlenmesi mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte ciro silsilesinde takip alacaklısından önce gelen borçlunun, tam cirosundaki ciro şerhinin çizildiği iddiasını, bir borca itiraz veya şikâyet olarak icra mahkemesinde ileri sürüp süremeyeceğinin ayrıca tartışılması gerekir. Örneğin, bir bono, lehtar (L) tarafından (C1)'e, (C1) tarafından (C2)'ye tam ciro ile devredilmiş, daha sonra bu bonoyu (C2)'den hırsızlık sonucu elde eden (H), (C1) tarafından yapılan cirodaki "(C2)'ye ödeyiniz" ibaresini çizmiştir. Bu örnekte, (H) tarafından (C1)'e karşı bir icra takibi yapılması halinde, (C1), kendi ciro şerhinin hukuka aykırı olarak çizildiği iddiasında bulunabilecek midir? Borca itirazın İİK m.169a/1 uyarınca senet ile ispatlanması gerektiği ve yetkisiz çizim iddiasının senetle ispatlanması mümkün olmadığı için, (C1), bu iddiasını borca itiraz yoluyla ileri süremeyecektir. Cironun yetkili kişi tarafından çizilip çizilmediğinin bilirkişi aracılığıyla yapılacak bir sahtelik incelemesi sonucu ortaya çıkarılması fiilen mümkün gözükmediği için, yetkisiz çizim iddiasının İİK m.170a uyarınca şikâyet yoluyla dinlenmesi ihtimali de çok düşüktür.

## **B. HUKUK DAVALARINDA**

TTK m.686/2 ve TTK m.792'de, poliçenin veya çekin hamilin elinden herhangi bir suretle çıkması halinde, senedi elde eden yeni hamilin, sadece senedin iktisabında kötüniyetli veya ağır kusurlu hareket etmesi halinde o senedi geri vermekle yükümlü olacağı belirtilmiştir. Senedi ele geçirdikten sonra önceki ciroları çizerek kendini şeklen hak sahibi haline getiren hamilin, kötüniyetli sayılacağı açıktır. Cironun bu şekilde yetkisiz çizildiğini bilen veya bilebilecek durumda olan ve bu şekilde senedi iktisap eden kişiler de kötüniyetli kabul edilecektir<sup>86</sup>.

82 Yılmaz, İcra ve İflas Kanunu, s. 915-920.

83 YHGK., 08.06.2016, E. 2014/12-1128, K. 2016/774; Y. 12. HD, 02.06.2014, E. 2014/12889, K. 2014/15817.

84 Ciro silsilesi bozuk olması, alacaklının yetkili hamil olmadığına yönelik bir savunma teşkil edeceği için, bunun, esas itibarıyla şikâyet yoluyla ileri sürülmesi gereklidir. Bu konudaki bazı Yargıtay kararları şöyledir: Y. 12. HD., 26.05.2016, E. 2016/1261 K. 2016/14888; Y. 12. HD., 15.04.2014, E. 2014/8767 K. 2014/10942; Y. 12. HD., 29.04.2013, E. 2013/7402 K. 2013/16182.

85 Ülgen, s. 174; YHGK., 25.03.2015, E. 2013/19-2238, K. 2015/1062; Y. 19. HD, 17.05.2017, E. 2016/13281, K. 2017/3874; Y. 19. HD, 13.10.2016, E. 2016/1834, K. 2016/13317.

86 Öztan, s. 596. YHGK., 13.06.2012, E.2017/1627, K. 2018/1187; "Kötü niyetten maksat, senedin önceki hamilin elinden rızası hilafına çıktığını bilmek veya bilebilecek durumda bulunmaktır".

Senet elinden rızası dışında çıkan hamil, senedi kötünietli olarak elinde bulunduran kişilere karşı TTK m.686/2 ve m.792 uyarınca senedin iadesi (istirdatı) davası açabilir. Bu davada, senedin elinden rızası dışında çıktığını iddia eden davacı, senedin kötünietli veya ağır kusurlu olarak iktisap edildiğini ispat etmekle yükümlü olacaktır<sup>87</sup>. Bu çerçevede, cironun davalı tarafından çizilerek ciro silsilesinin düzeltilmiş olduğunu da davacı ispat etmelidir. İade davasının, maddi hukuk anlamında hak sahibi olmayan hamilden senedi devralan kişiye karşı açılması halinde ise, cironun yetkisiz olarak çizildiğinin bu kişi tarafından bilindiğinin veya bilinmesi gerektiğinin ispatlanması gereklidir. Senedin hamil tarafından kötünietli olarak iktisabı ve/veya cironun yetkisiz olarak çizilmesi, hukuki fiil niteliğinde olduğu için tanık dâhil her türlü delil ile ispat edilebilir<sup>88</sup>.

Hamil, senedi tam ciroyla cirolamış, ancak henüz senedi cironun yapıldığı kişiye devretmeden önce yitirmişse, senedi eline geçiren kişi, tam ciroyu çizerek senet elinden rızası dışında çıkmış olan hak sahibine karşı da icra takibi başlatabilir. Bu durumda, icra mahkemesi önünde cironun hukuka aykırı olarak çizildiğini iddia edemeyecek olan maddi hak sahibi, ciroyu çizen hamile karşı menfi tespit davası açarak borçlu olmadığını da iddia edebilir<sup>89</sup>. Bu davada da cironun hukuka aykırı olarak çizildiği, her türlü delil ile ispatlanabilir.

Senetteki cironun çizme iradesi olmaksızın veya yetkisiz olarak çizilmesi durumunda, senedi elinde bulunduran hamilin, cironun çizilmesi işleminin geçersizliğini kendinden önce gelen borçlulara karşı ileri sürmede menfaati olabilir. Örneğin, senedi ödeyerek sonraki hamilden geri alan bir ciranta, kendinden önce gelen cirantanın cirosunun yetkisiz çizilmesi sebebiyle bu kişiye karşı senedi ileri sürme hakkını kaybedebilir. Yine senetteki cirolardan birinin kazayla çizilmesi sonucu ciro silsilesi şeklen bozuk hale gelebilir. Hamil, ilk örnekte cirosu çizilen cirantaya, ikinci örnekte ise senetteki tüm borçlulara karşı, ciro silsilesinin şekli durumunu esas alan kambiyo senedine özgü takip yoluna başvuramayacaktır. Ancak cironun yetkisiz olarak veya yanlışlıkla çizilmesi halinde, bu çizme işlemi maddi hukuk anlamında geçersiz olacağı için, hamil, bu geçersizliği, diğer başvuru şartlarının sağlanmış olması kaydıyla, ilk halde cirosu çizilen cirantaya, ikinci halde ise herhangi bir senet borçlusuna karşı açacağı alacak davasında ileri sürebilmelidir. Bu halde, alacağın bir kambiyo senedine dayandığı ve çizme eyleminin maddi hukuk anlamında sonuç doğurmayan bir fiil niteliğinde olduğu dikkate alındığında, hamilin, ciro çiziminin geçersiz olduğunu her türlü delil ile ispat edebileceği kanısındayız<sup>90</sup>.

87 Y. 11. HD, 12.05.2015, E. 2015/1085, K. 2015/7315, *Eriş*, G.: Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Kıymetli Evrak, 2. Bası, Ankara 2016, s. 341; Y. 19. HD, 12.12.2010, E.2010/4658, k. 2010/14236, *Eriş*, s. 360.

88 HMK m.200 ve 201'de düzenlenen senetle ispat zorunluluğu, sadece hukuki işlemler açısından öngörülmüştür. Hukuki fiillerin senetle ispatlanması mümkün olmadığı için, bu fiiller senet dışında takdiri delillerle de ispat edilebilir, *Kuru*, B: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 399; *Tok*, O. ve *Koltaş*, H.: Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, Özel S. 3, s. 2701; *Karaaslan*, V.: Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet Mi?, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 2019, C. 15, S. 44, s. 817-818.

89 Buna karşılık ciro şerhini çizen hamilden senedi iyiniyetle iktisap eden kişi, TTK m.686/2 uyarınca senedin maddi hukuk anlamında hak sahipliğini kazanacağı için, senet elinden rızası dışında çıkan hamil, söz konusu kişiye karşı senedin rızası dışı elinden çıktığı savunmasını ileri süremeyecektir. Bu halde, senet elinden rızası dışında çıkan hamil, ciro şerhini hukuka aykırı olarak çizen kişiye karşı haksız fiil davası açabilir.

90 Bir sözleşmeyle bağlanılan hukuki fiilin senetle ispat zorunluluğuna tabi olmayacağı yönünde bkz. *Tok/Koltaş*, s. 2707; *Karaaslan*, s. 818.

## VI. SONUÇ

TTK m.686/1 ve m.790'da çizilmiş ciroların yazılmamış sayılacağı belirtilmiş, ancak ciro çizme hakkına kimlerin sahip olduğu, geçerli bir ciro çiziminin şartları ve bu şartlara aykırı çizimin sonuçları hakkında tam bir açıklık sağlanmamıştır. Doktrindeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, cironun üzerine bir çizgi çizilmesi veya cironun geçersiz kılınmasına yönelik bir beyanın konulması, cironun çizilmiş sayılması için gerekli şekil şartını sağlamakta olup, bu bakımdan ayrıca çizimi yapan kişinin imzasına gerek bulunmamaktadır. Kimlerin ciroyu çizme hakkını haiz olduğu ve çizimin geçersizliğinin sonuçlarının neler olduğu konusunda ise, belirsizliğin giderilebilmesi için maddi hukuk incelemesi ile şekli inceleme açısından ayrı değerlendirmeler yapılması gereklidir.

Cironun çizilmesi, maddi hukuk anlamında bir hukuki işlem niteliğindedir. Bu çerçevede, cironun hak sahibi olmayan biri tarafından çizilmesi ya da çizim konusunda geçerli bir iradenin bulunmaması, hukuki görünüme güvenin korunduğu durumlar dışında çizim işlemi geçersiz kılacaktır. Ciroyu çizme yetkisi ise, sadece senedi elinde bulunduran meşru hak sahibine ait olup, bu kişi, ancak kendi durumunu iyileştirmemesi ve diğer cirantaların haklarına haksız yere olumsuz etkide bulunmaması şartıyla senetteki ciroları çizebilir.

Bununla birlikte cironun çizilmesi işleminin maddi hukuk anlamında geçerliliğinin, şekli anlamda hak sahipliğinin veya borçluluk durumunun belirlenmesi açısından bir önem ifade etmeyeceğini belirtmek gerekir. TTK m.686/1 ve m.790 uyarınca şekli anlamda hak sahipliği belirlenirken, senet üzerindeki çizilmiş cirolar, hukuken çizilip çizilmediklerine bakılmaksızın yazılmamış sayılır ve göz ardı edilir. Bu noktada, senet borçlusu veya muhatap bankanın, senetteki çizilmiş ciroların geçerli bir şekilde çizilip çizilmediğini araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Ciro çiziminin geçersizliğinin, ciro silsilesinin şekli durumunu esas alan kambiyo senetlerine dayalı takip yolunda ileri sürülmesi de pek mümkün gözükmemektedir. Cironun yetkisiz çizilmesi senette sahtelik olarak kabul edilebilirse de söz konusu sahteliğin bilirkişi incelemesi ile tespitinin genel olarak mümkün olmaması, bu iddiaya icra mahkemeleri önünde dayanılmasını engellemektedir. Bu bakımdan, cironun çiziminin maddi hukuk anlamında geçersizliği, esas itibarıyla senedin şeklen hak sahibine karşı açılacak senedin iadesi ve menfi tespit davaları ile cironun geçersiz olarak çizilmesinden olumsuz etkilenen maddi hukuk yönünden hak sahibinin açacağı alacak davalarında ileri sürülebilecektir.

## KAYNAKÇA

**Akipek, J., Akıntürk, T. ve Ateş, D.:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, 15. Bası, İstanbul 2019.

**Alışkan, M. ve Cankat, R.:** Teori ve Uygulamada Kambiyo Senedinin Arka Yüzüne Lehtarın Cirosundan Önce Atılan İmza (Şeklindeki Garanti Ciro), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2017, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, C. 16, S. 2, Özel Sayı, s. 29-54.

**Alışkan, M.:** Kambiyo Senetlerinde Temlik Ciro, İstanbul 1998.

- Arslanlı, H.:** Ticari Senetler Dersleri, 3. Bası, Ankara 1954.
- Baumbach, A./ Hefermehl, W./ Casper, M.:** Wechselgesetz und Scheckgesetz Recht der kartengestützten Zahlungen, 23. Auflage, München 2008.
- Bilgen, M.:** Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. 11, Özel S.: 2009, s. 985-1028:
- Bozer, A. ve Göle, C.:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2017.
- Bülöw, P.:** Wechselgesetz und Scheckgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2013.
- Çamoğlu, E.:** Çizilmiş Cironun Hukuki Sonuçları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2019, C. 35 S. 2, s. 5-26.
- Doğanay, İ.:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Cilt, 3. Bası, Ankara 1990.
- Domanıç, H.:** TTK Şerhi IV – Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990.
- Dural, M. ve Ögüz, T.:** Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2019.
- Erdem, N.:** Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), İstanbul 2008.
- Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015.
- Eriş, G.:** Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Kıymetli Evrak, 2. Bası, Ankara 2016.
- Hacıömeroğlu, A.O.:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Kıymetli Evrak Hukukunda Ciro, Ankara 2017.
- Helvacı, M. (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan):** Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2019.
- İmregün, O.:** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2007.
- Karaşlan, V.:** Senetle İspat Mecburiyeti Gerçekten Bir Mecburiyet mi?, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 2019, C. 15, S. 44, s. 813-846.
- Karayaçım, Y.:** Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara 1970.
- Kendigelen, A. (Kendigelen/Kırca):** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019 (*Kıymetli Evrak Hukuku*).
- Kendigelen, A.:** Çek Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2019 (*Çek Hukuku*).
- Kınacıoğlu, N.:** Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999.
- Kırca, İ. (Kendigelen/Kırca):** Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2019.
- Kocayusufoğlu, N. (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı):** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017.
- Kuru, B.:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- Kuru, B.:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.
- Oğuzman, K., Selici, Ö. ve Oktay-Özdemir, S.:** Kişiler Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2019.
- Öztan, F.:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1997.
- Poroy, R. ve Tekinalp, T.:** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Bası, İstanbul 2019.
- Pulaşlı, H.:** Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara 2019.
- Sarıkaya, M.:** Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, İstanbul 2018.
- Tekil, F.:** Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1994.
- Tok, O. ve Koltaş, H.:** Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, Özel S. 3, s. 2693-22719.
- Tuna, E. ve Göç Gürbüz, D.:** Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, 10. Baskı, İstanbul 2018.
- Ülgen, H. (Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan):** Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2019.
- Yılmaz, E.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 2, 3. Baskı, Ankara 2017 (*Hukuk Muhakemeleri Kanunu*)
- Yılmaz, E.:** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2017 (*İcra ve İflas Kanunu*).
- Yılmaz, L.:** Kambiyo Senetlerinde Def'iler, İstanbul 2007 (*Defi'ler*).

## İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü

### A New Standard in Identifying Negligence: Personalized Standard of Care

Erman BENLİ\* 

#### Öz

Hukuk doktrininde ve uygulamasında ihmalin içeriği objektif ölçüye göre belirlenmektedir. Objektif ölçü, varsayımsal, ortalama ve makul tipi esas alan bir ölçüdür. Bu nedenle, hukuki eşitliği, öngörülebilirliği ve ekonomik etkinliği sağlayamamaktadır. Buna karşılık, failin bizzat kendisini ve davranışlarını esas alan ve fail özelinde bir özen standardı getiren kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, hem hukuken hem de ekonomik olarak daha tercih edilebilir bir ölçüdür. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün uygulanmasında Büyük Veri teknolojisi kritik bir öneme sahiptir. Türk hukukunda kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün uygulanmasını engelleyen bir kuralın bulunmaması ve ülkemizde Büyük Veri alanında çalışan şirketlerin ulaştıkları yüksek seviye, mahkemelerin ihmalin içeriğinin tespitinde kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü uygulamasını mümkün kılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İhmal, Ortalama tip, Kişiselleştirme, Özen ölçüsü, Büyük veri, Maliyet.

#### Abstract

In the legal doctrine and practice, the content of negligence is determined according to the objective standard of care. The objective measure is a measure based on hypothetical, average and reasonable type. Therefore, it cannot provide legal equality, foreseeability and economic efficiency. In contrast, the personalized standard of care, which is based on the tortfeasor's himself and his behavior and sets a standard of care for the tortfeasor, is a more preferable measure both legally and economically. Big Data technology is critical in the application of a personalized measure. The absence of a rule that prevents the application of a personalized measure of care in Turkish law and the high level reached by companies working in the field of Big Data in our country makes it possible for the courts to apply the measure of personalized care in determining the content of negligence.

**Keywords:** Negligence, Reasonable man, Personalization, Standard of care, Big data, Cost.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: erman.benli@asbu.edu.tr

## GİRİŞ

Kusur, haksız fiilin unsurlarından biri olup, kasıt ve ihmal şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Kasıt, failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir<sup>1</sup>. İhmal ise hukuka aykırı sonucun istenmemesine rağmen, sonucun ortaya çıkmasında gerekli özeni göstermemektir<sup>2</sup>. İhmal, sadece haksız fiil hukukuna özgü bir kavram olmayıp, hukukun diğer alanlarında da kullanılan ortak bir kavramdır<sup>3</sup>. Fail, ihmali davranışında zararlı sonucun doğmaması için, durum ve koşulların gerektirdiği özeni göstermemiş ve önleyici tedbiri almamıştır<sup>4</sup>. İhmal, ağırlık derecesine göre, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ağır ihmal, faile göre makul ve ortalama bir kişiden göstermesi beklenen özenin gösterilmemesidir. Ağır ihmalde, makul ve ortalama kişinin alması gereken en basit tedbir alınmamıştır<sup>5</sup>. Hafif ihmal ise faile göre uzman ve tecrübeli bir kişinin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir<sup>6</sup>. Doktrinde, kasıt ve ağır ihmal ağır kusur, hafif ihmal ise hafif kusur olarak nitelendirilmektedir<sup>7</sup>. Hatta “en ağır kusur”, “ağır kusur”, “orta kusur”,

- 1 Von TUHR Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı”, (Çeviren: Cevat EDEGE), C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 378; TANDOĞAN Halûk, “Türk Mes’uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet”, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul 2010, s. 46; TUNÇOMAĞ Kenan, “Borçlar Hukuku Dersleri”, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s. 265; TEKİNAY Selâhattin Sulhi, “Borçlar Hukuku”, 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, s. 399; OĞUZMAN M. KEMAL / ÖZ Turgut, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 8. Baskı, Vedat, İstanbul 2010, s. 527-528; EREN Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 19. Baskı, Yetkin, Ankara 2015, s. 574; ÜNAL Mehmet, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, S. 1, 1978, s. 418; KILIÇOĞLU Ahmet M., “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 19. Baskı, Turhan, Ankara 2015, s. 321; HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA K. Emre, “Borçlar Hukuku Genel Bölüm”, Vedat, İstanbul 2011, s. 139; REİSOĞLU Safa, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 22. Baskı, Beta, İstanbul 2011, s. 170; ERDOĞAN İhsan, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 3. Baskı, Gazi, Ankara 2017, s. 118.
- 2 Von TUHR, s. 380; TANDOĞAN, s. 48; TUNÇOMAĞ, s. 266; TEKİNAY, s. 400; OĞUZMAN / ÖZ, s. 529; EREN, s. 576; ÜNAL, s. 419; KILIÇOĞLU, s. 321; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; REİSOĞLU, s. 170; ERDOĞAN, s. 119; TİRYAKİ Betül, “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 270. Kusur, üst kavramdır. Kasıt ve ihmal ise kusurun türleridir. Ancak kanunlarda, bu kavramlar hatalı şekilde bazen birbiri yerine, bazen de birlikte kullanılmaktadır. Örneğin, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m.41/I hükmüne göre; “Başkasına hukuka aykırı bir şekilde kasten veya ihmal suretiyle zarar veren kişi, bu zararı tazminle yükümlüdür.” İsviçre kanun koyucusu, haksız fiilin tanımında kusur üst kavramını kullanmak yerine, alt ayrımları olan kasıt ve ihmal kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir. Aynı soruna, Fransız Medeni Kanunu (FMK) m.1383 hükmünde de rastlamaktaız. “Herkes yalnızca kastlı fiilinden değil, ihmali veya tedbirsiz davranışından doğan zararlardan da sorumludur.” FMK m.1383 hükmü, İBK m.41/I hükmündeki gibi kusur kavramı yerine onun alt ayrımları olan kasıt ve ihmal kavramlarını kullanmış, hatta tedbirsizlik kavramından da bahsetmiştir. 818 sayılı eski Borçlar Kanunu (EBK) m.41 hükmü de içerik bakımından eleştiriye açıktı. “Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.” Zira kanun koyucu EBK m.41/I hükmünde haksız fiili tanımlarken; kasıt, ihmal, teseyyüp ve tedbirsizlik kavramlarının hepsini de birlikte kullanmıştı. İhmal, teseyyüp ve tedbirsizlik eş anlamlı kelimelerdir. Buna karşılık, TBK m.49/I hükmünde, kanun koyucumuz isabetli şekilde sadece kusur üst kavramını kullanmıştır. “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” TBK m.49/I’deki tanım sayesinde, aynı anlama gelen kavramların aynı cümlede sıralanması, üst kavram varken onun alt ayrımlarının kullanılması gibi hatalar tekrarlanmamıştır.
- 3 Von TUHR, s. 377.
- 4 TANDOĞAN, s. 48; KILIÇOĞLU, s. 321; ÜNAL, s. 419; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; TİRYAKİ, s. 270. Bir görüşe göre, buradaki özen yükümü TMK m.2/I hükmünden kaynaklanmaktadır. Bkz. HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139.
- 5 BGE 54 II 403; 57 II 480; 64 II 241 (TANDOĞAN, s. 54, dpt. 20’den); TEKİNAY, s. 401; ÜNAL, s. 419; OĞUZMAN / ÖZ, s. 529; TUNÇOMAĞ, s. 268; ERDOĞAN, s. 121.
- 6 TANDOĞAN, s. 55; TEKİNAY, s. 402; TUNÇOMAĞ, s. 268; OĞUZMAN / ÖZ, s. 529; KILIÇOĞLU; s. 322.
- 7 TEKİNAY, s. 401; TANDOĞAN, s. 54; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; KILIÇOĞLU, s. 322.



“hafif kusur”, “daha hafif kusur” gibi derecelendirmeler de yapılmaktadır<sup>8</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre, “...doktrinde ve yargı kararlarında yanlış bir alışkanlık olarak, ihmal yerine kusur kelimesinin kullanıldığı da görülmektedir. Kusur sadece “kast” ve “ihmal” olmak üzere ikiye ayrılır. Ayrıca kusurun ağırlığı, hafifi, ortası yoktur.”<sup>9</sup> Kusuru derecelendirmeye dönük yanlış kullanım, sadece doktrin ve yargı kararlarında değil, kanunda da yer almaktadır. Örneğin, TBK m.52/II’de isabetsiz şekilde “hafif kusur” kavramı tercih edilmiştir.

Ağır ihmal ve hafif ihmal ayrımı, sorumluluğun tayini bakımından önemlidir. Her ne kadar, TBK m.49/I hükmüne göre, fail her tür ihmalden sorumlu olsa da, hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler (TBK m.51). Ayrıca, zarara hafif ihmali ile yol açan fail, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecekse ve hakkaniyet de gerektiriyorsa, hâkim, tazminat miktarında indirime gidebilir (TBK m.52/II). Kasıt-ihmal ayrımı ise TBK m.49/II bakımından önemlidir. Zira söz konusu madde, sadece kasten zarar verilmesi halinde uygulanabilir. İhmal, TBK m.49/II hükmünün uygulanması için yeterli değildir<sup>10</sup>. Doktrindeki diğer bir ayrım, bilinçli ihmal-bilinçsiz ihmal ayrımıdır. Bu ayrım, teorik bir ayrım olup, uygulamada dikkate alınmamaktadır<sup>11</sup>. Bilinçli ihmalde, fail zararlı sonucu öngörmekte ama istememekte ve sonucu önleyebileceğini düşünmektedir<sup>12</sup>. Hatta bunun için fail önleyici tedbir olsa bile, bu yetersiz bir tedbir olarak kalmaktadır<sup>13</sup>. Örneğin, kötü veya eksik malzeme kullanan inşaatçının binanın bu yüzden çökmeyeceği kanaati ile hareket etmesi bilinçli ihmaldir<sup>14</sup>. Bilinçsiz ihmalde ise fail öngörmesi gereken zararlı sonucu dikkatsizlik ve özensizlik nedeniyle öngörememektedir. Örneğin, dikkatsiz ve özensiz bir plastik cerrahın hastanın sağ eli yerine sorunu olmadığı sol eline işlem yapması bilinçsiz ihmaldir. Bu örnekte, cerrah, biraz dikkatli olsaydı hastanın yanlış eline işlem yaptığını anlayabilirdi. Doktrinde, soyut ve somut ihmalin de, ihmalin türleri arasında sayıldığı görülmektedir<sup>15</sup>. Ancak, soyut ve somut ihmal başlıkları altında anlatılanlar, ihmalin içeriğinin hangi ölçüye göre belirleneceğiyle, yani ihmalin takdiriyle ilgilidir. Bu nedenle, ihmal türleri kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir.

İhmalin hangi ölçüye göre takdir edileceğine dair kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanundaki hüküm içi boşluk<sup>16</sup>, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.4 hükmüne göre hâkim tarafından doldurulmaktadır<sup>17</sup>. Hâkim, ihmalin içeriğinin belirlenmesinde objektif veya subjektif ölçüleri uygulayabilir. Kanunda emredici bir kural olmamasına rağmen, doktrinde ve

8 TEKİNAY, s. 401; TANDOĞAN, s. 54; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139; KILIÇOĞLU, s. 322; REİSOĞLU, s. 171.

9 EREN, s. 580, dpt. 253.

10 TEKİNAY, s. 402; EREN, s. 579; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 139.

11 EREN, s. 580. Ayrımın pratik bir önemi olmadığı yönünde bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 530.

12 TANDOĞAN, s. 49; EREN, s. 580; ERDOĞAN, s. 120-121.

13 ERDOĞAN, s. 121.

14 TEKİNAY, s. 401.

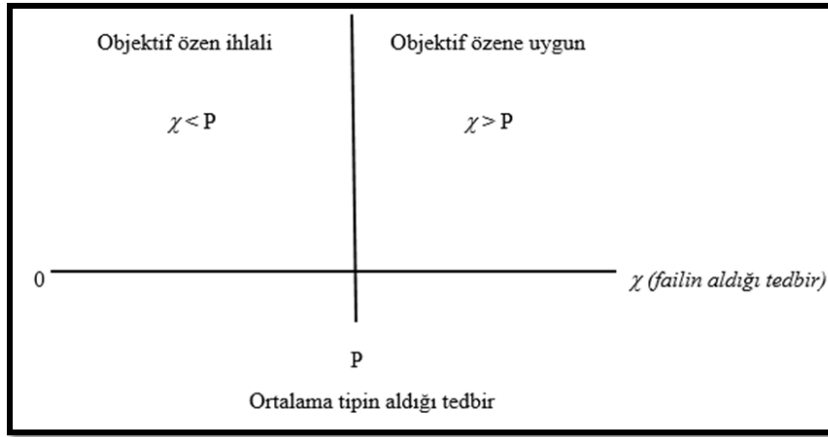
15 ERDOĞAN, 120.

16 SANLI Kerem Cem, “Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi”, Arıkan, İstanbul 2007, s. 229-230; SANLI Kerem Cem, “İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: Hand Formülü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 4, 2008, s. 103.

17 TUNÇOMAĞ, s. 266-267.

uygulamada objektif ölçü benimsenmektedir<sup>18</sup>. Hâlbuki objektif ölçü; hukuki eşitlik, hukuki belirlilik, hukuki güvenlik ve iktisadi etkinlik ilkelerine uygun değildir<sup>19</sup>. Çünkü insanların zekâ ve irade gibi deruni vasıflarını, kabiliyetlerini, alışkanlıklarını, tecrübelerini vs. kişisel özelliklerini dikkate almak yerine; varsayımsal, soyut, ortalama (*uniform*) bir insan tipi tasarlanmakta ve bu tipten beklenebilecek özen esas alınmaktadır. Diğer bir ifadeyle, boş bir kağıdın ortasına çizgi çekilmekte ve insanların bu çizgiye ne kadar yakın veya uzak olduklarına göre ihmalin içeriği tespit edilmektedir.

**Şekil 1:** Objektif Özen Ölçüsü<sup>20</sup>



Bu çalışmada, ihmalin takdirinde yeni bir ölçü olan kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü ve Türk haksız fiil hukuku özelinde uygulanabilirliğini incelemektediriz. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, hukuki eşitliği sağladığı gibi, beklenen sosyal maliyetleri objektif özen ölçüsünden daha azdır. Çalışmanın ikinci bölümünde, objektif ve subjektif özen ölçüleri karşılaştırılmaktadır. Üçüncü bölümde, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü hakkında bilgi verilmekte, daha sonra kişiselleştirme türleri ve mahkemelerin kişiselleştirilmiş özen ölçüsünde hangi tür verileri dikkate alacağı irdelenmiştir. Sonuç bölümünde, ulaşılan vargılara ve önerilere yer verilmektedir.

18 Von TUHR, s. 380-381; TANDOĞAN, s. 50-51 ve dpt. 12'de anılan yazarlar; TUNÇOMAĞ, s. 267; EREN, s. 578; KILIÇOĞLU, s. 322; ERDOĞAN, s. 120; REİSOĞLU, s. 170. HATEMİ / GÖKYAYLA'ya göre, haksız fiilde ihmali ölçütü objektiftir. Ancak, haksız fiilden doğan bir zararın söz konusu olmadığı, borçlunun kişisel vasıflarının önem taşıdığı akitlerde, ihmali içeriğinin subjektif ölçüye göre belirlenmesi mümkündür. Bkz. HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 140.

19 BEN-SHAHAR Omri / PORAT Ariel, "Personalizing Negligence Law", New York University Law Review, 91(3) (2016), s. 674. Objektif özen ölçüsü, herkese aynı ölçüyü uygulaması bakımından bir eşitlik öngörmektedir. Ancak bu eşitlik, biçimsel bir eşitlik olup, esasa yönelik değildir. Buna karşılık, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, biçimsel değil esasa dair bir eşitlik sağlamaktadır.

20 COOTER Robert / ULEN Thomas, "Law & Economics", 5. Baskı, Pearson, ABD 2008, s. 333.

## I. ÖZEN ÖLÇÜLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Objektif özen ölçüsüne göre, somut olayda gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği; normal, makul, orta seviyede, tedbirli, objektif bir tipin aynı durumdaki davranışı göz önüne alınarak tespit edilmektedir<sup>21</sup>. Diğer bir ifadeyle, varsayımsal ve soyut bir tip oluşturulmaktadır. Örneğin, tedbirli avukat, tedbirli tacir, tedbirli hekim, tedbirli işçi, tedbirli şoför ve hatta Roma hukukunda ifadesini bulan “iyi ve özenli bir aile babası (*bonus et diligens pater familias*)” böyle bir tiptir<sup>22</sup>. Objektif ölçü, “makul insanı” (*reasonable man*) esas alır. Neyin makul olduğu veya olmadığı ise dürüstlük kuralına göre tespit edilmeye çalışılır. Ancak TMK m.2/1’deki dürüstlük kuralında da, makul ve orta zekâlı insan tipi esas alındığından, ihmalin içeriğinin objektif olarak belirlenmesi girişimi aslında “totolojik” bir çabadan öteye gitmemektedir.

Tandoğan<sup>23</sup>, objektif ölçüye başvurulmasının iki nedeni olduğunu söylemektedir. Birinci nedeni, insanların zekâ ve irade gibi deruni vasıflarını, maharet ve kabiliyetlerini tam olarak tespit etmenin imkânsız olduğu düşüncesidir. İkinci nedeni ise toplum hayatında güvenlik ve istikrar mülahazalarından ötürü bireylerin kişisel vasıflarından bağımsız olarak asgari derecede özen göstermeleri beklentisidir. Bu görüşte, güvenlik ve istikrar amacıyla herkesin tabi olacağı ortalama bir özen standardı gerekli görülmektedir. Otinger de, nesnel ölçünün kullanımını “*her insan ahlaki, fikri ve fizik vasıfların, cismani meharetin ve mesleki yahut teknik bir faaliyette bulunduğu nisbette, mesleki ve teknik ehliyetlerin asgari bir yekûnunu garanti etmek mecburiyetindedir.*” ifadesi ile desteklemektedir<sup>24</sup>. Objektif teori, sadece hukuk doktrininde değil, aynı zamanda hukuk ve ekonomi öğretisindeki yazarlar<sup>25</sup> tarafından da özellikle idari (üçüncül) maliyetler çerçevesinde kabul görebilmektedir.

21 Von TUHR, s. 380; TANDOĞAN, s. 50-51; ERDOĞAN, s. 120; POSNER Richard A., “Economic Analysis of Law”, 9. Baskı, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2014, s. 196; COOTER / ULEN, s. 333; COLE Daniel H. / GROSSMAN Peter Z., “Principles of Law and Economics”, Pearson, New Jersey 2005, s. 206; SHAVELL Steven, “Foundations of Economic Analysis of Law”, Harvard University Press, Cambridge 2004, s. 190. Tüketici hukukunda ortalama tipte bir tüketicinin ölçü olarak kullanıldığına dair Avrupa Adalet Divanı’nın 16 Temmuz 1998 tarihli Gut Springenheide GmbH v. Rudolf Tusky kararı için bkz. Court of Justice of the European Union, Case C-210/96, Gut Springenheide and Rudolf Tusky, ECLI:EU:C:1998:369, prg. 31.

22 Von TUHR, s. 380; ZİLELİOĞLU Hilâl, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1-4, 1982-1987, s. 259; TUNÇOMAÇ, s. 267; HATEMİ / GÖKYAYLA, s. 141.

23 TANDOĞAN, s. 51.

24 TANDOĞAN, s. 51, dpt. 14.

25 SCHWARTZ Warren F., “Objective and Subjective Standards of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims”, Vol. 78 (1989), Georgetown Law Journal. s. 247-250; VELJANOVSKI Cento, “Economic Principles of Law”, Cambridge 2007, s. 199; MICELI Thomas J., “The Economic Approach to Law”, Stanford University Press, California 2004, s. 51; SANLI, s. 236. Ayrıca bkz. POSNER, s. 196. Veljanovski’ye göre, subjektif ölçünün uygulanması yüksek maliyetli olduğu gibi, etkili bir caydırıcılığa (*effective deterrent*) da sahip değildir. Miceli’ye göre ise subjektif ölçünün yol açabileceği idari (üçüncül) maliyetler (özellikle mahkemenin bilgi elde etme yükü altına girmesi) objektif ölçünün kaza maliyetlerini minimize edememesinden doğan maliyetlerden daha fazladır. Ancak şunu da ifade edelim ki, Miceli, subjektif ölçüyü tamamen dışlamakta, somut olay bakımından hangi özen ölçüsünü uygulamak daha az maliyetli ise mahkemenin onu tercih etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, Miceli, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü kategorik olarak reddetmemektedir. Aynı şekilde, Faure de, subjektif özen ölçüsünün uygulanmasını kategorik olarak reddetmemekle birlikte, uygulanmasının oldukça maliyetli olduğunu belirtmektedir. Düşük maliyetle uygulama olanağı olduğu takdirde, subjektif özen ölçüsüne sıcak

Objektif ölçüde her ne kadar ortalama bir insan tipi esas alınsa da, bu ölçü “mutlak, sabit, bütün haller ve bütün insanlar için aynı olacağı manasını tazammun etmez.”<sup>26</sup> Buna göre, objektif ölçü katı biçimde uygulanabileceği gibi, esnek biçimde de uygulanabilir. Bu nedenle, objektif ölçü, kendi içinde dar ve geniş anlamda olmak üzere kendi içinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Dar anlamda objektif ölçüde, somut olayın özellikleri ve failin yaş, cinsiyet ve meslek gibi bazı kişisel özellikleri nazara alınmamaktadır. Geniş anlamda objektif ölçüde ise objektif bir tipin aynı durumdaki davranışının yanı sıra somut olayın özellikleri ve failin yaş, cinsiyet ve meslek gibi bazı kişisel özellikleri dikkate alınır<sup>27</sup>. Şayet geniş anlamda objektif ölçüde somut olayın kişisel özellikleri ve failin bazı kişisel özellikleri nazara alınıyorsa, geniş anlamda objektif ölçünün subjektif ölçüden ne farkı kalmaktadır? Bu soruyu cevaplamak için önce subjektif ölçünün ne olduğunu ortaya koymak gerekmektedir.

Subjektif ölçüde, ortalama bir tip yerine bizzat failin zekâ ve irade kudreti, mahareti, kabiliyeti, fiziki özellikleri, cinsiyeti, yaşı, mesleği, bilgisi, alışkanlıkları, deneyimleri ve sair özellikleri nazara alınır<sup>28</sup>. Subjektif ölçüde referans noktası (*benchmark*) failin bizzat kendisidir. Subjektif ölçü, hukukumuzda tümüyle yabancı değildir. Adi ortaklıkta ortakların özen borcunu düzenleyen TBK m.628/I hükmü, subjektif özen ölçüsünü öngörmektedir. Bu hükme göre, “*Her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür.*” TBK m.628/1’de, kişinin kendi işinde gösterdiği özen (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*) subjektif ve somut bir ölçüyü ifade etmektedir. Kişinin kendi işinde gösterdiği özen ölçüsü Roma hukukundan beri uygulanan bir ölçüdür. Örneğin, Iustinianus döneminde şirket, vesayet ve *dos* idaresinde kişinin kendi işinde gösterdiği özen ölçüsü esas alınmaktaydı<sup>29</sup>. Bir görüşe<sup>30</sup> göre, kanunda subjektif ölçü öngörülmemişse, objektif özen ölçüsü esas alınmalıdır. Kanunda objektif özen ölçüsünün uygulanmasını emreden bir düzenleme bulunmadığından, biz bu görüşe katılmıyoruz.

Bu aşamada, geniş anlamda objektif ölçü ile subjektif ölçü arasındaki farklar da belirginleşmektedir. Geniş anlamda objektif ölçüde başlangıç noktası, varsayımsal ortalama bir tiptir. Buna karşılık, subjektif ölçüde başlangıç noktası, failin bizzat kendisi ve davranışlarıdır. Geniş anlamda objektif ölçüde, varsayımsal ortalama tipten beklenen hareket tarzına eklenen failin bazı kişisel vasıfları, subjektif ölçüde başlangıç noktasını teşkil eden failin kişisel özelliklerini bütünüyle yansıtmaktan uzaktır. Dolayısıyla, geniş anlamda objektif ölçü ile subjektif ölçünün başlangıç noktaları farklı olduğu gibi, failin kişisel vasıflarının dikkate alınması noktasındaki kapsamı da farklıdır<sup>31</sup>. Failin

bakmaktadır. Bkz. FAURE Michael, “Tort Liability in France: An Introductory Economic Analysis”, Law and Economics in Civil Law Countries, (editors: DEFFAINS Bruno / KIRAT Thierry), JAI (ELSEVIER), The Netherlands 2001, s. 172; Krş. SCHAEFER, Hans-Bernd & MUELLER-LANGER, Frank, “Strict Liability Versus Negligence”, Tort Law and Economics, Editör: Michael Faure, Edward Elgar, Second Edition, UK 2009, s. 25.

26 TANDOĞAN, s. 53.

27 TANDOĞAN, s. 50, dpt. 13 ve s. 53.

28 TANDOĞAN, s. 50; ERDOĞAN, s. 120.

29 ZİLELİOĞLU, s. 263.

30 ERDOĞAN, s. 120.

31 OĞUZMAN / ÖZ, bir taraftan subjektif kusur teorisine atıfta bulunmak suretiyle objektif ölçünün katı şekilde uygulanmasını eleştirmekte, diğer taraftan, subjektifliğin kusuru imkânsızlaştıracak kadar abartılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 531, dpt. 137 ve 137a.

kişisel vasıflarının nazara alınması geniş anlamda objektif ölçüyü, dar anlamda objektif ölçüden uzaklaştırmakla birlikte, subjektif ölçüye de yaklaştırmamaktadır. Sonuç itibariyle, geniş anlamda objektif ölçüde sadece daha geniş bir ortalama tip söz konusudur.

Burada, şöyle bir soru akla gelebilir: Hand Testi<sup>32</sup> varken neden kişiselleştirilmiş özen ölçüsüne başvurmak gerekir? Hand Testi üç temel değişkeni esas alan bir fayda-maliyet analizidir. Bu değişkenler; özen/önleyici tedbir maliyetleri (ÖM), zararın gerçekleşme olasılığı (O) ve zarardır (Z). Hand Testi'ndeki ölçüm son derece basittir:

$$O*Z > \text{ÖM (Kişi kusurludur)}$$

$$O*Z < \text{ÖM (Kişi kusurlu değildir)}$$

O\*Z: Davranışın risk değeri ya da beklenen zarar maliyeti

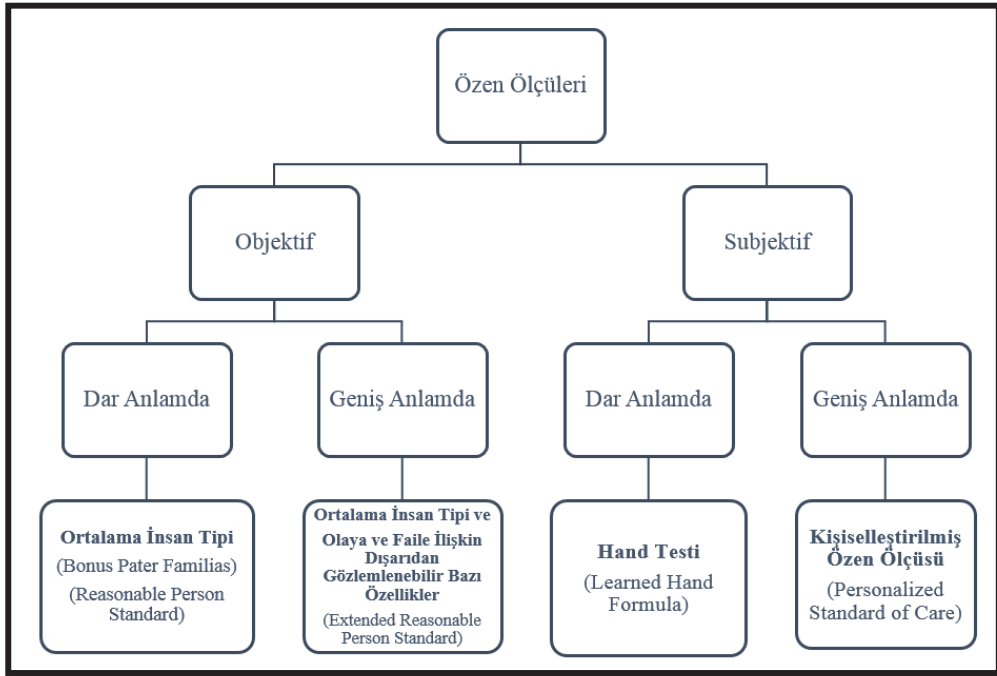
ÖM: Özenli davranış maliyeti

Buna göre, riskin ortadan kaldırılması için alınacak önleyici tedbirin maliyetinin beklenen zarar maliyetinden düşük olduğu bir durumda, kişi önleyici tedbir almamışsa kusurludur. Buna karşılık, riskin ortadan kaldırılması için alınacak önleyici tedbirin maliyetinin beklenen zarar maliyetinden fazla olduğu durumda, kişi önleyici tedbir almasa da kusurlu değildir<sup>33</sup>. Hand Testi dar anlamda subjektif bir ölçüdür. Çünkü objektif ölçüdeki gibi başlangıç noktası ortalama bir insan tipi değildir. Hand Testi'nin başlangıç noktası, beklenen zarar maliyeti ve tedbir maliyetidir. Bu yönüyle, objektif ölçüden farklılaşmaktadır. Failin kişisel özelliklerini dikkate almaması nedeniyle de, geniş anlamda subjektif ölçü olan kişiselleştirilmiş özen ölçüsünden de farklıdır.

32 Hand Testi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VELJANOVSKI, s. 186 vd. Hand Testi'nin Türk hukukuna uygulanabilirliğine ilişkin yapılmış olan çalışmalarda Hand Testi ayrıntılı şekilde incelendiğinden, tekrara düşmemek için söz konusu çalışmalara atıf vermeye yetineceğiz. Bkz. SANLI, Hand, s. 115 vd.; BENLİ Erman, "Türk Özel Hukukunda Objektifleştirilmiş İhmalin İktisadi Eleştirisi, Hand Formülü ve Uygulaması", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2012, s. 96-98. Hand Testi'nin, ABD'de 2000-2009 yılları arasında uygulandığı davalar şunlardır: Raab v. Utah Ry., 221 P.3d 219, 232 (2009); In re City of New York, 522 F.3d 279, 285 (2d Cir. 2008); Bourne v. Marty Gilman, Inc., 452 F.3d 632 (7th Cir. 2006); Mesman v. Crane Pro Services, 409 F.3d 846 (7th Cir. 2005); Shanklin v. Norfolk Southern Ry. Co., 369 F.3d 978 (6th Cir. 2004); James v. Meow Media, Inc., 300 F.3d 683 (6th Cir. 2002); Cross v. Berg Lumber Co., 7 P.3d 922, 936 n.3 (2000); MCI, LLC v. Patriot Engineering & Environmental, Inc., 487 F. Supp. 2d 1029, 1040-1041 (2007).

33 SHAVELL, s. 191, dpt. 22; POSNER, s. 191-193; GROSSMAN Peter Z. / CEARLEY Reed W. / COLE Daniel H., "Uncertainty, Insurance and the Learned Hand Formula", Law, Probability and Risk, 5(1) (2006), s. 2.

Şekil 2: İhmalin Takdirinde Kullanılan Özen Ölçüleri



## II. KİŞİSELLEŞTİRİLMİŞ ÖZEN ÖLÇÜSÜ

### A. GENEL OLARAK

Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, geniş anlamda subjektif bir ölçüdür. Çünkü hareket noktası, failin bizzat kendisi ve davranışları olup, “*reasonable you standard*” esasına dayalıdır<sup>34</sup>. Her somut olayda, fail özelinde özen standardı belirlenir. Bu bağlamda, failin risk yaratma eğilimi ve bunu azaltma becerisi dikkate alınır. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü tartışması yeni bir tartışma değildir. Örneğin, Vaughan v. Menlove davasında<sup>35</sup>, yangına sebebiyet veren fail mahkemeden bilişsel yeteneğinin sınırlı olduğunu ve bunun dikkate alınarak bir özen ölçüsü takdir edilmesini talep etmiştir. Mahkeme, bireysel farklılıkları dikkate almanın imkânsız olduğundan bahisle talebi reddetmiştir.

Tarihsel süreçte, geniş anlamda objektif özen ölçüsünün kullanılmasıyla birlikte, objektifleştirmenin katı şekilde uygulanmasından doğabilecek adaletsizlikler giderilmeye çalışılmıştır. Örneğin, ortalama tip dediğimiz ölçü; çocuklar, engelliler ve meslek grupları bakımından farklılaştırılmıştır.

34 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 629.

35 Vaughan v. Menlove (1837) 132 Eng. Rep. 490.

Örneğin, tecrübeli bir cerrah ile henüz mesleğinin başında olan bir cerrahın aynı özen standardı beklenmeyerek, objektif özen ölçüsü esnekleştirilmiştir. Engelli bir kişinin ihmali davranışındaki özen ölçüsü, engelli olmayan kişiden beklenebilecek özenden farklılaştırılmıştır. Ancak şunu önemle vurgulamamız gerekir ki, bunların hiçbiri özen ölçüsünün subjektifleştirildiği, kişiselleştirildiği anlamına gelmemektedir. Sadece dar anlamda uygulanan objektif özen ölçüsü, biraz esnetilerek geniş anlamda uygulanmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla, failin mensup olduğu meslek, yaş, cinsiyet gibi gruplar tek başına subjektifliği sağlamaz. Kişiselleştirme, bunun ötesinde çok daha spesifik bir ölçüdür.

## B. KİŞİSELLEŞTİRME TÜRLERİ

### 1. Yeteneğe Dayalı Kişiselleştirme (Skill-Based Personalization)

Her failin riski azaltılabilir yeteneği farklı olduğundan, maliyetine katlandıkları tedbir düzeyleri de farklılaşabilmektedir. Yetenekli ve yeteneksiz kişilerin hangi düzeyde tedbir alması gerektiği, beklenen sosyal maliyetin optimizasyonu noktasında önem taşımaktadır. Failin yeteneğinden bağımsız olarak öngörülen tek tip (*uniform*) bir objektif özen ölçüsünün beklenen sosyal maliyeti, yeteneğe dayalı subjektif özen ölçüsündeki beklenen sosyal maliyetten daha fazladır. Bu nedenle, kişilerin yeteneğinden bağımsız olarak varsayılan objektif özen ölçüsü (ortalama tip), iktisadi bakımdan etkin olmayıp, sosyal maliyetleri artırmaktadır.

**Tablo 1:** Yeteneğe Dayalı Kişiselleştirmede Beklenen Sosyal Maliyet<sup>36</sup>

Tedbir Düzeyi	Tedbir Maliyeti		Zarar Olasılığı	Beklenen Sosyal Maliyet	
	Yetenekli	Yeteneksiz		Yetenekli	Yeteneksiz
Düşük	3 TL	9 TL	% 22	25 TL	<b>31 TL</b>
Orta	8 TL	24 TL	% 10	18 TL	34 TL
Yüksek	13 TL	39 TL	% 2	<b>15 TL</b>	41 TL

Objektif özen ölçüsünde, Tablo 1 özelinde en etkin tedbir düzeyi “orta” düzeydeki tedbirdir. Çünkü beklenen sosyal maliyeti en az olan tedbir, **26 TL** ile “orta” tedbir düzeyidir. Objektif özen ölçüsünde, Tablo 1 özelinde beklenen sosyal maliyetler şunlardır:

Düşük tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(25+31) / 2 = 28$  TL

Orta tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(18+34) / 2 = 26$  TL

36 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 648.



Yüksek tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(15+41) / 2 = 28$  TL

Objektif özen ölçüsünde, yetenekli ve yeteneksiz kişiler farklı tedbir maliyetine katlanmasına rağmen, her ikisinden de aynı düzeyde tedbiri (“orta” düzeyde tedbir) alması beklenmektedir.

Subjektif özen ölçüsünde ise yetenekli kişinin “yüksek” tedbir düzeyine (15 TL), yeteneksiz kişinin ise “düşük” tedbir düzeyine (31 TL) tabi olması optimal olan durumdur. Bu durumda, beklenen sosyal maliyet =  $(15+31) / 2 = 23$  TL'dir. Rakamların da gösterdiği üzere, yeteneğe dayalı kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, ortalama tipe dayalı objektif özen ölçüsünden daha etkindir, çünkü beklenen sosyal maliyeti daha azdır. Dolayısıyla, yeteneğe dayalı kişiselleştirme ölçüsüne göre, yeteneksiz kişilerin yüksek tedbir düzeyine tabi olması ve bu tedbir düzeyindeki maliyete katlanmaları kaynak israfıdır<sup>37</sup>.

## 2. Riske Dayalı Kişiselleştirme (Risk-Based Personalization)

Her failin davranışının yarattığı risk farklıdır. Aynı tedbiri almalarına rağmen, bazı kişilerin davranışları daha riskli, bazılarının ise daha az risklidir. Örneğin, aynı hızla giden iki sürücünden biri, diğerine nazaran daha kötü bir sürücü ise daha çok risk yaratmaktadır veya daha az tecrübe ve bilgiye sahip bir hekim, tecrübeli ve bilgili bir hekime kıyasla daha çok risk yaratmaktadır<sup>38</sup>.

**Tablo 2:** Riske Dayalı Kişiselleştirmede Beklenen Sosyal Maliyet<sup>39</sup>

Tedbir Düzeyi	Tedbir Maliyeti		Zarar Olasılığı	Beklenen Sosyal Maliyet	
	Güvenli	Riskli		Güvenli	Riskli
Düşük	6 TL	%11	%33	17 TL	39 TL
Orta	16 TL	%5	%15	21 TL	31 TL
Yüksek	26 TL	%1	%3	27 TL	29 TL

Objektif özen ölçüsünde, Tablo 2 özelinde en etkin tedbir düzeyi “orta” düzeydeki tedbirdir. Çünkü beklenen sosyal maliyeti en az olan tedbir, **26 TL** ile “orta” tedbir düzeyidir. Objektif özen ölçüsünde, Tablo 2 özelinde beklenen sosyal maliyetler şunlardır:

Düşük tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(17+39) / 2 = 28$  TL

Orta tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(21+31) / 2 = 26$  TL

Yüksek tedbir düzeyinde beklenen sosyal maliyet =  $(27+29) / 2 = 28$  TL

37 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 648-649.

38 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 650.

39 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 651.

Riske dayalı kişiselleştirmede, güvenli kişilerin “düşük” tedbir düzeyine (17 TL), riskli kişilerin ise “yüksek” tedbir düzeyine (29 TL) tabi olmaları, beklenen sosyal maliyetler bakımından en optimal durumdur. Riske dayalı kişiselleştirmede, Tablo 2 özelinde beklenen sosyal maliyet =  $(17+29) / 2 = 23$  TL'dir. Sonuç olarak, riske dayalı kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, ortalama tipe dayalı objektif özen ölçüsünden daha etkindir, çünkü beklenen sosyal maliyeti daha azdır. Objektif özen ölçüsünde, orta düzeydeki tedbire tabi olan kişilerin, güvenli veya riskli olup olmamasına bakılmaksızın 16 TL'lik tedbir maliyetine katlanması beklenmektedir. Buna karşılık, riske dayalı kişiselleştirilmiş özen ölçüsünde, düşük tedbir düzeyine tabi güvenli kişi 6 TL'lik tedbir maliyetine katlanırken, yüksek tedbir düzeyine tabi riskli kişi ise 26 TL'lik tedbir maliyetine katlanmaktadır. Subjektif özen ölçüsünde, objektif ölçüden farklı olarak hem tedbir düzeyleri hem de tedbir maliyetleri failin risk yaratma durumuna göre farklılaşmaktadır.

### **C. KİŞİSELLEŞTİRİLMİŞ ÖZEN ÖLÇÜSÜNDE KULLANILAN VERİLER**

İlk olarak 2011 yılında Almanya Hannover Fuarı'nda kullanılan Endüstri 4.0 kavramı, dördüncü sanayi devrimini ifade etmektedir. Büyük Veri (*Big Data*), nesnelere interneti, bulut bilişim, üç boyutlu yazıcılar, birbiriyle iletişim kurabilen üretim cihazları ve robotlar, yeni nesil mobil teknolojiler, yeni nesil internet teknolojileri, yeni nesil akıllı fabrikalar, akıllı okuyucular dördüncü sanayi devrimini yaratan teknolojilerdir<sup>40</sup>. Dördüncü sanayi devriminde, hayatlarımızı algoritmalar tanımlamaktadır<sup>41</sup>. İşte Büyük Veri'ye dayanan kişiselleştirilmiş özen ölçüsü dediğimiz ölçü, dördüncü sanayi devriminin hukuktaki somut yansımalarından birisidir. İhmalin takdirinde, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü oluşturabilmek için, failin bizzat kendisi ve davranışları hakkında güncel, gerçek zamanlı ve gerektiğinde geçmiş verilere gereksinim duyulmaktadır. Mevcut durumda, gelişmiş batı ülkelerinde bile, kamuya açık veri tabanları, kişiselleştirilmiş verileri sağlayabilme özelliğine ve kapasitesine sahip değildir<sup>42</sup>. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü için gerekli olan verileri sağlayabilecek tek yer, büyük dijital veri tabanlarından oluşan Büyük Veri'dir<sup>43</sup>. Büyük Veri, ilk bakışta verinin hacmiyle ilgili bir kavrammış gibi gözükmektedir. Hâlbuki Büyük Veri, verinin hacmi dışında; hızı, çeşitliliği ve değer yaratması ile de ilgilidir<sup>44</sup>. Büyük Veri sayesinde, failin fiziksel özellikleri, geçmişteki davranışları, gelir ve servet durumu ve hatta bilişsel ve duygusal özellikleri dahi ölçülebilmektedir<sup>45</sup>. Örneğin, Facebook ve Twitter gibi sosyal medya araçlarından elde edilen verilerle, insanların kişilikleri hakkında bilgi sahibi olunabilmektedir<sup>46</sup>. Ayrıca, failin yarattığı riski

40 ÖZDOĞAN Ogan, “Endüstri 4.0 – Dördüncü Sanayi Devrimi ve Endüstriyel Dönüşümün Anahtarları”, 2. Baskı, Pusula, İstanbul 2018, s. 27.

41 HACKER Philipp, “Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates”, *European Review of Private Law*, 25(3) (2017), s. 652-654.

42 Aksi görüşte bkz. BEN-SHAHAR / PORAT, s. 679.

43 PORAT Ariel / STRAHILEVITZ Lior J., “Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data”, *Michigan Law Review*, 112(8) (2014), s. 1440 vd.

44 ÖZDOĞAN Ogan, “Büyük Veri Denizi – Veri Yönetimi Hakkında Her Şey”, Elma, Ankara 2016, s. 14 vd.

45 HACKER, s. 655.

46 BACK Mitja D. ve diğerleri, “Facebook Profiles Reflect Actual Personality, Not Self-Idealization”, *Psychological Science*, 21(3) (2010), s. 372; KOSINSKI Michal ve diğerleri, “Facebook As a Research Tool for the Social Sciences-

değerlendirebilmek için, sigorta şirketlerinin kullandığı “vasıf derecelendirmesi (*feature rating*)” metoduna benzer bir şekilde istatistiksel korelasyonlar<sup>47</sup> kullanılabilir<sup>48</sup>.

### 1. Failin Fiziksel Özellikleri

Her insanın fiziki özellikleri birbirinden farklı olduğundan, başkaları üzerinde risk yaratma eğilimleri de farklılaşmaktadır. Örneğin, diğer sürücüler ve yayalar için boyu kısa olan sürücü boyu uzun sürücüden daha risklidir. Çünkü boyu kısa olan sürücünün görüş alanı daha dardır. Bu nedenle, otomobil firmaları, boyu kısa olan sürücüler için özel tasarımı otomobiller üretmektedir. Her iki gözü de iki numara astigmat ve miyop olan bir sürücü, sadece sol gözü 0.3 numara miyop bir sürücüden daha risklidir. Bir araştırmaya göre, 65-73 yaş aralığındaki sürücüler ve geçmişinde beyin hasarı bulunan sürücüler, 21-43 yaş aralığındaki genç sürücülere kıyasla daha uzun sürede (daha geç) reaksiyon göstermektedir<sup>49</sup>. Failin fiziksel özellikleri, risk yaratma eğilimini etkilediğinden, özen ölçüsünün kişiselleştirilmesinde kullanılacak önemli bir göstergedir.

### 2. Failin Bilişsel ve Duyusal Özellikleri

Failin risk yaratma eğilimini etkileyen diğer bir faktör, failin bilişsel ve duygusal özellikleridir. Örneğin, heyecanlı bir doktor, hastalar nezdinde heyecanlı olmayan bir doktordan daha riskli olduğundan, heyecanlı olan doktorun diğer doktora nazaran daha fazla tedbir alması beklenir<sup>50</sup>. Riskli aktiviteleri içeren hobileri olan bir kişi (*risk lover*), risk sakınan (*risk averse*) bir kişiden daha risklidir. Ağır psikiyatrik ilaçlar kullanan bir polis, kullanmayan bir polise göre daha risklidir. Uyuyamama sorunu olan bir cerrah, böyle bir sorunu olmayan cerraha göre daha risklidir. Sosyal medya, failin bilişsel ve duygusal özelliklerini ortaya koyan bir mecradır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Facebook, Twitter, Instagram gibi platformlardan failin bilişsel ve duygusal özelliklerine dair veriler elde edilebilmektedir. Failin bilişsel ve duygusal özelliklerinin yanı sıra, eğitim düzeyi de önem taşımakla birlikte, bu veri resmi kaynaklar yoluyla elde edilebilecek bir veridir. Günümüzde, MRI (*magnetic resonance imaging*) ve fMRI (*functional magnetic resonance imaging*) gibi beyin görüntüleme teknolojileri, nörobilim ve nöroteknoloji oldukça gelişmiştir. Bu teknolojilerden faydalanmak suretiyle, failin bilişsel ve duygusal özelliklerini ortaya koymak mümkün hale gelmiştir<sup>51</sup>.

Opportunities, Challenges, Ethical Considerations, and Practical Guidelines”, *American Psychologist*, 70(6), (2015), s. 543; QUERCIA Daniele ve diğerleri, “Our Twitter Profiles, Our Selves. Predicting Personality with Twitter”, *Proceedings of the 2011 IEEE Third International Conference on Privacy, Security, Risk and Trust*, s. 180, <http://researchswinger.org/publications/quercia1twitter.pdf>, Erişim Tarihi: 17.5.2020.

47 Korelasyon analizi, istatistiksel yöntemlerden biri olup, iki veya daha çok değişken arasında ilişki olup olmadığını, varsa ilişkinin yönünü ve gücünü tespit etmemizi sağlar. Bkz. GUJARATI Damodar, “Essentials of Econometrics”, McGraw-Hill, ABD 1992, s. 44-45; ÇAKMUR YILDIRTAN Dina, “E-Views Uygulamalı Temel Ekonometri”, 2. Baskı, Türkmen, İstanbul 2011.

48 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 632.

49 KORTELING J.E., “Perception-Response Speed and Driving Capabilities of Brain-Damaged and Older Drivers”, *Human Factors*, 32(1) (1990), s. 99.

50 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 681.

51 Örneğin bkz. ALAVİ Seyyed Salman ve diğerleri, “The Cognitive and Psychological Factors (Personality, Driving

### 3. Failin Geçmişteki Davranışları

Failin geçmişteki davranışlarına ilişkin veriler, failin kişisel özelliklerini, kabiliyetini ve risk yaratma eğilimini ortaya koyan bir gösterge olup, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün oluşturulmasında önem taşımaktadır. Bu noktada kullanılan metotlardan biri, deneyimin (geçmiş davranışların) derecelendirilmesi (*experience rating*) metodudur<sup>52</sup>. Bu metot, sigorta şirketleri tarafından kişisel risklerin (*idiosyncratic risk*) ölçülmesinde kullanılan yöntemlerden biridir<sup>53</sup>. Örneğin, failin geçmişteki sürüş kayıtları (*past driving record*), failin özen ölçüsünün kişiselleştirilmesinde kullanılabilir bir veridir. Bu veri sayesinde, failin geçmişteki trafik ihlalleri ortaya konulmak suretiyle geçmişteki davranışları kişiselleştirilmiş özen ölçüsüne dâhil edilebilecektir. Hatta araçlara veri kayıt cihazlarının (*data recording devices, e.g. Event Data Recorders, EDR*) veya benzeri teknolojik cihazların takılması sayesinde; sürücünün sürüş alışkanlığı, risk alma eğilimi, sürati, emniyet kemeri kullanıp kullanmadığı, lokasyonu, araç bakımının zamanında yaptırılıp yaptırılmadığı, kaza anında hava yastıklarının açılıp açılmadığı, yaptığı kazaların oluş şekli gibi konularda failin davranışları ve risk yaratma eğilimi ölçülebilmektedir<sup>54</sup>. Örneğin, son iki yılda otomobilinin periyodik bakımlarını yaptırmayan bir sürücü, riskli bir sürücüdür. Bir hekimin, geçmişteki ameliyatlarında ne sıklıkla hekim hatasına sebebiyet verdiği dair veri, o hekimin kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün tespitinde kullanılacak bir veridir. Bu noktada, sigorta şirketlerinin prim belirleme ve risk hesaplama noktasında başvurduğu aktüerya ve risk yönetimi bilimleri, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün hesaplanmasında önemli bir başvuru kaynağıdır.

### 4. Failin Gelir ve Servet Durumu

Failin gelir düzeyi ve serveti, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün oluşturulmasında dikkate alınan göstergelerden bir diğeridir<sup>55</sup>. Çünkü kişiselleştirilmiş özen ölçüsü kapsamında, failin maddi olarak hangi tedbir maliyetlerini karşılayıp karşılayamayacağı önemlidir. Örneğin, büyükşehirdeki bir özel hastane için öngörülen tıbbi özen ölçüsü, küçük bir kasabadaki özel hastane ile aynı olamaz. Çünkü kasabadaki özel hastane, büyükşehirdeki özel hastanenin aldığı tedbirin maliyetlerini karşılayamaz. Büyükşehirdeki özel hastane, gelişmiş tıbbi cihazlar alabilirken, kasabadaki özel hastanede bu cihazların temini maddi kısıtlar nedeniyle mümkün olamamaktadır. Dolayısıyla, kasabadaki özel

Behavior, and Mental Illnesses) As Predictors in Traffic Violations”, Iranian Journal of Psychiatry, 12(2) (2017), s. 78 vd.

52 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 631, 685.

53 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 631.

54 ABD’de, federal hükümet, EDR cihazlı otomobil üretilmesini zorunlu tutmamakla birlikte, Ulaştırma Bakanlığı’na bağlı Ulusal Otoyol Trafik Güvenliği Yönetimi (*National Highway Traffic Safety Administration, NHTSA*), trafik güvenliğinin artırılması amacıyla, otomobillerde EDR kullanımına ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, otomobil üreticisi, ürettiği otomobile kendi isteğiyle EDR cihazı koymuşsa, EDR’i olan bu otomobilden toplanacak minimum veri setinin neler olacağı NHTSA tarafından tanımlanmıştır. Bu düzenleme, 2011 yılı ve sonrasında üretilen otomobiller için öngörülmüştür. Düzenleme için bkz. Erişim Tarihi: 9.12.2018; [https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/fmvss/EDRFinalRule\\_Aug2006.pdf](https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/fmvss/EDRFinalRule_Aug2006.pdf)

Günümüzde, ABD’de satılan otomobillerin %96’sında EDR cihazı bulunmaktadır. Bkz. Erişim Tarihi: 9.12.2018; <https://www.edmunds.com/car-technology/car-black-box-recorders-capture-crash-data.html>

55 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 685.

hastanenin alım gücü düşük olduğundan, tıbbi özen ölçüsü büyükşehirdeki özel hastaneye nazaran daha düşük olmalıdır<sup>56</sup>.

## SONUÇ

Hukuk doktrinde ve uygulamasında, ihmalin içeriğinin belirlenmesinde kullanılan ölçü objektif özen ölçüsüdür. Varsayımsal ve ortalama bir tipi esas alan objektif özen ölçüsü, sosyal maliyetleri artırdığından etkin bir ölçü değildir<sup>57</sup>. Diğer bir ifadeyle, objektif özen ölçüsünün beklenen sosyal maliyeti, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün beklenen sosyal maliyetinden daha fazladır. Bu nedenle, subjektif bir ölçü olan kişiselleştirilmiş özen ölçüsü; hukuki eşitliği, öngörülebilirliği ve ekonomik etkinliği daha iyi sağlayabilecek niteliktedir<sup>58</sup>. Objektif özen ölçüsünün topluma yüklediği maliyet ile kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün topluma yüklediği maliyet karşılaştırıldığında, objektif özen ölçüsü aradaki fark kadar kaynak israfına yol açmaktadır<sup>59</sup>.

Ekonomik teoride, objektif özen ölçüsünün idari (üçüncül) maliyetler çerçevesinde savunulması kabul edilebilir görünmemektedir. Bu bakış açısı, veri teknolojilerinin gelişmediği zamanlar için anlaşılabilir ise de, günümüz büyük veri teknolojisinin ulaştığı seviye dikkate alındığında, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünü idari maliyet gerekçesiyle reddetmek doğru değildir. Büyük Veri teknolojisi sayesinde, mahkemeler kişiselleştirilmiş özen ölçüsüne dair tüm veriyi profesyonel Büyük Veri kuruluşlarından bilirkişilik müessesesi yoluyla kolay, hızlı ve sistematik şekilde elde edebilecektir. Zira ülkemizde Büyük Veri hizmetlerine ilişkin piyasa kayda değer bir büyüklüğe ve kaliteye erişmiştir. Bu nedenle, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün mahkemelere fail hakkında bilgi edinme yükü yüklemesi söz konusu değildir. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün uygulandığı yapıda, mahkemelerin Büyük Veri kuruluşlarından temin ettikleri verileri somut olaya uygulamaları yeterli olacak, hatta mahkemenin birçok kurumdan müzekkere yoluyla veri toplamaya çalışması ve zaman kaybetmesi de önlenmiş olacaktır. Somut dava kapsamında mahkemenin ihtiyaç duyduğu bütün veriyi bilirkişi Büyük Veri kuruluşları temin edecektir. Mahkemeye sadece elde edilen bulguları dava dosyasına uygulamak kalacaktır. Dolayısıyla, kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, dava sürelerinin kısalmasına da katkı sağlayacaktır. Ortaya koyduğumuz gerekçeler, ekonomik teoride subjektif ölçü aleyhine ileri sürülen idari maliyet savını zayıflatmaktadır.

Kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün, pozitif hukuk bakımından uygulanabilirliği noktasında herhangi bir engelleyici hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak teknolojik ve teknik olarak işlevsel hale getirilebilmesinde, Türkiye özelinde bazı engeller olduğu düşünülebilir. Örneğin, mahkemelerin aşırı iş yükü, dogmatik hukuk öğretiminden ötürü hâkimlerin istatistiki ve ekonometrik analize yabancı

56 BEN-SHAHAR / PORAT, s. 686.

57 Aynı yönde bkz. SCHAEFER / MUELLER-LANGER, s. 25.

58 Benzer yönde bkz. DIAMOND Peter A., "Single Activity Accidents," The Journal of Legal Studies, Vol. 3 (1974), s. 123.

59 Aksi görüşte bkz. VELJANOVSKI, s. 199. Posner'in da belirttiği üzere, kaynakların kit olduğu bir dünyada kaynak israfında bulunmak ahlâka aykırıdır. Bkz. POSNER Richard A., "The Economic Approach to Law", Texas Law Review, Vol. 53 (1975), s. 777. Posner'in bu cümlesi, hukuk ve ekonomi öğretisinin sonuçsalcı (*consequentialist*) yaklaşımının kullandığı iktisadi etkinlik aracının ahlâki değerden bağımsız olmadığını göstermesi bakımından oldukça önemlidir.

olması, teknolojik sistemi kurma, öğretme ve işletme maliyetleri, süreç içinde öngörülemeyen işlem maliyetleri, bürokratik karar alma ve uygulama süreçlerinin uzun zaman alması gibi hususlar somut engeller olarak düşünülebilir. Ancak bu engeller aşılamayacak engeller değildir. Zira Türk yargısında bilişim teknolojilerinin kullanımının dünya ortalamasının üzerinde olduğu bilinmektedir<sup>60</sup>. Günümüzde tam kapasiteyle çalışan UYAP Bilişim Sistemi<sup>61</sup> ve SEGBİS<sup>62</sup> (Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi) buna örnek olarak verilebilir. Sonuç olarak, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün Türk hukukunda uygulanması, hem hukuken hem de teknolojik ve teknik olarak mümkün gözükmekte olup, yukarıda açıklanan nedenlerle objektif özen ölçüsünden daha iyi bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır.

## KAYNAKÇA

- ALAVİ Seyyed Salman ve diğerleri, “The Cognitive and Psychological Factors (Personality, Driving Behavior, and Mental Illnesses) As Predictors in Traffic Violations”, *Iranian Journal of Psychiatry*, 12(2) (2017), s. 78-86.
- BACK Mitja D. ve diğerleri, “Facebook Profiles Reflect Actual Personality, Not Self-Idealization”, *Psychological Science*, 21(3) (2010), s. 372-374.
- BENLİ Erman, “Türk Özel Hukukunda Objektifleştirilmiş İhmalin İktisadi Eleştirisi, Hand Formülü ve Uygulaması”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, 2012, s. 89-123.
- BEN-SHAHAR Omri / PORAT Ariel, “Personalizing Negligence Law”, *New York University Law Review*, 91(3) (2016), s. 627-688.
- COLE Daniel H. / GROSSMAN Peter Z., “Principles of Law and Economics”, Pearson, New Jersey 2005.
- COOTER Robert / ULEN Thomas, “Law & Economics”, 5. Baskı, Pearson, ABD 2008.
- ÇAKMUR YILDIRTAN Dina, “E-Views Uygulamalı Temel Ekonometri”, 2. Baskı, Türkmen, İstanbul 2011.
- DIAMOND Peter A., “Single Activity Accidents,” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 3 (1974), s. 107-164.
- ERDOĞAN İhsan, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 3. Baskı, Gazi, Ankara 2017.
- EREN Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 19. Baskı, Yetkin, Ankara 2015.
- FAURE Michael, “Tort Liability in France: An Introductory Economic Analysis”, *Law and Economics in Civil Law Countries*, (editors: DEFFAINS Bruno / KIRAT Thierry), JAI (ELSEVIER), The Netherlands 2001, s. 169-181.
- GROSSMAN Peter Z. / CEARLEY Reed W. / COLE Daniel H., “Uncertainty, Insurance and the Learned Hand Formula”, *Law, Probability and Risk*, 5(1) (2006), s. 1-18.
- GUJARATI Damodar, “Essentials of Econometrics”, McGraw-Hill, ABD 1992.

60 Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Mayıs 2019, s. 48, [http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs\\_tr.pdf](http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs_tr.pdf), Erişim Tarihi: 17.5.2020.

61 “UYAP Bilişim Sistemi 2000 yılında iki aşamalı olarak başlatılmış bir proje olup, 2001 yılında Adalet Bakanlığı Merkez Birimlerinin otomasyonunu sağlayan UYAP I projesi tamamlanmış, 2005 yılında adli ve idari yargı birimleri, adli tipler, ceza tevkif evlerinin otomasyonunu kapsayan UYAP II tamamlanarak faaliyete geçirilmiştir. Yargıtay’da UYAP yazılımlarını kendisine uyarlayarak UYAP Bilişim Sistemi içerisinde yer almıştır. Bugün itibarıyla UYAP ülkemizde yargı birimlerinin yaklaşık % 100’ünde işletimde olup, her türlü yargısal ve idari faaliyetler bu sistemle elektronik ortamda yürütülmektedir.” Bkz. <http://www.uyap.gov.tr/Tarihce> Erişim Tarihi: 16.5.2020.

62 Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi, Mayıs 2019, [http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs\\_tr.pdf](http://www.edb.adalet.gov.tr/mevzuatlar/yrs_tr.pdf) Erişim Tarihi: 17.5.2020.

- HACKER Philipp, "Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates", *European Review of Private Law*, 25(3) (2017), s. 651-677.
- HATEMİ Hüseyin / GÖKYAYLA K. Emre, "Borçlar Hukuku Genel Bölüm", Vedat, İstanbul 2011.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 19. Baskı, Turhan, Ankara 2015.
- KORTELING J.E., "Perception-Response Speed and Driving Capabilities of Brain-Damaged and Older Drivers", *Human Factors*, 32(1) (1990), s. 95-108.
- KOSINSKI Michal ve diğerleri, "Facebook As a Research Tool for the Social Sciences-Opportunities, Challenges, Ethical Considerations, and Practical Guidelines", *American Psychologist*, 70(6), (2015), s. 543-556.
- MICELI Thomas J., "The Economic Approach to Law", Stanford University Press, California 2004.
- OĞUZMAN M. KEMAL / ÖZ Turgut, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 8. Baskı, Vedat, İstanbul 2010.
- ÖZDOĞAN Ogan, "Büyük Veri Denizi – Veri Yönetimi Hakkında Her Şey", Elma, Ankara 2016.
- ÖZDOĞAN Ogan, "Endüstri 4.0 – Dördüncü Sanayi Devrimi ve Endüstriyel Dönüşümün Anahtarları", 2. Baskı, Pusula, İstanbul 2018.
- PORAT Ariel / STRAHILEVITZ Lior J., "Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data", *Michigan Law Review*, 112(8) (2014), s. 1417-1478.
- POSNER Richard A., "Economic Analysis of Law", 9. Baskı, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2014.
- POSNER Richard A., "The Economic Approach to Law", *Texas Law Review*, Vol. 53 (1975), s. 757-782.
- QUERCIA Daniele ve diğerleri, "Our Twitter Profiles, Our Selves. Predicting Personality with Twitter", *Proceedings of the 2011 IEEE Third International Conference on Privacy, Security, Risk and Trust*, s. 180-185, <http://researchswinger.org/publications/quercia11twitter.pdf>, Erişim Tarihi: 17.5.2020.
- REİSOĞLU Safa, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 22. Baskı, Beta, İstanbul 2011.
- SANLI Kerem Cem, "Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi", Arıkan, İstanbul 2007.
- SANLI Kerem Cem, "İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt: Hand Formülü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 14, S. 4, 2008, s. 99-131 (Kısaltma: Hand).
- SCHAEFER, Hans-Bernd & MUELLER-LANGER, Frank, "Strict Liability Versus Negligence", *Tort Law and Economics*, Editör: Michael Faure, Edward Elgar, Second Edition, UK 2009, s. 25, s. 3-45.
- SCHWARTZ Warren F., "Objective and Subjective Standards of Negligence: Defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims", *Vol. 78 (1989), Georgetown Law Journal*. s. 241-279.
- SHAVELL Steven, "Foundations of Economic Analysis of Law", Harvard University Press, Cambridge 2004.
- TANDOĞAN Halûk, "Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet", 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul 2010.
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi, "Borçlar Hukuku", 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974.
- TİRYAKİ Betül, "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, 2008, s. 267-279.
- TUNÇOMAĞ Kenan, "Borçlar Hukuku Dersleri", 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965.
- ÜNAL Mehmet, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1, 1978, s. 397-437.
- VELJANOVSKI Cento, "Economic Principles of Law", Cambridge 2007.



Von TUHR Andreas: “Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı”, (Çeviren: Cevat EDEGE), C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Olguç Matbaası, Ankara 1983.

ZİLELİOĞLU Hilâl, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 39, S. 1-4, 1982-1987, s. 241-264.

## Montreal Sözleşmesi Kapsamında Beşinci Yetki Kuralı ve Uygulaması

### The Fifth Jurisdiction Rule and Practice under the Montreal Convention

İlyas GÖLCÜKLÜ\* 

#### Öz

Hava yolu taşımacılığı, günümüzde en güvenli ve en hızlı ulaşım biçimi kabul edilmektedir. Ancak hava yolu ulaşımında da elim kazaların meydana geldiği ve bu olaylar neticesinde kazazede ya da mirasçılarının taşıyıcının sorumluluğuna başvurdukları bilinen bir olgudur. Sorumluluk davaları, Türkiye’de açılabilirdiği gibi yabancı devlet mahkemelerinde de açılabilir. 5 Şubat 2020 tarihli İzmir-İstanbul uçuşu yapan PC2193 sefer sayılı Boeing 737 tipi uçağın pisten çıkması sonucu çeşitli davaların açılması gündeme gelmiştir. Medyaya da yansıdığı üzere, kaza ile ilgili sadece Türkiye’de değil ABD’de de dava açıldığı ve yurt dışından yabancı avukatların da Türkiye’ye geldiği görülmüştür. 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi uluslararası taşımalarda yolcunun ölmesi, yaralanması, geciktirilmesi ile kargo ya da bagajın gecikmesi, hasara uğraması, kaybı durumlarında taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen ve Türkiye’nin de taraf olduğu sivil havacılığa dair önemli bir düzenlemedir. Yeknesaklaştırma amacı güden bu milletlerarası özel hukuk sözleşmesi, taşıyıcı aleyhine açılacak davaların muhtemel forumlarını açıkça düzenleyerek sınırlandırmıştır. Bu çalışmada, öncelikle uluslararası taşımadan doğan bir sorumluluk davasına hangi taraf devletteki mahkemenin bakacağı meselesi Montreal Sözleşmesi madde 33’teki açık düzenleme ışığında ele alınmış ve özellikle de madde 33/f.2’de sadece yolcunun ölümü ve bedensel zarara uğraması halinde geçerli olan beşinci yetki kuralı, güncel mahkeme kararları ışığında tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Montreal Sözleşmesi, Milletlerarası Yetki, Beşinci Yetki, Kaza, Taşıyıcı, Sorumluluk

#### Abstract

Air transport is considered as the fastest and safest mode of transport. Yet, unfortunate accidents still occur in the carriage by air as well and due to such accidents, injured or heirs of deceased may sue air carrier for their liabilities. Such suits may be commenced in Turkey or abroad. The tragic landing accident of the flight PC2193 with Boeing 737 aircraft at Istanbul Sabiha Gokcen Airport has caused several suits against liable parties. As reported in media as well, some argued that it is possible to adjudicate in the US as the Turkish public witnessed the presence of foreign lawyers in Turkey. Montreal Convention that regulates international air carrier’s liability arising from death or bodily injury of passenger, delay or damage or loss of baggage and cargo, is a significant instrument to which Turkey is party. With purpose of unification among state parties, it limits number of forums where the carrier can be sued. This paper discusses these limited forums regulated under the article 33 but mainly focuses on the fifth jurisdiction under the article

\* Dr. Öğr. Üyesi, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,  
E-Mail: ilyas.golcuklu@altinbas.edu.tr

33/p.2, specifically designed only for liability cases due to death or bodily injuries of passengers, in light of recent court cases.

**Keywords:** Montreal Convention, International Jurisdiction, Fifth Jurisdiction, Accident, Carrier, Liability

## GİRİŞ

Hava yolu taşımacılığı, teknolojik imkanların da gelişmesi neticesinde yolcu, yük ve bagaj taşımada hızla ve etkin bir hizmet sunmaktadır. Ancak her taşıma türünde olduğu gibi hava yoluyla taşımada da kazalar meydana gelmektedir. Bu tür talihsiz olaylar nedeniyle taşıyıcıya karşı sorumluluk davaları açılmakta ve ölü yolcunun mirasçıları ya da bedensel zarara uğrayan yolcu tarafından tazminat davaları açılabilir. Dinamik bir alan olan uluslararası hava yolu taşımacılığında, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin davaların hangi forumlarda açılabileceği ve hangi esaslara tabi olacağından önceden belirlenmesinde hem yolcu ile kargo göndericisinin hem de taşıyıcının menfaati söz konusudur.

Turizm ya da iş amaçlı hava yolu seyahatlerinin yaygınlaşmasıyla günümüzde aynı uçak içerisinde birçok milliyetten insanın olması olağan hale gelmiştir. Dolayısıyla tek bir uçak kazasında, birden çok ülkede eş zamanlı olarak çeşitli sorumluluk davalarının gündeme gelmesinde şaşılacak bir durum yoktur. Sivil havacılık hukuku alanında da ülkeler, çeşitli çok taraflı uluslararası sözleşmelerle hava yolu taşıyıcısının sorumluluğu bakımından yeknesak ve öngörülebilir maddi hukuk kurallarını yaratma yoluna gitmişlerdir. Bu çabaların ürünü olan ve günümüzde 136 ülkenin taraf olduğu<sup>1</sup> 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi, sivil havacılığa dair önemli bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir. Sözleşmenin tüm hükümlerine bu çalışmada değinilmemiş, sadece milletlerarası yetkili taraf devletleri belirleyen madde 33 hükmü ve özellikle de madde 33/f.2'de yer alan *beşinci yetki* kuralı mahkeme kararları ışığında ele alınmıştır. Taşıyıcının, kendisine karşı hangi ülkelerde dava açılabileceğini bilmesi; yolcunun ise, taşıyıcıya karşı hangi forumda dava açabileceğini bilmesi öngörülebilirlik bakımından önemlidir. Medyaya da yansıyan birçok kazada bu ihtiyaç belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır.

İçerisinde farklı milliyetten 227 yolcu ve 12 mürettebatın bulunduğu Malezya Havayolları'na ait uçak 8 Mart 2014 tarihinde radardan çıkarak kaybolmuştur ancak bu kaza, günümüzde hala aydınlatılmadığı gibi dünyanın çeşitli yerlerinde ölü olarak kabul edilen kişiler adına sorumluluk davaları açılmıştır<sup>2</sup>. Yine *Germanwings*'e ait Barcelona – Düsseldorf seferini yapmakta olan uçak, yardımcı pilotun kendini kokpite kapatarak 24 Mart 2015 tarihinde bilinçli şekilde Fransız Alplerine çarpması nedeniyle kaza yapmış ve mürettebat dahil farklı milliyetlerden 150 kişi hayatını kaybetmiştir<sup>3</sup>. ABD'de verilen yüksek tazminat tutarları nedeniyle yolcunun mirasçılarının Amerikan mahkemelerinde dava açmaya çalıştıkları bilinmektedir<sup>4</sup>. Özellikle uçakta yer alan ABD

1 [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf) (Erişim, 19.03.2020).

2 <https://www.britannica.com/event/Malaysia-Airlines-flight-370-disappearance> (Erişim: 10.03.2020).

3 [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326\\_germanwings\\_yardimci\\_pilot](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326_germanwings_yardimci_pilot) (Erişim: 10.03.2020).

4 PRADHAN Devendra, *The Fifth Jurisdiction under the Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody*, 68 *J. Air L. & Com.* 717 (2003), 717-730, s. 721.

vatandaşlarının daimi ve esas ikametgahlarının bulunduğu yerde dava açabilmeleri, Montreal Sözleşmesi madde 33/f.2 kapsamında beşinci yetki esasını daha da önemli hale getirmektedir. Kaldı ki uçak kazalarında, sadece taşıyıcının sorumluluğuna değil, iç hat taşıma bile olsa, hava aracı imalatçısının sorumluluğuna da gidildiği görülmektedir. Örneğin bir Türk havayolu şirketine ait uçağın 5 Şubat 2020 tarihinde Sabiha Gökçen Havalimanı'nda pisten çıkması kazası sonucunda, yurt dışındaki hukuk firmaları temsilcileri de Türkiye'ye gelmiş ve bu firmalar aracılığıyla imalatçı Boeing şirketine karşı ABD'de dava açılacağı bilgisi medyada yer almıştır<sup>5</sup>.

Bu tür farklı ülkelerden yolcuların yer aldığı hava aracı kazalarında, hangi ülkede davanın açılacağı daha da önemli hale gelmektedir. Ancak Montreal Sözleşmesi madde 33'te bu yetkili forumlar sınırlandırılmış ve davacıya, sadece birini seçme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır<sup>6</sup>. Aşağıda öncelikle milletlerarası yetki kavramı ele alınacak ve bu yetkinin madde 33'te nasıl düzenlendiği belirtilecektir. Sonrasında ise madde 33/f.2'de yer alan beşinci yetki kuralının esasları, tarihçesi, önemi belirtildikten sonra, bu yetki bakımından en çok tercih edilen Amerikan mahkemeleri uygulamasında bu yetkinin nasıl değerlendirildiği örnek kararlar ışığında ele alınacaktır. Başka bir makalenin konusu olabilecek kadar ayrıntılı ve önemli bir konu olmasına rağmen, medyaya da yansıyan haberlere hukuki cevaplar vermek amacıyla kazalarda imalatçının sorumluluğu da milletlerarası yetki kuralları özelinde bu çalışmada kısaca ele alınmıştır. Son olarak, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuk bakımından örnek yargı kararlarındaki eğilimlerin hava hukuku davaları bakımından ne anlama geldiği tartışılmıştır.

## I. Milletlerarası Yetki Kavramı ve Önemi

Milletlerarası özel hukuk, yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerini ele alan bir “iç” hukuk dalıdır<sup>7</sup>. “*Yabancı unsurlu özel hukuk ilişkileri*” kavramıyla taraflar, ifa yeri, uyumsuzluk konusu gibi hususlarda yabancı bir devletin hukukuyla ilintili özel hukuk ilişkileri kastedilmektedir<sup>8</sup>. Böylece esasen “*milletlerarası*” kavramı, bu özel hukuk dalının “*yabancılık ihtiva eden*” özelliğini vurgulamaktadır<sup>9</sup>.

Milletlerarası yetki kavramı ele alınırken de bu kavramın, milletlerarası özel hukukun bir parçası olduğu dikkate alınarak incelenmesi gerekir. Yürürlükte olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>10</sup> (“MÖHUK”) kapsamında milletlerarası yetki yorumlanmalıdır. MÖHUK madde 1/f.1 uyarınca kanun, “*yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk*” ve “*yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi*”

5 <https://havahaber.com/pistten-cikan-pegasus-ucagi-icin-hukuk-savasi-basliyor/> (Erişim: 10.03.2020).

6 *Antoine X v Newvac Corp* davasında Fort-de-France Temyiz Mahkemesi kararını inceleyen Fransız Temyiz Mahkemesi, davacıların seçimini açıkça Fransız mahkemelerinden yana kullandığı gerekçesiyle Montreal Sözleşmesi madde 33 gereği bu mahkemenin yetkisini dikkate alınacağını vurgulamıştır. Karar için bkz. *Antoine X v Newvac Corp, No 10-30919*.

7 ÇELİKEL Aysel / ERDEM B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 14.

8 ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 5.

9 ÇELİKEL / ERDEM, s. 14-15.

10 RG Tarih: 12.12.2007 Sayı: 26728.

yanında “Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini” de düzenlemektedir. MÖHUK madde 1/f.2 gereği “*Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı*” tutulmuştur. Bu kural, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaları kanun hükmünde*” kabul eden Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 90/f.5 ile de uyumludur. Böylece MÖHUK madde 1/f.1 uyarınca düzenlenen tüm konularda, aynı konuya ilişkin bir milletlerarası anlaşma varsa öncelikle bu anlaşmanın hükümleri dikkate alınacaktır. Dolayısıyla belirli uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi değerlendirilirken Türkiye’nin taraf olduğu bir anlaşma varsa ilgili hükümlerin de hem Anayasa hem de milletlerarası özel hukuktaki yeknesaklık amacı doğrultusunda dikkate alınması gerekecektir. Böyle bir anlaşma yoksa Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK madde 40 ve devamındaki hükümlere göre belirlenecektir.

Milletlerarası özel hukuk kapsamında milletlerarası yetki kavramı, özel bir anlam taşımaktadır. Bu önemli kavrama MÖHUK madde 40 kenar başlığında ve madde 1/f.1 içeriğinde yer verilmesine rağmen kanunda herhangi bir tanım yapılmamıştır. Ancak çeşitli uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini inceleyen doktrindeki çalışmalar<sup>11</sup> nazara alındığında bu kavramla kastedilenin, “*yabancılık unsurunu içeren*” bir davada Türk mahkemesinin yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. MÖHUK madde 40’taki genel hükme göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, “*iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları*” dikkate alınarak belirlenecektir. Böylece bir Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi, bir başka ifadeyle yabancılık unsuru içeren bir davada yetkili olup olmayacağı meselesi, yabancılık unsuru yokmuşçasına iç hukuktaki yetki kurallarına tabi tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle bir Türk mahkemesinin, yabancı unsur taşıyan uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiyi haiz olup olmadığı meselesi yabancılık unsuru yokmuşçasına değerlendirilecektir.

İç hukuktaki yetki kuralları denildiğinde ilk akla gelen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>12</sup> (“HMK”) yetki kuralları olsa da bu ibareden geniş anlamda Türk mevzuatında yer alan tüm yetki kurallarını anlamak gerekir<sup>13</sup>. Böylece yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta Türk

11 EKŞİ Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 22; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 391-392; Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası yetkili mahkeme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERKAN Mustafa, Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2012, 12-51, s. 12 vd. ; Yabancılık unsuru içeren tüketici uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda bkz. TARMAN Zeynep Derya, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, *Public and Private International Law Bulletin*, 39(1): 325-356, s. 341 vd.; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 420-421; yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi hususunda MÖHUK madde 40 yollaması nedeniyle HMK madde 17 ve devamı hükümlerinin uygulanacağı konusunda bkz. MERAKLI YAYLA Deniz, Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1987-2013 (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZE Armağan, s. 1989; MÖHUK madde 47 kapsamındaki yetki anlaşmalarına dair detaylı bilgi için bkz. SARGIN Fügen, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin, Ankara 1996; ayrıca bkz. ÇORTOĞLU KOCA Sema, Boşanma, Ayrılık Ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XX, Y. 2016, Sa. 2, 209-268*, s. 236 vd.; yabancılık unsuru içeren davalarda milletlerarası yetki anlaşması esasları ve sonuçları için bkz. DEMİRKOL Berk, Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, Vedat Kitapçılık, 2018; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 432 vd.

12 RG Tarih: 4/2/2011 Sayı: 27836.

13 EKŞİ, s. 17 vd.; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 391-392.

mahkemesinin milletlerarası yetkisinin varlığı araştırılırken, Türk mevzuatında yer alan tüm ilgili yetki düzenlemelerini dikkate almak gerekecektir. Önemle vurgulayalım ki Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler de kanun niteliğini haizdir ve bu sözleşmelerde yer alan yetkiye dair düzenlemeler ile maddi hukuk düzenlemeleri öncelikle dikkate alınacaktır.

Bazı hallerde yabancılik unsurunun tespiti zor olabilirse de bu çalışmanın konusu olan taşıyıcının uluslararası sivil hava taşımacılığında doğan sorumluluğu bakımından böyle bir zorluktan bahsedilemez. İthalat – ihracat, milletlerarası ticari uyumsuzluklarda olduğu gibi tanımı ve mantığı gereği *uluslararası* taşıma da zaten yabancılik unsuru taşır<sup>14</sup> zira bir ülkeden başka bir ülkeye uçuş olacağından dolayı coğrafi anlamda yabancılik unsuru kaçınılmaz şekilde mevcut olacaktır.

## II. Montreal Sözleşmesi ve Önemi

Milletlerarası özel hukukun en dinamik alanlarından biri de uluslararası taşıma konusudur. Taşıma hukukunda hava yolu taşımacılığı ise eski tarihlerden beri insanlığın dikkatini çekmiş olan ve günümüz dünyasında sıklıkla tercih edilen, teknolojik gelişmelere bağlı olarak sürekli gelişen bir yöntemdir. Bu dinamizm, yolcular ile taşıyıcı arasındaki hukuki ilişkilerin düzenlenmesi başta olmak üzere birçok hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir. Hava taşımacılığında özel hukuk ilişkileri ya da havacılığın sivil yönlerinin yeknesak düzenlemelere kavuşturulması amacı, zamanla daha önemli bir hale bürünmüştür. Bu kapsamda kısaca bu düzenlemelerin tarihçesine değinmek, çalışmamızdaki esas tartışmaları daha da anlaşılır kılacaktır.

Milletlerarası özel hukuk alanında uluslararası sivil havacılığa ilişkin yeknesak kuralları getiren ilk düzenleme 1929 yılında hazırlanan Varşova Sözleşmesi<sup>15</sup> (*Warsaw Convention*) olmuştur. Ancak teknolojik gelişmeler, Varşova Sözleşmesi'nin yetersizliğini ortaya koymuş ve bir dizi çalışmayla bu sözleşme güncellenmiştir<sup>16</sup>. Varşova Sözleşmesi'ne yapılan ekleri dikkate alarak bu dağınık sistemi tek bir metinde toplayarak yeknesaklığı<sup>17</sup> sağlamak amacıyla 57 maddeden oluşan Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme<sup>18</sup> ("Montreal Sözleşmesi") kabul edilmiştir. Uluslararası hava yolu taşımacılığında taşıyıcının sorumluluğu başta olmak üzere önemli hususları düzenleyen ve dava açma süresi gibi maddi milletlerarası özel hukuk kuralları da getiren Montreal Sözleşmesi, Türkiye bakımından 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe

14 Havacılığın "doğası gereği uluslararası bir karakter taşıdığı" konusunda bkz. DEMPSEY Paul Stephen, *Flights of Fancy and Fights of Fury: Arbitration and Adjudication of Commercial and Political Disputes in International Aviation*, 32 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 231, s. 233. (*Arbitration and Adjudication*).

15 *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, signed at Warsaw on 12 October 1929*. <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/doc.html> (Erişim, 18.03.2020).

16 Detaylı bilgi için bkz. GÖLCÜKLÜ İlyas, *Hava Hukuku*, On İki Levha, 2018, s. 5-8; WALKER Gregory C., *Doing Business in Montreal: The Effects of the Addition of Fifth Forum Jurisdiction under the Montreal Convention*, *Penn State International Law Review: Vol. 23: No. 1, Article 6*, 125-146, s. 125-126.

17 TOMPKINS, George N. 'A Tribute to the Legacy of Or Wassenbergh, *Air & Space Law* 40, no. 1 (2015): 83-92, s. 90 vd. (*Legacy*).

18 *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, Signed at Montreal on 28 May 1999*. <https://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/> (Erişim, 19.03.2020).

girmiştir<sup>19</sup>. 2020 yılı itibarıyla 136 devletin bu sözleşmeye taraf olması<sup>20</sup>, bu milletlerarası anlaşmanın ne kadar önemli bir düzenleme olduğunu bizlere göstermektedir. 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe giren Montreal Sözleşmesi, uluslararası taşımalarda yolcunun ölmesi, yaralanması, geciktirilmesi halleri ile kargo veya bagajın gecikmesi, hasara uğraması, kaybı durumlarında taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen sivil havacılığa dair bir düzenleme olarak her yıl yeni ülkelerin onayıyla daha da önemli bir hale gelmektedir. Montreal Sözleşmesi'nde yer alan tüm hususlara bu çalışmamızda yer veremeyeceğimizden, milletlerarası yetkili forumları düzenleyen madde 33'ü genel olarak inceleyecek ve özellikli bir kural olan beşinci yetki düzenlemesini ağırlıklı olarak analiz edeceğiz.

### III. Montreal Sözleşmesi Madde 33/f.1'de Sayılan Yetkili Mahkemeler

Montreal Sözleşmesi madde 33/f.1'e göre, hava yolu taşıyıcısına karşı sorumluluk davasının açılabileceği taraf devletler şu şekilde belirlenmiştir: 1 – Taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi, 2 – Taşıyıcının esas faaliyet merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, 3 – Taşıyıcının taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu işyerinin bulunduğu yer mahkemesi, 4 – Yolcu taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan varma yeri mahkemesi.

Milletlerarası özel hukuk sözleşmelerindeki yeknesaklık amacı, Montreal Sözleşmesi'ndeki yetki düzenlemelerinde de belirginleşmiştir. Şöyle ki 136 devletin taraf olduğu bu sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıklar, globalleşen ulaşım imkanlarından ötürü dünyanın herhangi bir ülkesindeki mahkemelerde teorik olarak görülebilecektir. Ancak Montreal Sözleşmesi, taşıyıcı aleyhine dava açılabilecek forumları sınırlandırmış ve herhangi bir ülkede rastgele davanın açılmasını kabul etmemiştir. Sözleşme hem davacı lehine seçimlik hak tanıyacak şekilde birden fazla ilgili forumdan birini tercih etme imkanı sunmakta hem de sayılan ülkeler dışında bir yerde dava açılmayacağı esasını getirerek taşıyıcı lehine bir düzenleme getirmektedir. Böylece Montreal Sözleşmesi, taşıyıcı ile yolcu, kargo bakımından ise taşıyıcı ile gönderen arasında milletlerarası yetki konusunda kanaatimizce dengeli bir yaklaşım sergilemiştir.

Uluslararası hava yolu taşımacılığı; yolcunun vatandaşlığı, biletin satın alındığı yer, hava yolu şirketinin tescil olduğu yer, kalkış ve varış yerleri düşünüldüğünde aynı anda birden çok ülkeyi ilgilendiren önemli bir hukuki işlemdir. Davalı havayoluna karşı dava açmayı düşünen bir yolcunun, bu tür ilgili yerler arasında *forum shopping*<sup>21</sup> yapması ve böylece kendi lehine daha çok yararlar

19 1999 Tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme, Türkiye açısından 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Montreal Sözleşmesi'nin resmi çevirisi için bkz. 01.10.2010 tarihli ve 27716 sayılı Resmî Gazete. Montreal Sözleşmesi'nin onaylanmasının uygun bulunduğu tarih ve 2.4.2009 tarihli ve 5866 sayılı Kanun; 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Sözleşme; Bakanlar Kurulu'nun 13.09.2010 tarih ve 2010/895 sayılı kararı ile 57'nci maddesine çekince koyularak onaylanmış ve onay belgesi 25.1.2011 tarihinde ICAO'ya gitmiştir. "Yürürlüğe girme" kuralı gereği Montreal Sözleşmesi, Türkiye için de 3 ay sonra (26 Mart 2011 tarihinde) yürürlüğe girmiştir. Tüm taraf ülkeler için bkz. [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf) (Erişim, 20.03.2020).

20 [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf) (Erişim, 19.03.2020).

21 *Forum shopping*; *Common Law* sisteminde geliştirilmiş bir prensip olup, Kıta Avrupası hukukuna esasen yabancı bir



sunacak forumu tercih etmesi beklenir<sup>22</sup>. Devletlerarasında yapılmış çok taraflı bir anlaşma olan Montreal Sözleşmesi madde 33'teki milletlerarası yetki hem yabancılık unsurunu içermekte hem de “*hangi taraf devletteki*” mahkemelerin uyumsuzluğa bakacağını düzenlemektedir<sup>23</sup>. Hangi taraf devlet mahkemesinin uyumsuzlukta yetkili olacağı hususu ise esasen bir milletlerarası yetki sorunudur.<sup>24</sup> Dolayısıyla Montreal Sözleşmesi madde 33'teki kural, Türkiye’de havayolu şirketine karşı açılacak bir davada Ankara mahkemelerinin mi yoksa İstanbul mahkemelerinin mi yer itibarıyla yetkili olacağı hususuyla ilgilenmez. Maddedeki kural uyarınca örneğin taşıyıcı *Lufthansa* şirketine karşı, Almanya’da mı yoksa Türkiye’de mi dava açılacağı meselesi, diğer bir ifadeyle herhangi bir ülkede dava açılıp açılmayacağı karara bağlanmaktadır. Bir ülkede dava açılabiliriyorsa, artık hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı hususu bu ülkenin hukukuna bağlı olarak tespit edilecektir.

Montreal Sözleşmesi’nin 33. maddesi, davacı lehine bir seçimlik hak getirmektedir. Bu nedenle davacı, talebini birden çok mahkemeye başvurarak kullanamayacaktır. Sözleşmede belirlenmiş yetkili mahkemelerden birinde davayı açmak, bu ülke mahkemesince “*yetkisizlik kararı verilmesi dışında*” seçimlik hakkın kullanılması anlamına gelir ve başka ülkede de dava açıldığında artık milletlerarası derdestlik itirazıyla karşılaşılır.<sup>25</sup> Sayılan forumlarda sonradan ek davalar açıldığında, davalının yetkisizlik itirazı sonucu ilk yetkili devlet mahkemesi lehine sonraki mahkemelerin kendi uluslararası yetkilerinden feragat etmesiyle bu problem aşılabilir<sup>26</sup>. Unutulmamalıdır ki bu seçimlik yetki, sadece Montreal Sözleşmesi kapsamındaki uyumsuzluklara özgü ve öngörülebilirliği hedefleyen önemli bir düzenlemedir. Milletlerarası yetkiye dair sınırlı sayım (*numerus clausus*) ve Montreal Sözleşmesi’nin “*emredici karakteri*”<sup>27</sup> gereği; bu sayılan mahkemelerin yetkisini devre dışı bırakmak mümkün olmayacaktır.

Montreal Sözleşmesi madde 33/f.1’de hangi ülkede davanın açılabileceği açıkça ve sınırlı sayımla belirlenmiştir. Tüm forumların ortak şartı ise dava açılacak mahkemenin mutlaka Montreal Sözleşmesi’ne “*taraf*” devletlerin birinde yer almasıdır. Bu şartla sağlanıyorsa taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi, taşıyıcının esas faaliyet merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıyıcının taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu işyerinin bulunduğu yer mahkemesi ve yolcu taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan varma yeri mahkemesi uyumsuzluğun görülmesi için yetkili forum olacaktır. Montreal Sözleşmesi madde 46 ile getirilen düzenleme uyarınca fiili

kavramdır, bkz. BELL Andrew S., *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, Oxford University Press, 2003, s. 172 vd.; *Forum shopping*’den bahsedebilmek için öncelikle, davacının farklı forumlar arasından seçim yapabilme imkânının olması gerekir, bkz. DORWARD Daniel J., “The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs”, *U. Pa. J. Int’l Econ. L.* [Vol 19:1 1998], 141-168, s. 143 vd.

22 Elde edilecek hükmün icra kabiliyeti ve hızlı tenfizine ilişkin elverişli hükümler bulunması forum seçiminde önem kazanmaktadır, bkz. ÜLGEN Hüseyin, *Hava Taşıma Sözleşmesi, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1987, s. 57; ŞANLI Cemal, Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 15-16.*

23 ŞANLI, s. 7.

24 GÖLCÜKLÜ, s. 253-254.

25 ŞANLI, s. 9; ŞANLI / ESEN/ ATAMAN – FİGANMEŞE, s. 435 vd.

26 ŞANLI / ESEN / ATAMAN – FİGANMEŞE, s. 435 vd.

27 ŞANLI, s. 55; TARMAN Zeynep Derya, *Montreal Sözleşmesinin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri, TBB Dergisi 2013 (107) s. 98 – 118, s. 101.*

taşıyıcının yerleşim yeri ya da esas iş yeri ülkesinde de açılabilceği göz ardı edilmemelidir<sup>28</sup>. Montreal Sözleşmesi'nde belirtilen yetkilerin münhasır olduğu ve yetkiye ilişkin düzenlemelerin emredici olduğu da dikkate alınmalıdır<sup>29</sup>.

Çalışmamız kapsamında tüm bu yetki türlerini ve uygulamalarını incelemeyeceğiz. Ancak bir örnekle durumu betimlememiz mümkündür: İstanbul Ticaret Odası'na kayıtlı Türk havayolu şirketiyle yapılan İstanbul – Londra tek yönlü uçuştaki Fransız yolcu, uçağın başarısız inişi nedeniyle meydana gelen kazada ağır yaralanmış olsun. Bu kişinin süresi içerisinde havayolu şirketine karşı İngiltere'de dava açması mümkündür. Çünkü İngiltere, Montreal Sözleşmesi'ne taraftır ve yolcu taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan varma yeri mahkemesi (Londra) bu ülkede yer almaktadır. Benzer şekilde dava, Türkiye'de de açılabilir zira Türkiye, Montreal Sözleşmesi'ne taraftır ve taşıyıcının esas faaliyet merkezinin bulunduğu yer mahkemesi (İstanbul) bu ülke sınırları içerisinde. Oysaki davacı, Türk havayolu şirketine karşı Fransa'da tazminat davası açamaz. Zira Fransa, sınırlı biçimde sayılan bu forumlardan hiçbirinin koşullarını sağlamamaktadır ve yolcunun vatandaşlığı da yetki bakımından önemli değildir. Ancak çalışmamızın ana konusu olan *beşinci yetki* kapsamında durum, daha farklı bir hale bürünebilmekte ve ilgisiz gibi görünen bu ülkede de dava pekala açılabilir.

#### IV. Beşinci Yetki (*Fifth Jurisdiction*)

##### A. Genel Esaslar

Milletlerarası yetkili forumlar konusunda yukarıda ele alınan 4 ülkeye ek olarak madde 33/f.2'de "*pek de açık olmayan bir ifade ile*" yolcunun esas ve daimi ikametgahının bulunduğu ülkede de sorumluluk davasının açılabilceği öngörülmüştür<sup>30</sup>. Madde 33/f.2'ye göre:

*"Yolcunun ölümü ya da yaralanmasından kaynaklanan hasarlar açısından, bir dava bu maddenin birinci paragrafında değinilen mahkemelerden birinde, ya da kazanın gerçekleştiği esnada yolcunun esas ve daimi ikametgahının bulunduğu ve taşıyıcının gerek kendi hava aracıyla gerek ticari bir anlaşmaya göre bir başka taşıyıcının hava aracıyla gerçekleştirdiği hava yoluyla yolcu taşıma için hizmet faaliyetlerini yürüttüğü ve taşıyıcının kendisinin ya da ticari anlaşmalı olduğu başka bir taşıyıcıya ait ya da kiralanmış bina ve müstemilattan hava yoluyla taşınması işini yürüttüğü bir taraf devletin sınırları dahilindeki mahkemelerden birinde açılabilir."*

Madde lafzı dikkatlice incelendiğinde, bu özellikli yetkinin uygulanması için bazı önemli şartların arandığı görülmektedir. Metni sadeleştirdiğimizde beşinci yetki kuralının uygulanması için şu

28 ŞİT KÖŞGEROĞLU Banu, Montreal Sözleşmesinin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri Çerçevesinde Uluslararası Hava Taşımacılığında Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü, (*Hava Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2017, Editörler: Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU – Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU*), 13-26, s. 20.

29 BİRİNCİ UZUN Tuba, Uluslararası Hava Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 164.

30 GÖLCÜKLÜ, s. 255-256; Aynı yönde bkz. WALKER Gregory C., Doing Business in Montreal: The Effects of the Addition of Fifth Forum Jurisdiction under the Montreal Convention, *Penn State International Law Review: Vol. 23: No. 1, Article 6, 125-146, s. 141.*

şartların bulunduğu söylenebilir: i) yolcunun ölümü ya da bedensel zararı söz konusu olmalı, ii) kaza anında yolcunun daimi ve esas ikametgâhının olduğu ülkenin yetkisi dikkate alınmalı, iii) ancak bu ülkenin beşinci yetki olarak kabulü için taşıyıcının, bu ikametgah ülkesinden ya da bu ikametgah ülkesine kendi hava aracıyla ya da ticari anlaşmaya dayalı yolcu taşıma hizmetleri zaten mevcut olmalı, iv) söz konusu yetkinin kullanılacağı ülke ise mutlaka Montreal Sözleşmesi'ne taraf olmalıdır.

Madde 33/f.2 ayrıca yaptığı açık düzenlemeyle yolcunun ikametgah bağlantı noktasının değişkenliğini de nazara almış ve yetkinin öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde muhtemel değişikliklerden etkilenmemesi için sadece “*kaza anındaki*” (*at the time of the accident*) ikametgah ülkesini kabul etmiştir. Böylece değişken ihtilafların da önüne geçilmiş ve dava anı değil, kaza anındaki daimi ikametgahın beşinci yetkiye esas alınması kabul edilmiştir. Dolayısıyla eğer kaza tarihinde yolcunun esas ve daimi ikametgahının olduğu ülkeden veya bu ülkeye taşıyıcının halihazırda hava yolu ile yolcu taşıma hizmeti mevcutsa, yolcunun bu ikametgah ülkesi mahkemeleri de madde 33/f.1'deki dört mahkemeye ek olarak beşinci yetkili mahkeme sıfatıyla davayı görebilecektir<sup>31</sup>.

Unutulmamalıdır ki beşinci yetki kuralı, sadece yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından geçerlidir ve kargo ile bagaj taşıma sözleşmelerinden doğan sorumlulukta geçerli değildir<sup>32</sup>. Ayrıca bu kural, yolcunun gecikmesinden doğan sorumluluğa da uygulanamayacaktır zira açık düzenleme gereği sadece kaza neticesinde yolcunun “*ölümü ya da bedensel zarara uğraması*” halinde geçerli olmaktadır. Böylece uyuşmazlığın konusu bakımından beşinci yetki uygulamasına sınır getirilmiştir. Yolcunun vatandaşlığı, Montreal Sözleşmesi uygulamasında ve dolayısıyla da beşinci yetki uygulamasında<sup>33</sup> önem taşımamaktadır. Bu husus Montreal Sözleşmesi madde 33/f.3-b bendinde de açıkça vurgulanmıştır.

Madde 33/f.2 uyarınca taşıyıcının, yolcunun daimi ve esas ikametgahında faaliyetinin olduğunun kabulü için mutlaka kendi hava aracıyla bu hizmeti gerçekleştirmesi şart değildir. Zira taşıyıcı, “*ticari bir anlaşmaya göre bir başka taşıyıcının hava aracıyla*” da hava yoluyla yolcu taşıma hizmetini gerçekleştirebilir. Buradaki “*ticari anlaşma*” ibaresiyle ilk anlaşılması gereken, hava hukuku uygulamasında sık karşılaşılan codeshare anlaşmalarıdır. Codeshare anlaşması<sup>34</sup> da kanaatimizce Montreal Sözleşmesi kapsamında “*ticari anlaşma*” kabul edilebileceğinden, bu anlaşmaya dayalı yurtdışında bilet satışının ortak yerel hava yolu şirketi tarafından yapılması da üçüncü şartı sağlayacaktır. Madde 33/f.3-a bendi sadece “*acentelik sözleşmesi hariç*” dediği için codeshare anlaşmaları bakımından sorun olmayacaktır. Zira “*taşıyıcı ya da codeshare ortağının*”

31 WALKER, s. 140.

32 Beşinci yetki kuralının kargo taşımasından doğan sorumlulukta uygulanamayacağı hakkında bkz. *Transvalue, Inc. v. KLM Royal Dutch Airlines* 539 F. Supp. 2d 1366 (S.D. Fla. 2008); PRADHAN, s. 721.

33 PRADHAN, s. 722.

34 “Uygulamada hava yolu şirketlerinin aralarında akdettikleri çeşitli sözleşmelerle yolcularını taşıyabilecekleri rotaların sayısını artırdıkları ve uçuşları böylece kolaylaştırdıkları görülmektedir. Hava yolu şirketlerinin kendi aralarında; kolaylık, fazla kar, müşteri sayısını artırmak gibi amaçlarla bu tür sözleşmeleri yaptıkları bilinmektedir. Code-share anlaşması, kısaca iki veya daha fazla havayolu şirketinin belirli hatlarda ortak sefer gerçekleştirmek için aralarında yaptıkları bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Böylece bilet satışı ve taşımacılık faaliyetinin hacmi ile sıklığı artırılmaktadır.” Detaylı bilgi için bkz. GÖLCÜKLÜ, s. 50-52.

daimi ikametgah ülkesinde hizmetinin bulunması, beşinci yetki için yeterli görülmektedir<sup>35</sup>. Madde 33/f.4 ise yetkili forumda dava açıldıktan sonra dava sürecine ilişkin usulü, yerinde bir düzenlemeyle hakim *lex foris*ne bırakmıştır<sup>36</sup>.

Yukarıda dört yetkili mahkeme bakımından ele aldığımız örneği, beşinci yetki kuralına uygulayalım: İstanbul Ticaret Odası'na kayıtlı olan ve *her ülkeye uçuşu olan* bir Türk havayolu şirketiyle İstanbul – Londra tek yönlü uçuşta bulunan ve daimi ikametgahı Fransa'da bulunan Fransa vatandaşı yolcu, uçağın başarısız inişi nedeniyle meydana gelen kazada ağır yaralanmıştır. Yukarıda belirttiğimiz mahkemelere ek olarak davacı, beşinci yetki kuralı gereği daha yüksek tazminat alabilmek vb. sebeplerle Fransız mahkemelerinde dava açabilecektir. Çünkü söz konusu uçuşla ilgisiz görünmekle birlikte i) Fransa, Montreal Sözleşmesi'ne taraf, ii) yolcunun yaralanması söz konusudur, iii) Fransa, kaza anında yolcunun daimi ve esas ikametgâhı ülkesidir ve de iv) taşıyıcı Türk havayolu şirketinin, Fransa dahil dünyanın her yerine yolcu taşıma hizmetleri zaten mevcuttur. Uygulamadaki kararları ele almadan evvel, bu özellikli imkanın nasıl ve ne gerekçelerle Montreal Sözleşmesi'ne dahil edildiğine bakmamız meseleyi daha anlaşılır kılacaktır.

## **B. Montreal Sözleşmesi Hazırlık Çalışmalarındaki Tartışmalar**

Doktrinde de vurgulandığı üzere beşinci yetki kuralı, özellikle ABD'nin ısrarı nedeniyle Montreal Sözleşmesi'ne dahil edilmiştir<sup>37</sup>. Bu özellikli imkanın getirilmesi düşüncesi Guatemala Protokolü'ne<sup>38</sup> (1971) kadar uzanmaktadır<sup>39</sup> ancak ABD'nin bu protokolü imzalamasına rağmen onaylamaması nedeniyle kural uygulama alanı bulmamıştır<sup>40</sup>. Bu nedenle esasında bu yetkinin 1999 öncesinde “doğduğu” ancak yürürlüğe girmesinin Montreal Sözleşmesi'yle olduğu belirtilmiştir<sup>41</sup>.

35 DEMPSEY Paul Stephen, The Future of International Air Law in the 21st Century, *Zeitschrift für Luft – und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law*, vol. 64, no. 2, 2015, p. 215-232, s. 218, dn. 11. (21st Century).

36 Bu düzenleme olmasaydı da usule dair problemlerde forum hukukunun zaten dikkate alınacağı hususunda bkz. KÖŞGEROĞLU, s. 20-21.

37 MENDELSON Allan I. / LIEUX Renee, The Warsaw Convention Article 28, the Doctrine of Forum Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff, 68 *J. Air L. & Com.* 75 (2003), s. 85, 112; PRADHAN, s. 720-721. Bu yetki şartının ABD'nin sözleşmeyi onaylaması için *sine qua non* bir ön şart olduğu hakkında LUONGO Norberto E., The Fifth Jurisdiction: The American Dream, *Annals of Air and Space Law*, 34, 2009, p. 437-480, s. 475. Aynı yönde bkz. TRIMARCHI Andrea, An Analysis of the Grounds of Jurisdiction and Jurisdictional Issues of e-Ticketing in light of the Warsaw/Montreal System, *Issues in Aviation Law and Policy*, vol. 15, no. 2, Spring 2016, p. 377-398, s. 393; MENDELSON / LIEUX, s. 484-485. ABD'nin bu konuya “müzakereye açık olmayan” (*non-negotiable*) tavrıyla yaklaştığı hakkında TOMPKINS George N., Are the Objectives of the 1999 Montreal Convention in Danger of Failure?, *Air & Space Law* 39, no. 3 (2014): 203-214, s. 210. (Danger of Failure).

38 Protokolün XII. maddesi ile Varşova Sözleşmesi madde 28'e 2. fıkraya olarak beşinci yetki eklenmiştir. Önemle belirtelim ki protokoldeki madde yolcunun gecikmesi ile kargonun kaybı, hasarı, zıyayı ile bagajın gecikmesi gibi günümüzde Montreal Sözleşmesi madde 33/f.2 kapsamına girmeyen konular için de bu yetki esas alınmıştır. Metin için bkz. <https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/guatemala1971.pdf> (Erişim: 10.04.2020).

39 MENDELSON / LIEUX, s. 82-83; WALKER, s. 138.

40 PRADHAN, s. 719. Protokolün 20. maddesi oldukça ayrıntılı ve ağır şartlar içeren bir “*sui generis*” yürürlük maddesi getirmiş ve böylece ABD'nin katılımını neredeyse olmazsa olmaz hale getirmiştir. LUONGO, s. 450-451.

41 LUONGO, s. 439.

Montreal Sözleşmesi'nin Varşova Sözleşmesi'nden “*en temel farklardan biri*” de ek olarak beşinci yetki şartını getirmiş olmasıdır ve böylece “*önemli bir eksikliği*” gidermesidir<sup>42</sup>. AB hukukunda Montreal Sözleşmesi öncesinde 20 Aralık 1995 tarihli Konsey Tüzüğü taslağında beşinci yetkinin gerekli olduğu konusunda fikir belirtilmiş ancak “*karmaşık hukuki problemlere yol açacağı*” endişesiyle 9 Ekim 1997 tarihli Konsey Tüzüğü'ne<sup>43</sup> bu kural alınmamıştır<sup>44</sup>. Amerikan mahkemelerinden gelebilecek muhtemel “*yüksek tazminat*” kararları<sup>45</sup> nedeniyle diğer ülkelerin hava yolları tarafından bu düzenleme eleştirilmiştir<sup>46</sup>. Beşinci yetki kuralı, Montreal Sözleşmesi hazırlığı aşamasında devletler düzeyinde “*en çok tartışılan*” hüküm olmuştur<sup>47</sup>. Fransa başta olmak üzere çoğu devlet, söz konusu yeni ek yetkinin “*sigorta primlerini artıracığı, bilet fiyatlarında artışa sebebiyet vereceği, lafzının muğlaklığı, hava hukukuyla ilgisizliği*” noktasında kuralı eleştirmiştir<sup>48</sup>. Gerçekten de varma yeri, hava yolu şirketinin kuruluş yeri gibi diğer bağlantı noktalarına nazaran daimi ikametgah yeri ilk bakışta ilgisiz görülebilmektedir. Ancak internet üzerinden bilet satışının artması sonucu taşıyıcı hava yollarının dünyanın çeşitli yerlerinde dava edilebildiği ve beşinci yetkinin bu tür gelişmelerle de uyumlu olduğu vurgulanmıştır<sup>49</sup>.

Beşinci yetkinin kabul edilmesinin bir diğer önemli gerekçesi ise gittikçe yaygınlaşan *codeshare* anlaşmalarının dikkate alınması ihtiyacıdır<sup>50</sup>. *Codeshare* anlaşması yardımıyla hava yolları kendi kodlarıyla bilet satışı gerçekleştirebilmekte, uçuş ise bu anlaşma kapsamında başka bir havayoluyla gerçekleştirilebilmekte ve çok daha uzak noktalara erişim sağlanabilmektedir<sup>51</sup>. Dolayısıyla uluslararası uçuş ağının çok geliştiği ve *codeshare* anlaşmaları sayesinde bir havayolu şirketinin sadece kendi ülkesinde değil birçok ülkede faaliyet gösterdiği günümüzde, taşıyıcının faaliyetinin bulunduğu yolcunun daimi ikametgahı ülkesinin de yetkili forum olması yerinde bir gelişme olarak kanaatimizce de kabul edilebilir.

Beşinci yetki kuralının, sadece hava hukukuna özgülenmesi tartışılmış ve bu özellikli imkanın başka alanlarda da globalleşen ticari ilişkiler dikkate alındığında, yaygınlaştırılmasının mümkün

42 HEINONEN Jukka, The Warsaw Convention Jurisdiction and the Internet, 65 *J. Air L. & Com.* 453 (2000), s. 456 dn. 12; WALKER, s. 137; PRADHAN, s. 719-720; TRIMARCHI, s. 392.

43 *The Council Regulation (EC) No. 2027/97 of 9 October 1997.*

44 HEINONEN, s. 456 dn. 15.

45 PRADHAN, s. 721; LUONGO, s. 462, dn. 63.

46 PRADHAN, s. 725-727.

47 Bu hükme en çok karşı çıkan devletin, Kıta Avrupası ülkesi olan Fransa olduğu konusunda bkz. PRADHAN, s. 724. Tüm Afrika ülkelerinin bu yetkiye karşı çıktığı konusunda ise bkz. LUONGO, s. 476.

48 PRADHAN, s. 725. Madde 33/f.2 lafzına kıyasen, Guatemala Protokolü hükmünün “sade” olduğu konusunda bkz. BİRİNCİ UZUN, s. 167.

49 HEINONEN, s. 493.

50 PRADHAN, s. 720.

51 Bu konuda, Türk Hava Yolları (THY) ve Hong Kong Hava Yolları arasında yapılan kod paylaşımı anlaşması örnek verilebilir. Bu anlaşma sayesinde THY, normalde uçuşunun bulunmadığı Hong Kong ötesi yeni noktalara da erişim sağlayabilmektedir. Diğer yandan Hong Kong Hava Yolları ise İstanbul ötesi farklı noktalara da ulaşım hizmetini bu anlaşma neticesinde sağlayabilecektir. Bunun için Hong Kong Hava Yolları, Hong Kong-İstanbul seferine ek olarak İstanbul ile bazı Avrupa şehirlerindeki seferlerine kendi “HX” kodunu koyabilirken; THY de Hong Kong Hava Yolları'nın Hong Kong yanı sıra Bangkok gibi diğer yerlere olan uçuşlarında kendi “TK” kodunu kullanabilmektedir. Detaylı bilgi ve haber için bkz. <http://www.kokpit.aero/thy-code-share-anlasmasi> (Erişim: 10.03.2020).

olabileceği belirtilmiştir<sup>52</sup>. Söz konusu kural, “gezgin Amerikan vatandaşlarını” (*wandering American*) korumayı hedeflediği gerekçesiyle de eleştirilmektedir<sup>53</sup>. Ancak aşağıda yapacağımız incelemede de görüleceği üzere, Amerikan mahkemeleri, daimi ikametgahı ABD’de olmayan yabancılar için de cazibe merkezidir. Ancak unutulmamalıdır ki herhangi bir yolcunun, daimi ikametgahının olduğu ülke eğer diğer 4 yetkili mahkeme içerisinde yer almıyorsa ve beşinci yetki kuralının diğer şartları da sağlanmışsa pekala kendi ülkesinde beşinci yetkili forum olarak dava açabilir. Fakat yüksek tazminat amacıyla ABD’yi beşinci yetkili forum olarak kullanmak isteyen yabancılar, *forum non coneviens* doktrini ile karşılaşabilecekleri<sup>54</sup> gibi daimi ikametgah gibi özel şartları sağlamakta oldukça zorlanabilirler. Ancak bu yetkinin ABD tarafından “uzun zamandır beklenen bir hayalin somutlaştırılması” olarak kabul edilmesi gerektiği de haklı şekilde vurgulanmaktadır<sup>55</sup>. Aşağıda beşinci yetki kuralının, bu yetkini yaratılmasına öncüllük eden ABD’de yerli ve yabancı davacılar bakımından nasıl uygulandığını mahkeme kararları ışığında tartışacağız.

### C. Amerikan Mahkeme Kararlarında Beşinci Yetki Uygulamaları

Bir uçak kazası meydana geldiğinde kazazedenin ya da ölüm halinde mirasçılarının Montreal Sözleşmesi madde 33’te öngörülmüş forumlar arasından en çok lehe karar verebilecek forum arayışı içerisine girmeleri olağan bir durumdur. Uygulamada da ABD mahkemeleri başta olmak üzere, uçak kazalarında kıyasen oldukça yüksek tazminat öngören hukuk sistemlerinde<sup>56</sup> taşıyıcının hava yolu ile taşıma sözleşmesinden doğan sorumluluğu kapsamında sıklıkla davalar açılmaktadır. Özellikle de uçuşla ilgisiz görünse bile beşinci yetkinin uygulanması için gerekli şartlar adeta zorlanarak, yüksek tazminat öngören hukuk sistemlerinde dava açılmaya çalışıldığı da bilinmektedir. Her ne kadar davacılar için bu tür forumlara davayı götürmek avantajlı görünse de mahkemelerin, bu istisnai ve sonradan getirilen özellikli yetkiyi her zaman kabul etmedikleri ve taşıyıcı tarafından ileri sürülen yetki itirazını dikkatlice inceledikleri söylenebilir. Sıklıkla tercih edilen Amerikan mahkeme uygulamaları, bu özellikli yetkinin karşılaştırmalı hukukta nasıl değerlendirildiğine dair önemli ipuçları vermektedir.

*Wendelberger v. Deutsche Lufthansa AG* davasında<sup>57</sup> Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi, ABD mahkemesinin yetkisini ele almıştır. Karara konu uyuşmazlıkta karı-koca, Viyana – Frankfurt – Boston – Frankfurt – Viyana gidiş dönüş bileti almışlardır. Mahkeme, biletlerin Viyana’da satın alındığını ve Frankfurt’un aktarmalı uçuşta bir durak yeri (*layover*) olduğunu tespit etmiştir. Davacıardan *Iris*, Frankfurt-Boston seferini gerçekleştirmekte olan Lufthansa uçağında hostesin sıcak içeceği elinden kaçırması sonucu karın bölgesinden yaralanmıştır. *Iris*, maddi ve manevi zarara uğradığı gerekçesiyle; kocası ise, eşinin yakınlığından mahrum kaldığı (*loss of*

52 WALKER, s. 143-144.

53 PRADHAN, s. 727.

54 PRADHAN, s. 728. Bu yetkinin ABD’de *forum shoppinge* neden olacağı eleştirisi hakkında bkz. LUONGO, s. 470. Bu doktrinin beşinci yetkinin olmadığı Varşova rejiminde de uygulandığı vurgulanmıştır. Bkz. TRIMARCHI, s. 396.

55 LUONGO, s. 478.

56 PRADHAN, s. 721.

57 *Wendelberger v. Deutsche Lufthansa AG, Case No. 18-cv-01055-PJH (N.D. Cal. May. 25, 2018)*.



*companionship, loss of consortium*) gerekçesiyle Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi'nde taşıyıcı Lufthansa'ya karşı dava açmıştır. Davalı havayolu şirketi, Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi'nin Montreal Sözleşmesi madde 33 kapsamında sınırlı şekilde sayılan mahkemelerden olmadığından bahisle yetki itirazında bulunmuştur. Bölge Mahkemesi yaptığı değerlendirmede, varma yeri mahkemesinin neresi olduğu üzerinde durmuştur. Zira taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yer, taşıyıcının esas faaliyet merkezinin bulunduğu yer mahkemesi Almanya'da ve taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu işyerinin bulunduğu yer ise Avusturya'dır. Mahkeme yerinde bir değerlendirme yaparak davacıların ABD'de daimi yerleşim yerleri de olmadığından dolayı, beşinci yetkiye de dayanmayacaklarını vurgulamıştır. Mahkemeye göre fiilen varılan yer Boston olsa bile, varma yerinin tespitinde tarafların taşıma sözleşmesi ile biletleri dikkate alınacaktır<sup>58</sup>. Gidiş-dönüş bileti olduğu dikkate alındığında varma yeri de "*nihai olarak*" Viyana olacağından<sup>59</sup> Kaliforniya Kuzey Bölge Mahkemesi, madde 33'teki beş yetkili forumdan yola çıkarak yetkili olmadığına karar vermiştir.

Amerikan mahkemelerinin çeşitli kararlarında, Montreal Sözleşmesi madde 33'teki sınırlı sayıma vurgu yapılmış ve davacının Amerikan mahkemelerinde dava açabilmesi için bu beş yetkili mahkemeden mutlaka "*en azından birinin*" ABD sınırları içerisinde bulunması şartı önemle aranmıştır<sup>60</sup>. Bir diğer önemli davada<sup>61</sup> ise davacılar, ABD'de "*de facto olarak yerleşik durumda olduklarını*" zira davacılardan kadın eşin, 3 ay boyunca ABD'de tedavi gördüğü ileri sürülmüş<sup>62</sup> ancak mahkeme yerinde bir değerlendirme yaparak "*kaza anında*" davacıların daimi ikametgâhlarının Çin Halk Cumhuriyeti'nde olduğunu ve tedavi için belirli süre kalmanın daimi ikametgâh şartını sağlayamadığını belirterek yetki itirazını davalı taşıyıcı lehine kabul etmiştir.

Amerikan mahkeme kararlarında, beşinci yetki kuralına dayanak teşkil eden "*esas ve daimi ikametgâh*" kavramının "*sabit ve yolcunun kaza anındaki yerleşim yeri*" olarak anlaşılacağı belirtilmektedir<sup>63</sup>. Bu değerlendirmeler kanaatimizce yerindedir zira Montreal Sözleşmesi'nin temel amaçlarından biri de sivil havacılık alanında öngörülebilirlik ve yeknesaklığı sağlamaktır. Daimi ikametgâh, eğer dava anına sabit olmayıp sürekli değişen bir husus olarak kabul edilirse, bu amaç sarsılacaktır. Diğer yandan bu önemli kavramın "*dava anına*" sabitlenmemiş olması da yerinde olmuştur çünkü Montreal Sözleşmesi madde 35/f.1'deki 2 yıllık hak düşürücü dava açma süresi kapsamında yolcu, sırf daha yüksek tazminat almak amacıyla, ikametgâhını potansiyel beşinci yetki ülkesine taşıyabilecek ve davayı biraz geç açmak suretiyle bu ülkede yerleşik olduğunu ispatlama yoluna başvurabilecekti.

58 Aynı yönde bkz. *Klos v. Polskie Linie Lotnicze*, 133 F.3d 164, 167-69 (2d Cir. 1997).

59 Gidiş-dönüş biletlerinde tek bir varış ülkesi vardır. Bunun da "yolculuğun ilk başladığı" yer olacağı ve hatta gidiş - dönüş bileti için 2 ayrı biletin düzenlenmesinin bu sonucu değiştirmeyeceği konusunda bkz. *Petrirre v. Spantax, S.A.*, 756 F.2d 263, 264 - 265 (2d Cir. 1985).

60 *Hornsby v. Lufthansa German Airlines*, 593 F. Supp.2d 1132, 1135-1136 (C.D. Cal. 2009); *Hosaka v. United Airlines, Inc.*, 305 F.3d 989 (9th Cir. 2002).

61 *Lin Yang v. Asiana Airlines, Inc. (In re Air Crash at S.F.)*, MDL NO.: 2497 (N.D. Cal. Aug. 14, 2017).

62 *Lin Yang v. Asiana Airlines, Inc. (In re Air Crash at S.F.)*, MDL NO.: 2497 (N.D. Cal. Aug. 14, 2017), paragraf 13.

63 *In re Air Crash Over Mid-Atl. on June 1, 2009*, 760 F. Supp.2d 832, 836 (N.D. Cal. 2010); ayrıca bkz. *In re Air Crash Over Mid-Atl.*, 760 F. Supp. 2d at 836.



Yakın tarihli başka kararlarda da beşinci yetki kuralının esasen esnek yorumlanmadığı görülmektedir. Daimi ikametgah ABD’de kabul edilse bile diğer şartların, örneğin davalı hava yolu şirketinin bu ülkede faal olduğunun, ayrıca ispatlanması gerekecektir. 22 Mart 2019 tarihli *In Erwin-Simpson v. AirAsia Berhad* kararında mahkeme<sup>64</sup>, Malezya’da kurulu *AirAsia Berhad* adlı şirket tarafından gerçekleşen Malezya – Kamboçya seferi esnasında davacı karı – kocanın üzerine sıcak suyun dökülmesi neticesinde ABD’de ileri sürülen tazminat talebini değerlendirmiştir. Davalı şirket ise beşinci yetki kapsamında itiraz ederek kendisinin ABD havacılık piyasasında yer almadığını, ABD’ye herhangi bir uçuş gerçekleştirmediğini, forum ülkesinde büro ya da işçilere sahip olmadığını ileri sürmüş ve yetkisizlik kararı verilmesini talep etmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, şirketin başka bir firma aracılığıyla bir ülkeye uçuş yapmasının bu yetkinin tesisi için yeterli olacağını ancak her halükarda bu tür bir hizmet için ABD içerisinde “fiziki” bir iribat yerinin şart olacağını vurgulamıştır. Yukarıda tartıştığımız üzere, ilkin Amerikan vatandaşlarının yurtdışındaki ölüm veya yaralanmalarından doğan sorumluluk davalarında Amerikan mahkemelerinin yetkili olabilmesini amaçlayan bu kural, günümüzde yüksek tazminat tutarları için *forum shopping* bakımından tüm davacılar için test edilebilir cazip bir imkan halini almıştır. Bu nedendenir ki belirtilen uyuşmazlıkta davacıların, Malezyalı havayolu şirketinin web sitesinin<sup>65</sup> dahi “görsel tesis” (*virtual premises*) olarak beşinci yetkiye esas olabileceğini ileri sürmelerini şaşkınlıkla karşılamamak gerekir. Sonuç olarak mahkeme, bu iddiaları kabul etmemiş ve davalının, ABD’de bizzat ya da başka bir firma aracılığıyla fiziki olarak bulunmamasından dolayı davacıların daimi ikametgahı ABD’de olmasına rağmen yetkisiz olduğuna karar vermiştir. ABD’de sürücü belgesinin alınması, sosyal güvenlik numarası ile banka hesaplarının olması vakiaları tek başına daimi ikametgah için yeterli olamamaktadır. Örneğin *Choi v. Asiana Airlines* davasında<sup>66</sup> mahkeme, davacının esasen Kore’de yaşadığını ve yapılan incelemede ise ülkede hiçbir zaman tek adreste bir yılı aşkın bulunmadığını ve genellikle birkaç hafta kaldığını vurgulayarak beşinci yetki şartı bakımından da yetkisiz olduğunu kabul etmiştir. Daimi ikametgah ABD’de olsa da Montreal Sözleşmesi uygulama şartları kümülatif olduğundan dolayı, taşıma sözleşmesinde bir ülkenin taraf olmaması, diğer tüm şartlar mevcut olsa bile, beşinci yetkinin uygulanmasını engellemektedir<sup>67</sup>.

Beşinci yetki kapsamında yetkili olduğunu kabul eden ve taşıyıcının sorumluluğunu ele alan mahkeme kararları da vardır. *Selke v. Germanwings* davasında<sup>68</sup> mahkeme, *Germanwings* şirketince gerçekleştirilen 9525 sayılı Barselona – Düsseldorf uçuşunda yardımcı pilotun kendisini kokpite

64 *In Erwin-Simpson v. AirAsia Berhad*, \_\_\_ F. Supp. 3d \_\_\_, No. 18-cv-00083 (CRC), 2019 WL 1317337 (D.D.C. Mar. 22, 2019).

65 İnteraktif bir web sitesinin, aktif olduğu forum bakımından ülkeyle bağlantıyı sağlamak için yeterli olmayacağı hakkında ayrıca bkz. *Daimler AG v. Bauman* 571 U.S. 117, 139 (2014).

Bir Quebec (Kanada) mahkemesi de verdiği yeni tarihli kayıp bagaja dair bir kararda, bilet alımı için kullanılan bilgisayarların bulunduğu ülkenin Montreal Sözleşmesi madde 33 anlamında “iş yeri” olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir. *Charbonneau v. Scoot Pte Ltd* 2018 QCCQ 1645.

66 *Choi v. Asiana Airlines*, 2015 WL 394198 (N.D. Cal. Jan. 29, 2015). Ayrıca bir Pakistan vatandaşının ABD’de 3,5 ay süreyle birkaç kez vizeyle giriş yapmasının beşinci yetki için yeterli olmayacağı hakkında bkz. *Razi v. Qatar Airways*, 36 Avi. 15,501 (S.D.Tex. 2014).

67 Daimi ikametgahı ABD’de olan ve Tahran – San Fransisco – Tahran gidiş-dönüş biletini aldığı uçakta yaralanan İran vatandaşının beşinci yetki kapsamında Amerikan mahkemelerinde dava açamayacağı çünkü İran’ın sözleşmeye taraf olmadığı vurgulanmıştır. *Sajajed v. Emirates Airlines*, 37 Avi. 18,222 (N.D. Calif. 2017).

68 *F. Supp. 3d* \_\_\_, No. 1:17-cv-00121-GBL-TCB, 2017 WL 3095911 (E.D.VA. July 20, 2017).

kapatıp bilinçli olarak hava aracını Fransa'da düşürmesinden<sup>69</sup> kaynaklı bir uyuşmazlık ele alınmıştır. Bu dava, aynı uçakta yer alan ölen yolcuların Virginia eyaletinde mukim aile bireyleri tarafından mirasçı sıfatıyla taşıyıcıya karşı açılmıştır. Merhum aile üyeleri, söz konusu uçuşun da yer aldığı bir dizi farklı uçak biletleri almışlardır. Buna göre Dulles (Virginia) – Münih uçuşu *United Airlines* ile, Münih – Barselona uçuşu *Lufthansa* ile, Barselona – Düsseldorf – Manchester uçuşu *Germanwings* ile ve son olarak da Manchester – Dulles (Virginia) uçuşu *United Airlines* şirketiyle gerçekleşecektir. Bahsi geçen üç şirket de ayrı *codeshare* anlaşmaları çerçevesinde, *United Airlines* şirketini kendi adlarına bilet satışı bakımından yetkilendirmişlerdir. Dolayısıyla merhum yolcular, gidiş-dönüş biletini ABD'de ve davalılar adına yetkili bir havayolundan satın almışlardır. ABD'deki bu davada ise davalı hava yolu şirketi, Virginia'da fiziki bir yerleşkesinin olmadığını ve yetkilendirdiği firma olan *United Airlines* aracılığıyla biletlerin satılmasının beşinci yetki için yeterli olmayacağını ileri sürmüştür. Ancak Amerikan mahkemesi, kanaatimizde de yerinde bir değerlendirmede bulunarak ticari anlaşma çerçevesinde yetkilendirilen bir hava yolu taşıyıcısı aracılığıyla Virginia'da bilet satılmasını beşinci yetkiye dayanılması şartlarından “*ticari faaliyet*” ve “*fiziki mevcudiyet*” bakımından yeterli görmüştür.

Çalışmamızın girişinde de belirttiğimiz bir diğer önemli olay ise günümüzde hala tam haber alınamayan ve gizemini koruyan Kuala Lumpur – Pekin seferini yapmakta olan 370 sayılı Malezya Havayolları uçağının hiçbir iz bırakmadan 8 Mart 2014 tarihinde kaybolmasıdır<sup>70</sup>. *Germanwings* davasında olduğu üzere, bu uçakta da birçok milletten insanların yer aldığı kısa sürede tespit edilmiştir. Toplamda 14 ülkeden insanların olduğu bu uçuşta ağırlıklı olarak Çinli yolcular olmasına rağmen, üç ABD vatandaşı yanı sıra Avustralya, Fransa, Kanada gibi çeşitli ülkelerin vatandaşları da yer almıştır<sup>71</sup>. Kalkış ve varış yerinin dışında başka ülke vatandaşlarının da aynı hava aracında olması, özellikle beşinci yetki kavramı için önemli bir husustur. Bu kaza sonucunda sadece ABD vatandaşları değil, birçok ülkeden onlarca kişi için Amerikan mahkemelerinde dava açılmıştır. Dava sadece taşıyıcı havayoluna karşı değil, sigorta şirketi *Allianz SE* ve imalatçı *Boeing Co* şirketine karşı da açılmıştır. Bölge mahkemesi yaptığı incelemede, ilginç bir şekilde Montreal Sözleşmesi'ndeki

69 *Germanwings* şirketinin 4U 9525 sefer sayısı ve 24 Mart 2015 tarihli Barcelona – Düsseldorf uçağı, Fransız Alperine çarpmak suretiyle kaza yapmıştı. Elim kazada 144 yolcu ve 6 mürettebat dahil herkes vefat etmiştir. Soruşturma kapsamında yapılan incelemelerde yardımcı pilot Andreas Lubitz'in, “kaptan pilot kabinden çıktıktan sonra kapıyı içerden kilitlediği, kaptan pilot geri gelmesine ve ısrarla içeri girmek istemesine rağmen açmadığı akabinde ise uçağı bilinçli olarak irtifa kaybettirerek dağlara çakılmasına sebep olduğu”, intihar eğilimi olduğu anlaşılmıştır. Kaza hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326\\_germanwings\\_yardimci\\_pilot](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326_germanwings_yardimci_pilot) (Erişim: 10.04.2020).

Bu kazada sadece Alman (77) ve İspanyol (35) yolcularının olmaması, ABD ve Türkiye dahil başka ülke vatandaşlarının da olması birçok farklı forumda sorumluluk davalarının açılmasına sebebiyet vermiştir. [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150325\\_germanwings\\_2](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150325_germanwings_2) (Erişim: 10.04.2020).

70 Kuala Lumpur – Pekin seferini gerçekleştirmekte olan ve toplamda 239 kişinin olduğu Malezya Havayolları uçağı, 8 Mart 2014 tarihinde radardan çıkarak kaybolmuştur. Aradan 6 yıl geçmesine rağmen, kesin bilgilere ulaşılmadığı gibi uçağın Hint Okyanusu'na düşmesi ile Kazakistan'a da düşme ihtimali olduğu tartışılmıştır. Bulunan bazı kalıntılar ise kamuyu tatmin etmemiş ve bazı uzmanlar tarafından “sahte” olabilecekleri ileri sürülmüştür. Uçağın kaçırılması mı yoksa başka bir sebep mi olduğu konusunda da olay, gizemini hala korumaktadır. Kazaya dair detaylı haber ve analiz için bkz. <https://www.foxnews.com/world/malaysia-airlines-flight-370-pilot-suspected-mass-suicide-government-australia-pm-plane> (Erişim: 10.04.2020).

71 <https://www.livescience.com/44248-facts-about-flight-370-passengers-crew-aircraft.html> (Erişim: 10.04.2020).

yetki kurallarından ziyade *forum non conveniens* doktrinine dayanmış ve ABD'nin somut davalar bakımından “*uygun forum olmayacağından*” ve uygun forumun Malezya olduğundan hareketle 21 Kasım 2018 tarihinde yetkisizlik kararı vermiştir<sup>72</sup>. Bölge mahkemesi kararının davacılar tarafından temyiz edilmesi üzerine ABD Kolombiya Bölgesi Temyiz Mahkemesi, *forum non conveniens* doktrinine dayanarak uygun forumun Malezya olduğunu kabul etmiş olan bölge mahkemesi kararını forum seçiminde “*kamu ve özel yararların usulünce dikkate alındığını*” da vurgulayarak onamıştır<sup>73</sup>.

Kanaatimizce mahkeme, burada ilginç bir yaklaşım sergilemiştir ancak bu husus Montreal Sözleşmesi madde 33'e aykırı bir durum değildir. Zira davacılar, Montreal Sözleşmesi madde 33'teki tüm şartları sağladıklarını ileri sürseler bile dava açılan forum, pekala yetkisiz olduğu yönünde ve diğer milletlerarası yetkili ülke mahkemesi lehine karar verebilir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken *forum non conveniens* doktrini<sup>74</sup>, aşkın yetki kuralı, paralel davaları azaltma gibi çeşitli amaçlarla hareket edebilir. Sonuç olarak beşinci yetki kuralının doğmasına sebebiyet veren ve Montreal Sözleşmesi'nin yürürlük tarihinden itibaren ilk taraf ülkelerden olan<sup>75</sup> ABD'de mahkemelerin uluslararası kazalara dair verdiği bu önemli kararlar, yüksek tazminat hedefiyle ya da hava aracı üreticilerine karşı ABD'de dava açmayı düşünen potansiyel davacılar için çok önemli uyarılara sahiptir. Zira yolcunun ölümü ya da bedensel zarara uğradığı hallerde daimi ikametgahının tespiti için, forumla fiziki bir bağlantı ile halihazırda yolcu taşıma hizmetinin varlığı gibi şartlar dikkatlice aranmaktadır. Kaldı ki son örnek kararda da görüldüğü üzere, tüm koşullar yerine getirilse bile Malezya Havayolları'na ilişkin 10 Ocak 2020 tarihli güncel karar dikkate alındığında mahkemelerin *forum non conveniens* doktrini<sup>76</sup> gibi gerekçelerle de yetkisizlik kararı verebileceği unutulmamalıdır.

72 *In re: Air Crash Over the Southern Indian Ocean on Mar. 8, 2014*, MDL No. 2712, Misc. No. 16-1184, 2018 WL 6133070 (D.D.C. Nov. 21, 2018).

73 *In re: Air Crash Over the Southern Indian Ocean on March 8, 2014*, No. 18-7193 (D.C. Cir. Jan. 10, 2020). Kararın tam metni için bkz. [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nst/9681116219154669852584EB005413CD/\\$tile/18-7193-1823475.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nst/9681116219154669852584EB005413CD/$tile/18-7193-1823475.pdf).

74 ABD hukukundaki *forum non conveniens* doktrini, Fransız mahkemelerince eleştirilmiştir. *Bapte v. W. Caribbean Airways*, 130 S. Ct. 3387 (2010) kararıyla Amerikan Yüksek Mahkemesi, Fransız mahkemeleri lehine verilen Amerikan mahkemesi yetkisizlik kararını onaylamıştır. Ancak Fransa Temyiz Mahkemesi, bir taraf ülkenin madde 33/f.4 kapsamında kendi iç hukukundaki *forum non conveniens* prensibine dayanarak ve böylece Montreal Sözleşmesi'nde doğrudan yer almayan bir esasa dayanarak madde 33'e uygun seçim yapmış davacının talebinin yetkisizlik gerekçesiyle reddini yerinde bulmamıştır. *Cour de cassation [Cass.] [supreme court forjudicial matters] le civ., Dec. 7, 2011, Bull. civ. I, No. Q-10-30.919 (Fr.)*.

Analiz için bkz. MENDELSON Allan I. / CARLOS J. Ruiz, The United States vs. France: Article 33 of the Montreal Convention and the Doctrine of Forum Non Conveniens, *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 77, no. 3, Summer 2012, p. 467-488, s. 468 vd. Ancak *In Re: West Caribbean Airways*, 35 Avi, 17, 496 (S.D.Fla. 2012) davasında Florida Mahkemesi Amerikan mahkemelerinin, Fransız mahkemenin yorumuyla bağlı olmayacağı ve Fransız mahkemenin kendisini yetkisiz görmesinin, söz konusu davanın yeniden açılması gerektiği şeklinde yorumlanamayacağı ileri sürülerek bu yaklaşım eleştirilmiştir. ayrıca bkz. TOMPKINS George N., Case Note MC99, *Air & Space Law* 37, no. 4 & 5 (2012): 383-384. (Case Note).

Fransa'nın ABD mahkemeleri tarafında “uygun forum” bulunduğu ancak Fransız mahkemelerinin ise ABD'deki forumu davacının “seçimini yaptığı yetkili forum” olduğu ve kendisini Montreal Sözleşmesi madde 33 kapsamında yetkisiz görmesinin, beşinci yetkinin sözleşmeye dahilindeki amacı “kösteklediği” konusunda bkz. TOMPKINS, *Danger of Failure*, s. 210.

75 [https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99\\_EN.pdf](https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_EN.pdf) (Erişim: 10.04.2020).

76 Türk hukukunda *forum non conveniens* doktrini kabul edilmemiştir. Bu nedenle, Türkiye ile hiçbir ilgisi bulunmayan

## V. Uçak Kazalarında İmalatçı Sorumluluğu

Türkiye’de medyaya da yansdığı üzere, İzmir-İstanbul seferi yapan PC2193 sefer sayılı Boeing 737 tipi uçağın İstanbul Sabiha Gökçen Havalimanı’nda pisten çıkması kazası sonucu, üretici Boeing firmasının merkezinin bulunduğu Chicago’da Amerikalı hukuk firmaları yardımıyla davanın açıldığı bildirilmiştir<sup>77</sup>. Esasında hava aracı imalatçısının kazadan doğan sorumluluğu, ayrı bir çalışma konusu olacak kadar önemli ve detaylı bir konudur. Ancak hava hukukuna ilişkin sorumluluk davalarında, yukarıdaki davalarda da görüldüğü üzere, taşıyıcının sorumluluğu yanında Boeing ya da Airbus gibi imalatçı firmaların sorumluluğu da ayrıca ileri sürülebilmektedir. Özellikle beşinci yetki kapsamındaki tartışmalarda rastladığımız bu sorumluluk türünün, Türk hukukunda da karıştırılabildiği ve bazen Montreal Sözleşmesi argümanlarıyla savunulmaya çalışıldığı dikkate alındığında örnek kararlar ışığında imalatçının sorumluluğuna da kısaca değinme ihtiyacı doğmuştur. Böylece esasında mesele hukuki açıdan yargı kararları ışığında ele alındığında görülecektir ki, ABD’de dava açma konusunda potansiyel davacıların doğru bir şekilde bilgilendirilmesi çok önemlidir ve uluslararası tazminat avcılarını diye adlandırılabiliriz yabancı avukatların kesinlik bildiren iddiaları daha dikkatle yorumlanmalıdır.

Öncelikle belirtelim ki Montreal Sözleşmesi sadece *taşıyıcının* uluslararası havayoluyla taşımaldan doğan sorumluluğunu düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle bu sözleşme, taşıyıcının sorumluluğunu yeknesak kurallara bağlamayı hedeflemektedir. Sözleşmenin çeşitli hükümlerinde yer alan “*taşıyıcının çalışanları ve yardımcıları*” kavramı, hava aracının imalatçısını ve kiralayanını kapsamaz<sup>78</sup>. Böylece hostesin bir yolcu üzerine kahve dökmesinden doğan taşıyıcının sorumluluğu, taşıyıcının çalışanın kusuru nedeniyle Montreal Sözleşmesi kapsamına girecektir ancak bir kazadan dolayı Boeing firmasının sorumluluğuna Montreal Sözleşmesi hükümlerine göre başvurulamayacaktır. Sadece taşıyıcı – yolcu ve taşıyıcı – gönderen ilişkisinden doğan sorumluluk düzenlendiğinden ötürü, “*taşıyıcının zararın doğmasında ya da artmasında kusurlu olmadığı*” yolcu-yolcu arasındaki uyumsuzluklar, kural olarak Montreal Sözleşmesi kapsamına girmez<sup>79</sup>.

Hukuki açıdan durum bu olmakla birlikte uygulamada taşıyıcıya karşı sorumluluk davası açıldığında, aynı zamanda hava aracı imalatçısına karşı da dava açılabilir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Türkiye Montreal Sözleşmesi’ne taraf olmasına rağmen, imalatçının sorumluluğu ayrı kanunlar ihtilafı kurallarına göre ele alınacaktır. Türkiye’de iç hat veyahut dış hat uçuşu yapan bir uçağın kazası sonucunda yolcular ölmüş ya da bedensel zarara uğramışlarsa, imalatçı Boeing şirketine karşı dava açmak isteyen kişi, MÖHUK madde 1/f.2 uyarınca Montreal Sözleşmesi’ne dayanamayacaktır. Bu verdiğimiz muhtemel dava örneğinde yabancılık unsuru vardır zira davalı taraf, yabancı bir imalat şirkettir. Yolcu ile imalatçı arasında doğrudan bir sözleşme de olmadığından, bu tür davalarda olsa

bir uyumsuzluk dahi Türk mahkemelerinde görülebilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. SÖKMEN GÜLER Ekin, Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’na Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 2629-2658, s. 2634 vd.

77 <https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/ucak-kazasi-sonrasi-avukatlar-harekete-gecti-korkunc-iddia> 5633155/ (Erişim: 10.04.2020).

78 GÖLCÜKLÜ, s. 59-60.

79 *Ibid.*, s. 117-123.

olsa imalatçının sözleşme dışı sorumluluğundan bahsedilebilir. Dolayısıyla bu tür bir dava Türkiye’de açıldığında Türk mahkemesi, MÖHUK madde 36 uyarınca imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuku tespit edecektir. Zarar gören, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukukunun uygulanmasını seçebilecektir. Ancak MÖHUK m. 36 gereği iktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, ürünün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir. Böylece Türk mahkemesinde Boeing’e karşı imalat hatası gerekçesiyle hava aracı kazasından dolayı sorumluluk davası açıldığında, örneğin zarar verdiği iddia edilen şirketin işyeri hukuku olan ABD hukukunun ilgili hükümleri uyarınca uyumsuzluk ele alınabilecektir. Belirttiğimiz üzere bu konu, esasında tek başına bir makale incelemesi konusu olacak kadar ayrıntılı ve önemli bir tartışmadır. Ancak bu çalışmada, genellikle beşinci yetkinin tartışıldığı kararlarda karşımıza çıkan imalatçının sorumluluğuna Amerikan mahkemeleri kararları ışığında kısaca bakmakta yarar görüyoruz.

Beşinci yetki bakımından incelediğimiz *In re: Air Crash Over the Southern Indian Ocean* davasında<sup>80</sup> taşıyıcının yanı sıra, imalatçı *Boeing Co* ve sigortacının sorumluluğu da gündeme gelmiştir. Bölge mahkemesi yaptığı ilk incelemede, Malezya’daki sorumluluk davalarının hiçbirinde Boeing şirketinin davalı olarak gösterilmediğini özellikle vurgulamıştır. Söz konusu uyumsuzlukta kazada yer alan Boeing 777-2H6ER uçağı, Washington’daki tesiste üretilmiş ve 2002 yılında havayolu şirketine yeni ürün olarak teslim edilmiştir. Bölge mahkemesi kanaatimizce yerinde bir değerlendirme yaparak davaları, Montreal Sözleşmesi uyarınca taşıyıcı ve sigortacısına açılan tazminat talepleri ile Boeing’e karşı başlatılan imalatçı sorumluluğu yargulamaları olmak üzere iki ana kategoriye ayırmıştır. Davalılar ise, Boeing bir Amerikan şirket olmasına ve kaybolan uçakta birkaç Amerikan yolcu da taşınmasına rağmen, Malezya’nın, bu davaların görülmesi bakımında daha uygun forum olacağını ileri sürmüşlerdir. Davacılar ise delilleri ABD hukukunda elde edebileceklerini, Çin ve Malezya’daki “*az sayıdaki*” delilin ise foruma getirileceğini vurgulamışlardır. Mahkeme ise yaptığı değerlendirmede *res ipsa loquitur* savunması yerine imalat hatasından ziyade “*hava durumu, terörizm, sabotaj, pilotun intihari*” gibi başka etmenlerin de kazada etkili olabileceği ve bu hususlara ilişkin kanıtların ise ağırlıklı olarak Malezya’da olduğu vurgulanmıştır. Beşinci yetki kapsamında yukarıda ele aldığımız üzere bölge mahkemesi, Boeing şirketinin salt imalatçı ve Amerikan firma olmasını yetki tesisi için yeterli görmemiş ve daha uygun forum olduğu gerekçesiyle hem Montreal Sözleşmesi kapsamındaki taşıyıcının sorumluluğu hem de imalatçı firmanın sorumluluğu hakkında Malezya mahkemeleri lehine kendisini yetkisiz görerek nihai kararını vermiştir<sup>81</sup>. ABD Kolombiya Bölgesi Temyiz Mahkemesi ise yaptığı incelemede Boeing firmasına karşı açılan davayı “*haksız fiil*” davası olarak

80 *In re: Air Crash Over the Southern Indian Ocean on Mar. 8, 2014, MDL No. 2712, Misc. No. 16-1184, 2018 WL 6133070 (D.D.C. Nov. 21, 2018).*

81 “Boeing’s role as the missing plane’s manufacturer and the alleged U.S. citizenship or resident status of a few of the named plaintiffs and decedents are significant considerations too, but this Court’s assessment of the established forum non conveniens factors compels the conclusion that neither the Montreal Convention claims nor the wrongful death and products liability claims that are at issue in these cases are ultimately more conveniently litigated in the United States than in Malaysia.”

Kararın tam metni için bkz.

<https://www.translaw.org/Documents/In%20re%20Air%20Crash%20Over%20the%20S.%20Indian%20Ocean.pdf> (Erişim: 10.04.2020).

nitelendirmiş ancak davacıların Malezya'daki muhtemel haksız fiil tazminat miktarının az olacağı gerekçesini de kabul etmeyerek yetkisizlik kararı veren bölge mahkemesi kararını onaylamıştır<sup>82</sup>.

Boeing'e karşı açılmış ve Amerikan vatandaşlarını konu edinmesine rağmen reddedilmiş başka davalar da vardır<sup>83</sup>. Bu davalardan çıkarılacak sonuç ise şudur: Bir kazanın, doğrudan *res ipsa loquitur* şeklinde imalatçı firmanın kusuruyla bağdaştırılması kabul edilmemektedir. Bu yaklaşım da kanaatimizce yerindedir. Zira örneğin *Selke v. Germanwings* davasında<sup>84</sup> da tartıştığımız üzere, yardımcı pilotun kendisini kokpite kapatmak suretiyle gerçekleştirdiği intihar girişiminden doğan zararlarda imalatçının sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. İmalat hatasının sabotaj, intihar, hava durumu, pilotaj hatası gibi tüm muhtemel sebeplerden arındırılarak davacı tarafından ispat edilmesi önem taşımaktadır. Kaldı ki bu tür kanıtlar mevcut olsa bile bu kanıtların bulunduğu forum ile dava açılan forum arasında “*en uygun forum*” değerlendirilmesi de yapılmaktadır. Dolayısıyla yurtdışında imalatçıya karşı dava açmak isteyen taraflar ile vekillerinin, bu hususlar ile yaptığımız analizleri göz önünde bulundurmalarının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Montreal Sözleşmesi, yeknesaklık ve öngörülebilirlik amaçları doğrultusunda taşıyıcıya karşı davaların açılabilceği devletleri *numerus clausus* yöntemiyle açıkça belirlemiştir. Buna göre davacı seçimlik hakkını kullanarak şu taraf ülkelerden birinde davasını ikame edebilmektedir: Taşıyıcının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi, taşıyıcının esas faaliyet merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıyıcının taşıma sözleşmesinin yapılmış olduğu işyerinin bulunduğu yer mahkemesi ve yolcu taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan varma yeri mahkemesi. Bu seçimlik hak, sadece forumlardan biri lehine kullanılmaktadır zira birden fazla ülkede taşıyıcıya karşı aynı sorumluluk davasının açılması Montreal Sözleşmesi'nde kabul edilmemiştir.

Montreal Sözleşmesi madde 33/f.2 ise sadece yolcunun ölümü veyahut bedensel zarara uğraması durumunda ve sadece taşıyıcıya karşı, yolcunun daimi ve esas ikametgâhının olduğu taraf devlette de dava açılabilmesine imkan veren özellikli bir beşinci yetki kuralıdır. Bu kuralın, taşıyıcı dışında, imalatçı ya da uçağı kiralayan firmanın sorumluluğu gibi alanlarda uygulanması mümkün değildir. Diğer yandan iç hat uçuşunda Montreal Sözleşmesi zaten “uluslararası” bir uçuş olmadığından uygulanamayacaktır. Kaldı ki uluslararası bir uçuş olsa da medyaya yansıyan ve hava hukuku ilkelerine aykırı ileri sürülen görüşlerin aksine, böyle bir uçuşta yer alan daimi ikametgâhı Türkiye'de olan bir yolcunun, daha yüksek tazminat tutarlarına hükmettiği bilinen ABD'de beşinci yetki kapsamında dava açması mümkün değildir. Hatta bir iç hat uçuşunda daimi ikametgâhı ABD'de

82 *In re: Air Crash Over the Southern Indian Ocean on March 8, 2014*, No. 18-7193 (D.C. Cir. Jan. 10, 2020). Kararın tam metni için bkz.

[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/9681116219154669852584EB005413CD/\\$file/18-7193-1823475.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/9681116219154669852584EB005413CD/$file/18-7193-1823475.pdf) (Erişim: 10.04.2020).

83 *Schijndel v. Boeing Co.*, 263 Fed. App'x 555 (9th Cir. 2008); *In re Air Crash Over Mid-Atlantic on June 1, 2009*, 760 F. Supp. 2d 832 (N.D. Cal. 2010).

84 *F. Supp. 3d*, No. 1:17-cv-00121-GBL-TCB, 2017 WL 3095911 (E.D.VA. July 20, 2017).



olan bir yabancı yolcu dahi beşinci yetkiye dayanamaz çünkü ortada Montreal Sözleşmesi madde 1 kapsamında uluslararası uçuş yoktur ki madde 33 uygulama alanı bulabilsin. Hal böyle iken iç hat uçuşu yapan bir Türk vatandaşı yolcunun, daimi ikametgahı ABD'de olsun veya olmasın, beşinci yetki kapsamında daha yüksek tazminatlar almak amacıyla Amerikan mahkemelerinde madde 33 kapsamında dava açması yerinde bir hamle olmayacaktır. Yine de dava açılmak isteniyorsa bu tür bir girişimin, davalı hava yolu şirketinin yetki itirazında bulunmaması gibi zayıf ihtimale bağlı bir şans deneme yöntemi olduğunun da altını çizmemiz gerekir.

Türkiye'de medyaya da yansdığı üzere bazı uçak kazalarında, söz konusu uçuşun genel özellikleri ile mevcut kaza koşullarını tamamen değerlendirilmeden imalatçı firmalara karşı sorumluluk davalarının açıldığına tanık olmaktayız. Beşinci yetki bakımından incelediğimiz kararlarda da görüldüğü üzere imalatçı Boeing ve Airbus gibi şirketlerin de kaza sonunda sorumluluklarına başvurulabilmektedir. Önemle belirtelim ki Montreal Sözleşmesi, imalatçının sorumluluğuna uygulanan çok taraflı bir sözleşme değildir. Bu tür bir dava Türk mahkemesinde açıldığında mahkeme, taraf olunan başka uluslararası sözleşmeleri ancak sözleşme yoksa MÖHUK madde 36 uyarınca imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuku tespit edecektir. Ancak Türk medyasına da yansdığı üzere, ABD'deki yüksek tazminatlar da dikkate alındığında bu ülkede, imalatçı firmaya karşı uçaktaki imalat hatasından dolayı kazanın ve zararın meydana geldiğinden bahisle dava açıldığı görülmektedir. Bir strateji olarak bunun gerçekleştirilmesi ve hatta yurtdışından avukatların Türkiye'ye gelip potansiyel müvekkillerle görüşmelerinde kanaatimizce şaşılacak bir husus yoktur. Ancak müvekkile karşı özen yükümlülüğü kapsamında asla göz ardı edilmemesi gereken mesele şudur: Hava aracı imalatçısı firmalara karşı açılmış ve Amerikan vatandaşlarını konu edinmesine rağmen reddedilmiş birçok dava bulunmaktadır ve güncel davalarda da bu eğilim açıkça görülmektedir. Bir kazanın, *res ipsa loquitur* kuralı gereği imalat hatasıyla ilişkilendirilmesi ve salt duyuma dayalı kanıtlarla (*hearsay*) desteklenmesi yeterli kabul edilmemektedir. Varlığı iddia edilen imalat hatasının ispatı için; terörizm, sabotaj, intihar, hava durumu, pilotaj hatası gibi tüm muhtemel sebeplerin kazaya sebebiyet vermediğinin ayrıca ispatlanması gerekir. Kaldı ki bu ağır ispat yükü dışında ülkemizdeki kazaya dair soruşturma, ağırlıklı olarak Türkiye'de yürütüleceğinden Amerikan mahkemelerinin Türk mahkemeler lehine *forum non conveniens* kapsamında yetkisizlik kararı vermeleri de imkan dahilindedir. Sonuç olarak globalleşen dünyada forumlar arasından en uygun forumun bulunması ve hatta şartların zorlanarak kural olarak yetkili olmayan bir forumda dava imkanının değerlendirilmesi, olağan bir stratejidir ancak bunu yaparken uluslararası hava hukuku ilkeleri ile yargı kararları mutlaka dikkate alınmalıdır. Aksi yöndeki çabalar, usulen yorucu ve şans denemenin ötesine geçememiş hamleler olarak kalma riskiyle karşı karşıyadır.

## KAYNAKÇA

BELL Andrew S.: Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation, Oxford University Press, 2003.

BİRİNCİ UZUN Tuba: Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

ÇELİKEL Aysel – ERDEM B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, Beta, İstanbul, 2017.



- ÇÖRTOĞLU KOCA Sema: Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XX, Y. 2016, Sa. 2, 209-268.
- DEMİRKOL Berk: Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, Vedat Kitapçılık, 2018.
- DEMPSEY Paul Stephen: Flights of Fancy and Fights of Fury: Arbitration and Adjudication of Commercial and Political Disputes in International Aviation, *32 Ga. J. Int'l & Comp. L.* 231. (*Arbitration and Adjudication*).
- DEMPSEY Paul Stephen: The Future of International Air Law in the 21st Century, *Zeitschrift für Luft – und Weltraumrecht – German Journal of Air and Space Law*, vol. 64, no. 2, 2015, p. 215-232. (21st Century).
- DORWARD Daniel J.: “The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs”, *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* [Vol 19:1 1998], 141-168.
- EKŞİ Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, İstanbul 2000.
- ERKAN Mustafa: Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2012, 12-51.
- GÖLCÜKLÜ İlyas: Hava Hukuku, On İki Levha, 2018.
- HEINONEN Jukka: The Warsaw Convention Jurisdiction and the Internet, *65 J. Air L. & Com.* 453 (2000).
- LUONGO Norberto E.: The Fifth Jurisdiction: The American Dream, *Annals of Air and Space Law*, 34, 2009, p. 437-480.
- MENDELSON Allan I. – CARLOS J. Ruiz: The United States vs. France: Article 33 of the Montreal Convention and the Doctrine of Forum Non Conveniens, *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 77, no. 3, Summer 2012, p. 467-488.
- MENDELSON Allan I. – LIEUX Renee: The Warsaw Convention Article 28, the Doctrine of Forum Non Conveniens, and the Foreign Plaintiff, *68 J. Air L. & Com.* 75 (2003).
- MERAKLI YAYLA Deniz: Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1987-2013 (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan.
- PRADHAN Devendra: The Fifth Jurisdiction under the Montreal Liability Convention: Wandering American or Wandering Everybody, *68 J. Air L. & Com.* 717 (2003), 717-730.
- SARGIN Fügen: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin, Ankara 1996.
- SÖKMEN GÜLER Ekin: Forum Non Conveniens Doktrini ve Uluslararası Paralel Davalar, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 2629-2658.
- ŞANLI Cemal: Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.
- ŞANLI Cemal – ESEN Emre – ATAMAN-FİGANMEŞE İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- ŞİTKÖŞGEROĞLU Banu: Montreal Sözleşmesinin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri Çerçevesinde Uluslararası Hava Taşımacılığında Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü, (*Hava Hukuku Sempozyumu, Adalet Yayınevi, 2017, Editörler: Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU – Doç. Dr. Banu ŞİTKÖŞGEROĞLU*), 13-26.
- TARMAN Zeynep Derya: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, *Public and Private International Law Bulletin*, 39(1): 325–356. (*Tüketicinin Korunması*).
- TARMAN Zeynep Derya: Montreal Sözleşmesinin Yetki ve Tahkime İlişkin Hükümleri, *TBB Dergisi* 2013 (107) s. 98 – 118. (*Tahkim*).
- TOMPKINS George N.: A Tribute to the Legacy of Or Wassenbergh, *Air & Space Law* 40, no. 1 (2015): 83–92. (*Legacy*).

- TOMPKINS George N.: Are the Objectives of the 1999 Montreal Convention in Danger of Failure?, *Air & Space Law* 39, no. 3 (2014): 203–214. (*Danger of Failure*).
- TOMPKINS George N.: Case Note MC99, *Air & Space Law* 37, no. 4 & 5 (2012): 383–384. (*Case Note*).
- TRIMARCHI Andrea: An Analysis of the Grounds of Jurisdiction and Jurisdictional Issues of e-Ticketing in light of the Warsaw/Montreal System, *Issues in Aviation Law and Policy*, vol. 15, no. 2, Spring 2016, p. 377-398.
- ÜLGEN Hüseyin: Hava Taşıma Sözleşmesi, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, İstanbul 1987.
- WALKER Gregory C.: Doing Business in Montreal: The Effects of the Addition of Fifth Forum Jurisdiction under the Montreal Convention, *Penn State International Law Review: Vol. 23: No. 1, Article 6*, 125-146.

**Elektronik Kaynaklar:**

- <https://havahaber.com/pistten-cikan-pegasus-ucagi-icin-hukuk-savasi-basliyor/>
- <https://www.britannica.com/event/Malaysia-Airlines-flight-370-disappearance>
- [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326\\_germanwings\\_yardimci\\_pilot](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326_germanwings_yardimci_pilot)
- <http://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.warsaw.convention.1929/doc.html>
- <https://www.jus.uio.no/lm/air.carriage.unification.convention.montreal.1999/>
- <https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/guatemala1971.pdf>
- [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326\\_germanwings\\_yardimci\\_pilot](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150326_germanwings_yardimci_pilot)
- [https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150325\\_germanwings\\_2](https://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/03/150325_germanwings_2)
- <https://www.foxnews.com/world/malaysia-airlines-flight-370-pilot-suspected-mass-suicide-government-australia-pm-plane>
- <https://www.livescience.com/44248-facts-about-flight-370-passengers-crew-aircraft.html>
- <https://www.translaw.org/Documents/In%20re%20Air%20Crash%20Over%20the%20S.%20Indian%20Ocean.pdf>
- [https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions/nfsf/968.111.6219154.669.852584EB005413CD/\\$file/18-7193.182.3475.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions/nfsf/968.111.6219154.669.852584EB005413CD/$file/18-7193.182.3475.pdf)

## Mukayeseli Hukukta Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması ve Bu Duruma Bağlanan Hukuki Sonuçlar

### Conflict of Standard Terms and Conditions in Comparative Law and Legal Conclusion

E. Aksın ATAR\* 

Ertuğrul Doğan ERZENGİN\*\* 

#### Öz

Standart sözleşmeler, bireysel sözleşmelerin kurulabilmesi için gereken karşılıklı müzakere aşamasının ortadan kaldırıldığı, günümüz dünyasının şartlarını karşılamak için yaratılmış görece yeni bir sözleşme tipidir. Standart sözleşmelerin kullanımı pratik ve ekonomik olması nedeniyle günümüz ticari hayatında bireysel sözleşmeleri geride bırakmaktadır. Bu tip sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşması beraberinde fayda ve sakıncaları da bir arada getirmektedir.

Standart sözleşmelerin ortaya çıkardığı hukuki problemlerden biri olan standart sözleşme hükümlerinin çatışması kavramı ve bu duruma bağlanan hukuki sonuçlar mukayeseli hukuk bilgileri ışığında incelenecektir. Sözleşme akdedilirken tarafların kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması durumunda bunların birlikte uygulanıp uygulanmayacağı veya hangisinin tercih edileceği sorunu öğretilen “standart sözleşme hükümlerinin çatışması” olarak ifade edilmektedir.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, ortaya çıkan hukuki uyumsuzluğun ne şekilde çözülmesi gerektiğine ilişkin öğretilen çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Çalışma kapsamında bu görüşlerden ilk atış kuralı, son atış kuralı, nakavt kuralı, en iyi atış kuralı ve makul atış kuralına değinilecektir. Bu çözüm yollarının yararları ve sakıncaları kendi içerisinde ve birbirleriyle karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Ayrıca karşılaştırmalı hukuk açısından bu çözüm yollarının tercih edilme nedenlerine ve ortaya çıkan sonuçlara değinilecektir. Karşılaştırmalı hukukta benimsenen çözümlerin yanı sıra Türk Hukuku açısından da bir değerlendirmeye yer verilecektir.

Çalışma kapsamında özellikle CISG, PECL ve PICC başta olmak üzere uluslararası sözleşmeler açısından ve ulusal hukuklar açısından ise İngiliz, Amerikan ve Türk Hukukunda standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına bağlanan hukuki sonuçlar ele alınacaktır. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde uygulanacak çözüm yolu her ülkede yasal olarak açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Keza uluslararası sözleşmelerin bazılarında da ayrı bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Özellikle yasal bir düzenlemenin olmadığı durumlarda sorunun çözümü için doktrinde ileri sürülen çözüm önerilerinden yararlanılabilir.

\* Ar. Gör., Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: erayaksinatar@gmail.com

\*\* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü ve Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: ertugrulerzengin@gmail.com

**Anahtar Kelimeler:** Standart Sözleşmeler, Genel İşlem Koşulları, Genel İşlem Şartları, Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması, Genel İşlem Koşullarının Çelişmesi.

### Abstract

Due to the practical advantage and economic interest of the standard contracts, it is used more than individual contracts in today's commercial life. The widespread use of such contracts also includes some legal problems. In this study, the concept of battle of forms, which is one of these problems, and the legal consequences related to this situation will be examined in the light of comparative legal knowledge.

In the course of concluding the contract, if the parties refer to their own standard contract provisions, the issue of whether they will be applied together or which will be preferred is expressed in various ways as “*battle of forms*”, in doctrine. For the solution of this problem, the first shot rule, the last shot rule, the knockout rule, the best shot rule, and the reasonable shot rule will be mentioned.

In this study, legal consequences related to the conflict of standard contract provisions in English, American and Turkish Law, especially in terms of CISG, PECL and PICC, in terms of international conventions and national laws will be discussed. Conflict of standard contract terms is not clearly regulated in country law. Some of the international agreements do not include a separate regulation. So there is any solution for this problem in many countries. We will explain solution for this problem with respect to the regulations in national and international law. Especially in cases where there is no legal regulation, the suggestions suggested in the doctrine can be used for the solution of the problem.

**Keywords:** Standard Contracts, Standard Terms and Conditions, Standardized Terms of Contract, Battle of Forms, Conflicting Terms.

## GİRİŞ

Sözleşme kavramı TBK<sup>1</sup> m. 1’de “ *tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemdir*” şeklinde tanımlanmıştır. Öğretide sözleşme kavramı çeşitli anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda sözleşme, iki veya daha fazla tarafın hukuki bir sonuca ulaşmayı amaç edinen, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki işlemdir. Geniş anlamda sözleşme, söz konusu bu hukuki işlem ile kurulan hukuki ilişkiyi ifade eder. En dar anlamı ile sözleşme ise sözleşmede yer alan tarafların mutabık kalmış oldukları metnin üzerinde yer aldığı belgeyi ifade etmektedir<sup>2</sup>. Son yıllarda uygulamada karşılaşılan sözleşmelerin çoğunluğunu bildiğimiz klasik sözleşmelerden ziyade standart sözleşmeler oluşturmaktadır. Standart sözleşmelerin sıklıkla uygulanır hale gelmesi beraberinde çeşitli sorunları ortaya çıkarmıştır.

Sözleşmenin taraflarının kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu standart hükümler haricinde bir anlaşmaya varmaları halinde atıfta bulunulmuş hükümlerden hangilerinin

1 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG. 04.02.2011, sayı 27836.

2 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, İstanbul, 2017, §16, N. 1; FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I**, İstanbul, 1976, s. 59; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, İstanbul, 2018, N. 148; EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017, s. 199; KUT Ahmet, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen**, (Hrsg. FURRER Andreas/SCHNYDER Anton K.), Zürich – Basel – Genf, 2016, OR 1, N. 1; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, N. 213, 214.

uygulanacağı belirlenmesi sorunu CISG<sup>3</sup>, PICC<sup>4</sup>, CESL<sup>5</sup> ve PECL<sup>6</sup> gibi uluslararası düzlemde hazırlanan metinlerde özel bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>7</sup>. Hollanda Medeni Kanunu, Polonya Medeni Kanunu gibi bazı ülkelerin kanunlarında bu duruma ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak birçok ülke hukukunda bu gibi durumlara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuya ilişkin bir ihtilaf yaşanması halinde bu ihtilafın nasıl bir çözüme kavuşturulacağı öğretide ileri sürülen görüşler çerçevesinde gerçekleştirilecektir<sup>8</sup>.

Bir sözleşme kurulduğu esnada sözleşmenin içeriğinin, tarafların hazırlamış oldukları standart (tip) sözleşme metinlerinde yer alan hükümlere dayanması beraberinde bazı sorunları getirmektedir. Bu çalışmanın konusunu, sözleşme taraflarının hazırlamış oldukları standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmaları halinde ortaya çıkabilecek sorunlar ve bu sorunların çözümü için öğretide ileri sürülen görüşler oluşturacaktır.

## I. STANDART SÖZLEŞME KAVRAMI

Sözleşme dediğimiz kavram, toplumun ortak amaçlarını gerçekleştirebilmesi adına toplumsal koordinasyon ve iş birliğini sağlamak üzere ortaya çıkmış bir kavramdır<sup>9</sup>. Sözleşme kavramı geçmişten günümüze kadar çeşitli şekillerde var olmaya devam etmiştir.

- 3 UNCITRAL organizasyonu tarafından hazırlanmış olan, 1980 yılında altmış iki ülkenin katılımıyla kabul edilen ve 1988 yılında yürürlüğe giren “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”, 5870 sayılı Kanun’la, 01.08.2011 tarihi itibarıyla Türk iç hukukunun parçası haline gelmiştir. Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin hüküm art. 19’da yer almaktadır. (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), RG. 07.04.2010, sayı 27545. Sözleşmenin tam metnine ulaşmak ve ayrıntılı bilgi almak için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caseschedule.html>; [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html), e.t.: (21.05.2018).
- 4 Uluslararası Ticari Sözleşmelerde UNIDROIT İlkeleri 2010, (*The Principles of International Commercial Contracts*), UNIDROIT organizasyonu tarafından hazırlanmış kurallardır. UNIDROIT, bağımsız hükümetler arası bir enstitüdür. Bu Enstitünün amacı, devletler arasındaki özel hukuku modernize etmek, yeknesak hale getirmek ve aralarında işbirliği oluşturabilmek için çalışmalar hazırlamaktır. Türkiye bu organizasyonun 1950 yılından beri üyesi konumundadır. UNIDROIT Enstitüsü 1994, 2004 ve 2010 tarihlerinde üyesi olan devletleri bağlayıcı nitelikte olmayan rol gösteren kurallar hazırlamıştır. Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin düzenleme art. 2.1.22’de yer almaktadır. Söz konusu metinlere ulaşmak ve ayrıntılı bilgi almak için bkz. <https://www.unidroit.org>, e.t.: (21.05.2018).
- 5 2011 yılında kabul edilen Avrupa Ortak Satış Hukuku (*Common European Sales Law*), Avrupa Birliği ülkelerinden birinde yaşayan bir kimsenin yine bu bölgede yer alan ülkelerden birinde yaşayan başka bir kimseye yönelik gerçekleştirdiği satışlarda uygulanacak ortak bir hukuk yaratmak için meydana getirilmiştir. Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin düzenleme art. 39’da yer almaktadır. Söz konusu metnin tam haline ulaşmak için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52011PC0635>, e.t.: (21.05.2018).
- 6 Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri 1999, (*The Principles of European Contract Law*). Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin hüküm art. 2:209’da yer almaktadır.
- 7 Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılması konusunda gerçekleştirilen güncel çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN Zehra, “Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması”, *AÜHFD*, Sa. 66 (1), 2017, s. 57 vd.; YELKENCİ Işıl, *CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, İstanbul, 2014, s. 5 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 66-79.
- 8 KADNER-GRAZIANO Thomas, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 14, 2013, s. 74.
- 9 von MEHREN Arthur, *Contracts in General, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII*, (Ed. von MEHREN Arthur), A General View of Contract, Hague-Boston-London, 2008, s. 3; von MEHREN Arthur, “The “Battle of Forms”: A Comparative View”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, No. 2, 1990, s. 265.

Liberal (klasik) anlayış, mal ve hizmetlerin değişiminde klasik sözleşme modeli olan bireysel sözleşme modelini esas almıştır. Bireysel sözleşme, en basit tanımıyla TBK m. 1’de de belirtildiği üzere, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının sonucudur. Standart sözleşme kavramı ise, sözleşmeler hukukunun temelini oluşturan bireysel sözleşmelere yeni bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Standart sözleşmeler, bireysel sözleşmelerin kurulabilmesi için gereken karşılıklı müzakere aşamasının ortadan kaldırıldığı, günümüz dünyasının şartlarını karşılamak için yaratılmış yeni bir sözleşme tipidir<sup>10</sup>. Standart sözleşmeler, öğreti ve uygulamada “tip sözleşme”, “kitle sözleşme”, “yığın sözleşme”, “katımlı sözleşme (iltihaki sözleşme)”<sup>11</sup> ya da “formüler sözleşme” olarak da adlandırılmaktadır<sup>12</sup>.

Standart sözleşme hükümleri, “hazırlayan” tarafından gelecekte belirsiz sayıda kurulacak olan, şekil ve içerik yönünden birbirine benzer hukuki işlemlere yönelik, tek taraflı hazırlanarak “karşı taraf” a sunulan ve önceden formüle edilmiş koşullardan oluşan standart sözleşmelerde kendisine yer verilen hükümlerdir<sup>13</sup>.

- 10 ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I**, İstanbul, 2015, s. 398; TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN G. Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 156; ATAMER Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, İstanbul, 2001, s. 2; OĞUZ Cemal, “Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, **TBB Dergisi**, Sa. I, 1998, s. 5; von MEHREN, *Contracts in General*, s. 6.
- 11 Öğretide genel olarak katımlı sözleşme kavramı, bireysel ve standart sözleşmelerin yanı sıra ayrı bir tür olarak değerlendirilmektedir. *Antalya’ya göre*, katımlı sözleşmeler standart sözleşme olarak da karşımıza çıkabilirken, sözleşme tarafını kamu hizmeti veren bir kamu kurumunun veya kamu tarafından izin veya imtiyaz şeklinde yetkinin verildiği bir kişi oluşturması, ayrıca sözleşme konusunun kamu hizmeti veya tekel niteliğinde bir hizmet olması yönünden katımlı sözleşmeler, genel standart sözleşmelerden ayrılmaktadır. AYDOĞDU Murat, **Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25)**, Ankara, 2018, N. 57; CİVAN Orhan Ersun, **Genel İş Koşulları**, İstanbul, 2015, s. 25; HAVUTÇU Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir, 2003, s. 214; EREN, s. 214; ANTALYA, s. 398. Y. 13. HD. E. 1996/2570, K. 1996/4759, T. 16.05.1996, “... İltihaki sözleşmeler: (Contrata d’ adhesion) bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemlerle alarak tekel durumu arz eden ve tüketicinin bağlanması gereken (nakliye müesseseleri; elektrik; havagazı, doğalgaz PTT sözleşmeleri gibi) standart hükümleri içeren ve tüketicilerin olduğu gibi bağlanmak zorunluğunda kaldığı sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde taraflardan biri olan idare önceden sözleşme koşullarını hazırlayarak bir icap şeklinde umuma arz eder ve hizmetten yararlanma ihtiyacı içinde olan yurttaş bunları zımnen kabul etmek suretiyle bağlanır ...”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (05.08.2018).
- 12 Bu çalışma kapsamında “standart sözleşme” terimi kullanılmaya devam edilecektir.
- 13 Bu çalışmanın devamında standart sözleşme metnini düzenleyen kişi “hazırlayan”, bu metnin kendisine sunulduğu ve kabul etmek suretiyle sözleşmenin tarafı haline gelen kişi ise “karşı taraf” olarak isimlendirilecektir. BASEDOW Jürgen, **MüKoBGB – Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I**, (Hrsg. SÄCKER Franz Jürgen/RIXECKER Roland/OETKER Hartmut/LIMPERG Bettina), 2019, BGB § 305, Rn. 1; SİRMEN Lale, **Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku**, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, 1972, s. 457; SEROZAN Rona, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler**, (Ed. SEROZAN Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018, TBK 1, N. 92; ULUSAN İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Koşullarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, 2013, s. 1223; ÖZEL Çağlar, “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, **Sosyoekonomi Dergisi**, Sa.1, 2006, s. 155; GÖRGEÇ Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, **MÜHF-HAD**, C. 19, Sa. 1, 2013, s. 409; BAŞ Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, 2013, s. 278; AKÇAAL Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi HFD**, C. XVIII, Sa. 1, 2014, s. 52; CHK-KUT, OR 1, N. 47; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 155; OĞUZMAN/ÖZ, N. 504; AYDOĞDU, N. 55. Standart sözleşme kavramı uluslararası hukukta kabul görmüş bir terimdir. Türk Hukuku



Standart sözleşmeler, 18. YY'da endüstri devriminin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Endüstri devrimi sonrasında tüketim mallarının toplu üretilebilir hale gelmesi ve hizmet sektöründe yaşanan gelişmeler, ekonomi ve toplumda önemli değişikliklere sebebiyet vermiştir. Bu değişikliklerden biri de bireysel sözleşmelere bir alternatif olarak ortaya çıkan standart sözleşmeler olmuştur. Standart sözleşme hükümleri ihtiva eden sözleşmeler özellikle bankalar, sigorta şirketleri<sup>14</sup>, hastaneler, seyahat ve taşıma işleri yapan kurumlar, dayanıklı tüketim malları üreten ve pazarlayan şirketler ile hizmet sektöründe faaliyet gösteren kişiler tarafından kullanılmıştır<sup>15</sup>.

Hukuki ilişkilerde standart sözleşme hükümlerinin kullanılması, sözleşme taraflarına birçok yönden fayda sağlamaktadır. Standart sözleşme hükümlerinin kullanımının yaygınlaşması ile sözleşme taraflarının masrafları azalmış ve tarafların her bir sözleşme hükmü üzerinde görüşmesi ve anlaşmaya varması için harcanması gereken zaman ve enerjiye olan ihtiyaç büyük oranda ortadan kalkmıştır. Sözleşme tarafları sözleşme görüşmeleri esnasında sadece esaslı unsurlar üzerinde müzakere etmekte, geri kalan hususlar için ise hâlihazırda var olan standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmaktadır<sup>16</sup>. Bu durumun standart sözleşme hükümlerini hazırlayan taraf açısından olumlu sonucu iktisadi verimliliğin artmasıdır. İfası gerçekleştirilecek edimin maliyeti ve bu edimin ifasına yönelik ifa sürecinin eskiden olduğu gibi her bir sözleşme ilişkisi öncesi değerlendirilmeyip, ileride kurulacak muhtemel sözleşme ilişkileri için hâlihazırda belirlenmiş olması, sözleşmenin karşı tarafını daha uygun bir karşı edim üzerinden söz konusu edime kavuşma olanağına sahip kılmaktadır<sup>17</sup>. Standart sözleşme hükümlerini hazırlayan taraf açısından olumlu diğer bir sonuç

açısından ise bu tip sözleşmeler için yeknesak bir terimden bahsetmemiz mümkün gözükmemektedir. Öğretide yer alan ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre, standart sözleşmeler bünyesinde bireysel sözleşme hükümlerini de barındırabileceğinden, TBK açısından genel işlem koşulları olarak ifade edilen kavram ile standart sözleşmelerin içeriğinde yer alan genel işlem koşulu niteliğine sahip hükümleri, diğer bir deyişle “*standart sözleşme hükümleri*” kast edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. AYDOĞDU, N. 54 vd. Türk Hukukunda standart sözleşmelerin çatışması sorununu incelediğimiz bölüm haricinde çalışmamızın devamında gelecekte belirsiz sayıda kurulacak olan, şekil ve içerik yönünden birbirine benzer hukuki işlemlere yönelik karşılıklı müzakere edilmeksizin “*karşı taraf*”a sunulan önceden formüle edilmiş şart ve koşulları ifade etmek için standart sözleşme hükümleri kavramını kullanmaya devam edeceğiz. Ancak standart sözleşmeler içerisinde yer verilmiş olan, tarafların bireysel müzakere ile üzerinde durduğu hükümler ise bireysel sözleşme hükümleri olarak adlandırılacaktır.

- 14 Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. KARA Burak, “Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Genel İşlem Koşulları Çerçevesinde Hukuki Mahiyeti”, **Alanya 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı**, 2018, <https://asoscongress.com/2018alanya/>, s. 265 vd., e.t.: (02.01.2019).
- 15 REHBINDER Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çev. TEOMAN Ömer), **İÜHF**, C. 42, Sa. 1-4, 1976, s. 641 vd.; ZERRES Thomas, “Principles of the German Law on Standard Terms of Contract”, [http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German\\_Standard\\_Terms\\_of\\_Contract\\_Thomas\\_Zerres.pdf](http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf), s. 1, e.t.: (14.04.2018); KÖTZ Hein, **European Contract Law**, (Transl. MERTENS Gill/WEIR Tony), Croydon, 2017, s. 132; EISELEN Sieg/BERGENTHAL Sebastian, “The Battle of Forms: A Comparative Analysis”, **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol. 39, No. 2, 2006, s. 215; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 865; ANTALYA, s. 398; ATAMER, Genel İşlem, s. 2; SEROZAN, TBK 1, N. 92; ULUSAN, s. 1219; AYDOĞDU, N. 5 vd.
- 16 Standart sözleşme hükümleri içeren sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşmasının ekonomiye olan etkisi hakkında detaylı bilgi almak için bkz. SCHÄFER Hans-Bernd/LEYENS Patrick, **Economic Analysis of the DCFR: The Work of the Economic Impact Group Within CoPECL, Judicial Control of Standart Terms and European Private Law**, (Ed. LAROCHE Pierre/CHIRICO Filomena), Munich, 2010, s. 97 vd.
- 17 SCHÄFER/LEYENS, s. 101; KÖTZ, s. 132; ZERRES, s. 2. Aksi yönde görüş için bkz. ATAMER, Genel İşlem, s. 33; AYDOĞDU, N. 26.



da hazırlayanın kendi açısından riziko teşkil edebilecek hususları en aza indirmeyi sağlaması noktasında görülür. Sözleşmeyi hazırlayan taraf standart sözleşme hükümleri vasıtasıyla sözleşmenin akdi, ifası ve sona ermesi aşamalarında ortaya çıkabilecek ve kendi malvarlığını tehlikeye sokacak her türlü rizikoyu karşı tarafa aktarmakta veya onunla paylaşmaktadır<sup>18</sup>. Bunun yanı sıra benzer durumlar için genellikle bir uzmandan yardım alarak, önceden ve detaylı bir çalışma sonucu çok sayıda hazırlanan standart sözleşme hükümleri, yazılı bir hukuk sistemine sahip Almanya, İsviçre ve Türkiye gibi ülkelerde sözleşmeden kaynaklı uyumsuzluk halinde yazılı hukuk kaynaklarının cevaplayamadığı sorunlarda, diğer bir deyişle, kanunda yer alan boşluklara mahal vermeksizin sözleşme hükümleriyle doldurulmuş olmaktadır<sup>19</sup>.

Resmin diğer yüzüne baktığımızda ise standart sözleşme hükümlerinin ortaya çıkardığı birçok sorunu görmekteyiz. Standart sözleşme hükümleri ihtiva eden sözleşme metnini, sözleşmenin tek bir tarafı hazırlamaktadır. Dolayısıyla sözleşmeyi hazırlayan taraf sözleşme hükümlerini kendi arzu ettiği şekilde uzmanlardan yardım alarak düzenlemektedir. Sözleşmenin karşı tarafı, genellikle bir uzman yardımı almaksızın hareket etmekte veya sözleşmeyi hazırlayanın sahip olduğu imkanlara yaklaşamayacak ölçüde bir yardım almaktadır. Bu sebeple karşı taraf çoğunlukla sözleşme içeriği ile ilgilenmemekte, ilgilenirse dahi kendi açısından riziko teşkil edebilecek hükümlerin ayırında varamamaktadır. Standart sözleşmelerde fayda sağlayan ve kendini güvence altına alan taraf genel itibarıyla sözleşmeyi hazırlayan iken riziko yönünden tehlikeli konumda bulunan ise sözleşmenin karşı tarafıdır. Burada sorulması gereken temel soru; sözleşmenin karşı tarafının niçin kendisi için sakınca yaratması muhtemel hükümler barındıran bu sözleşmeyi itiraz etmeksizin kabul ettiği. Bu soruya genel olarak verilen cevap; taraflar arasındaki güç dengesizliğidir. Sözleşmeyi hazırlayan tarafın sahip olduğu ekonomik, sosyal ve kültürel güç nedeniyle, karşı taraf kısa zaman baskısı altında psikolojik olarak bu hükümlerin değiştirilebileceğini düşünemeyecek durumdadır ve yine arzu ettiği edime ulaşacağı başka bir alternatifin var olmaması da karşı tarafı bu tarz bir sözleşmeyi itiraz etmeksizin kabul etmesine sebep olmaktadır. Sözleşmeyi hazırlayan tarafın sözleşme konusu edimin ifasında monopol konuma sahip olduğu durumlarda karşı taraf herhangi bir alternatif arayışına dahi girmeksizin kendisine sunulan sözleşme metnini kabul etmek zorunda kalmaktadır. Ancak standart sözleşmelerde her zaman sözleşmeyi hazırlayan tarafın monopol konumda olmasına gerek yoktur. Günümüzde rekabetçi bir çevrenin söz konusu olduğu sözleşme ilişkilerinde dahi rekabet edenlerin birbirine benzer standart sözleşme hükümleri kullandığını görmekteyiz. Dolayısıyla sözleşmenin karşı tarafının nihai olarak ulaşmak istediği edimi ifa edebilecek farklı bir alternatifin var olması da karşı tarafın sözleşme ilişkisi kapsamında karşılaşılabileceği sonucu değiştirmemektedir<sup>20</sup>. Bu durumun en önemli sonucu ise standart sözleşmenin karşı tarafını oluşturan ve genellikle ekonomik olarak

18 CORTIER Andre, "A Peace Plan for the Battle of the Forms", *International Trade and Business Law Review*, Vol. 10:195, 2006, s. 196; JACOBS Edward J., "The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 2, 1985, s. 298; YILMAZ Abdüssamet, **Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı**, Ankara, 2015, s. 44; SCHÄFER/LEYENS, s. 101; KÖTZ, s. 132; ZERRES, s. 2; ATAMER, Genel İşlem, s. 30.

19 ZERRES, s. 2.

20 KÖTZ, s. 132; ZERRES, s. 3; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 865; ANTALYA, s. 398; ATAMER, Genel İşlem, s. 35.

güçsüz konumda olan tarafın kanunen korunmasına yönelik tedbirler alınması<sup>21</sup> ve standart sözleşmenin içeriğinin yargı tarafından denetlenmesi olarak ortaya çıkar<sup>22</sup>.

## II. STANDART SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN ÇATIŞMASI

Sözleşme tarafları, çoğu zaman sözleşmenin esaslı unsurlarını teşkil eden hususlar üzerinde karşılıklı müzakere sonucu anlaşmaya varırken; garanti şartları, tahkim prosedürü, teslimat şekli, taşıma sırasında meydana gelebilecek zararlardan sorumluluk gibi yan unsurlar için standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunurlar<sup>23</sup>.

Bir sözleşme kurulurken tarafların asıl odaklandığı kısım asli edim yükümlülükleri olurken kendileri için önem arz etmeyen diğer yükümlülükler çoğu zaman taraflarca göz ardı edilmektedir. Taraflar bu gibi durumlarda, diğer yükümlülüklerle ilişkin olarak kendilerince önceden hazırlanmış sözleşme metinlerinin uygulama alanı bulacağını kararlaştırırlar. Ancak çoğu zaman söz konusu bu diğer yükümlülüklerle ilişkin tarafların uygulanmasını istedikleri hükümler birbiriyle benzer nitelikte olmaz. Sözleşme tarafları bu hükümlerin birbiriyle çatıştığını da genellikle bir ihtilaf çıkana kadar fark etmezler. Oysa taraflar diğer yükümlülüklerle ilişkin kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmamış olsalar idi, sözleşmede yer almamış uyumsuzluk halini hakim o sözleşmeye uygulanacak kanun hükümlerini uygulamak suretiyle kolay bir şekilde çözüme kavuşturabilirdi<sup>24</sup>. Her iki tarafın

21 Standart sözleşme hükümlerinin denetlenmesine yönelik ilk kanuni düzenleme İtalyan Medeni Kanunu m. 1341'de yer almıştır. KÖTZ, s. 134; Almanya'daki gelişim süreci hakkında detaylı bilgi almak için bkz. REHBINDER, s. 644 vd.

22 Sözleşme hukukunun iki temel ilkesi olan eşitlik ve sözleşme serbestisi ilkesi bireysel sözleşmeler temel alınarak kabul edilmiştir. Modern hukuk sistemlerinde temel bir ilke olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin, sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme gibi görünüm şekilleri bulunmaktadır. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, borçlar hukuku alanında yer alan sözleşmeler bakımından geçerliyken; aile, miras ve eşya hukuku gibi alanlardaki sözleşmelerin büyük bir bölümünde geçerli değildir. Sözleşme taraflarının sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, sözleşme taraflarının eşit düzeyde pazarlık gücüne sahip olduğu varsayımına dayanan toplumun ekonomik çıkarlarına zarar vermeyen makul sosyal bir fikir olarak ortaya çıkmıştır. Ancak günümüz toplumunun karmaşık sosyal, kültürel ve ekonomik koşullarında idealist bir çekim düzeyine sahip olmaktan uzaklaşmıştır. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, özellikle standart sözleşmeler açısından, zayıf konumda olanların güçlü konumda olanlara karşı ekonomik bakımdan ezilmesine ve onları hukuken korumasız bırakan bir araca dönüşmüştür. Dolayısıyla günümüzde sözleşme özgürlüğü ilkesinin mutlak bir şekilde sözleşme adaletini sağladığı söylenemez. Özellikle büyük endüstriyel kuruluşlar tarafından standart sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşmaya başlamasıyla sözleşmenin içeriğine yönelik müdahalelere cevaz verilmesi modern hukuk sistemlerinde gündeme gelmiştir. Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün denetlenmesinin bir temel hak olan sözleşme özgürlüğünün aslında yine kendisinin korunmasına hizmet edeceği de gözden kaçırılmamalıdır. KESSLER Friedrich, "Some Thoughts on the Evolution of the German Law of Contracts: Part I", **Faculty Scholarship Series**, Paper N. 2644, 1975, s. 1067; PIECK Manfred, "A Study of the Significant Aspects of German Contract Law", **Annual Survey of International & Comparative Law**, Vol. 3, Iss. 1, 1996, s. 111 vd.; NOMER Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2018, N. 50; ERÇOŞKUN-ŞENOL Kübra, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27", **İÜHFİM**, C. LXXIV, Sa. 2, 2016, s. 711; KARABAĞ-BULUT Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul, 2014, s. 7-8; REHBINDER, s. 643; SİRMEN, s. 445 vd.; FEYZİOĞLU, s. 233; EREN, s. 17, 313 vd.; ANTALYA, s. 399; SEROZAN, TBK 1, N. 1, 2, 89, 91; ATAMER, Genel İşlem, s. 9 vd.; ULUSAN, s. 1219; ÖZEL, s. 156; BAŞ, s. 279; GÖRGEÇ, s. 406.

23 Sözleşmeler hukukunda yer alan aynadaki görüntü (*mirror image*) kuralına göre, sözleşme taraflarından birinin irade açıklaması ile karşı tarafın irade açıklaması her anlamda örtüşmediği sürece geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. dn. 36 ve orada anılan eserler.

24 BAIRD Douglas G./WEISBERG Robert, "Rules, Standards, and the Battle of the Forms: a Reassessment of § 2-207",

kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunduğu hallerde, sözleşmenin kurulup kurulmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir<sup>25</sup>.

Sözleşme akdedilirken tarafların kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması durumunda bunların birlikte uygulanıp uygulanmayacağı veya hangisinin tercih edileceği sorunu öğretide “standart sözleşme hükümlerinin çatışması”, “sözleşmelerin savaşı”, “battle of forms”, “genel işlem koşullarının çelişmesi” olarak çeşitli şekillerde ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

Sözleşme taraflarının kim olduğundan bağımsız şekilde, sözleşmenin her iki tarafı da standart sözleşme hükümleri kullanabilir. Diğer bir deyişle taraflardan biri veya her iki taraf da tüzel kişi olabileceği gibi gerçek kişi olabilir, keza sözleşme tarafları tüketici olabileceği gibi tacir de olabilir. Ancak genel itibarıyla standart sözleşme hükümlerinin çatışması hali sözleşmenin her iki tarafının da tacir olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Zira standart sözleşme hükümleri hazırlamak, belli oranda masraf, emek ve deneyim gerektirmektedir. Örneğin; iki tacir arasında gerçekleştirilen bir satış sözleşmesinde, satıcı tarafın genel satış şartları içeren sözleşme hükümleri kullanması, alıcı tarafın da genel satın alma koşulları içeren sözleşme hükümleri kullanması durumunda öncelikle bu standart sözleşme hükümlerinin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı tespit edilmelidir. Standart sözleşme hükümlerinin birbiriyle çatışma halinde olduğu durumlarda anılan hükümlerin bir arada uygulanamayacağı sonucuna varılır. Bu durumda ise standart sözleşme hükümleri arasındaki çatışmanın ne şekilde ortadan kaldırılacağı değerlendirilmelidir<sup>27</sup>.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halleri çok çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Bu halleri teker teker saymak mümkün değildir. Sıklıkla karşılaşılan bazı durumlara örnek verecek olursak;

- Tarafların kendi standart sözleşmelerinde benzer nitelikteki hükümlere yer vermiş olduğu, ancak söz konusu bu hükümleri farklı bir içerikle hazırlamaları ve buna atıfta bulunmaları halinde; örneğin, tarafların farklı tahkim şartı veya garanti koşulu kararlaştırmalarında olduğu gibi,

---

**Virginia Law Review**, Vol. 68, No. 6, 1982, s. 1217; BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, “Turkish Contract Law Reform: Standard Terms, Unforeseen Circumstances, and Judicial Intervention”, **European Business Organization Law Review**, 2016, s. 435; RÜHL Giesela, “The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations”, **University of Pennsylvania Journal of International Economic Law**, Vol. 24, 2003, s. 189; ZERRES, s. 9; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; JACOBS, s. 312; von MEHREN, Battle of Forms, s. 271.

25 Konu ile ilgili çeşitli ihtimaller için bkz. ATAMER, Genel İşlem, s. 118 vd.

26 SCHLECHTRIEM Peter, “The Battle of the Forms under German Law”, **The Business Lawyer**, Vol. 23, No. 3, 1968, s. 655; BEN-SHARAR Omri, “An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms”, **John M. Olin Center Law & Economics University of Michigan**, Paper #04-018, 2004, <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2004/Documents/ben-shahar04-18.pdf>, s. 5, e.t.: (21.05.2018); YÜCESOY-YILMAZ Yasemin, “Viyanalı Satım Antlaşmasına Göre Kabul”, **TAAD**, Yıl: 7, Sa. 30, 2017, s. 435; CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, (Rapporteur: EISELEN Sieg), Adopted by the CISG Advisory Council following its 17th meeting, in Villanova, Pennsylvania, USA, on 20 January 2013, Rule 10, <https://www.cisgac.com/opinions/#op>, e.t.: (21.05.2018); BAIRD/WEISBERG, s. 1217; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 435, ZERRES, s. 9; RÜHL, s. 189; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; ATAMER, Genel İşlem, s. 115; söz konusu hukuki problemin Türk Hukukunda nasıl bir çözüme kavuşturulması gerektiği hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, F; BAŞ-SÜZEL Ece/ADEN Felix, ““Battle of Forms” im Türkishen AGB-Recht”, **RIW**, 2017, s. 111-116; BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, “Borçlar Kanunu ve Viyanalı Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları”, **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sa. 15, 2015, s. 135-157.

27 KESSLER, s. 1078; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 115; von MEHREN, Battle of Forms, s. 272.

- Tarafların aynı edimin ifasına yönelik birkaç farklı sözleşme yapması ve bu sözleşmelerde birbirinden farklı standart sözleşmeler kullanmaları halinde, sözleşmede karşılıklı müzakere edilen hükümlerde herhangi bir çatışma söz konusu olmazken, ilk sözleşmede sunulan standart sözleşmede yer alan bir hükmün sonrasında sunulan standart sözleşmelerde yer alan diğer bir hüküm ile çatışması veya tam tersi bir durumda,
- Sözleşme taraflarından birinin, karşılıklı müzakere sonucunda sözleşmede yer verilen hükümler ile atıfta bulunulan standart sözleşme hükümlerinin tamamının karşı tarafça kabul edilmemesi halinde sözleşmenin kurulmamış olacağına ilişkin genel bir hükme (itiraz klozuna) yer verdiği durumlarda standart sözleşme hükümlerinin çatışması ile karşı karşıya kalmaktayız.

Çatışma halleri için ortak unsur, sözleşme taraflarının karşılıklı müzakere edilen hükümler konusunda tam bir anlaşma halinde olduğu ancak atıfta buldukları standart sözleşme hükümlerinde farkında olmaksızın bir uyumsuzluk halinin mevcut olmasıdır<sup>28</sup>. Standart sözleşme hükümleri arasında bir çatışmanın var olduğunun tespitinin ardından bu çatışmanın ne şekilde ortadan kaldırılacağı sorunu gündeme gelir<sup>29</sup>.

### III. STANDART SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN ÇATIŞMASI HALİNDE ÖĞRETİDE İLERİ SÜRÜLEN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminin çözümüne ilişkin olarak öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde ortaya çıkan hukuki sorunun çözümü öğretide yer alan bu görüşler temel alınarak birçok uluslararası sözleşmede de özel olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada öğreideki görüşlerden ilk atış kuralı, son atış kuralı, nakavt kuralı, en iyi atış kuralı ve makul atış kuralına değinilecektir.

#### A. İLK ATIŞ KURALI (FIRST SHOT RULE )

İlk atış kuralına göre, bir sözleşme akdedilirken tarafların kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu hükümlerin çatışması halinde kabul beyanında bulunan taraf, öneride bulunan tarafın atıfta bulunmuş olduğu standart sözleşme hükümlerini açık bir şekilde reddetmemiş olması halinde, öneride bulunan tarafın standart sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır<sup>30</sup>.

İlk atış kuralının uygulama alanı bulduğu bir düzenleme olarak Hollanda Medeni Kanunu art. 6:225 (3) gösterilebilir<sup>31</sup>. Söz konusu düzenleme uyarınca, bir sözleşme kurulurken sözleşmenin her iki

28 FEJÖS, Andrea, "Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC", CISG Database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html>, 2006, e.t.: (25.04.2018).

29 BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 115.

30 MAHÉ Chantal B.P., **The Principles of European Contract Law and Dutch Law A Commentary**, (Ed. SCHELHAAS Harriët), Nijmegen, 2002, BW art. 6:225, s. 124; YILMAZ Alper Çağrı, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl: 6, S. 6, 2018, s. 489; KADNER-GRAZIANO, s. 76; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 235; STEENSGAARD, s. 6.

31 Hollanda Medeni Kanunu m. 6:225; "Öneriye kıyasla farklı olan kabul;

tarafı da farklı standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunuyorsa, ilk atıfta bulunan tarafın standart sözleşme hükümlerini açık şekilde reddetmediği takdirde daha sonra atıfta bulunan tarafın yaptığı atıf herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır<sup>32</sup>.

Bu kural uyarınca, kabul beyanında bulunan tarafın kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunmak suretiyle yapmış olduğu irade beyanı karşı öneri olarak sayılmayacaktır. Bu durumda sözleşmenin, öneride bulunan tarafın koşullarında sonuçlandırılması amaçlanmakta ve klasik kabulün etkisi değiştirilmek suretiyle aynadaki görüntü kuralı etkisiz hale getirilmektedir. Kabul için öngörülen bu değiştirilmiş etki, yalnızca kabul beyanında bulunan tarafın açık bir şekilde öneride bulunan tarafın, koşullarını kabul etmediği durumlarda söz konusu olmayacaktır. Klasik sözleşmeler hukuku kuralı olan aynadaki görüntü kuralının aksine bir sonuç doğuran bu yaklaşımın uygulanabilmesi için Hollanda Medeni Kanunu'nda olduğu gibi yasal bir dayanak mutlaka olmalıdır<sup>33</sup>. Bu kuralın uygulama alanı bulduğu diğer bir düzenleme tartışmalı olmakla birlikte, UCC 2-207'de yer almaktadır<sup>34</sup>.

Her ne kadar bazı kanunlarda kendisine yer bulmuş olsa da ilk atış kuralının öğretisi ve uygulamada genel itibarıyla kabul görmeyen bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Bu kuralı temel alan düzenlemelerin yer aldığı kanun metinleri oldukça az sayıdadır<sup>35</sup>.

1. Bir önerinin farklı yahut ek koşullarla birlikte kabulü, yeni bir öneri ve ilk önerinin reddi olarak değerlendirilir.

2. Öneriye kıyasla yalnızca ikincil unsurları itibarıyla farklı olan cevap kabul iradesi taşıyorsa, öneride bulunan tarafından farklılıklara derhal itiraz edilmediği müddetçe, kabulün içeriğine uygun olarak bağlayıcı bir sözleşme kurulacaktır.

3. Öneri ile kabul farklı standart hüküm ve koşulların uygulanması konusunda atıfta bulunuyorlarsa, ilk olarak atıfta bulunulan standart hüküm ve koşulların uygulanmasına açıkça reddetmediği müddetçe, ikinci atıf etkisizdir.”

Söz konusu düzenlemenin orijinal metnine ulaşmak için bkz. <http://wetten.overheid.nl/BWBR0005289/2017-09-01>; söz konusu düzenlemenin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. <http://www.dutchcivilaw.com/civilcodebook066.htm>, e.t.: (25.05.2018).

32 Bu hüküm uyarınca, standart sözleşme hükümleri arasındaki farklılıklarda ilk atış kuralı doğrudan uygulama alanı bulur. Nitekim BW art. 6:225 (3) uyarınca, açıkça reddedilmediği sürece, öneri ile kabul farklı standart sözleşmelere atıfta bulunuyorlarsa ilk atış kuralı uygulama alanı bulacak ve sözleşmenin içeriği öneri beyanındaki hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Diğer bir deyişle, karşı taraf açıkça reddetmedikçe standart sözleşme hükümleri arasındaki farklılıklara bakılmaksızın ilk olarak atıf yapılan standart sözleşme hükmü çerçevesinde sözleşme kurulacaktır. Bununla birlikte açık reddin söz konusu olduğu durumlarda ise standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak üç farklı hukuki sonucun ortaya çıkabileceği öğretilmektedir. BW art. 6:225 (1) uyarınca, birbirinden farklılık arz eden öneri ve kabule yönelik beyanların mevcudiyeti halinde sözleşme kurulmayacaktır. BW art. 6:225 (2) uyarınca derhal itiraz edilmediği takdirde, öneriye kıyasla yalnızca ikincil unsurları itibarıyla farklı olan cevap kabul iradesi taşıyorsa, son atış kuralı uygulama alanı bulacak ve sözleşmenin içeriği kabul beyanındaki hükümler çerçevesinde belirlenecektir. Son olarak, BW 6:225 (1) uyarınca öneri ve kabule yönelik beyanın birbirinden farklılık arz etmesi sebebiyle sözleşme kurulmamış olsa dahi, taraflar sözleşmenin ifasına başlamışlar ise; BW 6:248 (1) uyarınca, taraflar arasındaki teamüller ve dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin kurulduğu kabul edilecek ve bu durumda nakavt kuralı uygulanarak sözleşmenin içeriği öneri ve kabul beyanlarında ortak olarak bulunan hükümlerden oluşacaktır. MAHÉ, BW art. 6.225, s. 124.

33 STEENSGAARD, s. 7.

34 UCC 2-206'da yer alan düzenlemede sözleşmenin kuruluşunda öneri ve kabulün etkileri düzenlenmiş ardından UCC 2-207'de ise tarafların tacir olup olmamasına, ifa hareketlerine başlanıp başlanmamasına ve öneri ile kabul şartları arasındaki farklılıklara bağlı olarak, ilk atış kuralı, son atış kuralı ve nakavt kuralının dâhil olduğu çeşitli çözüm yolları öngörülmüştür. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, B.

35 STEMP Kevin C., “A Comparative Analysis of the Battle of the Forms”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 15:243, 2005, s. 245; KADNER-GRAZIANO, s. 77; STEENSGAARD, s. 7.

## B. SON ATIŞ KURALI (LAST SHOT RULE)

Öğretide “son söz teorisi” (*Theorie des letzten Wortes*) olarak da adlandırılan son atış kuralı, temelini sözleşmenin kurulması için öneri ile kabul beyanının birebir örtüşmesini şart koşan “aynadaki görüntü” (*mirror image*) kuralından almaktadır<sup>36</sup>. Aynadaki görüntü kuralına göre, sözleşme taraflarından birinin irade açıklaması ile karşı tarafın irade açıklaması her anlamda örtüşmediği sürece geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilemez<sup>37</sup>. Öneri beyanı ile birebir örtüşmeyen kabule yönelik beyan, önerinin reddi olup, karşı öneri niteliği taşıyacaktır. Her iki tarafın da kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu hükümlerin çatışması halinde, taraflardan birisi ifade bulunmadığı sürece sözleşme kurulmamış olacaktır. Sözleşmenin kurulabilmesi için taraflar tam anlamıyla bir uyuşma sağlayana kadar karşılıklı önerilerde bulunmaya devam edeceklerdir<sup>38</sup>. Ancak taraflardan birinin ifaya başladığı durumda son olarak sunulan sözleşme metninin karşı tarafça kabul edildiği ve sözleşmenin bu metindeki hükümler çerçevesinde kurulacağı sonucuna varılacaktır. İfayı kabul eden taraf, aynı zamanda karşı tarafın son kez kendisine ilettiği standart sözleşme hükümlerini de kabul etmiş olmaktadır<sup>39</sup>. Bu durum öğretilerde son atış kuralı olarak adlandırılmaktadır<sup>40</sup>. Ayrıca kabule yönelik beyanın, öneri beyanından esaslı

36 SCHWAB Martin, *AGB-Recht Tipps und Taktik*, Heidelberg, 2008, N. 256; AKSOY-DURUSUN Sanem, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, İstanbul, 2008, s. 56.

37 Sözleşmenin kurulabilmesi için aranan bu uyuşma tarafların hem karşılıklı müzakere ettiği hükümler üzerinde hem de standart sözleşme hükümleri üzerinde olmalıdır. Günümüzde aynadaki görüntü kuralı, birçok ülke hukukunda ve uluslararası sözleşmelerde katı bir uygulamadan ziyade yumuşatılmış şekilde uygulanmaktadır. Bu kurala özellikle taraf iradelerinin esaslı olmayan unsurlar üzerinde örtüşmemesi durumunda istisnalar getirilmektedir. DORNIS Tim, *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, (Hrsg. HONSELL Heinrich), Berlin, 2010, art. 19, N. 2; SAĞLAM İpek, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması*, (CISG m. 14-24), İstanbul, 2013, s. 199; KEATING Daniel, “Exploring the Battle of the Forms in Action”, *Michigan Law Review*, Vol. 98/2678, 2000, s. 2683; GOLDBERG P. Victor, “The Battle of Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule”, *Oregon Law Review*, Vol. 76, 1997, s. 159; STEENSGAARD Kasper, “A Comparative View on ‘Battle of the Forms’ under the CISG and in the German and US American Experiences”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2015/1, s. 5; YÜCESOY-YILMAZ, s. 430; BAIRD/WEISBERG, s. 1231; von MEHREN, *Battle of Forms*, s. 270; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216. Aynadaki görüntü kuralının İngiliz Hukuku’nda yumuşatılmış halinin uygulandığı dava örnekleri için bkz. MCKENDRICK Ewan, “The Battle of Forms and the Law of Restitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 2, 1988, s. 197 vd. Bu kurala getirilen en önemli eleştiri ise tarafların her konuda kesin bir uyum içerisinde olması gerekliliğinin kabul edilmesi halinde günlük hayatta çoğunlukla sözleşme yapılamama ve ticari hayatın sekteye uğraması sonucunu doğuracağıdır. SAĞLAM, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, s. 200; BEN-SHARAR, s. 5, 6.

38 DORNIS, art. 19, N. 2; SAĞLAM, s. 199; KEATING, s. 2683; GOLDBERG, s. 159.

39 SCHROETER Ulrich G., “Ergänzungen, Einschränkungen und sonstige Änderungen zum Angebot”, *Kommentar zum Einheitlichen UN – Kaufrecht*, (Hrsg. SCHLECHTRIEM Peter/SCHWENZER Ingeborg), München, 2013, CISG art. 19, Rn. 22; WILDNER Kaia, “Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002”, *Pace International Law Review*, Vol. 20, Iss. 1, 2008, s. 5; FERRARI Franco, *MüKoHGB-Münchener Kommentar zum Handelsgezetzbuch, Band: 5, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf-CISG*, (Hrsg. SCHMIDT Karsten), München, 2018, CISG art. 19, Rn. 15; ÖZCAN Zeynep, “The Battle of Forms”, *E-Journal of Law*, Vol. 4 (1), 2018, s. 5; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; ATAMER, Genel İşlem, s. 116; SAĞLAM, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, s. 244; CORTIER, s. 197; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 116; STEENSGAARD, s. 8; KADNER-GRAZIANO, s. 75; SCHLECHTRIEM, *Battle of Forms under German Law*, s. 658; WILDNER, s. 5; YILMAZ, s. 487.

40 ATAMER, Genel İşlem, s. 116; SCHLECHTRIEM, *Battle of Forms under German Law*, s. 658; ZERRES, s. 10;



olmayacak derecede değişiklik arz ettiği durumlarda, sözleşmenin kabul beyanındaki değişiklikleri içerir biçimde kurulacak olması da son atış kuralının bir diğer görünüm şeklidir<sup>41</sup>.

İngiltere ve İskoçya mahkemelerinde standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde çözüm yolu olarak son atış kuralının tercih edildiği görülmektedir<sup>42</sup>. Son atış kuralının bazı durumlarda uygulandığı diğer bir ülke ise Almanya'dır. Almanya'da yürürlükten kaldırılan 1976 tarihli GIW § 33 (2) ve (3)'te yer alan düzenlemede, açık bir şekilde standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda, çözüm yolu olarak son atış kuralına yer verilmişti. Bunun yanı sıra Alman Federal Mahkemesi'nin BGB § 150 (2)'de yer alan düzenlemeye dayanarak standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, son atış kuralını uyguladığı bazı kararlar da mevcuttur<sup>43</sup>. Keza son atış kuralı, CISG m. 19'da da bazı istisnalarla birlikte uygulama alanı bulmaktadır<sup>44</sup>.

Alman Hukuku'nda BGB § 154 (1) hükmü sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların ele aldıkları tüm konularda uyuşmalarını aramaktadır. Bu durumda da genel işlem şartlarının çatışması diye bir durumun söz konusu olamayacağı aşikardır. Ancak öğretide bu hükmün genel işlem şartları için uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>45</sup>.

Son atış kuralına yönelik öğretide çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür. Son atış kuralı son kez kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunan tarafı kayırmak suretiyle kazustik, mekanik, sözleşme

CORTERIER, s. 200; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 245; KADNER-GRAZIANO, s. 76.

41 Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda aynadaki görüntü kuralının katı bir şekilde uygulanması halinde sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Öneri ile kabul beyanı arasında esaslı olmayan değişikliklerin olması halinde son atış kuralının kabul edilerek sözleşmenin kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte kurulacağından bahsedilebilmesi için bu hususa ilişkin açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir. Ulusal ve uluslararası mevzuatta bu yöndeki düzenlemelere Hollanda Medeni Kanunu art. 625 (2), CISG art. 19 (2), PICC, art. 2.1.11., PECL, art. 2:208 örnek olarak verilebilir.

42 Mahkemeler, edimin yerine getirilmesini, diğer bir deyişle ifa fiilini, son gönderilen karşı önerinin kabulü olarak kabul etmektedirler. Adı geçen ilke uyarınca mahkemeler, taraflardan birinin ifasını, gönderilen ek koşullara yönelik bir onay belirtisi olarak yorumlarlar. Son atış kuralı uyarınca, bir sözleşme, taraflardan birinin ifada bulunması üzerine, ifa anında kurulmuş olacaktır. İngiltere'de standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde çözüm olarak son atış kuralının uygulandığı iki öncü dava olarak bkz. *British Road Services Ltd. v. Arthur v. Crutchley & Co. Ltd.*, Court of Appeal, Civil Division, 05.12.1967, 1968, 1 All ER 811, söz konusu karara ulaşmak için bkz. <https://academic.oxfordjournals.org/doi/pdf/10.1093/accred/25.06.2018>. *Butler Machine Tool Co Ltd v. Ex-Cell-O Corporation Ltd.*, Court Of Appeal, Civil Division, 25.04.1977, 1 All ER 965, 1 WLR 40, söz konusu kararın tam metnine ulaşmak için bkz. <http://www.diprist.unimi.it/fonti/851.pdf>, e.t.: (25.06.2018). Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, A. İskoçya'da son atış kuralının uygulandığı bir dava olarak bkz. *Court of Session Outer House, Uniroyal Ltd. v. Miller & Co Ltd.*, 1985, SLT 101.

43 Almanya'da standart sözleşme hükümleri veya diğer bir deyişle genel işlem koşulları (AGB), 1976 yılında yürürlüğe giren kanun ile kabul edilmiştir. Bu düzenleme 2001 yılında gerçekleştirilen büyük revizyonda Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) ikinci kitabına entegre edilmiştir. *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9.12.1976* tarihli kanun, *Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000* tarihli kanunun 2. maddesi ile değiştirilmiştir. SCHÄFER/LEYENS, s. 98; 1976 tarihli kanun ile ilgili detaylı bilgi almak için bkz. SANDROCK Otto/GALSTON Nina Moore, "Standard Terms Act 1976 of West Germany", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 26, N. 4, 1978, s. 551-572; REHBINDER, s. 641-653. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda çözüm olarak son atış kuralının uygulandığı davalar için bkz. OLG Köln, 14.04.1971, VM 1971, s. 847; BGH, 17.09.1954, BB 1954, no. 1624, s. 882; BÜYÜKSAĞIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 141.

44 Bununla birlikte günümüzde hakim görüş CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda nakavt kuralının uygulama alanı bulacağı yönündedir. Detaylı açıklamalar için bkz. IV, C.

45 AKSOY-DURSUN, s. 57.



öncesi görüşmelere yabancı ve adil olmayan bir çözüm yolu sunmaktadır. Bu durum, tarafları kendi standart sözleşmesine son kez atıf yapılan taraf olmaları yönünde teşvik ederek uzlaşmacı davranmaktan uzaklaştırmaktadır. Bunun sonucu olarak, taraflar arasında sayısız sözleşme metni içeren belge değişimi safhası söz konusu olmakta ve sözleşme masraflarının azalması ile sözleşme görüşmeleri için harcanacak olan zamandan tasarruf edilmesi gibi standart sözleşme hükümleri kullanmanın önemli faydalarından yoksun kalınmaktadır. Bununla birlikte taraflar standart sözleşme hükümlerinde bir itiraz klozuna (*defansif kloz*) yer vermişler ise, bu durum tarafların birbirlerinin standart sözleşme hükümlerini baştan reddettikleri anlamına geleceğinden sözleşme hiçbir zaman kurulmayacaktır<sup>46</sup>.

Son atış kuralının öğretilerde savunulmasının başlıca nedenleri ise sözleşmenin kurulup kurulmadığının ve sözleşme içeriğinin tespit edilmesinin kesin ve net bir şekilde belirlenerek ticari hayatta uygulama kolaylığı sağlaması, yargılama masraflarını azaltması ve bireysel uzlaşmazlıklarda keyfilikten uzak oluşudur<sup>47</sup>.

### C. NAKAVT KURALI (KNOCK OUT RULE)

Öğretilerde “*kalanın geçerli olması teorisi*” (*Restgültigkeitstheorie*) olarak da adlandırılan nakavt kuralına göre, her bir tarafın atıfta bulunduğu kendi standart sözleşmelerinde yer alan hükümlerin birbiriyle tam bir uyuma halinde olmadığı durumlarda, çatışan hükümler birbirini etkisiz kılacak ve taraflar anlaşmış oldukları esaslı noktalar üzerinden, sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeye başlayacaklardır. Bu durumda, sözleşme, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile birbiri ile çatışmayan standart sözleşme hükümlerinden oluşacaktır<sup>48</sup>. İlerleyen süreçte çatışma nedeniyle ortadan kalkmış olan hükümlere ilişkin ihtilaf yaşanması halinde ise bir boşluğun var olduğu kabul edilerek, boşluk doldurma yoluna gidilecektir. Bu boşluğun doldurulması ise genel hükümlere ve dürüstlük kuralına göre gerçekleştirilecektir<sup>49</sup>. Çatışan hükümler, hükümlerin tek tek

46 Son atış kuralının “*ping-pong*” etkisi olarak adlandırılan bu durumda, taraflar son atışı yapabilmek adına tıpkı bir tenis müsabakasında olduğu gibi kendilerine ulaşan tenis topunu (sözleşme metnini) en iyi koşulu sağlayarak karşı tarafa geri göndermeye çalışmaktadırlar. EISELEN/BERGENTHAL, s. 221, 222; RÜHL, s. 215; CORTIER, s. 200; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 247; YÜCESOY-YILMAZ, s. 436; STEENSGAARD, s. 12; ZERRES, s. 10.

47 RÜHL, s. 216; CORTIER, s. 198; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 247; WILDNER, s. 6.

48 Bu durumda standart sözleşme hükümlerinin kısmi hükümsüzlüğü söz konusu olacaktır. BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd.; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 251; KADNER-GRAZIANO, s. 78. Bununla birlikte öğretilerde nakavt kuralı çerçevesinde tarafların standart sözleşme hükümlerinin bütünüyle hükümsüz sayılarak yerlerinin genel hükümler ile doldurulabileceği yaklaşımı da değerlendirilmiştir. Ancak bu yaklaşım, taraf iradelerinin yeterince dikkate alınmaması gerekçesiyle eleştirilmiş ve nakavt kuralı uyarınca tarafların standart sözleşme hükümlerinde birbiriyle örtüşen hükümlerin geçerli sayılıp sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi gerektiği savunulmuştur. ZELLER Bruno, **The CISG and The Battle of the Forms, in: International Sales Law: A Global Challenge**, New York, 2014, s. 207; BÜYÜKSAĞIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 155-156; YILMAZ, s. 489. Belirtmek gerekir ki, nakavt kuralı uyarınca, tarafların birbiriyle örtüşen hükümlerinin sözleşme içeriğine dahil edilmesi taraf iradelerine uygun bir çözüme gidilmesi bakımından tek başına yeterli olmayabilecektir. Zira, bazı durumlarda tarafların çatışan hükümlerinin geçersiz sayılıp, oluşan boşluğun genel hükümlere göre doldurulması da tarafların ortak iradelerine aykırılık teşkil edebilecektir. Bkz. dn. 52.

49 MüKoHGB-FERRARI, CISG art. 19, Rn. 15; KADNER-GRAZIANO, s. 77; CHRISTANDL Gregor, **Commentaries on**

değerlendirilmesi ile değil; birbiriyle ilişkili olan hükümlerin bir bütün halinde değerlendirilmesi ile tespit edilecektir<sup>50</sup>.

Aynadaki görüntü ve son atış kuralına nazaran nakavt kuralı, birçok açıdan daha elverişlidir. Öncelikle nakavt kuralının uygulanması durumunda sözleşmenin kurulması ihtimali artmış olmaktadır<sup>51</sup>. Ayrıca nakavt kuralında, bir tarafın standart sözleşme hükümlerine üstünlük tanınmayıp, tarafsız bir çözüm yolu benimsenmektedir. Buna ek olarak, taraflar arasında sayısız sözleşme metni içeren belge değişimi safhasına da olanak tanınmamakta ve böylece sözleşme masraflarının artmasının önüne geçilmektedir<sup>52</sup>. Bu bakımdan nakavt kuralının modern sözleşme pratiğine daha uygun olduğu öğretilde ifade edilmektedir<sup>53</sup>.

Nakavt kuralı belirtilen avantajlarının yanı sıra, taraf iradelerinin yeterince dikkate alınmaması<sup>54</sup>, tarafları karşılıklı olarak anlaşma yoluna teşvik etmemesi<sup>55</sup> ve sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirlenmesinin zor ve maliyetli olması gerekçeleriyle eleştirilere uğramıştır<sup>56</sup>.

---

**European Contract Laws**, (Ed. JANSEN Nils/ZIMMERMANN Reinhard), Oxford, 2018, art. 2:209, N. 3; ZELLER, s. 207; BÜYÜKSAGIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 155; RÜHL, s. 199; GOLDBERG, s. 160; VISCASILLAS Maria del Pilar Pelares: “Battle of the Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles”, **Pace International Law Review**, Vol. 10 Iss. 1, 1998, s. 119; EISELEN/BERGENTHAL, s. 216; STEENSGAARD, s. 12-13; CORTIER, s. 201.

50 BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, e.t.: (28.11.2018); ZELLER, s. 212; BÜYÜKSAGIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 156. Nitekim öğretilde tarafların standart sözleşmelerinde çatışan hükümlerin tek tek hüküm bazında belirlenmesi durumunda oldukça sakıncalı sonuçların ortaya çıkabileceği ve sözleşmenin amacını oluşturan bir hükmün geçersiz kılınarak sözleşmenin bütününe tehlikeye atılabileceği belirtilmiştir. Zira, taraflar sözleşmenin her hükmünü iki taraf için de eşit düzeyde menfaat sağlayacak şekilde düzenlemeyebilirler. Örneğin, bir satış sözleşmesinde bir tarafın lehine garanti süresi düzenlenmiş ancak bunun karşılığında diğer tarafın lehine olacak şekilde malın bedelinde değişiklik yapılmış olabilir. Bu durumda garanti süresine ilişkin çatışan hükümlerin nakavt edilerek geçersiz kılınması ancak bedeldeki değişikliğin aynı kalması tarafların sözleşmenin temelini oluşturan iradelerine aykırılık oluşturabilecektir. STEENSGAARD, s. 16.

51 Nakavt kuralında standart sözleşme hükümlerinin çatışması sebebiyle öneri ve kabul beyanları tam olarak uyuşmasa dahi, taraflar esaslı unsurlarda anlaşmışlarsa ve tarafların sözleşmenin kurulduğuna yönelik iradeleri mevcut ise sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla sözleşmelerin ayakta tutulması ihtimali artmaktadır. Öğretilde bu durum, fikirlerin buluşmasının sözleşmenin kurulması için yeterli olduğu şeklinde de ifade edilmiştir. STEENSGAARD, s.14; farklı yönde bir görüş için bkz. CORTIER, s. 201.

52 RÜHL, s. 216; VISCASILLAS, s. 118; STEENSGAARD, s. 14-15.

53 STEENSGAARD, s. 15.

54 Nitekim genel hükümler doğası gereği birçok farklı duruma uygulanabilir nitelikte olduklarından her durumda taraflar adına en ideal çözüm yolunu ihtiva etmeyebilir ve tarafların sözleşmedeki ortak çıkarlarını koruyacak nitelikte olmayabilirler. Örneğin; ayıp bildirim süresine ilişkin olarak taraflardan birisinin standart sözleşmesinde iki ay, diğer tarafın standart sözleşmesinde iki ay on beş günlük bir süre öngörülmüş ve hükümler çatışmaları sebebiyle nakavt edilip, yerleri ayıp bildirim süresi bakımından önemli ölçüde kısa veya uzun bir süre öngören genel hükümler ile doldurulmuşsa, nakavt kuralının uygulanması ile tarafların ortak iradelerine aykırı bir sonuç doğması söz konusu olabilecektir. VISCASILLAS, s. 119 vd.; RÜHL, s. 219; KEATING, 2678, 2689-90; BAIRD/WEISBERG, s. 1255-56; STEENSGAARD, s. 16.

55 Standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi karşı tarafın hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olmayacağı, bunun yerine yedek hukuk kurallarının uygulanacağını bilen taraf, karşı tarafın menfaatlerini düşünmeksizin kendisi için en iyi şartları sağlayan sözleşme hükümlerini sunmaktan geri kalmayabilecektir. RÜHL, s. 218; GOLDBERG, s. 162.

56 Bu eleştirinin sebebi olarak, nakavt kuralında sözleşmenin kurulması açısından sözleşme hükümlerinin uyuşmasından

Nakavt kuralı, Fransız Yüksek Mahkemesi<sup>57</sup> ve Alman Federal Mahkemesi<sup>58</sup> tarafından sıklıkla uygulanmaktadır. Ayrıca nakavt kuralı, Estonya Medeni Kanunu § 40, Polonya Medeni Kanunu § 385 ve Litvanya Medeni Kanunu art. 6.179'da standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde çözüm yolu olarak açık bir şekilde düzenlenmiştir<sup>59</sup>. Amerika'da UCC 2-207 (3) fıkrasında, nakavt kuralı benimsenmiş bulunmaktadır. CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda da hakim görüşe ve danışma kurulu kararına göre, nakavt kuralı uygulanarak çözüme gidilmelidir. Mahkemelerin de sıklıkla bu kuralı uyguladığı gözlemlenmektedir. Yine PECL art. 2.209 ve PICC art. 2.1.21'de yer alan düzenlemelerde de nakavt kuralının tercih edildiği görülmektedir<sup>60</sup>.

#### **D. EN İYİ ATIŞ KURALI (BEST SHOT RULE)**

En iyi atış kuralına göre, nakavt kuralı ile benzer şekilde, standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi tarafların sözleşme ile bağlı olma yönünde iradeleri mevcut olup, taraflar esaslı noktalarda anlaşmışlar ise sözleşme kurulmuş sayılacaktır<sup>61</sup>. Bu durumda sözleşme hükümlerinin belirlenmesi ise tarafların sunmuş oldukları standart sözleşmelerden birisinin mahkeme tarafından seçilmesi yoluyla olacaktır. Seçim yapılırken standart sözleşme hükümleri bir bütün halinde değerlendirilecek ve bir tarafın standart sözleşmesi bütünüyle tercih edilirken, diğer tarafın standart sözleşmesi bütünüyle reddedilecektir<sup>62</sup>.

ziyade taraf iradelerinin sözleşmenin kurulması yönünde olmasının incelenmesi ve böyle bir incelemenin, sözleşme hükümlerinin uyuşmamasının tespitinden daha zor ve maliyetli olacağı gösterilmektedir. RÜHL, s. 219-220; STEENSGAARD, s. 17. Öğretide, nakavt kuralı uyarınca tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik olarak iradelerinin varlığının ancak ifaya yönelik davranışta bulunmalarından anlaşılabileceğini belirten bir görüşe göre nakavt kuralı, tarafların sözleşmenin kurulduğunu düşünseler dahi ifa hareketleri henüz başlamadan sözleşmenin kurulmadığını ileri sürerek edimlerini ifa etmekten kaçınabilecekleri gerekçesiyle eleştirilmiştir. CORTERIER, s. 201. İleride de açıklanacağı üzere böyle bir yaklaşım UCC açısından geçerli olsa da standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunun açıkça düzenlendiği PECL ve PICC gibi uluslararası metinler açısından gündeme gelmeyecektir. Zira bu metinlerde nakavt kuralının tarafların ifa hareketi olmasa dahi uygulama alanı bulacağı ve sözleşmenin kurulmuş sayılacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir.

57 Cour de cassation, chambre commerciale, 20.11.1984, 83-15956, Publié au bulletin, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000.007.014497>, e.t.: (13.06.2018); TERRE François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves, **Droit civil, Les obligations**, Paris, 2009, N. 122 naklen KADNER-GRAZIANO, s. 77.

58 BGH, 23.1.1991, NJW, 1991, s. 1604-1606; BGH, 24.10.2000, NJW-RR, 2001, s. 484.

59 Söz konusu düzenlemelerin İngilizce metinlerine ulaşmak için bkz. <http://www.wipo.int/wipolex/en/>.

60 Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. IV, B, C, D, E.

61 RÜHL, s. 221; GOLDBERG, s. 156.

62 Mahkeme tarafların standart sözleşmeleri arasında bir seçim yapmak zorundadır. Bu seçim yapılırken standart sözleşmelerde bulunan hükümler tek tek değerlendirilmeyip, her bir tarafın standart sözleşme metni bir bütün olarak değerlendirilecektir. Mahkemenin, tarafların standart sözleşme hükümlerinde mevcut olmayan hükümler seçmesi veya tarafların standart sözleşmelerini bir arada değerlendirip içlerindeki hükümlerden oluşacak yeni bir standart sözleşme metni oluşturması mümkün değildir. Mahkemenin seçiminde ilk atış ve son atış kurallarında olduğu gibi standart sözleşmelerin kronolojik olarak sunulduğu zamanları önem arz etmediği gibi, nakavt kuralında olduğu üzere standart sözleşmelerde yer almayan bir hükmün sözleşme içeriğine dahil edilmesi de söz konusu olamaz. BEN-SHARAR, s. 11; GOLDBERG, s. 166; RÜHL, s. 166.

Öğretideki bir görüşe göre standart sözleşmeler arasındaki seçimin kriteri “adillik” olarak belirtilirken<sup>63</sup>; bir başka görüş seçimin kriteri olarak “ekonomik etkinlik” kriterini temel almaktadır<sup>64</sup>. Ekonomik etkinlik belirlenirken, tarafların karşılıklı olarak mutabakata vardıkları anlaşmaların uygulanabilmesi ve işlem maliyetinin olabildiğince düşük seviyede tutulması hususlarının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir<sup>65</sup>.

En iyi atış kuralı, standart sözleşme hükümleri yeterince adil veya ekonomik açıdan etkin olmayan tarafın standart sözleşmesinin bütünüyle reddedilmesi riskine karşın tarafları, sözleşmenin olası muhataplarının çıkarlarını da gözeterek standart sözleşme hazırlamaya yönlendirmeyi ve böylelikle tarafların standart sözleşmeleri arasındaki farklılıkların azaltılmasını amaçlamaktadır<sup>66</sup>.

63 Bu görüşe göre, çatışan standart sözleşmelerden hangisi daha adil olarak değerlendirilebiliyorsa, o standart sözleşme mahkeme tarafından tercih edilecektir. Adillğin belirlenmesine ilişkin olarak ise net bir ölçüt verilmesi mümkün olmamakla birlikte tarafların davranışları bu bakımdan önem arz edebilmektedir. Diğer bir deyişle, işlemin tarafları ticari hayatta genel olarak hem satıcı hem de alıcı pozisyonunda bulunabildiğinden, bir hükmün adillği değerlendirilirken, bir tarafın, o sözleşmenin karşı tarafı olduğu zaman o hükmü nasıl değerlendirdiği ve o hükmü nasıl yaklaştığına bakılması gerekecektir. Bu yaklaşım “altın kural” (*golden rule*) olarak isimlendirilen ve “bir kimsenin kendisine nasıl davranılmasını istiyorsa başkalarına da o şekilde davranması gerektiği” düşüncesine dayanmaktadır. Örneğin; somut olayda sözleşmenin taraflarından olan ve satıcı konumunda bulunan taraf satıcının sorumluluğunun kapsamını daraltıcı hükümler kullanmış, ancak aynı taraf alıcı olarak girdiği benzer bir hukuki ilişkide satıcının sorumluluğunun kapsamını daraltan hükümlerini reddetmiş; bu durum iki tarafın hükümleri arasında tercih yapılırken söz konusu tarafın aleyhine olacak ve alıcı konumunda bulunan tarafın hükümlerinin uygulanmasına yol açabilecektir. GOLDBERG, s. 156; BEN-SHARAR, s. 11, dn. 35. Bununla birlikte en iyi atış kuralını ilk olarak ortaya atan *Goldberg*, adillik kriterinin söz konusu şekilde belirlenmesinin çeşitli zorlukları beraberinde getirdiğini de kabul etmektedir. Nitekim bir tarafın benzer işlerde birden fazla, farklı standart sözleşme kullanması durumunda mahkemenin adillğin belirlenmesinde hangi sözleşmeyi esas alacağı çözümlenmesi gereken bir sorun olarak karışımıza çıkmaktadır. Ancak bu zorluklara rağmen yazar, adillik kriterli en iyi atış kuralının, tarafları sözleşmenin karşı tarafı oldukları zaman kullandıkları standart sözleşme hükümleri ile mevcut ilişkide kullandıkları standart sözleşme hükümleri arasındaki farkları gerekeçlendirmekle yükümlü kılması sebebiyle uygulanabilir olduğu görüşündedir. GOLDBERG, s. 167-168.

64 Bu görüş uyarınca, en iyi atış kuralı sözleşme hukukunun ekonomik analizi kapsamında ele alınmakta ve çatışan standart sözleşme hükümleri arasındaki tercih, ekonomik etkinlik kriteri baz alınarak yapılmaktadır. RÜHL, s. 190. Borçlar hukukuna ekonomik yaklaşım, taraflarca üzerinde mutabakata varılmış olan sözleşmelerin uygulanması ile gönüllü ifa ilişkisinin teşvik edilmesi gerektiği önermesiyle başlar. Bu önermenin temelinde bireylerin refahlarını maksimize etmeye çalışan makul kişiler oldukları ve bu sebeple kendilerini daha iyi bir pozisyona sokmayacağına inandıkları ifa ilişkilerine girmeyeceklerinin kabulü yatar. Bireylerin aralarında mevcut olan sözleşme ilişkisinin detaylarına ilişkin olarak başkalarının bilmediği birçok bilgiye haiz oldukları göz önüne alındığında, yetkin kişiler arasındaki gönüllü sözleşmesel ilişkinin, iki tarafın refahını da daha iyi bir seviyeye çekecek olması yönünde güçlü bir varsayım olacaktır. Bu sözleşmesel ilişkinin tarafların refahını arttırması oranında üçüncü kişilerin refahını azaltmayacağı kabul edildiğinde, bu durum aynı zamanda ekonomik etkinliği sağlayarak, sosyal refahı da arttırmış olacaktır. RÜHL, s. 210. Sözleşme Hukukunun ekonomik analizine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. COOTER Robert / ULEN Thomas, *Law and Economics*, Boston, 2016; SANLI Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, 2007, s. 11 vd.; SANLI Kerem Cem, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, İstanbul, 2015, s. 21 vd.; POSNER Richard Allen, “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, No. 53, s. 1-11.

65 Bir hükmün ekonomik bakımdan etkinliği o hükmün taraflardan her birinin elde edeceği faydayı maksimize etmesi ile doğru orantılıdır. Dolayısıyla taraflar aynı zamanda sözleşmenin karşı tarafının elde edeceği faydayı maksimize edecek yönde hükümler hazırlamaya da teşvik edilmiş olacaklardır. Bunun sonucu olarak standart sözleşme hükümleri arasındaki farklılıklar azalacak ve nihayetinde tarafların mahkemeye başvuru oranları düşecektir. Böylelikle yargılama giderlerinin ortaya çıkması engellenebilecek ve aynı zamanda sözleşmeler, ekonomik bakımdan en etkin olan hükümler çerçevesinde düzenlenmiş olacaktır. RÜHL, s. 221 vd.; SANLI, *Sözleşme Hukuku*, s. 21; SANLI, *Haksız Fiil*, s. 39.

66 GOLDBERG, s. 156; RÜHL, s. 223-224.

Öğretide en iyi atış kuralı mahkemenin, taraflardan birinin standart sözleşmesini bütünüyle seçmek zorunda olması dolayısıyla tercih edilen standart sözleşmede bulunan ve adil veya ekonomik bakımdan etkin olmayan hükümlerin de sözleşmenin içeriğine dahil olarak uygulama alanı bulabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>67</sup>.

### **E. MAKUL ATIŞ KURALI (REASONABLE SHOT RULE)**

Temelini en iyi atış kuralından alan makul atış kuralı uyarınca da standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda, mahkeme tarafların standart sözleşme hükümleri arasında tercihte bulunacaktır. Ancak en iyi atış kuralından farklı olarak burada mahkeme taraflardan birinin standart sözleşmesini tamamıyla kabul edip, diğer tarafın standart sözleşmesini tamamıyla reddetmeyecek; tarafların standart sözleşme hükümlerini, düzenlenen konulara göre ayrı ayrı değerlendirerek her konu için makul gördüğü hükümleri tercih edecektir. Böylelikle tarafların standart sözleşme hükümlerinin farklı bölümlerini bir araya getirerek, en makul standart sözleşme hükümleri bütünü oluşturacaktır<sup>68</sup>.

Tarafların çatışan standart sözleşme hükümlerinden hangilerinin daha makul olduğunun belirlenmesi bakımından ise kesin bir kriter belirlenmeyerek somut olay bazında değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>69</sup>. Somut olayda taraflar arasındaki ilişkiye özgü teamüller, benzer sözleşmelerde sürekli olarak uygulanagelen hükümler ve taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri “makul olma” değerlendirilmesi yapılırken dikkate alınacaktır<sup>70</sup>. En iyi atış kuralında

67 BEN-SHARAR, s. 11-12.

68 Bu yönde bir yaklaşımın tarafların karşılaşılabilecekleri olası riskleri azaltıp, taraflar arasında mevcut olabilecek en makul standart sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlayacağı belirtilmektedir. Aynı zamanda bu kuralın daha makul standart sözleşme hükümleri hazırlamaya teşvik edeceği ve en iyi atış kuralından farklı olarak tarafların standart sözleşme hükümlerinde bulunan ve makul olmayan hiçbir hükmün hakim tercih ettiği standart sözleşme hükmü içerisinde mevcut olamayacağı kabul edilmektedir. BEN-SHARAR, s. 11-12.

69 Örneğin; satılan mallarda ortaya çıkabilecek ayıptan sorumlu olunmayacağına dair bir hüküm, satıcının alıcının ihtiyaçlarına ilişkin olarak yeterli derecede bilgilendirilmiş olup olmadığı, alıcının malların kalitesini değerlendirebilme yeteneği, mallar kullanılırken karşılaşılabilecek zorlukların dereceleri, malların alıcı tarafından ne şekilde kullanılacağı gibi somut olayın özelliklerine bağlı olarak farklı şekillerde değerlendirilebilecektir. Bir tarafın standart sözleşmesinde tazminatın kapsamının tarafların makul olarak öngörebileceği zararlarla sınırlı olacağına dair bir hüküm düzenlenmiş, karşı tarafın standart sözleşmesinde ise tazminat sorumluluğunun amacına aykırı düşecek şekilde tazminat sınırlandırılmışsa, burada tazminatın kapsamının öngörülebilir zararlarla sınırlandırıldığı kabulü, daha makul olarak nitelendirilebilecektir. Aynı zamanda makuliyet değerlendirmesinin ekonomik etkinlik perspektifine göre yapılabileceği de belirtilmiştir. Örneğin; satıcı malın kalitesini en etkin şekilde kontrol edebilecek veya en az masrafla malı tamir edebilecek pozisyonda ise satıcının mallardaki ayıptan ötürü garanti sorumluluğunun söz konusu olacağını düzenleyen bir hüküm daha makul olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte aynı düzenleme, malı ayıba karşı korumaya en elverişli olan veya mallardaki olası bir ayıba ilişkin olarak daha üst düzeyde bilgiye sahip olan tarafın alıcı olduğu durumlarda makul olarak değerlendirilemeyecektir. Aynı şekilde işlem maliyetini ve olası yargılama giderlerini aşağı seviyede tutabilecek yönde bir hüküm, tam tersi yönde olan bir hükme göre, daha makul sayılabilecektir. Keza bir hükmün makul sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken hükmü düzenleyene sağladığı maliyet tasarrufunu sözleşmenin karşı tarafına sağlayıp sağlamadığına bakılabilecektir. Mesela satıcının ayıba karşı garanti sorumluluğunu üstlenmemiş olduğu veya alıcının tazminat hakkının sınırlandırıldığı bir durumda satıcı ayıplı malın fiyatını düşürerek alıcıya satmışsa bu durumda bu hüküm de makul sayılabilir. Bu bakımdan öğretide makul olma ölçüsünün hangi kriterlere bağlı olarak tespit edileceğinin mahkeme içtihatlarıyla oluşacağı belirtilmiştir. BEN-SHARAR, s. 15, 25.

70 BEN-SHARAR, s. 16.

olduğu üzere makul atış kuralında da tarafların sözleşmenin karşı tarafının çıkarlarını düşünerek standart sözleşme hazırlamaya teşvik edilmesi söz konusu olacaktır<sup>71</sup>.

## IV. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN STANDART SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN ÇATIŞMASI HUKUKİ SORUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. İNGİLİZ HUKUKU

İngiliz Borçlar Hukuku'nda, sözleşmenin kurulmasında, öneri ve kabule ilişkin olarak aynadaki görüntü ve son atış kuralı kabul edilmektedir<sup>72</sup>. Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak da genel kural olan aynadaki görüntü kuralı ve bu kuralın yansıması olan son atış kuralı uygulanmakta ve farklı bir çözüm benimsenmemiş bulunmaktadır. Bu kuralın İngiliz Hukuku'nda yüzyılı aşkın süredir uygulanmasıyla birlikte 1977 tarihli Butler Machine Tool Co. Ltd v Ex-Cell-O Corporation Ltd. davasında geleneksel “*aynadaki görüntü*” yaklaşımı fiyat değişimi hükmü çerçevesinde detaylı bir şekilde tartışılmış, ve mahkemenin yargıçlarından *Lord Denning* tarafından klasik aynadaki görüntü ve son atış teorisine alternatif yöntemler ileri sürülmüştür<sup>73</sup>.

*Lord Denning* ilk olarak standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda, sözleşmenin kurulması ve sözleşme hükümlerinin belirlenmesinin ayrı ayrı ele alınması gerektiğini önermiştir. Sözleşmenin kurulması açısından, tarafların esaslı konularda anlaşmış olmaları durumunda standart sözleşme hükümlerinde farklılık olsa dahi sözleşmenin kurulabileceğini ve tarafların esaslı konularda anlaşmaya varıp varmadıklarının tespitinde taraflar arasında gönderilen belgeler ve tarafların davranışlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir<sup>74</sup>. Sözleşme hükümlerinin belirlenmesi açısından ise çözümün somut olaya göre değişiklik gösterebileceğini belirterek üç farklı çözüm ileri sürmüştür. İlk olarak, açık veya örtülü bir kabulün olması durumunda, son atış kuralının uygulanabileceğini, ikinci olarak kabul beyanının esaslı değişiklikler içermesi ve bu değişikliklere açıkça dikkat çekilmemesi halinde ilk atış kuralının uygulanabileceğini, üçüncü

71 Makul atış kuralında da taraflar standart sözleşme hükümlerini, fazlasıyla tek tarafı ve dolayısıyla makul olmayacak şekilde düzenlemeleri halinde, kendi standart sözleşme hükümlerinin reddedilip karşı tarafın standart sözleşme hükümlerinin hakim tarafından kabul edilmesi riski ile karşı karşıya kalabileceklerdir. BEN-SHARAR, s. 22. Öğretide bu durum tarafların orta yolu bulmaya teşvik edilmesi olarak da tanımlanmıştır. GOLDBERG, s. 166.

72 RICHARDS Paul, **Law of Contract**, Boston, 2017, s. 25, 32; STEMP, s. 256; VERGNE, s. 239; Trollope and Colls Ltd v Atomic Power Constructions Ltd. 1962; Taylor v. Laird, 1856, 25 LJ Ex 329; Hyde v. Wrench, 49 Eng. Rep. 132, 1840. “*Aynadaki Görüntü (mirror image)*” ifadesinin ilk olarak kullanıldığı eser için bkz. HOGAN William E., “The Highway and Some of the Byways in the Sales and Bulk Sales Articles of the Uniform Commercial Code”, **Cornell Law Quarterly**, Vol. 48, No. 1, 1962, s. 44. Öneriden farklılık arz eden kabule yönelik beyanın karşı öneri sayılmasına ilişkin istisnalar da mevcuttur. Örneğin; anlamsız hükümler dikkate alınmayacağı gibi, öneride bulunanın menfaatine olacak şekilde değişiklikler içeren beyan da kabul olarak nitelendirilebilecektir. GABRIEL Henry D., “The Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code”, **The Business Lawyer**, Vol. 49, No. 3, 1994, s. 1057; JACOBS, s. 297; Nicolene Ltd. v. Simmonds, Queen’s Bench Division, 1953, 543...t.: (13.06.2018);nti/851.pdf,çısından gündeme gelmeyecektir. Zira bu metinlerdemelerin Çatışması, Genel İşlem Koşullarının Çe

73 Butler Machine Tool Co Ltd v. Ex-Cell-O Corporation Ltd., Court Of Appeal, Civil Division, 25.04.1977, 1 All ER 965, 1 WLR 40, kararın tam metnine erişim için bkz. <http://www.diprist.unimi.it/fonti/851.pdf>. e.t. : 14.12.2018.

74 RICHARDS, s. 33; STEMP, s. 257; von MEHREN, Battle of Forms, s. 272; VERGNE, s. 241; JACOBS, s. 301.



olarak ise tarafların standart sözleşme hükümlerinin birbiriyle uyumlu olması durumunda, bu hükümlerin birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturabileceğini, uyumlu olmadıkları durumda ise çatışan hükümlerin çıkartılarak yerlerinin makul hükümlerle doldurulabileceğini belirtmiştir<sup>75</sup>.

Bu yaklaşımdan sonra İngiltere’de, öğretideki bazı yazar ve mahkemelerce “aynadaki görüntü” kuralının yumuşatılmasına yönelik girişimler mevcut olsa da<sup>76</sup> sözleşmenin kurulması ve standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak, çoğunlukla geleneksel aynadaki görüntü kuralı ve bu kuralın yansıması olan, son atış kuralının uygulandığı görülmektedir<sup>77</sup>.

## B. AMERİKAN HUKUKU

Bir başka Common Law ülkesi olan Amerika’da aynadaki görüntü kuralı<sup>78</sup>, ticari hayatın gereklerine uygun olmadığı sebebiyle eleştirilere uğramış ve bu eleştiriler ışığında UCC 2-207 kaleme alınmıştır<sup>79</sup>. UCC 2-207<sup>80</sup> sözleşmenin kurulması, içeriğinin belirlenmesi ve standart sözleşme

- 75 Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-Cell-O Corporation Ltd, Court Of Appeal, Civil Division, 25.04.1977, 1 All ER 965, 1 WLR 40; STEMP, 257; GABRIEL, Battle of Forms, s. 1055. Lord Denning’in yaklaşımı sonralarda çok fazla eleştiriye maruz kalsa da şunu belirtmek gerekir ki, Lord Denning’in tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında yazılı, sözlü veya davranışlarıyla anlaşmaları durumunda bunun değerlendirilmesi gerektiği ve tarafların standart sözleşme hükümlerinin uzlaştırılması gerektiği yaklaşımı, şu anda standart sözleşme hükümlerinin çatışması konusunda var olan modern yaklaşımlara temel oluşturması bakımından önem arz etmektedir. SHANKER, Morris G., “Battle of the Forms: A Comparison and Criticism of Canadian, American and Historical Common Law Perspectives”, **Canadian Business Law Journal**, Vol. 4, 1980, s. 270 vd.; VERGNE, s. 243; von MEHREN, Battle of Forms, s. 273.
- 76 GABRIEL, Battle of Forms, s. 1053, 1056; JACOBS, s. 297; G Percy Trentham Ltd v Archital Luxfer Ltd., Court of Appeal, 1992, Lloyd’s Law Reports, s. 25 vd.
- 77 RICHARDS, s. 33; CHRISTANDL, Art. 2:209, N. 5; Balmoral Group Ltd. v Borealis Ltd., England and Wales High Court, 2006; Tekdata Interconnections Ltd. v Amphenol Ltd., England and Wales Court of Appeal, Civil Division, 2009; Claxton Engineering Services Ltd v TXM Olaj-Es Gazkutato Kft, England and Wales Court of Appeal, 2010. sfdffM, görüntüKanunu art. 625 (2), CISG art. 19 (2), ...al ve uluslararası likte kurulacağından bahsedilebilmesi için bu husus
- 78 Bu kural “*American Restatement of Contracts*” art. 59’da açıkça belirtilmekteydi. GABRIEL Henry D.: “Uniform Commercial Code Article Two Revisions: The View Of The Trenches”, **Barry Law Review**, Vol. 23, No. 2, 2018, s. 131; STEPHENS Corneill A., “Escape From The Battle Of The Forms: Keep It Simple Stupid”, **Lewis & Clark Law Review**, Vol. 223, N. 11, 2007, s. 237; SUKURS Charles, “Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 34, 2001, s. 1486; von MEHREN, Battle of Forms, s. 277; VERGNE, s. 243.
- 79 UCC ilk olarak 1952 yılında yayımlanmış olup bağlayıcılığı olmayan tavsiye niteliğinde bir kanundur. Bununla birlikte günümüzde Amerika’da neredeyse tüm eyaletlerin ticaret kanunlarının oluşmasında temel referans olan bir metin niteliğindedir. STEIN Robert A., **Forming a More Perfect Union: A History Of The Uniform Law Commission**, Charlottesville, 2013, s. 86-87; CORTERIER, s. 195; SUKURS, s. 1488; GABRIEL, Revision, s. 131-132. UCC 2-207’de sözleşmenin kurulması ve içeriğinin belirlenmesi düzenlenmekte olup maddenin düzenleniş amaçlarından birinin de standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminde çözüm bulmak olduğu ifade edilmektedir. MURRAY John E. Jr., “The Definitive “Battle of the Forms”: Chaos Revisited”, **Journal of Law and Commerce**, Vol. 20, 2000, s. 3; STEPHENS, s. 252; von MEHREN, Battle of Forms, s. 278.
- 80 UCC 2-207: “(1) Açık ve uygun biçimde yapılan bir kabul beyanı veya makul bir süre içerisinde gönderilen yazılı bir onay, öneri beyanında belirtilen veya üzerinde anlaşılmiş olan hükümlere ilave veya bu hükümlerden farklı hükümler içerse bile icabın kabulü sayılır.  
(2) İlave hükümler, sözleşmeye eklemeler yapmaya yönelik öneri sayılırlar. Tacirler arasında bu hükümler sözleşmenin bir parçası haline gelir. Yeter ki:  
a) Kabul beyanı, öneride bulunan hükümlerle açıkça sınırlanmamış,  
b) Kabul beyanındaki ilave hükümler sözleşmeyi esaslı bir biçimde değiştirmiyor,



hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak ilk atış, son atış ve nakavt kurallarını aynı anda bünyesinde barındıran bir hükümdür<sup>81</sup>. Söz konusu düzenlemenin standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına çözüm bulunması amacıyla düzenlenmesinden hareketle, bu hükmün yalnızca standart sözleşme hükümlerinin bulunduğu durumlar açısından uygulanabileceği belirtilmiştir<sup>82</sup>.

Maddede sözleşmenin kurulması ve içeriğinin belirlenmesi hususları ayrı ayrı ele alınmıştır. UCC 2-207 (1)'e göre, sözleşmenin, kabul beyanında bulunan ilave veya farklı hükümler çerçevesinde kurulmasına yönelik bir şart bulunmaması halinde, kabule yönelik beyan, önerinin aynen kabulü olmasa dahi sözleşme kurulacaktır<sup>83</sup>. Kabul beyanında bu yönde bir şart mevcut ise şarta bağlı kabul karşı öneri olarak nitelendirilecek ve öneride bulunan karşı öneriyi kabul etmedikçe sözleşme kurulmayacaktır<sup>84</sup>.

UCC 2-207 (3)'de taraf davranışlarının sözleşmenin kurulmasına etki edebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, sözleşme tarafları, davranışlarıyla sözleşme kurulmuş gibi hareket ederlerse, arada hiç yazışma olmasa veya aralarındaki yazışmalarda birbirleriyle çatışan hükümler yer alsa dahi sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir<sup>85</sup>.

Maddenin birinci<sup>86</sup> veya üçüncü fıkrasına göre sözleşmenin kurulduğu tespit edildikten sonra, sözleşme içeriğinin belirlenmesi aşamasına geçilecektir. Sözleşme UCC 2-207 (3) uyarınca

*c) Kabul beyanındaki ilave hükümlerin reddedileceği bildirilmemiş veya bu yönde bir bildirim, ilave hükümler öğrenildikten sonra makul bir süre içerisinde yapılmamış olsun.*

*(3) Sözleşmenin mevcudiyetini gösteren taraf davranışları, aksi takdirde tarafların yazışmaları sözleşmeyi kurmayacak olsa dahi, satım sözleşmesinin kurulması için yeterlidir. Böyle bir durumda, sözleşmenin hükümleri, bu kanunda bulunan diğer tamamlayıcı hükümlerle birlikte tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümlerden oluşur\*.*

81 Karmaşık yapısı nedeniyle madde metni öğretide kafa karıştırıcı ve her kelimesi problemlere davetiye çıkaran hukuki bir felaket olarak nitelendirilmiştir. THATCHER Charles M., "Sales Contract Formation and Content-An Annotated Apology for a Proposed Revision of Uniform Commercial Code § 2-207", **South Dakota Law Review**, Vol. 32, 1987, s. 181, 183; BAIRD/WEISBERG, s. 1224; GOLDBERG, s. 155; STEPHENS, s. 241; STEMP, s. 245; von MEHREN, Battle of Forms, s. 278; MURRAY, s. 4; GABRIEL, Revision, s. 133; JACOBS, s. 308.

82 Album Graphics Inc. v. Beatrice Foods Corporation, Appellate Court of Illinois, 31.07.1980, 408 N.E.2d 1041, 1048; Lockwood Corporation v. Clifford Black and Bill Jim St. Clair, United States Court of Appeals, 5.C, 05.03.1982, 669 F.2d 324. Aksi yönde bir mahkeme kararı için bkz. Klocek v. Gateway Inc., United States District Court For The District Of Kansas, 16.06.2000, 104 F. Supp. 2d 1332.

83 Öğretide üzerinde pazarlık edilen hükümlerde (*dickered terms*) anlaşılırsa, standart sözleşme hükümleri veya diğer hükümler arasında farklılıklar mevcut olsa dahi maddenin birinci fıkrası uyarınca, sözleşmenin kurulmuş sayılacağı belirtilmektedir. STEMP, s. 246; JACOBS, s. 308; SUKURS, s. 1489; von MEHREN, Battle of Forms, s. 279; MURRAY, s. 6.

84 MAZZACANO Peter J., **A Comparison between the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code**, Osgeoode Hall Law School, 2013; STEPHENS, s. 252.

85 Bu bakımdan UCC 2-207, geleneksel Common Law yaklaşımı olan öneriden farklı bir kabulün, karşı öneri oluşturacağı kuralından farklı olarak sözleşmenin kurulmasına daha çok imkan tanıyan bir yaklaşım benimsemektedir. Bu yaklaşımın sonucu olarak standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda sözleşmenin kurulması ihtimali artmış ve standart sözleşme hükümlerindeki esaslı olmayan farklılıklardan dolayı bir tarafın sözleşmenin aslında kurulmamış olduğunu ileri sürerek sonradan ifanın gerçekleştirilmesini kolayca reddedebilmesinin önüne geçilmiştir. CAROLINE N. Brown, "Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work", **North Carolina Law Review**, Vol. 69, No. 3, 1991, s. 893, 897; von MEHREN, Battle of Forms, s. 279; BAIRD/WEISBERG, s. 1224; STEMP, s. 246; STEPHENS, s. 242; SUKURS, s. 1489. Öğretide bazı yazarlarca UCC 2-207 ile aynadaki görüntü kuralının reddedilmediği, kuralın değiştirilmiş bir biçimde uygulandığı da belirtilmektedir. MURRAY, s. 5.

86 Söz konusu hüküm, açık ve uygun şekilde yapılan kabul beyanından ne anlaşılması gerektiği ve öneri beyanından ne

kurulmuşsa, sözleşmenin hükümleri de aynı fıkra uyarınca benimsenen nakavt kuralı çerçevesinde belirlenecektir<sup>87</sup>.

Sözleşmenin UCC 2-207 (1) uyarınca kurulduğu durumda ise sözleşme hükümleri ikinci fıkraya göre belirlenecektir<sup>88</sup>. İkinci fıkra sözleşme hükümlerinin belirlenmesi açısından, tacirler arasındaki sözleşmeler ile taraflarından en az birinin tacir olmadığı sözleşmeler arasında ayrıma gitmiştir<sup>89</sup>. Taraflardan en az birinin tacir olmadığı sözleşmeler bakımından ilk atış kuralı benimsenmiştir<sup>90</sup>. Sözleşme taraflarının tacir olmaları durumunda ise, ikinci fıkrada belirtilen istisnaların mevcut olmaması halinde farklı veya ilave hükümler sözleşmenin parçası haline geleceğinden son atış kuralı uygulama alanı bulmuş olacaktır<sup>91</sup>. İstisnalardan birinin mevcut olması halinde ise farklı veya ilave hükümler sözleşmenin içeriğine dahil olmayacaklardır<sup>92</sup>. Bu durumda sözleşmenin içeriğinin ilk atış

derece farklılık içeren bir beyanın, kabul beyanı olarak nitelendirilebileceğinin açık bir şekilde düzenlenmemiş olması nedeniyle öğretilerde eleştirilmektedir. JACOBS, s. 310. Bazı mahkeme kararlarında, kabule yönelik beyan, öneriden esaslı derecede değişiklik arz etse dahi sözleşmenin kurulduğu kanaatine varıldığı görülmektedir. Böyle bir sonucun ortaya çıkması açık bir kabul beyanı ifadesinin muğlaklığından ileri gelmektedir. CBS Inc. v. Auburn Plastics Inc., Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, 4.D, 19.01.1979, 67 A.D.2d 811; People v. Brothers, Court of Appeals of the State of New York, 29.05.1980, 50 N.Y.2d 413. Öğretilerde ise haklı olarak öneriyi esaslı olarak değiştiren bir beyanın açık ve uygun bir kabul beyanı olarak sayılmayacağı belirtilmiştir. von MEHREN, Battle of Forms, s. 280; BAIRD/WEISBERG, s. 1224-25; VERGNE, s. 245. Aynı fıkroda “yazılı onay” ifadesinin kullanımı da “onay” ifadesinin mevcut durumun onaylanması anlamını taşıması ve öneriden farklılaşan bir beyanın onay olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle öğretilerde yoğun olarak eleştirilmiştir. STEPHENS, s. 242.

87 STEPHENS, s. 245. Düzenlemenin üçüncü fıkrasında nakavt kuralı benimsenmekle birlikte çatışan ve nakavt edilen hükümlerin oluşturacağı boşluğun ne şekilde doldurulacağı açık değildir. Öğreti ve bazı yargı kararlarında boşluğun, yalnızca UCC’de açıkça düzenlenen hükümler çerçevesinde doldurulabileceği kabul edilmektedir. Bkz. C. Itoh & Corporation v. Jordan International Corporation, United States Court of Appeals, 7.C, 04.04.1977, 552 F.2d 1228, 1237; SUKURS, s. 1492. Ancak UCC 1.205 (3) ve 2.208 (1) hükümleri uyarınca bu boşluğun yalnızca UCC’de açıkça düzenlenen hükümler çerçevesinde değil aynı zamanda taraflar arasındaki ticari teamüller çerçevesinde doldurulması gerektiği yönünde verilen kararlar da mevcuttur. Bkz. Dresser Industries v. Gradall Corporation, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 09.06.1992, 965 F.2d 1442, 1450.

88 MURRAY, s. 29; STEMP, s. 246; SUKURS, s. 1492.

89 Öğretilerde tacir ve tacir olmayanlar arasında yapılan ayrımın yerinde olmadığı ileri sürülmektedir. STEPHENS, s. 245-246. Buna göre, taraflarından en az birisinin tacir olmadığı sözleşmeler bakımından ilk atış kuralının kabul edilmesi, sözleşmenin taraflarından birisine daha avantajlı bir durum sunmakta olup son atış kuralında da mevcut olan bu durum ilk atış kuralı ile devam ettirilmiştir. SUKURS, s. 1490-91. Tarafları tacir olan sözleşmeler açısından ise ikinci fıkrada belirtilen istisnalardan birisinin varlığı halinde hangi kuralın uygulama alanı bulacağı sorusu cevaplanmamıştır.

90 Nitekim ikinci maddede ilave hükümlerin öneri olarak kabul edileceği belirtildikten sonra, bu hükümlerin yalnızca tacirler arasında ve belirli şartlar dahilinde sözleşmenin içeriğine dahil olacağı düzenlenmiştir. Buna göre taraflarından en az birisinin tacir olmadığı sözleşmelerde öneride bulunan, kabul beyanındaki ilave hükümleri kabul etmedikçe sözleşmenin önerideki hükümler çerçevesinde kurulmuş olacaktır. Bu durum da ilk atış kuralının kabul edildiğinin bir göstergesidir. MURRAY, s. 7; BAIRD/WEISBERG, s. 1246; STEPHENS, s. 245.

91 STEPHENS, s. 250; SUKURS, s. 1489.

92 Düzenlemenin birinci fıkrasında hem ilave hem de farklı hükümlerden bahsedilirken ikinci fıkrasında yalnızca ilave hükümler ifadesinin kullanılması farklı hükümler bakımından ikinci fıkranın uygulama alanı bulup bulmayacağı noktasında belirsizliğe yol açmıştır. Öğretilerde bir görüş, farklı kelimesinin bilinçsiz bir şekilde maddenin ikinci fıkrasına dahil edilmediğini ve ikinci fıkranın farklı hükümler ibaresini barındıracak şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüş özellikle Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir. Northrop Corp. v. Litronic Industries, United States Court of Appeals, 7.C, 18.07.1994, 29 F.3d 1175; Steiner v. Mobil Oil Corp., Supreme Court of California, 11.10.1977, 569 P.2d 751; STEMP, s. 251 vd.; STEPHENS, s. 248. Diğer bir görüşe göre ise birinci fıkrada ilave ve farklı hükümler ifadelerinin ayrı ayrı kullanılması farklı hükümlerin ilave hükümler kapsamında ele alınmayacağını göstermektedir. Farklı hükümler ifadesinin yokluğunda ikinci fıkranın yalnızca ilave hükümler bakımından

kuralı uyarınca mı; yoksa nakavt kuralı uyarınca mı belirleneceği ise tartışmalıdır<sup>93</sup>. Bu istisnalar: kabul beyanının öneride bulunan hükümlerle açıkça sınırlandırılmış olması; kabul beyanındaki ilave hükümlerin sözleşmeyi esaslı biçimde değiştirmesi<sup>94</sup>; kabul beyanındaki ilave hükümlerin reddedileceğine ilişkin bildirim önceden veya ilave hükümler öğrenildikten sonra makul süre içerisinde yapılmış olması halleridir<sup>95</sup>.

Öğretideki eleştiriler ve birbirinden farklı mahkeme kararları doğrultusunda düzenlemedeki bu eksikliklerin giderilmesi için ilgili komisyon tarafından madde metni yeniden kaleme alınmış ve mevcut halinden daha problemsiz bir düzenleme ortaya koyulmuştur<sup>96</sup>. Ancak revizyonun hiçbir eyaletçe kabul edilmeyip yasalastırılmamasından sonra, komisyon resmi olarak revizyonu iptal ettiğini açıklamıştır<sup>97</sup>. Dolayısıyla Amerikan Borçlar Hukuku'nda hala standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak yeknesak ve tatmin edici bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir<sup>98</sup>.

### C. CISG

CISG'de art. 19'da, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak geleneksel "aynadaki görüntü" kuralının bazı istisnalar ile birlikte kabul edildiği görülmektedir<sup>99</sup>. Buna göre, önerinin kabulüne

---

uygulanmasının amaçlanmaktadır. *Dorton v. Collins & Aikman Corp.*, United State Court of Appeals, 6.C, 06.01.1962, 453 F.2d 1161, 1168; *Reaction Molding Technologies. Inc. v. General Electric Company*, United State District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 26.04.1984, 585 F. Supp. 1097, 1106; MURRAY, s. 15 vd. Bununla birlikte bu görüş kabul edildiği takdirde öneri beyanında bulunan hükümlerle çatışacak olan farklı hükümlerin bulunması durumunda ne şekilde bir çözüm yolu izleneceği sorusu ortaya çıkacaktır. Bu durumda bir görüş nakavt kuralının uygulanacağını kabul etmektedir. *Superior Boiler Works Inc. v. R.J. Sanders Inc.*, Supreme Court of Rhode Island, 29.04.1998, 711 A.2d 628, 635; von MEHREN, *Battle of Forms*, s. 287. Diğer bir görüş ise farklı hükümler bakımından ilk atış kuralının uygulanacağını ve kabul beyanında bulunan farklı hükümlerin dikkate alınmayarak sözleşmenin öneri beyanında bulunan hükümler çerçevesinde kurulacağını savunmaktadır. *Reaction Molding Technologies. Inc. v. General Electric Company*, United State District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 26.04.1984, 585 F. Supp. 1097, 1106.

93 STEPHENS, s. 250.

94 UCC 2-207 kapsamında esaslı değişiklik kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Her ne kadar maddenin gerekçesinde esaslı değişiklik kavramına ilişkin olarak çeşitli kriterler getirilmiş ve örnekler verilmişse de, gerekçede kendi içerisinde çelişkiler ve eksiklikler barındırmaktadır. Nitekim gerekçenin dördüncü maddesinde öneride bulunan için şartı ve zorluk doğurucu olan hükümlerin esaslı değişiklik olarak sayılabileceği belirtilmişken, beşinci maddesinde aşırı (makul olmayan) derecede şartı hükümler esaslı değişiklik bakımından kriter olarak gösterilmiş ve zorluk doğurucu hüküm kriterine hiç değinilmemiştir. Bununla birlikte esaslı değişiklik sayılabilecek durumlara genelleyici şekilde örnekler verilmişse de bir değişikliğin esaslı sayılabilmesi için; sözleşmenin değeri, gönderilecek malların miktarı, taraflar arasında oluşmuş teamüller gibi birden fazla dinamiğin söz konusu olduğu ve her somut olayda esaslı değişiklik kavramının farklılık arz edebileceği göz ardı edilmiştir. STEPHENS, s. 246 vd.

95 UCC 2-207 (2), madde metni için bkz. dn. 78.

96 Revizyonda sözleşmenin kurulması ve hükümlerinin belirlenmesine ilişkin olarak mevcut maddede bulunan eksiklikler giderilse de bazı noktalarda kafa karışıklığına neden olabilecek nitelikte değişiklikler yapılmıştır. Revizyondaki değişikliklerin değerlendirilmesi ve ileri sürülen çözüm önerileri için bkz. STEPHENS, s. 259 vd.

97 GABRIEL, *Revision*, s. 130; STEENSGAARD, s. 14. Söz konusu düzenlemenin tam metnine erişmek için bkz. <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/article2>.

98 STEPHENS, s. 265.

99 SAĞLAM, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*, s. 239; VISCASILLAS, s. 137; STEENSGAARD, s. 28; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 148; EISELEN/BERGENTHAL, s. 217; BEN-SHARAR, s. 8; GABRIEL, *Battle of Forms*, s. 1058;

yönelik, eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap, önerinin reddi olup, karşı öneri oluşturacaktır. Kabule yönelik beyanda mevcut olan ve önerinin şartlarını esaslı bir şekilde değiştirmeyen eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler ise bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Bu durumda sözleşme kabul beyanındaki değişiklikler ile birlikte kurulmuş olacaktır. Öneride bulunan taraf böyle bir sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorsa, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmeli veya bu yönde bir bildirim göndermelidir. Hangi değişikliklerin esaslı değişiklik sayılacağı ise sınırlı sayıda olmayacak şekilde art. 19 (3)'te sayılmıştır<sup>100</sup>. CISG art. 19 uyarınca, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak aynadaki görüntü kuralının uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Bununla birlikte standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda ortaya çıkan hukuki problemin ne şekilde çözümleneceği tartışmalıdır<sup>101</sup>.

Öğretide bir görüş, standart sözleşme hükümlerinin çatışmasının sözleşmenin hükümlerinin geçerliliği ile ilgili bir husus olduğunu ve bu sebeple çatışmanın CISG art. 4 atfı ile iç hukuka gidilerek çözülmesi gerektiğini<sup>102</sup>; ikinci görüş, ilk atış kuralının uygulanması gerektiğini<sup>103</sup>; üçüncü görüş,

MURRAY, s. 41-42; Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH, United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 07.12.1999, 76 F.Supp.2d 919, 925.

100 Söz konusu düzenleme gereğince bedele, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğere karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyumsuzlukların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler önerinin şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılacaktır. Art. 19 (3)'te sayılan hallerin esaslı değişiklik oluşturacağını aksi ispat edilebilir olup, taraflar arasında oluşan teamüller, sözleşme görüşmeleri ve somut olayın özellikleri çerçevesinde bir değişiklik art. 19 (3)'te sayılan hallere ilişkin olsa dahi esaslı olmayan değişiklik olarak kabul edilebilecektir. Bununla birlikte art. 19 (3)'te sayılan hallere ilişkin bir değişiklik kural olarak esaslı değişiklik niteliğinde olup, bu değişikliğin esaslı olmadığını bunu iddia eden taraf ispat etmekle yükümlüdür. SCHROETER, Ulrich G., **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, (Ed. SCHLECHTRIEM Peter/ SCHWENZER Ingeborg), Oxford, 2016, Art. 19, N. 15; Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere art. 19 (3)'te esaslı değişiklik halleri oldukça geniş bir biçimde sayılmış olup, neredeyse öneri ve kabul beyanı arasında var olan tüm değişiklikler esaslı değişiklik olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla aynadaki görüntü kuralına art. 19 (2) ile esaslı olmayan değişiklikler bakımından getirilen istisnanın etkisiz kaldığı söylenebilecektir. SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 244; VISCASILLAS, s. 137; STEMP, s. 261; BÜYÜKSAGIŞ, s. 150; EISELEN/ BERGENTHAL, s. 218; von MEHREN, Battle of Forms, s. 276; BEN-SHARAR, s. 9, dn. 24; GABRIEL, Battle of Forms, s. 1058; RÜHL, s. 196; MURRAY, s. 42.

101 Öğretide CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak yoğun tartışmalar mevcut olmakla birlikte, bu tartışmaların standart sözleşme hükümlerinin çatışmasının pratik önemini oldukça aşan bir seviyede olduğu da dile getirilmektedir. SCHROETER, CISG, Art. 19, N. 34; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 242.

102 von HUBER Ulrich, "Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, 43. Jahrg., Heft: 3, 1979, s. 413. Bu görüş öğretide haklı biçimde eleştirilmektedir. Nitekim CISG art. 4, sözleşme hükümlerinin kamu düzenine aykırılığı, sosyal ve ekonomik düzene aykırılığı gibi sözleşme hükümlerinin veya teamüllerinin geçerliliğini etkileyebilecek durumları düzenlemektedir. MOCCIA Christine, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the "Battle of the Forms"", **Fordham International Law Journal**, Vol. 13, 1989/1990, s. 678. Bu durumların aksine standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki problemi, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir problemdir. Öğretide de bu problemin CISG kapsamında ele alınacağına ilişkin genel bir kabul mevcuttur. CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 3.3; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 237; VISCASILLAS, s. 138; STEENSGAARD, s. 19.

103 Bu görüşü kabul eden bir mahkeme kararına göre, sözleşme taraflar arasında ilk ibraz edilen standart sözleşme hükmü temelinde kurulacaktır. ICT v. Princen Automatisering Oss, Netherlands Appellate Court's-Hertogenbosch 19.11.1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961119n1.html>; FEJÖS, Formation of Contracts, s. 29; Öğretide bu yaklaşımın CISG

son atış kuralının uygulanması gerektiğini<sup>104</sup>; ağırlıklı görüş olarak kabul edilebilecek son görüş ise nakavt kuralının uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>105</sup>.

Bu görüş, uygulamaya dikkat çekerek CISG'de benimsenen son atış kuralının standart sözleşme hükümlerinin çatışması bakımından neredeyse hiç uygulama alanı olmadığını ve pratikte çoğu zaman standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına rağmen sözleşmenin kurulmuş olacağını belirtmektedir<sup>106</sup>.

ilkelerine uygun, adil ve pratik bir yaklaşım olmadığı belirtilmektedir. SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 258; STEENSGAARD, s. 7.

104 Bu görüş, CISG'de sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak belirli istisnalar ile birlikte geleneksel aynadaki görüntü kuralının benimsendiğinden bahisle bu kuralın standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde de söz konusu olacağını kabul etmektedir. Öyle ki, bu görüşteki yazarlardan bazıları, nakavt kuralının son atış kuralına nazaran daha adil bir kural olduğunu kabul etmekle birlikte son atış kuralının CISG'de kabul edilen kural olması ve yeknesak uygulamanın da göz önünde bulundurulması gerekçesiyle bu kuralın tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedirler. STEENSGAARD, s. 35; BEN-SHARAR, s. 9. CISG metninin düzenlenmesine ilişkin çalışmalarda standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinin düzenlenmesi gerekip gerekmediği tartışılmış ve art.19'un bu problemin çözümü için de yeterli olacağı belirtilmiştir. SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 241. CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda son atış kuralının uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, çatışan standart sözleşme hükümleri birbirlerinden esaslı olacak derecede değişiklik arz etmiyorlar ise sözleşme son olarak gönderilen standart sözleşmedeki değişiklikler çerçevesinde kurulmuş olacaktır. Bununla birlikte çatışan standart sözleşme hükümleri birbirlerinden esaslı derecede değişiklik arz ediyorsa, ancak son olarak gönderilen standart sözleşme hükümlerindeki değişikliklerin karşı tarafça açıkça kabul edilmesi veya bu hükümlere uygun bir şekilde ifade bulunulması durumunda sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilecektir. FARNSWORTH E. Allan, "Article 19", **Commentary on the International Sales Law**, (Ed. BIANCA Massimo/BONELL M. Joachim), Milan, 1987, N. 2.5; ENDERLEIN Fritz/MASKOW Dietrich, **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : Commentary**, New York, 1992, s. 99; KELSO J. Clark, "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Contract Formation and the Battle of Forms", **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 21, 1982/83, s. 555, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kelso.html>; STEENSGAARD, s. 32 vd.; VISCASILLAS, s. 148; BEN-SHARAR, s. 9; MURRAY, s. 41; GABRIEL, Battle of Forms, s. 1062; RÜHL, s. 196. CISG kapsamında son atış kuralının uygulanması gerektiğini art. 8 (3)'e dayandıran mahkeme kararlarına da rastlamak mümkündür. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 151; Filanto, S.p.A. v. Chilewich International Corp., United States District Court for the Southern District of New York, 1992, 789 F. Supp. 1229.

105 Bu görüşü savunan yazarlardan bir kısmı, pratikte genellikle alıcının satın alma teklifine karşılık satıcının kabul beyanı ile sözleşmelerin kurulduğundan ve satıcının son atışı gerçekleştirdiğinden bahisle, art. 19 (1)'de benimsenen son atış kuralının genellikle satıcı lehine sonuçlar doğurduğunu belirtmektedirler. FARNSWORTH, art. 19, N. 2.5. Diğer yazarlar ise, özellikle tipik bazı durumlarda alıcıların teklifte bulunmaları için satıcılara çağrıda bulunarak, satıcıların teklifi üzerine kabul beyanında bulduklarından bahisle bu şekilde bir genellemenin yapılamayacağından bahsetmişlerdir. ENDERLEIN/MASKOW, s. 99; Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply Inc., United States Federal District Court Pennsylvania, 25.07.2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>; Appellate Court Koblenz, 04.10.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021004g1.html>; Appellate Court München, 11.03.1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>; Appellate Court Köln, 24.05.2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>.

106 Uygulamada tarafların çoğunlukla standart sözleşme hükümlerinin çatışmasını sözleşmenin kurulması önünde bir engel olarak görmedikleri gözlemlenmektedir. Nitekim taraflar çoğu zaman standart sözleşme hükümlerini okumadan sözleşme ilişkisi içerisine girmektedirler. Tarafların sözleşmenin kurulduğu yönünde hareket etmelerine rağmen standart sözleşme hükümlerinin çatışması nedeniyle sözleşmenin kurulmadığını söylemek taraf iradelerine önemli hukuki sonuçlar bağlayan CISG'in genel ilkelerine uygun olmayacaktır. Bununla birlikte taraf iradeleri, standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinin sözleşmenin kurulması önünde engel teşkil edeceği yönünde ise standart sözleşme hükümlerinin çatışmasında CISG art. 19 uygulanarak çözüme gidileceği söylenebilecektir. Bu durumda kabul beyanındaki değişiklikler önerinin şartlarını esaslı olarak değiştirmiyorsa, sözleşme kabul beyanında bulunan değişiklikler ile birlikte kurulmuş sayılacaktır. Bu tür durumlar özellikle standart sözleşme hükümlerinin taraflar arasında mübadele edilmiş, ancak herhangi bir ifa hareketinde bulunulmamış olunan zamanlarda ortaya çıkacaktır. Ancak bu tarz durumlara ticari uygulamalarda rastlamak neredeyse imkansızdır. Nitekim, standart sözleşme hükümlerinin kapsamı



Söz konusu görüş çerçevesinde standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına rağmen sözleşmenin kurulmuş sayılacağı ilk hal, tarafların aralarında sözlü bir biçimde sözleşmeyi kurduktan sonra birbirlerine standart sözleşme hükümlerini, sipariş ve teyit formları ile iletmeleri halidir. Bu durumda sözleşme halihazırda sözlü olarak geçerli bir biçimde kurulmuş olacak ve bundan sonra tarafların birbirlerine standart sözleşme hükümlerini iletmeleri sözleşmeyi kurmaya değil, değiştirmeye yönelik bir işlem sayılacaktır<sup>107</sup>.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına rağmen sözleşmenin kurulmuş olacağı ikinci hal ise tarafların CISG art. 6'ya uygun biçimde art. 19'un uygulanmasından vazgeçmeleri, maddenin uygulanmasına istisna getirmeleri veya hükmün doğurabileceği etkileri değiştirmeleri halidir<sup>108</sup>. Taraflar bunu açıkça kararlaştırabilecekleri gibi, örtülü olarak da art. 19'un uygulanmasından vazgeçebileceklerdir<sup>109</sup>. Tarafların standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde art. 19'un uygulanmasından örtülü olarak vazgeçmeleri art. 9 (1) kapsamında tarafların arasında yerleşmiş olan teamüller yoluyla olabileceği gibi, art. 8 kapsamında tarafların beyan ve davranışlarının yorumlanması ile de ortaya çıkabilecektir<sup>110</sup>.

Katıldığımız görüş ve bu görüşe paralel olan CISG Danışma Kurulu'nun görüşü uyarınca, sözleşmenin kurulduğu tespit edildikten sonra, sözleşme hükümleri belirlenirken nakavt kuralının uygulanması gerekecektir<sup>111</sup>. Buna göre, tarafların birbiri ile çatışan standart sözleşme hükümleri

tarafların dikkatini ancak sözleşmenin ifasında bir sorun ortaya çıkması halinde çekmektedir. SCHROETER, CISG, art. 19, N. 39, 47; STEMP, s. 263; STEENSGAARD, s. 29; EISELEN/BERGENTHAL, s. 227; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 258, 263; von MEHREN, Battle of Forms, s. 277; BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, e.t.: (28.11.2018).

107 Bu durumda gönderilen standart sözleşme hükümleri CISG art. 29 (1) kapsamında ele alınacaktır. Nitekim CISG art. 11'de satım sözleşmesinin kurulması veya ispatının herhangi bir yazılı şekle bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca sözleşmenin sözlü bir şekilde kurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. CISG-AC, Opn. 13 Eiselen, Rule 4; SCHROETER, CISG, art. 19, N. 40; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 259-260.

108 BÜYÜKSAĞIŞ, s. 155; EISELEN/BERGENTHAL, s. 224-225; SCHROETER, CISG, art. 19, N. 41; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 260 vd.

109 SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 260.

110 BÜYÜKSAĞIŞ, s. 155; EISELEN/BERGENTHAL, s. 225-226.

111 CISG kapsamında standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin olarak birçok farklı görüşün ve mahkeme kararının mevcut olması sebebiyle standart sözleşme hükümlerinin çatışması hususunun nasıl çözümlenmesi gerektiği 20 Ocak 2013 tarihli CISG Danışma Kurulu toplantısında ele alınmıştır. CISG Danışma Kurulu tarafından hazırlanan 13 numaralı görüş yazısında nakavt kuralına yer verilmiştir. CISG-AC, Opn. No. 13, Rule 10; *"Her iki tarafın da kendi genel işlem koşullarını sözleşmeye dahil etmek istemesi ve genel işlem koşulları dışında kalan hususlarda anlaşmaya varılmış olması durumunda, sözleşme, pazarlık konusu edilmiş hükümlerden ve içeriği örtüşen genel işlem koşullarından oluşacak şekilde kurulmuş kabul edilir. Meğerki taraflardan biri sözleşmenin bu şekilde kurulmasına henüz sözleşme kurulmadan veya sözleşmenin kurulmasından sonra makul bir süre içinde itiraz etmiş olsun"*. Öncelikle standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminin CISG kapsamında sözleşmenin kurulması ve taraf iradelerinin yorumlanmasına ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gereken bir problem olduğu ve bu problemin iç hukuka gidilerek çözümlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Son atış kuralının uygulanmasının art. 19'un lafzı ile uyumlu olduğu ancak bu kuralın çoğu zaman adil olmayan, kazuistik ve tarafların öngöremeyeceği sonuçlara yol açacağından bahisle taraf iradeleri ve uluslararası ticari ilişkilerle daha uyumlu olan ve sınır ötesi ticaret bakımından kabul edilebilir sonuçlara yol açan nakavt kuralının uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Nakavt kuralının tercih edilmesinin hukuki gerekçesi bakımından sözleşmenin kurulmasında taraf iradelerini ön plana koyan, öğretide *"süt tozu davası (powdered milk case)"* olarak adlandırılan davada mahkemenin vermiş olduğu karara atf yapılmıştır. Bu kararda Alman Federal Mahkemesi, tarafların sözleşmeyi ifa ederek standart sözleşme hükümlerinin çatışmasının sözleşmenin kurulmasına engel teşkil

birbirini hükümsüz kılacak ve sözleşme tarafların üzerinde anlaştıkları hükümler, birbirleri ile çatışmayan standart sözleşme hükümleri ve çatışan hükümlerin oluşturduğu boşluğu art. 7 (2) kapsamında dolduran CISG kuralları veya bu kurallar mevcut değilse, uygulanması gereken yerel hukuka göre belirlenen hükümler kapsamında kurulmuş olacaktır<sup>112</sup>. Taraflar standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde nakavt kuralının uygulanmasını istemiyorlar ise önceden ve açık bir şekilde kendi standart sözleşme hükümleri dışındaki hükümlerle bağlı olmak istemediklerini karşı tarafa bildirmek durumundadırlar. Standart sözleşme hükümlerinin içerisinde yer alacak bu yönde bir bildirim, tarafın kendi hükümleri haricindeki hükümlerle bağlı olmama iradesini göstermesi için tek başına yeterli değildir<sup>113</sup>. Uygun şekilde yapılmış bir bildirim söz konusu ise bu durumda nakavt kuralının uygulanmasından bahsedilemeyecektir. Taraflardan birinin bu yöndeki bildirimine rağmen karşı taraf sözleşmeyi ifa ederse, bildirimde bulunan tarafın hükümlerini kabul ettiği sonucuna varılacak ve sözleşme bildirimde bulunan tarafın hükümleri çerçevesinde kurulacaktır. Bu durumda hangi tarafın defansif kloz kullandığına bağlı olarak ilk atış veya son atış kuralı uygulanma alanı bulmuş olacaktır<sup>114</sup>. Ayrıca tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde bulunan hükümler arasında bir çatışma söz konusu olursa tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler uygulanacaktır<sup>115</sup>.

#### D. PICC

UNIDROIT İlkelerinde standart sözleşme hükümleri, sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel hükümlerden sonra art. 2.1.19 ve 2.1.22 arasında düzenlenmiştir. Genel hükümlerde sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak aynadaki görüntü kuralı istisnası ile kabul edilmekle beraber<sup>116</sup>, özel olarak

etmeyeceği yönünde iradelerini ortaya koyduklarını ve bu sebeple art. 19 çerçevesinde sözleşmenin kurulmadığının öne sürülemeyeceğini belirtmiştir. Sözleşme hükümlerinin tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde birbiri ile çatışmayan hükümlerden oluşacağı ve çatışan hükümlerin yerlerinin CISG'deki genel hükümler çerçevesinde doldurulacağı belirtilmiştir. Hükümlerin çatışma halinde bulunup bulunmadığı belirlenirken tek tek hüküm bazında değerlendirme yapılmasının uygun olmadığı ve hükümlerin bir bütün halinde değerlendirilerek çatışmanın var olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 1, 10.7, 10.8; EISELEN/BERGENTHAL, s. 221, 226; BGH, VIII ZR 304/00, 09.01.2002, NJW, 2002, s. 1651 vd., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>, e.t.: (28.11.2018).

112 SCHROETER, CISG, art. 19, N. 49; SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler, s. 264; EISELEN/BERGENTHAL, s. 225, 227.

113 CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 10.8; ayrıca bkz. PICC, art 2.1.22, Comment 3; PECL, art. 2:209.

114 Standart sözleşme hükümlerinin kendilerine özgü yapısına bakıldığı zaman böyle bir durumda tekrar CISG art. 19'daki genel kurala gidilemeyecektir. Nitekim danışma kurulu kararında açıkça standart sözleşme hükümlerinin çatışmasına ilişkin farklı bir çözüm yolu benimsenmiştir. Bu durumda en makul yöntem danışma kurulunun kararıyla paralellik arz eden uluslararası düzenlemelerde benimsenen çözüm yolunun uygulanması olacaktır.

115 CISG-AC, Opn. 13, Eiselen, Rule 8.

116 Bu istisna, CISG'de de sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak mevcut olduğu üzere kabul beyanındaki esaslı olmayan değişiklikler açısından mevcuttur. Buna göre, son atış kuralı uyarınca kural olarak öneriden farklılaşan kabule yönelik bir beyan önerinin reddi olup karşı öneri oluşturacaktır. Ancak öneridekilerden farklı veya öneride yer alanlara ek hükümler içeren kabule yönelik beyan, öneriyi esaslı şekilde değiştirmiyorsa, kabul sayılır ve sözleşme kabul sayılan beyandaki değişiklikleri içerir biçimde kurulur. Bununla birlikte önerinin kabulüne yönelik beyan, öneriyi esaslı şekilde değiştirmese dahi, öneride bulunan gecikmeksizin bu değişiklikleri kabul etmediğini belirtirse sözleşme kurulmayacaktır. PICC, art. 2.1.11. hükmünün gerekçesinde, esaslı değişiklik teşkil edecek değişikliklerin kesin bir şekilde belirtilmesinin mümkün olmadığı ve somut olay bazında değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Fiyata, ödeme türüne, sözleşme konusu



düzenlenen standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda nakavt kuralı kabul edilmiştir<sup>117</sup>. Bununla birlikte, bir tarafın kendi standart sözleşme hükümleri kapsamında kurulmayacak olan bir sözleşme ile bağlı kalmak istemediğine yönelik iradesini önceden veya gecikmeksizin sonradan karşı tarafa açıkça bildirmesi durumunda nakavt kuralı uygulama alanı bulmayacak ve bu durumda son atış kuralı uygulanabilecektir<sup>118</sup>.

Gereğede hangi hallerde açıkça bildirimden söz edilebileceğinin kesin bir şekilde tanımlanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra madde kapsamında açıkça yapılan bir bildirimden bahsedilebilmesi için bildirimde bulunan tarafın öneri veya kabul beyanında bu hususa ilişkin olarak karşı tarafa özel bir bildirimde bulunmasının gerekli olduğu da ifade edilmiştir. Standart sözleşme hükümlerinin içerisinde bulunacak bu yönde bir bildirim (defansif klozun), nakavt kuralının uygulanmaması için yeterli olmayacağı ifade edilmiştir<sup>119</sup>.

Sözleşmenin kurulduğu tespit edildikten sonra, sözleşme içeriğinin belirlenmesi aşamasına geçilecektir. Buna göre sözleşme, tarafların üzerinde anlaştıkları esaslı hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde bulunan ortak hükümlerden oluşacaktır. Birbirleriyle çatışan hükümler nakavt kuralı uyarınca, sözleşme içeriğine dahil edilmeyecektir<sup>120</sup>.

Bununla birlikte taraflardan birisi yalnızca kendi standart sözleşme hükümleri çerçevesinde kurulacak bir sözleşme ile bağlı olmak istediğini karşı tarafa uygun bir şekilde bildirmişse, bu

---

malların teslim yeri ve teslim zamanına, tarafların sorumluluklarının kapsamına ve sözleşmeden doğan uyumsuzlukların çözüm yerine ilişkin düzenlemelerin esaslı değişiklik oluşturabilecekleri aksi kararlaştırılabilir bir şekilde örneksene yoluyla sayılmıştır. PICC, art. 2.1.11, Comment 2.

117 PICC art. 2.1.21: “İki taraf da standart sözleşme hükümleri kullanmış ve bu hükümler dışında anlaşmaya varmışlarsa, taraflardan birisi böyle bir sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini önceden veya gecikmeksizin sonradan karşı tarafa açıkça bildirmedeği sürece, sözleşme, üzerinde karşılıklı olarak anlaşılan hükümler ve içeriği ortak olan standart sözleşme hükümleri çerçevesinde kurulmuş sayılır”. FEJÖS Andrea, Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 11, No. 1, 2007, s. 125; MURRAY, s. 44; VISCASILLAS, s. 132.

118 PICC, art. 2.1.22, Comment 3; FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 126-27; VISCASILLAS, s. 132.

119 PICC, art. 2.1.22, Comment 3; RÜHL, s. 208; FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 127; VISCASILLAS, s. 132; MURRAY, s. 44. Bununla birlikte öğretilerdeki bir görüşe göre, bu düzenleme UNIDROIT ve dolayısıyla PECL’in zaafı bir noktasını teşkil etmektedir. Nitekim, pratikte taraflar kendi sözleşme hükümleri haricindeki hükümlerle bağlı kalmak istemediklerine yönelik bildirimlerini çoğu zaman standart sözleşme hükümlerinden ayrı olarak yapmaktadırlar. Bu durumda da sözleşme ifa edilmiş olsa dahi sözleşmenin kurulmamış sayıldığı savunmasının öne sürülebilecek olması sakıncası meydana gelecektir. SCHLECHTRIEM Peter, “Battle of the Forms in International Contract Law, Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration”, *Festschrift für Rolf Herber zum 70. Geburtstag*, (Ed. THUME Karl-Heinz), (Transl. EIMER Martin), Luchterhand, 1999, s. 36-49, [https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem5.html#ps\\*](https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem5.html#ps*), e.t.: (11.12.2018). Ancak kanaatimizce tarafların kendi sözleşme hükümleri haricinde hükümlerle bağlı kalmak istemediklerine yönelik geçerli bir bildirim olması durumunda karşılıklı beyanların öneri ve karşı öneri oluşturacak olması ve ifayı yapan tarafın karşı tarafın hükümlerini kabul etmiş sayılması böyle bir sakıncanın önüne geçecektir. Bu durumda sözleşme geçerli bir şekilde kurulmuş olacağından, taraflar ifaya rağmen sözleşmenin kurulmamış olduğunu ileri sürmeyeceklerdir.

120 Bununla birlikte öğretilerde birbiriyle çatışma halinde olmasa dahi öneri veya kabul beyanından değişiklik arz eden hükümlerin de sözleşme içeriğine dahil edilemeyecekleri belirtilmektedir. Ancak bu görüşe göre, bu hükümlerden esaslı değişiklik içermeyenler sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kural uyarınca sözleşmenin içeriğine dahil olacaktırlar. VISCASILLAS, s. 134.

durumda artık nakavt kuralının uygulanmasından söz edilemeyecektir. Taraflardan birisinin bu yönde bildirimine rağmen karşı taraf sözleşmeyi ifa ederse, bildirimde bulunan tarafın hükümlerini kabul ettiği sonucuna varılacak ve sözleşme bildirimde bulunan tarafın hükümleri çerçevesinde kurulacaktır. Bu durumda hangi tarafın defansif kloz kullandığına bağlı olarak ilk atış veya son atış kuralı uygulanma alanı bulacaktır.<sup>121</sup>

Bir standart sözleşme hükmü ile standart sözleşme hükümleri içerisinde olmayan bir hükmün çatışması halinde, ikinci hükmün sözleşmenin içeriğine dahil olacağı da İlkelerde açıkça düzenlenmiştir<sup>122</sup>.

Sözleşmenin tarafının makul olarak standart sözleşme hükümlerinde bulunmasını bekleyemeyeceği hükümler sözleşmenin içeriğine dahil olmayacaktır<sup>123</sup>. Standart sözleşme hükümlerinin yorumlanması da bu hükümlerin yapısı ve amacı göz önünde bulundurularak ortalama bir standart sözleşme hükmü kullanıcısının bu hükümleri kullanmaktan makul beklentileri çerçevesinde gerçekleştirilecektir<sup>124</sup>.

Bununla birlikte birbiriyle çatıştığı için nakavt edilen sözleşme hükümleri nedeniyle oluşan boşluğun ne şekilde doldurulması gerektiği UNIDROIT İlkelerinde düzenlenmemiştir<sup>125</sup>. Öğretide bu boşluğun UNIDROIT İlkelerindeki hükümler veya somut olaya uygulanabilir ulusal hukuka göre doldurulabileceği belirtilmektedir<sup>126</sup>.

121 Defansif klozu öneride bulunan kullanmışsa ve bunun akabinde karşı taraf ifada bulunmuşsa, sözleşme önerideki hükümler çerçevesinde kurulmuş olacak, yani ilk atış kuralı uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, kabule yönelik beyanda da defansif kloz mevcut ise bu beyan karşı öneri niteliğinde olacak ve akabinde ilk öneride bulunan sözleşmeyi ifa ederse karşı öneriyi kabul etmiş sayılacaktır. Bu durumda da son atış kuralının uygulama alanı bulacağından bahsedilebilecektir. CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4; FEJÖS, A Uniform Solution?, s. 128

122 Art. 2.1.21: “Bir standart sözleşme hükmü ile standart sözleşme hükmü olmayan bir hükmün çatışması durumunda ikincisi geçerli olur”. Bu düzenlemenin altında yatan mantık gerekçede açıklandığı üzere; taraflardan birisi veya üçüncü bir kişi tarafından önceden hazırlanmış olan ve tarafların karşılıklı olarak üzerinde istişare etmedikleri standart sözleşme hükümleri karşısında, tarafların üzerinde ortaklaşa olarak istişare edip anlaştıkları hükümlerin, taraf iradelerini daha çok yansıtmadır. PICC, art. 2.1.21, Comment 1; VISCASILLAS, s. 134-135.

123 UNIDROIT İlkelerinde bu tarz hükümler, şartıcı hükümler başlığı altında art. 2.1.20’de tanımlanmıştır. Bir hükmün şartıcı hüküm sayılıp sayılmayacağına ilişkin kriterler aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, bir hükmün şartıcı hüküm niteliğinde olup olmadığı hükmün içeriği, dili ve sunuluş şekli göz önüne alınarak belirlenecektir. Sözleşmenin tarafı ile aynı durumda bulunan makul bir kimsenin somut olayda standart sözleşme hükümlerinde bulunmasını beklemeyeceği bir hüküm kullanılmışsa bu hüküm şartıcı hüküm olarak değerlendirilecek ve sözleşme içeriğine dahil edilmeyecektir. Bir hükmün içeriğinin olağandışı olup olmadığına tespitinde, sözleşmenin konusu olan ticari işlemlerde genel olarak kullanılan standart sözleşme hükümleri ve taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri dikkate alınacaktır. Ayrıca hükmün ifa ediliş tarzı, anlaşılmasının güç olması, yazım şekli gibi hususlar da hükmün şartıcı hüküm olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda yol gösterici olacaktır. PICC, Art. 2.1.20, Comment 1,2,3; VISCASILLAS, s. 135; MURRAY, s. 43.

124 Standart sözleşme hükümleri yorumlanırken taraf iradelerinin yorumlanmasına ilişkin PICC Art. 4.1’deki genel kural uygulama alanı bulmayacaktır. Bu kapsamda kişi bakımından kriter, ortalama bir standart sözleşme hükmü kullanıcısı olacak ve somut olaydaki tarafların beklentileri veya somut olaydaki tarafların yerinde olacak makul bir kişinin beklentileri değerlendirmede esas teşkil etmeyecektir. Bkz. PICC Art. 4.1 Comment 4.

125 RÜHL, s. 208.

126 SCHLECHTRIEM, Battle of Forms in International Contract Law, s. 42.

## E. PECL

PECL'da sözleşmenin kurulması ve standart sözleşme hükümlerinin çatışması durumu UNIDROIT İlkelerine paralel şekilde düzenlenmiştir<sup>127</sup>. UNIDROIT İlkelerinde olduğu üzere PECL'da da sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak genel hükümlerde, aynadaki görüntü kuralının istisnası ile birlikte kabul edilmişken<sup>128</sup>; standart sözleşme hükümlerinin çatışması hali ayrıca ve açıkça düzenlenmiş ve standart sözleşme hükümlerinin çatışması hukuki probleminin çözümü bakımından nakavt kuralı kabul edilmiştir<sup>129</sup>.

PECL art. 2:209'a göre, taraflar standart sözleşme hükümleri dışında anlaşmaya varmışlar ise çatışan standart sözleşme hükümleri ortadan kalkacak ve sözleşme, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları bireysel ve standart sözleşme hükümleri temelinde kurulmuş olacaktır. Bu durumda UCC'den farklı olarak, sözleşmenin kurulması için tarafların standart sözleşme hükümleri dışında anlaşmaya varmaları yeterli olmakta, ayrıca tarafların sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerini yerine getirmelerine gerek bulunmamaktadır<sup>130</sup>. Taraflar böyle bir sözleşme ile bağlı kalmak istemiyorlar ise bu yönde bir bildirim önceden veya gecikmesizin sonradan açık bir şekilde karşı tarafa yapmalıdırlar<sup>131</sup>. Bu yönde bir bildirim, standart sözleşme hükümleri vasıtasıyla yapılamaz<sup>132</sup>. UNIDROIT İlkelerine benzer şekilde taraflardan birinin kendi sunduğu hükümler dışındaki hükümler ile bağlı kalmak istemediğine ilişkin uygun bildiriminden sonra, artık nakavt kuralının uygulanmasından söz edilemeyecektir. Bu durumda defansif kloz kullanan tarafa bağlı olarak ilk atış veya son atış kuralı uygulama alanı bulacaktır<sup>133</sup>.

UNIDROIT İlkelerinde olduğu gibi, çatışan standart sözleşme hükümlerinin nakavt edilmesi sonucu oluşan boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin bir düzenleme PECL'da da yer almamaktadır<sup>134</sup>. Öğretide bu boşluğun yedek hukuk kuralları uyarınca doldurulacağı belirtilmiştir<sup>135</sup>.

127 LANDO Ole, "Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code", **The Rules of European Contract Law, Working Paper**, Legal Affairs Series, JURI 103 EN, Luxembourg, 1999, s. 129.

128 PECL, art. 2:208; UNIDROIT İlkelerinde olduğu üzere PECL'da da sözleşmenin kurulmasına ilişkin genel kural olan aynadaki görüntü kuralının istisnasını esaslı olmayan değişiklikler teşkil etmektedir. Bu düzenlemeye göre kabule yönelik beyanda bulunan ve öneriden farklılık arz eden hükümlerin esaslı değişiklik içermemeleri durumunda sözleşme bu beyandaki değişikliklerle birlikte kurulmuş olacaktır. Ancak öneride bulunan, sözleşmenin yalnızca önerideki hükümler çerçevesinde kurulabileceğini belirtmişse veya kabule yönelik beyandaki esaslı olmayan değişiklikleri kabul etmediğini gecikmeksizin karşı tarafa bildirmişse veyahut kabul beyanında bulunan taraf, kabul iradesini öneride bulunanın kabul beyanındaki değişikliklere rıza göstermesi şartına bağlamış ve öneride bulunan gerekli rızayı gösterdiğini makul sürede karşı tarafa bildirmemişse, kabule yönelik beyandaki değişiklikler veya eklemeler öneriyi esaslı olarak değiştirmese dahi sözleşme kurulmayacaktır.

129 FEJÓS, A Uniform Solution?, s. 128; CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.; RÜHL, s. 208.

130 CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

131 Bu şekilde çatışan hükümlerin olması halinde sözleşmesel ilişkiye girmek istemeyecek olan tarafların bu yöndeki iradeleri üstün tutulmaktadır. CHRISTANDL, art. 2:209, N. 6; RÜHL, s. 208-209.

132 UNIDROIT İlkelerine göre de nakavt kuralının uygulanmaması bakımından standart sözleşme hükümleri vasıtasıyla yapılacak bir bildirim kabul edilmemektedir. Bu durum UNIDROIT İlkelerinin gerekçesinde ifade edilmişken PECL'da açıkça düzenlenmiştir. RÜHL, s. 209; FEJÓS, A Uniform Solution?, s. 128; CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

133 CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

134 RÜHL, s. 209.

135 CHRISTANDL, art. 2:209, N. 4.

## F. TÜRK HUKUKU

TBK açısından standart sözleşme hükümlerine ilişkin düzenlemeler m. 20-25 arasında genel işlem koşulları başlığı altında düzenlenmiştir<sup>136</sup>. Söz konusu maddelere baktığımızda, sözleşme taraflarının kendi genel işlem koşullarına atıf yapması ve bu koşulların birbiriyle çatışması halinde nasıl bir hukuki sonucun ortaya çıkacağı ve ortaya çıkan bu hukuki sorunun ne şekilde çözüme kavuşturulacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>137</sup>. Bu sorunun çözümü için cevaplanması gereken iki soru vardır. Öncelikle sözleşme taraflarının atıf yapmış oldukları kendi genel işlem koşullarının birbiriyle uyuşmaması halinde TBK kapsamında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilecek midir? İkinci olarak, taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş olduğu bir durumda genel işlem koşullarında yer alan birbiriyle çatışan hükümler açısından bir ihtilaf söz konusu olduğu takdirde, hangi tarafın genel işlem koşulları uygulama alanı bulacaktır?

İlk sorumuzun cevabı, diğer bir deyişle sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeler TBK m. 1 ve 2 de yer almaktadır. TBK m. 1/I uyarınca, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı olarak birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekmektedir. Diğer bir deyişle tarafların karşılıklı ve içerik olarak birbirine uygun irade beyanları, sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturmaktadır<sup>138</sup>.

O halde bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için irade beyanlarının karşılıklı olması gerekmektedir. Karşılıklılık ilişkisi içerisinde yer alan bu irade açıklamalarından, sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve zaman itibarıyla önce gerçekleştirilen beyana öneri, öneriye uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesini sağlayan ve zaman itibarıyla daha sonra gerçekleştirilen beyana ise kabul adı verilir<sup>139</sup>.

136 Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk Hukuku açısından bakıldığında bir terim birliğinden söz etmek mümkün gözükmemektedir. TBK'da standart sözleşme kavramına yer verilmemiştir. Genel işlem koşullarıyla ilgili düzenlemeler yalnızca standart sözleşmelerin içeriğinde yer alan genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlere ilişkindir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AYDOĞDU, N. 58. Standart sözleşme hükümlerini, “*hazırlayan*” tarafından gelecekte belirsiz sayıda kurulacak olan, şekil ve içerik yönünden birbirine benzer hukuki işlemlere yönelik tek taraflı hazırlanarak “*karşı taraf*”a sunulan ve önceden formüle edilmiş şart ve koşullar şeklinde tanımlamıştık. Burada standart sözleşme hükümleri olarak ifade ettiğimiz kavram TBK açısından genel işlem koşullarını karşılamaktadır. Bir anlam kargaşasına yer vermemek adına çalışmamızın bu aşamasından sonra, çalışmamın başından itibaren kullandığımız uluslararası bir terim olan “*standart sözleşme hükümleri*” yerine bu kavramın Türk Hukuku’ndaki yansıması olan “*genel işlem koşulları*” kavramına yer verilecektir.

137 Farklı bir inceleme konusu olarak Türk Hukukunda hukuk seçimi anlaşmasına ilişkin genel işlem şartlarının çatışması sorunu ve çözümü hakkında detaylı bilgi almak için bkz. YILMAZ, s. 502 vd.

138 GÖNENSAY A. Samim, **Borçlar Hukuku, Birinci Cilt**, İstanbul, 1948, s. 31; von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2**, (Çev: EDEGE Cevat) Ankara, 1983, s. 175; YAVUZ Cevdet, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın ‘Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri’ne İlişkin Düzenlemesinin (m. 1-48) Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Cilt II, İstanbul, 2007, s. 2037; KOSTKIEWICZ Jolanta Kren, OFK – **Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. KOSTKIEWICZ J. Kren/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland), Zürich, 2016, OR 1, N. 1; FEYZİOĞLU, s. 65; OĞUZMAN/ÖZ, N. 171; EREN, s. 242; ANTALYA, s. 224; NOMER, **Borçlar Hukuku**, N. 19; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 470; SEROZAN, TBK 1, N. 44; CHK-KUT, OR 1, N. 3.

139 HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2017, §4, N. 11; GÖNENSAY, s. 31; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, §18, N. 1; OĞUZMAN/ÖZ, N. 237; EREN, s. 258; ANTALYA, s. 239, 265; SEROZAN, TBK 1, N. 31, 38; AKSOY-DURUN, s. 27; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 11, 12, 13; CHK-KUT, OR 1, N. 33, 35. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. SAĞLAM İpek, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler**, (Ed. SEROZAN Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018, TBK 3.

Sözleşmenin kurulabilmesi için aranılan diğer unsur ise karşılıklı irade beyanlarının içerik olarak birbirleriyle örtüşüyor olmasıdır. Tarafların irade beyanları arasındaki örtüşme, “uygunluk”, “uyuşma” veya “uzlaşma” olarak adlandırılmaktadır. Uygunluk ya “gerçek (tabii) uygunluk” ya da “hukuki (normatif) uygunluk” şeklinde gerçekleşebilir<sup>140</sup>. İrade beyanları arasındaki uygunluğun var olduğunun kabulü için gerekli uyuşmanın kapsamı ise TBK m. 2/I’de düzenlenmiştir<sup>141</sup>.

Bir sözleşmenin kurulmuş olduğunun kabul edilebilmesi için gereken uyuşmanın kapsamı hakkında öğretide yer alan görüşlere yer vermeden önce sözleşmenin esaslı noktaları ile yan noktaları ve uyuşmazlık kavramları hakkında kısa bir açıklamanın konunun anlaşılabilmesi adına doğru olacağını düşünmekteyiz.

Sözleşmenin esaslı noktaları, objektif esaslı noktalar ve sübjektif esaslı noktalardan oluşmaktadır<sup>142</sup>. Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin oluşması için tarafların mutlak surette anlaşmaya varmak zorunda olduğu ve bu noktalar olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmayacağı, sözleşmenin tipini belirleyen zorunlu noktalardır<sup>143</sup>. Sübjektif esaslı noktalar ise tarafların attığı önem neticesinde objektif noktaların dışında kalan, ikinci derecedeki yan noktalardan sözleşmenin zorunlu koşulu haline getirdiği noktalardır. Diğer bir deyişle, sübjektif esaslı noktalar bir tarafın karşı tarafa açık şekilde bunların kendisi için olmazsa olmaz nitelikte olduğunu bildirdiği yan noktalardır<sup>144</sup>. Sözleşmenin yan noktaları ise objektif ve sübjektif yönden esaslı olmayan noktalardır. Sözleşmenin yan noktaları da objektif yan noktalar ve sübjektif yan noktalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Objektif yan noktalar, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların üzerinde hiç durmadıkları kanun icabı noktalardır. Sübjektif yan noktalar ise tarafların sözleşme müzakereleri sırasında üzerinde durdukları ancak anlaşamayacaklarını anlamaları üzerine bundan vazgeçtikleri ya da o an için anlaşamamasalar da ileride anlaşmak üzere saklı tuttukları noktalardır<sup>145</sup>.

140 von TUHR, s. 184; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 1; EREN, s. 244; ANTALYA, s. 224; HATEMİ/GÖKYAYLA, §4, N. 7; SEROZAN, TBK 1, N. 44; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 565; CHK-KUT, OR 1, N. 24, 25.

141 TBK m. 2/I, “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır”.

142 Genel işlem koşulları hukuki nitelikleri itibarıyla sözleşme hükümleridir. Öğretide bir görüş, bu sözleşme hükümlerinin yalnızca yan noktalardan oluşabileceğini, tarafların asli edim yükümlülüklerinin, sözleşmenin tip ve niteliğine ilişkin hükümlerin bir tarafça önceden hazırlanıp müzakere edilmeksizin sözleşmeye konulamayacağını dolayısıyla esaslı noktaların genel işlem koşulu olarak düzenlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir. EREN, s. 225. Diğer bir görüşe göre ise, genel işlem koşullarında yan noktalarla birlikte tarafların objektif ve sübjektif esaslı nokta haline getirdikleri hususlar da kararlaştırılabilir. Ancak objektif esaslı noktalar içerik denetimine tabi olmazken, sübjektif esaslı noktalar bu denetime tabi olacaktır. AYDOĞDU, N. 78. Kanaatimizce sübjektif esaslı noktalara ve yan noktalara genel işlem koşullarında yer verilebilir. Ancak objektif esaslı noktaların bir sözleşmede yer alabilmesi için ve keza bu noktalar üzerinde bir anlaşmadan bahsedebilmek için tarafların bu noktalar üzerinde mutlaka karşılıklı olarak müzakere etmiş olmaları gerekmektedir. Objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma olmadığı takdirde kanun, örf ve adet hukuku ile hakimnin hukuk yaratmasıyla tamamlanamayacak noktalardır. Bu nedenle objektif esaslı noktaların tarafların özellikle global kabul yoluyla ve müzakere imkânı olmaksızın kurduğu bir sözleşmede genel işlem koşulu olarak düzenlenmesi mümkün gözükmemektedir. AKSOY-DURUN, s. 52.

143 SEROZAN, TBK 2, N. 9; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7. Öğretide objektif esaslı noktalara ilişkin farklı tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlar için bkz. von TUHR, s. 147; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 6, 7; EREN, s. 249; ANTALYA, s. 235; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 574; CHK-KUT, OR 1, N. 30; NOMER, Borçlar Hukuku, N. 26.

144 von TUHR, s. 147; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 6, 7; EREN, s. 250; ANTALYA, s. 235; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 574, 575; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7; SEROZAN, TBK 2, N. 10.

145 von TUHR, s. 147; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 8; EREN, s. 252; ANTALYA, s. 236; CHK-KUT, OR 1, N. 31.

Uyuşmazlık, tarafların irade beyanlarının içerik itibarıyla birbirine uygun olmamasıdır. Uyuşmazlık, açık ve gizli uyuşmazlık şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Açık uyuşmazlık halinde, taraflar sözleşmenin meydana gelmemesini istemektedirler. Diğer bir deyişle, “*anlaşamama üzerinde anlaşmaktadırlar*”<sup>146</sup>. Bizim için asıl önemli husus ise gizli uyuşmazlık durumudur. Gizli uyuşmazlık, tarafların uyuştukları zannıyla hareket etmesine karşın gerçekte uyuşmazlığın söz konusu olmasıdır. Özellikle tarafların kendi genel işlem koşullarına atıf yaptığı ve karşı tarafın genel işlem koşullarını tam ve doğru bir şekilde okumadan sözleşmenin kendi genel işlem koşullarındaki yer verdikleri hükümlere göre kurulduğu inancıyla hareket etmeleri durumunda gizli uyuşmazlıktan bahsedilecektir<sup>147</sup>.

Öğretide bir görüşe göre, kural olarak kabul, önerinin içerdiği objektif veya sübjektif esaslı noktaları genişletiyor, daraltıyor veya değiştiriyorsa, bu durumda kabul beyanında bulunan tarafın irade beyanı duruma göre ya önerinin reddi ya da karşı öneri olarak kabul edilecektir. TBK m. 2/I hükmünde bahsi geçen “*Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ... , sözleşme kurulmuş sayılır.*” ibaresinden hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalar üzerinde uyuşamama halinde de sözleşmenin kurulmamış olacağı çıkartılabilir. Dolayısıyla kabul beyanının içeriğinin öneride bulunan tarafın irade beyanında yer alan objektif ve sübjektif esaslı noktalarda uyuşması gerekir<sup>148</sup>. Bu görüşe göre sözleşmede yer alan hem objektif hem de sübjektif esaslı noktalara ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olması halinde hakim bu durumu re’sen göz önünde tutmak ve sözleşmenin kurulmadığına karar vermek zorundadır. O halde bu görüş açısından değerlendirdiğimizde birinci soru açısından varılacak sonuç; sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarında taraflar açısından bir uyuşmadan bahsedilemiyorsa sözleşme kurulmayacaktır. Tarafların girişmiş oldukları birbirlerine genel işlem koşulları gönderme merasimi ise ya önerinin reddi ile son bulacak ya da diğer tarafın karşı bir öneride bulunması suretiyle sürecin devamına sebebiyet verecektir.

Öğretide savunulan ikinci bir görüşe göre ise objektif esaslı noktalarda uyuşma sağlandığı takdirde, sübjektif esaslı noktalarda uyuşma sağlanamamışsa ve konu açık bırakılmışsa, karine olarak sözleşmenin kurulmuş olduğu kabul edilecek, sübjektif esaslı noktalara ilişkin sözleşme kurulduğu sırada kati bir uyuşmazlık söz konusu olmuş ise TBK m. 1 anlamında bir uyuşmadan bahsedilemeyeceğinden sözleşme kurulmamış olacaktır. Keza sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşma

146 KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, §17, N. 3; EREN, s. 254; ANTALYA, s. 225; HATEMİ/GÖKYAYLA, §4, N. 9; SEROZAN, TBK 2, N. 20; CHK-KUT, OR 1, N. 27; NOMER, Borçlar Hukuku, N. 26.

147 Bir sözleşmenin kuruluşunda ideal olan tarafların sözleşme metnini tam olarak okumasıdır. Ancak günümüzde genel işlem koşullarının taraflarca okunmadan kabul edilmesi global kabul olarak adlandırılmaktadır ve sıklıkla karşılan bir durumdur. Karşı tarafa sözleşmenin içeriğine ulaşma imkânı verilmesine rağmen, karşı taraf sözleşmeyi tam ve doğru şekilde okumayarak kabul ediyorsa, elbette bunun sonuçlarına da katlanacaktır. Dolayısıyla global kabul sözleşmenin kurulması için yeterli olarak kabul edilmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, N. 237; ATAMER, Genel İşlem, s. 102; HAVUTÇU, s. 112; ANTALYA, s. 425; YELMEN, s. 90; AYDOĞDU, N. 52; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 8.

148 FEYZİOĞLU, s. 67; OĞUZMAN/ÖZ, N. 607; ANTALYA, s. 234; NOMER, Borçlar Hukuku, N. 25; HATEMİ/GÖKYAYLA, §4, N. 12; SAĞLAM, TBK 3, N. 12; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 2, N. 1; CHK-KUT, OR 2, N. 2; 818 sayılı BK zamanında savunulan bir görüş olarak *Gönensay*, taraflar sözleşmede objektif veya sübjektif bir esaslı noktada uyuşmamış dahi olsalar eğer sözleşmede bu esaslı noktayı daha sonradan belirleyebilecek bir içerik mevcut ise veya bu noktanın tayinini içlerinden birine veya üçüncü bir kişiye bırakmış iseler sözleşme yine kurulmuş sayılır. Ancak böyle bir durumda bu esaslı noktalarda hakkaniyete uygun bir şekilde tayin edilecektir, GÖNENSAY, s. 41; benzer nitelikte bir görüş için bkz. von TUHR, s. 186.



sağlanmış ancak objektif esaslı noktalarda bir uyuşma sağlanamamışsa da sözleşmenin kurulmamış olduğu kabul edilecektir<sup>149</sup>.

Öğretide yer alan üçüncü bir görüşe göre, tarafların objektif esaslı noktalarda anlaşmaları, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Sübjektif esaslı noktalar ve yan noktalar açısından bir uyuşmazlık söz konusu olması halinde, sözleşme yine de kurulacaktır. Sübjektif esaslı noktalar ve yan noktalara ilişkin bir uyuşmazlık halinde, sözleşmede bir boşluk ortaya çıktığı kabul edilmelidir<sup>150</sup>.

Bizim de katıldığımız öğretilerde yer alan son görüşe göre ise tarafların karşılıklı ilişkisine girdiği sözleşmelerin kuruluş aşamasında sözleşmede yer alan objektif esaslı noktaların mutlaka birbiriyle uyumlu olması gerekir<sup>151</sup>. Zira objektif esaslı noktalar, kurulmak istenilen sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu noktalardır. Bu noktalara ilişkin tarafların irade beyanlarında bir uyuşmazlık bulunması halinde, TBK m. 2/I hükmü uyarınca sözleşmenin kurulamayacağı açıktır<sup>152</sup>. Ancak burada objektif esaslı nokta kavramı dar yorumlanmalıdır. Üzerinde anlaşma olmadığı takdirde kanun, örf ve adet hukuku ile hakimin hukuk yaratmasıyla tamamlanamayacak noktalar üzerinde durulmadığı takdirde veya bu noktalar üzerinde bir uyuşmazlık söz konusu olduğu durumda sözleşme kurulmamış olacak ve bu durum hakim tarafından re'sen göz önünde tutulacaktır. Sözleşmenin asgari içeriği dışında kalan noktalar üzerinde durulmaması ise sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez<sup>153</sup>. Sübjektif esaslı noktalar açısından ise hakim, tarafların sübjektif esaslı bir noktada anlaşmamış olduklarını dosyadan tespit etmiş olmasına rağmen taraflar bunu ileri

149 ATAMER Yeşim M., "Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", İÜHFİM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 177; SEROZAN, TBK 2, N. 23; *Kocayusufpaşaoğlu*, TBK m. 2/I de yer alan düzenlemenin adı bir karine ve ispat yükünü düzenleyen bir hüküm olmasından ötürü tarafların yalnızca objektif esaslı noktalarda uyuşmasının sözleşmenin kurulmuş olması için yeterli olacağını ifade etmektedir. Taraflardan biri sübjektif esaslı noktalarda uyuşma olmadığı gerekçesiyle sözleşmenin kurulmadığını iddia ediyorsa, bu karinenin aksini ispat etmesi gerekmektedir. Bu karinenin ispatı ise sözleşmede yer verilmemiş olan yan noktaların sözleşme görüşmeleri esnasında ele alınıp görüldüğünün, bu noktaların, davacı açısından sözleşmenin kurulmasına yönelik olmazsa olmaz bir şart niteliği taşıdığı ve davacının bu noktalara bu derece önem verdiğinin karşı tarafa açık bir şekilde bildirildiğinin ispatlaması suretiyle gerçekleştirilir. Bu durumda sübjektif esaslı noktalarda uyuşmamanın sonucu sözleşmenin kurulmaması olacaktır. KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, §17, N. 9, 10.

150 BÜYÜKSACIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 145.

151 Objektif esaslı noktalardan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. NOMER Haluk Nami, "Sözleşmedeki Esaslı Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Aktelerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?", *Journal of Yaşar University, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, C. 8, Sa. Özel, 2013, s. 2065 vd. *Nomer*, Roma Hukuku'nun etkisi ile dava edilebilirliği sağlamaya yönelik belirli noktalar (*essentialia negotii*) üzerinde uyuşma sağlanarak sözleşme tipinin belirlenmesi gerekliliği kuralının günümüz hukukunda etkisini devam ettirdiğini ancak bu etkinin devamı için geçerli bir neden olmadığını ifade etmektedir. Yazar, TBK m. 2'nin bağlanma iradesine ilişkin bir karine getirdiğini kabul etmektedir. Tarafların objektif esaslı noktalar üzerinde uyuşmuş olmasını sözleşme ile bağlanma iradelerinin varlığı konusunda bir karine yaratacağından bahsetmektedir. Gauch ve Koller tarafından savunulan bu yeni görüş çerçevesinde objektif esaslı noktaların sınırlarının daraltılmak suretiyle yeniden belirlenmesi gerekmektedir. *Gauch*, objektif esaslı noktaları, taraflar anlaşmadığı takdirde arkasında doldurulamayacak bir boşluk bırakan noktalar olarak tanımlamaktadır. *Nomer'e* göre sözleşme serbestisi gereği taraflar sözleşmenin kurulması için gerekli en az içerik üzerinde uyuşma sağladığı takdirde kural olarak esaslı bir nokta üzerinde hiç anlaşma sağlamadan da sözleşme kurabilirler. *Nomer*, sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak tarafların sübjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşma sağlamasının sözleşmenin kurulması için yeterli olacağı görüşündedir.

152 BÜYÜKSACIŞ, Çelişen Genel İşlem Şartları, s. 144; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7.

153 NOMER, Esaslı Nokta, s. 2065; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 571; OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 7.



sürmeden sadece sözleşmenin içeriğinin belirlenmesini kendisinden talep etmekteyseler, tarafların talepleriyle bağlı olma ilkesi uyarınca bu durumu re'sen göz önünde bulunduramayacaktır<sup>154</sup>.

Yan noktalarda meydana gelecek bir uyuşmazlığın hukuken ne şekilde sonuçlanacağı ise TBK m. 2/I'de düzenlenmiştir. TBK m. 2/I hükmü uyarınca, taraflar yan noktalar üzerinde hiç durmamışlar veya anlaşamayacaklarını anlayarak bu noktaların düzenlenmesini ileri bir zamana ertelemişlerse, sözleşme kurulmuş olacaktır. Söz konusu hükmün lafzından yan noktalara ilişkin uyuşmazlığın çeşitli ihtimaller dahilinde iki farklı sonucu olabileceği görülmektedir<sup>155</sup>. Ancak sözleşmelerin ayakta tutulması prensibi göz önünde bulundurulduğunda, yan noktalarda bir uyuşmazlık söz konusu olduğu durumlarda dahi sözleşmenin kurulmuş olduğunun kabulü gerekir<sup>156</sup>. Objektif yönden esaslı olmayan bir yan noktayı taraflardan biri, sözleşme yapma iradesinin zorunlu koşulu olarak öngörüyorsa diğer bir deyişle, sübjektif esaslı nokta haline getirmek istiyorsa, bunu karşı tarafa açık şekilde bildirmelidir. Ancak bu durumda yan noktanın sübjektif esaslı nokta halini aldığı kabul edilebilir<sup>157</sup>.

Birinci soru açısından değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da sözleşme taraflarının bu süreç devam ederken kendi edimlerini ifa etmeye başlamasının sözleşmenin kurulmasına bir etkisinin olup olmayacağıdır.

Tarafların irade beyanları açısından objektif esaslı noktalar üzerinde bir uyuşmazlık söz konusu ve taraflardan biri edimini ifa etmeye başlamış ise borç olmayan şeyin ifası söz konusu olacaktır<sup>158</sup>. Sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşmazlık söz konusu ve taraflardan biri edimini ifa etmeye başlamış ise bu durumun dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>159</sup>. Çelişkili davranış yasağı gereğince taraflardan biri edimini ifaya başladıktan sonra olası bir uyuşmazlık durumunda

154 Eren bu durumu "taraflar bu talep ile sübjektif yönden esaslı nokta haline getirdikleri bir noktayı tekrar sübjektif yönden yan noktaya dönüştürmekte söz konusu noktanın esaslılık vasfından feragat etmektedirler" şeklinde açıklamaktadır. EREN, s. 257; benzer yönde bir görüş için bkz. SEROZAN, TBK 2, N. 27; ATAMER, Genel İşlem, s. 118.

155 NOMER, Borçlar Hukuku, N. 25.3, 25.4.

156 TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 572; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 114; SEROZAN, TBK 2, N. 21; CHK-KUT, OR 1, N. 28, OR 2, N. 5. *Antalya*'ya göre ister objektif ister sübjektif yan noktalara ilişkin olsun, tarafların sübjektif esaslı nokta haline getirmek istediği, ancak bu noktalarda uzlaşmadıkları sonucuna ulaşıldığı takdirde, sübjektif esaslı noktalarda uyuşma sağlanamadığından sözleşme kurulmamış olacaktır. ANTALYA, s. 238. Öğretide TBK m. 2/I ve II'nin lafzından hareketle ağırlıklı görüş olarak, yan noktalarda müzakere gerçekleştirilmiş olmasına karşın yan noktalarda uyuşmama durumu söz konusu olması halinde sözleşmenin kurulamamış olacağı kabul edilmektedir. NOMER, Borçlar Hukuku, N. 25.

157 TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 576; CHK-KUT, OR 1, N. 31. Bu durumda dahi sözleşmenin kurulmamış olduğu doğrudan kabul edilmemelidir. Tarafların bu yönde bir talebi olmadıkça hakim bu durumu re'sen göz önünde bulunduramayacaktır.

158 *Serozan*, ifa sonrasında objektif esaslı noktalardaki anlaşmazlığın varlığını ileri sürmenin "çelişik davranış" teşkil edeceğini ileri sürmektedir. SEROZAN, TBK 2, N. 14.

159 Bir irade beyanı, beyanda bulunanın gerçek arzusunu yansıtmamasına rağmen karşı tarafın gerçek arzuyu bildiği veya irade beyanında kullanılan deyimler yanlış kullanılmış olmasına rağmen, tarafların her ikisinin bu deyimlere ortak bir anlam vermeleri durumunda, güven teorisine başvurulmayacaktır. Zira bu gibi durumlarda korunacak bir güvenden bahsedilemez ve yorumda tarafların ortak anlayışı esas alınır. Sözleşme, tarafların ortak arzuvarına göre kurulmuş olur. Şayet gerçek arzuvarına göre uyuşma yoksa kurulmamış olur fakat irade beyanlarına taraflar ayrı anlamlar veriyorlarsa beyanların anlamı ve sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı güven teorisi uyarınca belirlenecektir. OĞUZMAN/ÖZ, N. 239.

edimini ifa eden taraf, sübjektif esaslı noktalarda uyuşmazlığı gerekçe göstererek sözleşmenin kurulmadığını iddia etmesi kabul edilmemelidir. Zira bu durum, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmektedir<sup>160</sup>. Yan noktalar açısından ise uyuşmazlık söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin yine de kurulmuş olacağından yukarıda bahsetmiştik.

O halde bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için taraflar kural olarak, objektif ve sübjektif esaslı noktalarda anlaşmış olmalıdırlar. Ancak taraflar olası bir uyuşmazlık halinde, sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşmazlık nedeniyle sözleşmenin kurulmamış olduğunu ileri sürmedikçe, hakim bu durumu re'sen göz önünde bulunduramayacaktır. Yan noktalara ilişkin bir uyuşmazlık halinde esaslı noktalarda uyuşma sağlanmış ise sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna varılabilecektir.

Son olarak değerlendirmemiz gereken husus ise sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olduğu durumlarda elimizde sübjektif esaslı noktaları ve/veya yan noktaları birbiriyle çelişen bünyesinde genel işlem koşulları ihtiva eden kurulmuş bir sözleşme olacaktır. İşte ikinci sorumuz böyle bir durum ile karşılaşıldığı takdirde ve bir uyuşmazlık yaşanması halinde, hangi tarafa ait genel işlem koşullarının uygulanması gerektiğinin tespitine yöneliktir.

Türk Borçlar Hukuku açısından çatışan genel işlem şartları içeren kurulmuş bir sözleşmede, kendi genel işlem şartlarına en son olarak veya ilk olarak atıf yapmış olan tarafa öncelik tanınmaz. Böyle bir durum söz konusu olması halinde sözleşme boşluğu olduğu kabul edilerek nakavt kuralına benzer bir çözüm yolunun öğretide ileri sürüldüğü söylenebilir<sup>161</sup>.

Sözleşme boşluğu kural olarak tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin hukuki bir sorunu isteyerek veya istemeyerek düzenlememeleri halinde ortaya çıkar. Sözleşmelerin ayakta tutulması prensibi uyarınca sözleşmenin kuruluşuna sirayet eden taraf iradeleri sübjektif esaslı noktalar ve yan noktalarda çelişme halinde ise de sözleşmenin kurulduğu ancak sözleşmede bir boşluk meydana geldiği kabul edilmelidir. Sözleşme boşluklarının söz konusu olduğu durumlarda sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilir. Sözleşmenin tamamlanması ise taraflarca, düzenleyici kurallarla veya bizzat hakim tarafından gerçekleştirilebilir<sup>162</sup>.

Sözleşme boşluğunun tamamlanması konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki objektif görüş olarak adlandırılmakta ve sözleşme boşluğunun doldurulmasında düzenleyici hukuk kurallarına öncelik tanımaktadır. Sübjektif teori olarak bilinen diğer görüş ise tarafların ortak farazi iradelerine öncelik tanınarak sözleşmenin bu iradelere göre tamamlanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>163</sup>.

160 ATAMER, Genel İşlem, s. 118; SEROZAN, TBK 2, N. 14. Tarafların ifa aşamasına geçmesinden sonra, genel işlem koşullarında karşı tarafın genel işlem koşullarının kabul edilmeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunması halinde de sübjektif esaslı unsur olarak düzenlenen bu hükümden vazgeçerek yan nokta haline getirdiği kabul edilmeli ve sözleşme yine de kurulmuş kabul edilmelidir. ATAMER, Genel İşlem, s. 119; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 114. Aksi yönde görüş için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 145.

161 BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 116; AKSOY-DURSUN, s. 55.

162 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §17, N. 13; OĞUZMAN/ÖZ, N. 599; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 578; AKSOY-DURSUN, s. 55.

163 AKSOY-DURSUN, s. 111; ATAMER, Sözleşme Boşlukları, s. 178.

Sözleşmenin hakim tarafından tamamlanmasında sözleşmenin kurulması sorunu, taraflar arasında uyumsuzluk konusu yapılmamaktadır. Uyumsuzluk, sözleşmenin içeriğini oluşturan noktaların belirlenmesine yöneliktir. Yan noktalara ilişkin boşluğun ne şekilde doldurulacağına ilişkin düzenleme, TBK m. 2/II de yer almaktadır<sup>164</sup>. Aynı hüküm, çelişen subjektif esaslı noktalar açısından da uygulanmalıdır<sup>165</sup>. Zira sözleşmedeki yan noktaları, subjektif esaslı nokta haline getiren taraf iradeleridir. Tarafların sözleşmenin kurulmadığına ilişkin bir talebi söz konusu değilse bahsi geçen subjektif esaslı noktaların yan nokta haline geldiği kabul edilmelidir.

Genel işlem koşullarının çatışması durumunda taraflar yan noktaları görüşmüşler ancak karşılıklı ve birbirine uygun şekilde bu noktalar üzerinde bir anlaşmaya varamamışlardır. Bu durumda öğretide bir görüş hakim, sözleşmeyi varsa kanunda yer alan düzenleyici kurallar ile yoksa mevcut olmaları halinde örf ve adet kuralları ile bunlarında olmaması halinde, TMK m.1/II'ye göre kendi koyduğu kurallar ile dolduracağını kabul etmektedir<sup>166</sup>. Ancak burada katı bir sıralamadan ziyade oluşan boşluğun ne şekilde doldurulacağı hususunda hakim, bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Hakim olayın özelliğini ve tüm koşulları dikkate alarak hakkaniyete daha uygun farklı bir sıralama da benimseyebilir<sup>167</sup>. Genel işlem koşullarında çelişen noktaya, taraflar karşılıklı müzakere ile hazırladıkları bireysel sözleşmede de yer vermiş ise bu hükme öncelik tanınacaktır. Aynı kural, genel işlem koşulu olarak düzenlenen bir hüküm ve bireysel sözleşme hükmünün çelişmesi halinde de uygulanacaktır<sup>168</sup>.

## SONUÇ

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması, sözleşmenin her iki tarafının atıfta buldukları kendi standart sözleşme hükümlerinin birbirinden farklı içeriğe sahip olmaları durumudur. Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde, ortaya çıkan hukuki uyumsuzluğun ne şekilde çözülmesi gerektiğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

İlk atış kuralına göre, sözleşme kurulduğu esnada hem öneride bulunan, hem de kabul beyanında bulunan tarafın, kendi standart sözleşme hükümlerine atıfta bulunması ve bu hükümlerin çatışması

164 TBK m. 2/II, “İkinci derecedeki noktalarda uyusulamazsa hâkim, uyumsuzluğun özelliğine bakarak karara bağlar”.

165 EREN, s. 498.

166 EREN, s. 497; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 572; CHK-KUT, OR 2, N. 7; BÜYÜKSAĞIŞ, Çelişen Genel İşlem Koşulları, s. 147. Objektif görüş içerisinde olmakla birlikte kanunda düzenleyici kuralların bulunmaması durumunda hakim kanun boşluğu doldurur gibi TMK m. 1/II'den yararlanmamasını önceliği tarafların ortak farazi iradelerine vermesi gerektiğini kabul eden bir görüş de bulunmaktadır. AKSOY-DURSUN, s. 111.

167 OFK-KOSTKIEWICZ, OR 1, N. 4; SEROZAN, TBK 2, N. 28; CHK-KUT, OR 2, N. 7; BAŞ-SÜZEL/ADEN, s. 115; BGE 107 II 411. Karma teori olarak adlandırılan bu görüş objektif teorinin düzenleyici hukuk kurallarına öncelik vermesinin, subjektif teorinin ise tarafların ortak farazi iradelerini tespit etmedeki belirsizliğin ortaya çıkardığı sakıncaları gidermeyi amaçlamaktadır. Karma teori somut olayın şartlarının göz önünde bulundurulmasıyla taraf menfaatlerini ön plana çıkarmaktadır. Özellikle sözleşme taraflarının kişisel özelliklerinin ön planda olduğu sözleşmelerde düzenleyici hukuk kurallarının uygulanması her zaman adil bir çözüm ortaya koymayabilir. AKSOY-DURSUN, s. 125; ATAMER, Sözleşme Boşlukları, s. 183 vd.

168 OFK-KOSTKIEWICZ, OR 2, N. 4; BGE 135 III 225; 125 III 263. Konu hakkında detaylı bilgi almak için bkz. ATAMULU İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, ERÜHFD, C.XIII, Sa. 1, 2018, s. 122 vd.

halinde kabul beyanında bulunan taraf, öneride bulunan tarafın atıfta bulunmuş olduğu standart sözleşme hükümlerini açık bir şekilde reddetmemiş ise öneride bulunan tarafın standart sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacaktır.

Son atış kuralına göre, tarafların atıfta bulunduğu standart sözleşme hükümlerinde çatışma halinde olması durumunda, zaman olarak son kez atıfta bulunulan standart sözleşme hükümleri herhangi bir çekince ileri sürülmeden kabul edilmiş ise sözleşme söz konusu bu metinde yer alan hükümlere göre kurulmuş olacaktır. Son atış kuralı temelini, sözleşmenin kurulması için öneri ile kabul beyanının birebir örtüşmesini şart koşan aynadaki görüntü (mirror image) kuralından almaktadır.

Nakavt kuralına göre, her bir tarafın atıfta bulunduğu kendi standart sözleşmelerinde yer alan hükümlerin birbiriyle tam bir uyuşma halinde olmadığı durumlarda, birbiriyle çatışan hükümler birbirini etkisiz kılacak ve sözleşme tarafların üzerinde anlaşmış oldukları hükümler ile standart sözleşme hükümlerinde ortak olarak mevcut olan hükümler çerçevesinde kurulacaktır. Çatışan hükümlerin birbirini hükümsüz kılması sonucu ortaya çıkan boşluk ise genel hükümler ile doldurulacaktır. Bu kural günümüz ticari hayatının gereksinimlerini karşılamakta, diğer kurallara nazaran daha başarılı olarak kabul edildiğinden öğreti ve uygulamada sıklıkla tercih edilmektedir.

En iyi atış kuralına göre, standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi tarafların sözleşme ile bağlı olma yönünde iradeleri mevcut ve taraflar esaslı noktalarda anlaşmışlar ise sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Bu durumda sözleşme hükümlerinin belirlenmesi tarafların sunmuş oldukları standart sözleşmelerden birisinin mahkeme tarafından seçilmesi yoluyla olacaktır. Seçim yapılırken standart sözleşme hükümleri bir bütün halinde değerlendirilecek ve bir tarafın standart sözleşmesi bütünüyle tercih edilirken diğer tarafın standart sözleşmesi bütünüyle reddedilecektir. Mahkeme tercihinde bir görüşe göre adillik kriterini, diğer görüşe göre ise ekonomik etkinlik kriterini esas alacaktır.

Makul atış kuralına göre de standart sözleşme hükümleri çatışsa dahi tarafların sözleşme ile bağlı olma yönünde iradeleri mevcut ve taraflar esaslı noktalarda anlaşmışlar ise sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Bir uyuşmazlık yaşanması durumunda ise mahkeme tarafların standart sözleşme hükümlerini bir arada değerlendirerek yeni bir standart sözleşme metni ortaya koyacaktır. Bu değerlendirmede mahkeme, tarafların standart sözleşme hükümlerini, düzenlenen konulara göre ayrı ayrı inceleyerek her konu için makul gördüğü hükümleri tercih edecektir. Böylelikle tarafların standart sözleşme hükümlerinin farklı bölümlerini bir araya getirerek en makul standart sözleşme hükümleri bütünü oluşturacaktır.

Standart sözleşme hükümlerinin çatışması halinde nasıl bir hukuki sonucun ortaya çıkacağı ve ortaya çıkan bu hukuki sorunun ne şekilde çözüme kavuşturulacağına ilişkin bir düzenleme Türk Hukukunda bulunmamaktadır. Katıldığımız görüş uyarınca, Türk Hukukunda sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için taraflar kural olarak objektif ve sübjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmış olmalıdır. Ancak taraflar olası bir uyuşmazlık halinde sübjektif esaslı noktalarda bir uyuşmazlık nedeniyle sözleşmenin kurulmamış olduğunu ileri sürmedikçe hakim bu durumu re'sen göz önünde bulundurmaz. Yan noktalara ilişkin bir uyuşmazlık halinde ise esaslı noktalarda uyuşma sağlandığı takdirde sözleşmenin kurulmuş olduğu sonucuna varılabilecektir. Öncelikle

objektif esaslı unsurlar, genel işlem koşulu olarak kararlaştırılmayacaktır. Dolayısıyla genel işlem koşulları içerisinde yer alamayan sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının, çatışması da söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte bu çatışma subjektif esaslı unsurlar üzerinde ise taraflar subjektif esaslı unsurlar üzerinde uyuşamadıklarını ileri sürmedikçe bu durum sözleşmenin kurulmasına engel olmayacaktır. Bunun yanı sıra sözleşmenin kurulduğu inancıyla hareket etmişler ise bu durumda da yine sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilecektir. Ancak tarafların sözleşmenin subjektif esaslı unsurları üzerinde anlaşamamaları ve bu uyuşamama nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürdükleri durumda sözleşme kurulamamış olacaktır. Çatışma yan noktalara ilişkin ise yine sözleşme kurulmuş sayılacaktır. Çatışan genel işlem koşulları içeren kurulmuş bir sözleşmede, kendi genel işlem koşullarına en son veya ilk olarak atıf yapmış olan tarafa öncelik tanınmayacaktır. Böyle bir durum söz konusu olması halinde sözleşme boşluğu olduğu kabul edilerek nakavt kuralına benzer bir çözüm yoluna, diğer bir deyişle sözleşmenin tamamlanması yoluna gidilecektir. Sözleşmenin tamamlanması ise taraflarca, düzenleyici kurullarla veya bizzat hakim tarafından gerçekleştirilebilir. Burada oluşan boşluğun ne şekilde doldurulacağı hakim in takdir yetkisine bırakılmıştır.

## KAYNAKÇA

- AKÇAAL** Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi HFD, C. XVIII, Sa. 1, 2014, s. 49-69.
- AKSOY-DURŞUN** Sanem, Borçlar Hukukunda Hakim in Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul, 2008.
- ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I, İstanbul, 2015.
- ATAMER** Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İÜHFMD, C. LXIII, Sa. 1-2, 2005, s. 171-191. (Sözleşme Boşlukları)
- ATAMER** Yeşim M., Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001. (Genel İşlem)
- ATAMULU** İsmail, “Genel İşlem Şartlarında Şahsi (Bireysel) Anlaşmanın Mevcudiyetini İspat Yükü”, ERÜHFD, C.XIII, Sa. 1, 2018, s. 101-147.
- AYDOĞDU** Murat, Genel İşlem Koşulları Şerhi (Türk Borçlar Kanunu Madde 20-25), Ankara, 2018.
- BAIRD** Douglas G./**WEISBERG** Robert, “Rules, Standards, and the Battle of the Forms: A Reassessment of § 2-207”, Virginia Law Review, Vol. 68:1217, 1982, s. 1217-1262.
- BASEDOW** Jürgen, MüKoBGB – Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 2, Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, (Hrsg. **SÄCKER** Franz Jürgen/**RIXECKER** Roland/**OETKER** Hartmut/**LIMPERG** Bettina), 2019.
- BAŞ** Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013.
- BAŞ-SÜZEL** Ece/**ADEN** Felix, ““Battle of Forms” im Türkischen AGB-Recht”, RIW, 2017, s. 111-116.
- BEN-SHARAR** Omri, “An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms”, John M. Olin Center Law & Economics University of Michigan, Paper# 04-018, 2004, s. 1-26, <https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/abstracts/2004/Documents/ben-shahar04-18.pdf>, e.t.: (21.05.2018).
- BÜYÜKSAGİŞ** Erdem, “Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Sözleşmesi Perspektifinden Çelişen Genel İşlem Şartları”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 15, 2015, s. 135-157. (Çelişen Genel İşlem Şartları)

- BÜYÜKSAĞIŞ** Erdem, “Turkish Contract Law Reform: Standard Terms, Unforeseen Circumstances, and Judicial Intervention”, *European Business Organization Law Review*, 2016, s. 423-449. (Standard Terms)
- CAROLINE N. Brown**, “Restoring Peace in the Battle of the Forms: A Framework for Making Uniform Commercial Code Section 2-207 Work”, *North Carolina Law Review*, Vol. 69, No. 3, 1991, s. 893-944.
- CISG-AC Opinion No. 13 Inclusion of Standard Terms under the CISG, (Rapporteur: **EISELEN** Sieg), Adopted by the CISG Advisory Council following its 17th meeting, in Villanova, Pennsylvania, USA, on 20 January 2013, <https://www.cisgac.com/opinions/#op>, e.t.: (21.08.2018). (CISG-AC)
- CHRISTANDL** Gregor, *Commentaries on European Contract Laws*, (Ed. **JANSEN** Nils/**ZIMMERMANN** Reinhard), Oxford, 2018.
- CİVAN** Orhan Ersun, *Genel İş Koşulları*, İstanbul, 2015.
- COOTER** Robert / **ULEN** Thomas, *Law and Economics*, Boston, 2014.
- CORTERIER** Andre, “A Peace Plan for the Battle of the Forms”, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 10:195, 2006, s. 195-215.
- DORNIS** Tim, *Kommentar zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, (Hrsg. **HONSELL** Heinrich), Berlin, 2010.
- EISELEN** Sieg/**BERGENTHAL** Sebastian, “The Battle of Forms: A Comparative Analysis”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 39, No.2, 2006, s. 214-240.
- ENDERLEIN** Fritz/ **MASKOW** Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods : Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods : Commentary*, New York, 1992.
- ERCOŞKUN-ŞENOL** Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, *İÜHFH*, C. LXXIV, Sa. 2, 2016, s. 709-737.
- EREN** Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017.
- FARNSWORTH** E. Allan : “Article 19”, *Commentary on the International Sales Law*, (Ed. **BIANCA** Massimo/**BONELL** M. Joachim), Milan, 1987.
- FEJÖS** Andrea, *Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): A Uniform Solution?*, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol. 11, No. 1, 2007, s. 113-129. (A Uniform Solution?)
- FEJÖS** Andrea, “Formation of Contracts in International Transactions: The Issue of Battle of the Forms under the CISG and the UCC”, *CISG Database*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fejos.html>, 2006, e.t.: (25.04.2018). (Formation of Contracts)
- FERRARI** Franco, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band: 5, Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf-CISG*, (Hrsg. **SCHMIDT** Karsten), München, 2018.
- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – I*, İstanbul, 1976.
- GABRIEL** Henry D.: “Uniform Commercial Code Article Two Revisions: The Wiew Of The Trenches”, *Barry Law Review*: Vol. 23, No. 2, 2018, s. 129-153. (Kıs: Revision)
- GABRIEL**, Henry D., *The Battle of the Forms: A Comparison of the United Nations Convention for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, *The Business Lawyer*, Vol. 49, No. 3, 1994, s. 1053-1064. (Kıs: Battle of Forms)
- GOLDBERG** P. Victor, “The Battle of Forms: Fairness, Efficiency, and the Best-Shot Rule”, *Oregon Law Review*, Vol. 76, 1997, s. 155-173.
- GÖNENSAY** A. Samim, *Borçlar Hukuku, Birinci Cilt*, İstanbul, 1948.
- GÖRGEÇ** Başak, “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *MÜHF-HAD*, C. 19, Sa. 1, 2013, s. 403-440.



- HATEMİ** Hüseyin/**GÖKYAYLA** Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2017.
- HAVUTÇU** Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003.
- HOGAN** William E., “The Highway and Some of the Byways in the Sales and Bulk Sales Articles of the Uniform Commercial Code”, *Cornell Law Quarterly*, Vol. 48/1, 1962, s. 1-46.
- JACOBS** Edward J., “The Battle of the Forms: Standard Term Contracts in Comparative Perspective”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 2, 1985, s. 297-316.
- KADNER-GRAZIANO** Thomas, “Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situations: The Hague Solution”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 14, 2013, s. 71-101.
- KARA** Burak, “Sigorta Sözleşmesi Şartlarının Genel İşlem Koşulları Çerçevesinde Hukuki Mahiyeti”, *Alanya 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı*, 2018, s. 265-278, <https://asoscongress.com/2018alanya/>, e.t.: (02.01.2019).
- KARABAĞ-BULUT** Nil, *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, İstanbul, 2014.
- KEATING** Daniel, “Exploring the Battle of the Forms in Action”, *Michigan Law Review*, Vol. 98/2678, 2000, s. 2678-2715.
- KELSO** J. Clark, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: contract formation and the battle of forms”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 21, 1982/83, s. 529-556.
- KESSLER** Friedrich, “Some Thoughts on the Evolution of the German Law of Contracts: Part I”, *Faculty Scholarship Series, Paper N. 2644*, 1975.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul, 2017.
- KOSTKIEWICZ** Jolanta Kren, *OFK – Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht*, (Hrsg. **KOSTKIEWICZ** J. Kren/**WOLF** Stephan/**AMSTUTZ** Marc/**FANKHAUSER** Roland), Zürich, 2016.
- KÖTZ** Hein, *European Contract Law*, (Transl. **MERTENS** Gill/**WEIR** Tony), Croydon, 2017.
- KUT** Ahmet, *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen*, (Hrsg. **FURRER** Andreas/**SCHNYDER** Anton K.), Zürich – Basel – Genf, 2016.
- LANDO** Ole, , “Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code”, *The Rules of European Contract Law, Working Paper, Legal Affairs Series, JURI 103 EN*, Luxembourg, 1999.
- MAHÉ** Chantal B.P., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law A Commentary*, (Ed. **SCHELHAAS** Harriët), Nijmegen, 2002.
- MAZZACANO** Peter J., *A Comparison between the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code*, Osgoode Hall Law School, 2013.
- MCKENDRICK** Ewan, “The Battle of Forms and the Law of Restitution”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 2, 1988, s. 197-221.
- MOCCIA** Christine, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the “Battle of the Forms”*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 13, 1989/1990, s. 649-679.
- MURRAY** John E. Jr., “The Definitive “Battle of the Forms”: Chaos Revisited”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 20, 2000, s. 1-48.
- NOMER** Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 2018. (Borçlar Hukuku)
- NOMER** Haluk Nami, “Sözleşmedeki Esaslı Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, *Journal of Yaşar University C. 8, Sa. Özel*, 2013, s. 2053-2074. (Esaslı Nokta)



- OĞUZ** Cemal, “Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. I, 1998, s. 25-37.
- OĞUZMAN** Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2018.
- ÖZCAN** Zeynep, “The Battle of Forms”, E-Journal of Law, Vol.4 (1), 2018, s. 1-13.
- ÖZEL** Çağlar, “Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri”, Sosyoekonomi Dergisi, S.1, 2006, s. 153-167.
- ÖZKAN** Zehra, Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, AÜHFD, Sa. 66 (1), 2017, s. 157-199.
- PIECK** Manfred, “A Study of the Significant Aspects of German Contract Law”, Annual Survey of International & Comparative Law, Vol. 3, Iss. 1, 1996, s. 111-176.
- POSNER** Richard Allen, “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, John M. Olin Law & Economics Working Paper, No. 53, s. 1-11.
- REHBINDER** Manfred, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması, (Çev. **TEOMAN** Ömer), İÜHFM, C. 42, Sa. 1-4, 1976, s. 641-653.
- RICHARDS** Paul, Law of Contract, Boston, 2017.
- RÜHL** Giesela, “The Battle of Forms: Comparative and Economic Observations”, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 24:1, 2003, s. 189-224.
- SAĞLAM** İpek, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler, (Ed. **SEROZAN** Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018. (TBK 3)
- SAĞLAM** İpek, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması, (CISG m. 14-24), İstanbul, 2013. (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler)
- SANDROCK** Otto/GALSTON Nina Moore, “Standard Terms Act 1976 of West Germany”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 26, N. 4, 1978, s. 551-572.
- SANLI** Kerem Cem, Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul, 2007. (Haksız Fiil)
- SANLI** Kerem Cem, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2015. (Sözleşme Hukuku)
- SCHÄFER** Hans-Bernd/LEYENS Patrick, Economic Analysis of the DCFR: The Work of the Economic Impact Group Within CoPECL, (Ed. **LAROCHE** Pierre/CHIRICO Filomena) Judicial Control of Standart Terms and European Private Law, Munich, 2010.
- SCHLECHTRIEM** Peter, “The Battle of the Forms under German Law”, The Business Lawyer, Vol: 23, No. 3, 1968, s. 655 – 668. (Battle of Forms under German Law)
- SCHLECHTRIEM** Peter, “Battle of the Forms in International Contract Law, Evaluation of approaches in German law, UNIDROIT Principles, European Principles, CISG; UCC approaches under consideration”, Festschrift für Rolf Herber zum 70. Geburtstag, (Ed. **THUME** Karl-Heinz), (Transl. **EIMER** Martin), Luchterhand, 1999. (Battle of the Forms in International Contract Law)
- SCHROETER**, Ulrich G., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), (Ed. **SCHLECHTRIEM** Peter/ **SCHWENZER** Ingeborg), Oxford, 2016. (CISG)
- SCHROETER** Ulrich G., “Ergänzungen, Einschränkungen und sonstige Änderungen zum Angebot”, Kommentar zum Einheitlichen UN – Kaufrecht, (Hrsg. **SCHLECHTRIEM** Peter/**SCHWENZER** Ingeborg), München, 2013. (UN-Kaufrecht)
- SCHWAB** Martin, AGB-Recht Tipps und Taktik, Heidelberg, 2008.
- SEROZAN** Rona, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu-Yürürlük Kanunu Cilt-1 Genel Hükümler, (Ed. **SEROZAN** Rona/ÖZ Turgut/ACAR Faruk/GÖKYAYLA Emre/DEVELİOĞLU Murat), İstanbul, 2018.

- SHANKER**, Morris G., “Battle of the Forms: A Comparison and Criticism of Canadian, American and Historical Common Law Perspectives”, 4 Canadian Business Law Journal, 1980, s. 263-276.
- SİRMEN** Lale, Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara, 1972.
- STEENSGAARD** Kasper, “A Comparative View on ‘Battle of the Forms’ under the CISG and in the German and US American Experiences”, Nordic Journal of Commercial Law, No. 1, 2015.
- STEIN** Robert A., Forming a More Perfect Union: A History Of The Uniform Law Commission, Charlottesville, 2013.
- STEMP** Kevin C., “A Comparative Analysis of the Battle of the Forms”, Transnational Law & Contemporary Problems, Vol. 15:243, 2005, s. 243-286.
- STEPHENS** Corneill A., “Escape From The Battle Of The Forms: Keep It Simple Stupid”, Lewis & Clark Law Review, Vol. 223, N. 11, 2007, s. 233-245.
- SUKURS** Charles, “Harmonizing the Battle of the Forms: A Comparison of the United States, Canada, and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 34, 2001, s. 1481-1515.
- TEKİNAY** S. Sulhi/**AKMAN** G. Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- TERCIER** Pierre/**PICHONNAZ** Pascal/**DEVELİOĞLU** Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- TERRE** François/**SIMLER** Philippe/**LEQUETTE** Yves, Droit civil, Les obligations, Paris, 2009.
- THATCHER** Charles M., “Sales Contract Formation and Content-An Annotated Apology for a Proposed Revision of Uniform Commercial Code § 2-207”, South Dakota Law Review, Vol. 32, 1987, s. 296-312.
- ULUSAN** İlhan, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki Genel İşlem Koşullarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013.
- VISCASILLAS**, Maria del Pilar Pelares: “Battle of the Forms” under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, Pace International Law Review, Vol. 10 Iss. 1, 1998, s. 97-155.
- von **HUBER** Ulrich, “Der Uncitral-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 43. Jahrg., Heft: 3, 1979, s. 413-526.
- von **MEHREN** Arthur, “The ‘Battle of Forms’: A Comparative View”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, No. 2, 1990, s. 265-298. (Battle of Forms)
- von **MEHREN** Arthur, Contracts in General, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. VII, (Ed. von **MEHREN** Arthur), A General View of Contract, Hague-Boston-London, 2008. (Contracts in General)
- von **TUHR** Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2, (Çev: **EDEGE** Cevat) Ankara, 1983.
- WILDNER** Kaia, “ Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002, Pace International Law Review, Vol: 20, Iss: 1, 2008, s, 1-30.
- YAVUZ** Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri”ne İlişkin Düzenlemesinin (m. 1-48) Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2007.
- YELKENCİ** Işıl, CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, 2014.
- YILMAZ** Abdüssamet, Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara, 2015.
- YILMAZ** Alper Çağrı, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, Sa. 6, 2018, s. 481-511.

- YÜCESOY-YILMAZ** Yasemin, “Viyana Satım Antlaşmasına Göre Kabul”, TAAD, Yıl: 7, Sa. 30, 2017, s. 423-449.
- ZELLER** Bruno, The CISG and the Battle of the Forms, in: International Sales Law: A Global Challenge, New York, 2014.
- ZERRES** Thomas, “Principles of the German Law on Standard Terms of Contract”, [http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German\\_Standard\\_Terms\\_of\\_Contract\\_Thomas\\_Zerres.pdf](http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf), e.t.: (14.04.2018).

### **İnternet Kaynakları**

- <http://www.wetten.overheid.nl>
- <http://www.dutchcivillaw.com>
- <http://www.jurawelt.com>
- [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods.html)
- <http://www.wipo.int/wipolex/en/>
- <https://www.academic.lexisnexis.eu>
- <https://www.beck-online.beck.de/>
- <https://www.eur-lex.europa.eu>
- <https://www.home.heinonline.org/>
- <https://www.cisg.law.pace.edu>
- <https://www.cisgac.com/>
- <https://www.law.umich.edu>
- <https://www.legifrance.gouv.fr>
- <https://www.swisslex.ch/>
- <https://www.unidroit.org>
- <https://www.link.springer.com>

## Türk İş Hukukunda Süt İzni

### Breastfeeding Leave In Turkish Labour Law

Ebru ERENER YILMAZ\* 

#### Öz

Çocuk sahibi çalışanların ebeveynlik rolü, iş hayatının işleyişinden bağımsız düşünülemez. Ebeveynlik ile çalışan rollerinin kesiştiği noktalarda iş hayatında bazı özel düzenleme ve haklara ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak bu ihtiyaçlar toplumumuzda ve hukukumuzda daha çok ev dışında çalışan çocuk sahibi kadınlarla özdeşleştirilmektedir. Bu doğrultuda ev dışında çalışan çocuk sahibi kadınlara sağlanan haklardan biri, 1 yaşın altında çocuğu olan kadın işçilere tanınan günlük bir buçuk saatlik süt iznidir. Hukuki tarihi 1930 yılına kadar dayanan süt izni, günümüze kadar pek çok değişim ve ilerleme göstermiştir. Ancak diğer bütün ebeveyn izinlerinde olduğu gibi modern çağın yeni anlayışlarıyla birlikte halen bazı değişimlere ihtiyaç duymaktadır. Çalışmamızda süt iznine ilişkin mevcut düzenlemeler birtakım değişiklik önerileriyle birlikte ele alınmaya çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Süt izni, ebeveyn izni, işyerinde emzirme odaları, kadın erkek eşitliği.

#### Abstract

Role as a parent and employee requires some particular regulations and rights are needed in working life. One of these rights is the breastfeeding leave, which is regulated as one and a half hours per day for female workers with children under the age of 1, in Turkish law. The legal history of breastfeeding leave dates back to the 1930's and have had many changes and progressed till today. But considering the needs of the modern age, still need extra changes. In this study, regulations related breastfeeding leave are examined and tried to make suggestions.

**Keywords:** Breastfeeding leave, parental leave, nursing room in workplace, equality of women and men.

## GİRİŞ

Aile, ebeveynlik ve çocuk kavramları sosyal hayatın yanı sıra çalışma hayatıyla da ayrılmaz bir bütün oluşturmaktadır. Zaman içinde bu kavramlarla ilgili çalışma mevzuatında düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş ve doğum izinleri, yarım ve kısmi çalışma imkanları, kolaylaştırılmış emeklilik uygulamaları gibi çeşitli düzenlemeler hukuk mevzuatımızda yerini almıştır. Nitekim çalışmamızın

\* Ar. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: [erenerebru@gmail.com](mailto:erenerebru@gmail.com)

konusunu oluşturan süt izni de mevzuatımızda düzenlenen önemli haklardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Süt izni, 4857 sayılı İş Kanunu<sup>1</sup> m. 74/7 hükmünde “Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” şeklinde kaleme alınmıştır.

Süt izni hakkı, doğum sonrası zorunlu analık izinlerinin kullanılmasının ardından iş hayatına geri dönmek isteyen veya istediğinden daha erken zamanda dönmek zorunda kalan anneler ve bebekleri için şüphesiz önemli bir haktır. Ancak süt izninin uygulamada serbestçe kullanılmadığı ve kadın istihdamını azalttığı görülmektedir. Ev dışında çalışan annelerin emzirme ve süt izinleri kullanımları ile ilgili 2017 yılında yapılan bir araştırma<sup>2</sup> bu anlamda ülkemize ilişkin önemli bilgiler vermektedir. Araştırmaya göre, Türkiye araştırmaya katılan diğer ülkelerle kıyaslandığında en az 12 aylık emzirme süresi ile emzirme oranlarında başı çeken ülkelerden biridir. Bununla birlikte, Türkiye’de ev dışında çalışan annelerin %60’ı süt iznini kullanmadığını belirtmektedir. Süt iznini kullanamayan kesimin %36’sı servis saatlerinin uygun olmaması veya işyerinin eve uzaklığı, %23’ü yöneticisinin tutumu, %41’i ise iş yoğunluğu sebebiyle kanuni süt iznini kullanmadığını ifade etmektedir. Türkiye’de emzirme oranı son derece yüksekken süt izinlerinin kullanımının düşük olması, ev dışında çalışan kadınların çocuklarını emzirebilmek için oldukça fazla efor sarf ettiğini göstermektedir. Başka bir ifadeyle kadınlar çocuklarını anne sütü ile besleyebilme kaygısıyla işini kaybetme korkusu arasında sıkışabilmektedir.

Emzirme ve anne sütünün çocuk için önemine ilişkin bilgiler geçmişten günümüze büyük değişimlere uğramıştır. Geçmişte bebeklerin doğum sonrası toplu halde farklı odalarda kalması ve yalnızca beslenmek üzere anne yanına getirildiği uygulamalardan sonra, bugün doğum sonrası mümkünse anne ile bebeğin ten tene temas ederek hemen veya kısa süre içinde emzirilmesi yahut mümkün değilse baba ile bebeğin ten tene teması ile kısa süre içinde beslenmesi anlayışı hakim olmaya başlamıştır. Anne sütü veya emzirme konuları yalnızca bebeğin doymasına hizmet eden mekanik bir durum olmaktan çıkarak hem fiziksel hem ruhsal olarak doyma durumunu içererek hem anneyi hem de babayı içine alacak biçimde genişlemiştir. Özünde son derece ilerici ve anne – çocuk yanlısı bir hak olan süt izni, modern çağın imkanları, yeni anlayışları ve şehir hayatının gerçekleri ile birlikte kapsamlı olarak ele alınarak yeniden düzenlenmeyi gerektirmektedir. Yine çocuklara bakım vermenin yalnızca annenin görevi olarak görülmesinin kadın istihdamını ne yönde etkilediği, süt izninin farklı senaryolarda babalar tarafından da kullanılabilmesinin mümkün olup olmadığı veya süt izninin kullanılabileceği bir yıllık sürenin yeterli olup olmadığı gibi sorulara da bugün hala cevap aranmaktadır. Çalışmamızda süt iznine ilişkin mevzuatımızdaki düzenlemeler öğreti görüşleri ile yargı kararları çerçevesinde ele alınmaya ve yeri geldikçe bazı önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

1 RG., 10 Haziran 2003, 25134.

2 Lansinoh 2017 Uluslararası Emzirme Araştırması – Çalışırken Emzirmek, <https://lansinoh.com.tr/lansinoh-2017-uluslararasi-emzirme-arastirmasi-calisirken-emzirmek/>, E. T. 05. 01.2020.

## I. TÜRK İŞ HUKUKU MEVZUATINDA SÜT İZİNİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Emziren kadın işçilere verilen süt izninin hukukumuzdaki yeri 1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununa<sup>3</sup> kadar dayanmaktadır. Anılan Kanunun 177. maddesine göre, doğumdan sonra kadınların çalıştırılmasının yasak olduğu üç haftalık sürenin dolmasını takiben işe başlayan emziren kadınlara ilk altı ay boyunca çocuğunu emzirmek için çalışma saatleri içinde yarımşar saatlik iki izin verilir.

1936 tarihinde 3008 sayılı İş Kanununun<sup>4</sup> yürürlüğe girmesiyle birlikte süt izni süresi yalnızca çalışma süresinden sayılarak Kanunda yerini almıştır. Ancak iznin süresi ve uygulanması ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Belirtilen Kanunun çalışma süresinden sayılan halleri düzenleyen 40. maddesinin (d) bendine göre, “*Emzikli kadın işçilerin çocuklarına süt vermek için tayin edilecek olan zamanlar 35, 36 ve 37. maddeler mucibince tesbit edilmiş bulunan günlük kanuni çalışma müddetleri içinde sayılır ve bu sebeplerden dolayı işçi ücretleri hiç bir türlü eksiltilmeye uğratılamaz*”. Süt izninin süresi ve nasıl uygulanacağına ilişkin düzenleme ise Kanunun 61. maddesine göre çıkarılan 1953 tarihli “Gebe Veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Kreşler Hakkında Nizamname”de<sup>5</sup> yer almıştır. Yönetmeliğin 5. maddesine göre, kadın işçilere emzirme odaları ve kreşlerde bulunan 1 yaşından küçük çocuklarını emzirmek için öğleden önce 9.30’da ve öğleden sonra 15’te olmak üzere yarım saatlik izin verilecektir. Bu sürelerin yirmişer dakikasının bilfiil emzirmeye ayrılması şarttır ve bu süre çalışma süresinden sayılır (m. 5/a). Emzirme odası kurulabilmesi için tüzüğe göre gerekli olan asgari 100 sayısının sağlanamaması ve işyerinde emzirme odası bulunmaması halinde bir yaşından küçük çocuklar işyerine getirilebiliyorsa yine a fıkrasındaki sürelerde süt izni kullanılabilir (m. 5/b). Kadın çalışan sayısının 100’ün altında olması nedeniyle emzirme odası olmayan işyerleri bakımından çocukların işyerine getirilmesi de mümkün değilse annenin öğleden önce ve sonraki ara dinlenmesi zamanlarından yarımşar saat önceden süt iznini kullanmak üzere gitmelerine izin verilir ve yine bu yarım saatlik izin süreleri çalışma süresinden sayılır (m. 5/d). Böylece kanun yerine yönetmelikle süt izninin azami süresi altı aydan bir yıla çıkarılmış ve bu süreler açıkça Kanunda çalışma süresinden sayılarak işçinin ekonomik yönden kayba uğratılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

1967 yılında 931 sayılı İş Kanununun<sup>6</sup> yürürlüğe girmesiyle süt iznine ilişkin farklı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanunun m. 62/I, d bendinde emzikli kadın işçilerin çocuklarına süt vermesi için belirtilecek süreler çalışma süresinden sayılmış, süt izninin süresi ve uygulamasına ilişkin başka bir hüküm yer almamıştır. Kanunun 81. maddesinde gebe veya emzikli kadınların çalışma şartları ile işyerinde emzirme odaları ve kreş kurulmasına ilişkin bir tüzük çıkarılacağı öngörülmüştür. Geçici 1. maddede ise bu Kanunda belirtilen tüzükler çıkarılana kadar mülga 3008 sayılı İş Kanununa dayanarak çıkarılan tüzüklerin aynı konulara ilişkin hükümlerinin yürürlükte kalacağı belirtilmiştir. Ancak süt izninin süresi ve uygulanmasına ilişkin yeni bir tüzük çıkarılamamış,

3 RG., 06 Mayıs 1930, 1489.

4 RG., 15 Haziran 1936, 3330.

5 RG., 10 Eylül 1953, 8504.

6 RG., 12 Ağustos, 1967, 12672.

1953 tarihli Gebe Veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Kreşler Hakkında Nizamname’de yer alan hükümler, 931 sayılı İş Kanunu döneminde uygulanmaya devam etmiştir.

931 sayılı İş Kanununun Anayasa Mahkemesi tarafından 1970 yılında iptal edilmesinin<sup>7</sup> ardından 1971 yılında 1475 sayılı İş Kanunu<sup>8</sup> yürürlüğe girmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu esas olarak, 931 sayılı Kanundaki süt iznine ilişkin hükümleri korumuştur. Bu bağlamda süt izni, Kanunda yine yalnızca m. 62/I, d bendinde “*Emzikli kadın işçilerin çocuklarına süt verme için belirtilecek süreler çalışma süresinden sayılır*” demek suretiyle yer almıştır. Kanunun 81. maddesinde de yine gebe veya emzikli kadınların hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğu ve bunların çalışmalarında sakınca olmayan işlerde hangi şartlar ve usullere uyacakları, ne suretle emzirme odaları veya çocuk bakım yurdu (kreş) kurulması gerektiğine ilişkin bir tüzük çıkarılacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda, ilk olarak 1973 tarihli “Gebe veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtları (Kreş) Hakkında Tüzük”<sup>9</sup> çıkarılmıştır. Buna göre emzikli işçilere, emzirme odaları veya kreşlerde bulunan bir yasından küçük çocuklarını emzirmeleri için, İş Kanununun 64 üncü maddesi uyarınca verilecek olan ara dinlenmesinden önce ve sonra uygun saatlerde ayrı ayrı olmak üzere iki defa yarımşar saatlik izin verilir. Bu sürelerin yirmişer dakikasın emzirmeye ayrılması şarttır. Bu izinler iş süresinden sayılır (m. 5/a). 100 den az kadın işçi çalıştırılan ve dolayısıyla emzirme odası ve kreş açılmasının zorunlu olmadığı işyerlerindeki emzikli kadın işçilere ise, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için İş Kanununun 64 üncü maddesi uyarınca verilecek olan ara dinlenmesinden ve işin bitiminden önce, ayrı ayrı olmak üzere, iki defa yarımşar saatlik izin verilir. Bu izinler iş süresinden sayılır (m. 5/b). Görüldüğü üzere belirtilen Yönetmelik hükümleri ile 1953 tarihli Yönetmelikte yer alan hükümler arasında ciddi bir fark bulunmamaktadır. Süt izni toplam 1 saattir ve ancak öğleden önce ve öğleden sonra işin bitiminden önce olmak üzere iki defa yarımşar saat olarak kullanılabilir.

1475 sayılı Kanun döneminde süt iznine ilişkin ilk değişiklik ise 1987 tarihli “Gebe veya Emzikli Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Tüzük”<sup>10</sup> ile olmuştur. Bu tüzüğe göre “*Emzikli işçilere, oda ve yurtlarda bulunan bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için, 1475 sayılı İş Kanunu’nun 64’üncü maddesi uyarınca, verilecek olan ara dinlenmesinden önce ve sonra, uygun saatlerde, ayrı ayrı iki defa, kırkbeşer dakikalık izin verilir (m. 6/1). 100’den az işçi çalıştırılan işyerlerinde ise, emzikli işçilere, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için biri ara dinlenmesinden, biri işin bitiminden önce, ayrı ayrı iki defa kırkbeşer dakikalık izin verilir (m. 6/2). Bu izinler iş süresinden sayılır (f. 3).*” Böylece süt izni ayrı ayrı kırkbeşer dakika şeklinde kullanılmak üzere toplamda bir buçuk saate çıkmıştır.

Nihayet süt izninin süresi ve uygulamasına ilişkin ilk kanuni düzenleme 2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanununun “Analık halinde çalışma ve süt izni” başlıklı 74. maddesinde yer almıştır. Kanun

7 AYM, 14.05.1970, E. 1967/40, K. 1970/26 (Yürürlük Tarihi: 12 Kasım 1970), RG., 11 Mayıs 1971, 13833.

8 RG., 1 Eylül 1971, 13943.

9 RG., 11 Ağustos 1973, 14622.

10 RG., 10 Nisan 1987, 19427.



hükmünde öncelikle doğum öncesi ve sonrası izinleri ile yarım çalışma imkanı ve ücretsiz izin konularını düzenlemekte, ardından yedinci fıkrada süt iznine yer vermektedir. 74. maddeye göre “Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır”. Bu düzenleme ile birlikte toplamda bir buçuk saate yükselmiş olan süt izninin kaç bölünerek ve nasıl kullanılacağı tamamen işçinin inisiyatifine bırakılmış, 1475 sayılı Kanunda yer alan, süt izninin günde iki defa kırk beşer dakika şeklinde kullanılma zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Ayrıca önceki kanunlarda olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanununda da çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilen sürelerin çalışma süresinden sayılan hallerden olduğu ifade edilmiştir (m. 66/1, e).

4857 sayılı Kanunun mülga 88. maddesine dayanılarak öncelikle 2004 tarihli “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik (mülga)<sup>11</sup>” yürürlüğe girmiştir. Anılan mülga yönetmeliğin 14. maddesinde de süt izni Kanunun 74. Maddesinde olduğu şekliyle yer almıştır. Ardından 2012 yılında İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, belirtilen Kanuna dayanarak 2013 tarihli “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik<sup>12</sup>” çıkarılmıştır. Halen 2013 tarihli “Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik yürürlükte ve süt iznine ilişkin olarak İş Kanununun 74. Maddesine atıf yapmakla yetinmiştir (m. 10).

## II. SÜT İZNİNDEN YARARLANMA ŞARTLARI

4857 sayılı İş Kanunu m. 74/7 çerçevesinde bir kadın işçi bir yaşını doldurmamış çocuğunu emzirmek üzere günlük bir buçuk saatlik süt izni hakkına sahiptir. Bu durumda denilebilir ki bir yaşını doldurmamış çocuğa sahip kadın işçi olmak süt iznine hak kazanmak için yeterlidir. İzin verilmesi konusunda işverenin bir inisiyatifi bulunmadığı gibi kullanılması için talep şartı da aranmamaktadır<sup>13</sup>. 2013 tarihli Yönetmeliğin 6. maddesinde yer alan “*çalışan ... emzirmeye başlama halinde işvereni bilgilendirir*” ifadesi de süt izninin kullanılabilmesi için işçi tarafından talep edilmesinin gerekmediğini, işverenin bilgilendirilmesinin yeterli olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, Yönetmeliğin anılan maddesindeki ifadenin yerindeliği tartışılabilir. Zira, mevcut hükümler çerçevesinde kadın işçinin 1 yaşın altında sağ bir çocuk sahibi olması süt iznini kullanması için yeterli olacaktır. Aşağıda da yer verileceği gibi, şartları sağlayan kadın işçinin gerçekten emziriyor olup olmaması önemsizdir. Bir bildirim şartı aranacaksa bu bildirim işçinin emzirip emzirmemesine değil, 1 yaşın altında çocuk sahibi olduğuna ilişkin olmalıdır. Yönetmelikteki söz konusu hükmün bu şekilde değiştirilmesinin yerinde olacağı kanısındayız. Ayrıca belirtmek gerekir ki, süt iznine

11 RG., 14 Temmuz 2004, 25522.

12 RG., 16 Ağustos 2013, 28737. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde “2013 tarihli Yönetmelik” olarak anılacaktır.

13 Alpagut, Değerlendirme 2014, Genel Görüşme, 105; Çil, Değerlendirme 2014, Genel Görüşme, 103; Baycık, Değerlendirme 2016, 350; Süt izni hakkının kullanılması için doğduğu an talep edilmesi gerektiğine ilişkin Yargıtay kararı için bkz. 9. HD., 27.04.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375, www.kazancı.com.

ilişkin Kanunda öngörülen şartlar nispi emredici niteliktedir. Bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine hükümler getirilebilir<sup>14</sup>.

## A. KADIN İŞÇİ OLMAK

### *1. İzinin Yalnızca Kadınlar Tarafından Kullanılabilmesi*

İş Kanunu m. 74/7 hükmüne göre süt izni yalnızca kadınlar tarafından kullanılabilen bir haktır. Anılan hükümde açıkça emzirme ifadesinin kullanıldığından süt izninin yalnızca kadınlara özgülenmesi iznin getiriliş amacı çerçevesinde mantıklıdır. Bugün bebeklerin beslenmesi en doğal ve faydalı yol olarak anne tarafından emzirilerek gerçekleştirilebileceği gibi, tıbbi zorunluluk veya tercih sebebiyle anne sütü ve/veya devam sütünün biberonla verilmesiyle de gerçekleştirilebilir. Bebek beslenmesinin çeşitli olasılıklarda anneden başka kişilerce de gerçekleştirilebilmesi mümkün olduğundan, süt izninin sadece anne tarafından değil baba tarafından da kullanılabilmesi sağlanmalıdır<sup>15</sup>. Bu imkan aynı zamanda doğum sonrası sorumlulukların eşler tarafından paylaşılması, çocuk ile baba arasında güvenli bir bağın kurulması ve çalışma hayatında kadın erkek eşitliğinin geliştirilmesi noktasında da son derece gerekli olacaktır<sup>16</sup>. Ayrıca annenin hayatta olmaması durumunda süt izninin baba tarafından kullanılabilmesi, olması gereken hukuk açısından kabul edilmelidir.

Hem anne hem babanın hayatta olmaması veya çocuğun evlat edinilmiş olması durumunda iznin kullanılıp kullanılmayacağı konusu da bir başka sorun olarak gündeme gelmektedir. İş Kanununun 74. maddesinde bu konuda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak düşünülebilir. Zira İş Kanununun 74. maddesinde analık halinde kullanılacak izinler bakımından evlat edinme durumu kapsam içine alınmış fakat süt iznine ilişkin son fıkrada evlat edinme durumuna yer verilmemiştir. Önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi süt iznini düzenleyen 7. fıkra çocuğun annesi tarafından emzirilmesi mantığı üzerinden kurgulanmıştır. Ancak fıkrada gerekli değişikliğin yapılarak anne ve babanın hayatta olmaması durumunda vesayet sahibi kişinin; evlat edinme durumunda da evlat edinen eşlerden biri veya evlat edinen kişinin kanuni süreyle sınırlı olmak üzere bu izni kullanabilmesi çocuğun psikolojik ve fiziksel sağlığı için büyük önem arz etmektedir. Bebek beslenmesi yalnızca anne tarafından emzirilerek değil baba, vasi veya evlat edinenler tarafından farklı araçlarla da gerçekleştirilebilir. Yine bu izin yalnızca çocuğun anne tarafından doyurulması olarak değil, beslenme aracılığıyla anne, baba, vasi veya evlat edinen gibi bir bakım veren ile çocuk arasındaki duygusal bağın güçlenmesini destekleyecek bir imkan olarak düşünülmelidir. Dolayısıyla Kanun ile annelere tanınmış olan süt izninin yasal düzenleme ile baba, vasi veya evlat edinen tarafından da kullanılmasının sağlanması gerektiği kanaatindeyiz. Burada değerlendirilebilecek bir diğer husus ise sütannenin süt iznini kullanıp kullanamayacağıdır. Sütanne, bir çocuğun annesi dışında sütünü emmiş olduğu kadın olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Mevcut kanuni

14 Ekonomi, 44; Köseoğlu, 111, dn. 51.

15 Bakırcı, 72.

16 Gökçeoğlu Balcı, 1282; Avrupa Birliği Adalet Divanınının 2010 tarihli Alvarez kararında babaların da süt izni hakkı olduğuna karar verilmiştir. Bkz. Aynı Yazar, dn.57; Aynı yönde, Yücel Bodur, 216-217.

17 Türk Dil Kurumu, www.sözlük.gov.tr.

düzenleme karşısında süt annenin, çocuğun ebeveyni veya bakım vereni olmadığından süt izninden yararlanması mümkün değildir. Olması gereken hukuk açısından bakıldığında da, kanımızca aynı sonuca ulaşmak gerekir. Süt anne, çocuğa bakım vermekle görevli kişi değildir. Ayrıca, günümüzde çocuğun süt ihtiyacını, sütünü sağlamak suretiyle karşılaması mümkün ve yeterlidir. Dolayısıyla, kanuni süt izni hakkından faydalanamayacaktır.

## **2. İzin İşçi Statüsündeki Kişiler Tarafından Kullanılabilmesi**

İş Kanunu m. 74'e 2016 yılında eklenen 8. fıkraya göre, "Bu madde hükümleri iş sözleşmesi ile çalışan ve bu kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçi için uygulanır". Dolayısıyla 74. Madde kapsamında süt izninden faydalanabilmek için işçi olmak, bir diğer ifadeyle iş sözleşmesiyle çalışıyor olmak gerekir ancak İş Kanununa tabi bir işçi olmak zorunlu değildir. Bir başka ifadeyle iş sözleşmesiyle çalışmak şartıyla Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamında yer alan işçiler de süt izninden yararlanabilecektir<sup>18,19</sup>.

## **B. BİR YAŞINDAN KÜÇÜK ÇOCUK SAHİBİ OLMAK**

İş Kanunu m. 74/7 çerçevesinde süt izni ancak çocuğun bir yaşını doldurduğu tarihe kadar kullanılabilir. Azami sürenin 1 yıl olarak belirlenme nedeni dönemin emzirme politikaları çerçevesinde en az 1 yıl süreyle anne sütü ve emzirmenin önemi ve desteklenmesi olarak düşünülebilir. Bu temel nedenden hareket edilirse günümüzde süt iznine ilişkin azami sürenin de arttırılması gerekmektedir. Zira bugün artık Dünya Sağlık Örgütü başta olmak üzere pek çok sağlık otoritesi doğumdan itibaren en az 2 yıl anne sütünü tavsiye etmektedir<sup>20</sup>. Sağlık Bakanlığımız da uluslararası gelişmeler çerçevesinde, bebeklerin anne sütü ile beslenmesinde 2 yılın önemine vurgu yapmaktadır<sup>21</sup>. Son yıllardaki gelişmeler dikkate alındığında süt iznine ilişkin mevzuattaki azami 1 yaş sınırının 2 yaş olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

## **C. EMZİRİYOR OLMAK**

4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesinin başlığı "Analık halinde çalışma ve süt izni" olarak belirlenmiştir. Başlıkta yer alan süt izni ifadesi dikkate alındığında m.74, yalnızca anne tarafından emzirmeyi değil aynı zamanda bebeğin devam sütü gibi farklı besinlerle beslenmesini de kapsar gibi görünmektedir. Ancak m. 74/7 hükmünün içeriğine bakıldığında, süt izninin açıkça emzirmek

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 773; Caniklioğlu, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş, 142.

19 Memur kadınların kullanabileceği süt iznine ilişkin düzenleme Devlet Memurları Kanunu m, 104/D bendinde yer almaktadır. Buna göre "Kadın memura, çocuğunu emzirmesi için doğum sonrası analık izni süresinin bitim tarihinden itibaren ilk altı ayda günde üç saat, ikinci altı ayda günde birbuçuk saat süt izni verilir. Süt izninin hangi saatler arasında ve günde kaç kez kullanılacağı hususunda, kadın memurun tercihi esastır."

20 [https://www.who.int/nutrition/topics/exclusive\\_breastfeeding/en/](https://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/en/); [https://www.unicef.org/nutrition/index\\_24824.html](https://www.unicef.org/nutrition/index_24824.html); <https://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/129/3/e827.full.pdf>, E.T. 15.12.2019.

21 <https://dosyahastane.saglik.gov.tr/Eklenti/136,anne-sutu-ve-emzirme-egitim-rehberipdf.pdf?0>,

için verileceği ifade edilmiştir. Ayrıca yukarıda da açıklandığı gibi, iznin yalnızca kadınlara özgülenmesi ve sadece çocuk bir yaşına gelene kadar iznin kullanılabilmesi süt izninin tamamen emzirme mantığıyla düzenlendiğini göstermektedir. Esasen bu madde kapsamında doğum yapmış bir kadının süt izninden faydalanabilmesi için çocuğun emzirilmesi veya biberon aracılığıyla anne sütü yahut devam sütü ile beslenmesi önemsizdir. Kadının tercihi sorgulanamaz ve kadın işçi her halde bu izni kullanabilir<sup>22</sup>. Günümüzde madde metnindeki bu ayırt edici kelimelerin kullanımı son derece önemlidir. Zira emzirme ifadesi, yukarıda da belirtildiği gibi, biyolojik olarak yalnızca kadınlar tarafından yapılabilecek bir eylemi ifade etmektedir. Oysa bebeğin süt ihtiyacı yahut daha genel ifadeyle bebek beslenmesi, bazen tıbbi zorunluluklar bazen ise tercih nedeniyle sadece anne tarafından değil baba tarafından, hatta ebeveynlerin hayatta olmaması dolayısıyla başka bir bakım veren tarafından da gerçekleştirilebilmektedir<sup>23</sup>. Kaldı ki, beslenme yalnızca bebeğin doymasına hizmet etmemekte ayrıca bebek ile bakım vereni arasındaki duygusal bağın kurulması ve insan gelişiminde son derece önemli olan güvenli bağlanmanın oluşturulmasında da büyük rol oynamaktadır. Bu sebeple, söz konusu iznin madde başlığında yer aldığı şekilde süt izni olarak genel anlamda beslenmeyi ifade eder şekilde yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır. Böylece yukarıda da ifade edildiği gibi süt izninin yalnızca anneler tarafından değil, babalar ve evlat edinen anne/babalar tarafından da kullanılmasının alt yapısı oluşmuş olacaktır. Bu durum kadın istihdamının artması açısından da olumlu bir adım niteliğinde olacaktır. Zira süt izni kullanacağı endişesiyle çocuk sahibi kadınlar işe alımlarda doğrudan elenmekte veya bu izni kullanmak istediğinde işten çıkarılabilmekte, erkekler içinse babalık görevi çalışma hayatında bir engel teşkil etmemektedir. Öyleyse çocuk sahibi olmaktan kaynaklanan sorumluluklar, babalar için de bir yükümlülük haline getirilirse çalışma hayatında kadın erkek eşitliğine doğru bir adım daha atılmış olacaktır.

### III. SÜT İZİNİN SÜRESİ

İş Kanunu m. 74/7'ye göre işçiye günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir<sup>24</sup>. Kanunda çocuk sayısına göre değişen bir süt izni süresi öngörülmediğinden çoğul doğumlarda da ancak bir buçuk saatlik süt izni kullanılabilir. Bu bakımından süt izni süresine çocuk sayısına göre kademeli bir artış getirilmesi isabetli olacaktır<sup>25</sup>. Öğretide, maddede açıkça "günde" ifadesi kullanılmasından dolayı bir buçuk saatlik sürenin tam gün çalışma halinde geçerli olacağı, arife günü gibi yarım gün çalışılan hallerde orantılı olarak kırk beş dakikalık izin verilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir<sup>26</sup>.

Kanuna göre toplam bir buçuk saatlik süt izni süresinin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirleyecektir (m. 74/7, c. 2). Bu noktada işçinin izin hakkını kullanırken

22 Urhanoğlu Cengiz, 35; Köseoğlu, 111, dn. 51; Yuvalı, 109; Oğuz, 2018, 583; Aksi yönde, Ekonomi, 46.

23 Gökçeoğlu Balcı, 1282.

24 Süt izni süresi 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda analık izninin bitiminden itibaren ilk altı ay için günde üç, ikinci altı ay için bir buçuk saat olarak düzenlenmiştir (m. 104/D). İşçiler ve memurlar arasındaki haklı bir sebebe dayanmayan bu ayrımın düzeltilmesi isabetli olacaktır

25 Uğur/Uğur, 672; Aksi yönde bkz. Taşkent/Kurt, 42

26 Ekonomi, 44; Kısmi süreli çalışma halinde süt izni hakkında bkz. Aşağıda IV.

iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmesi gerektiği ve işin aksamadan yürütülebilmesi için işveren vekilleriyle gerekli bağlantıların kurulmasının sadakat borcunun bir gereği olduğu ifade edilmektedir<sup>27</sup>. İşçi günlük süt iznini günde tek bir seferde kullanabileceği gibi iki veya üç bölerek de kullanabilir veya ara dinlenmesi ile birleştirebilir. Ayrıca bu sürenin işe bir buçuk saat geç gelme veya bir buçuk saat erken çıkma şeklinde de kullanılması mümkündür<sup>28</sup>.

Süt izni süresi çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu durum İş Kanununun hem m. 74/7 hem de m. 66/1, e hükmünde belirtilmektedir. Dolayısıyla işçi süt izni sürelerinde işyerinde fiilen çalışmaksızın ücretini almaya devam edecek ve süt izni süreleri kıdeme bağlı her türlü hakkın hesabında göz önünde bulundurulacaktır.

Bir buçuk saatlik izin süresi işçinin süt izni kapsamında kullanabileceği toplam süredir. Bir başka ifadeyle, işçinin süt iznini kullanmak için evine gideceği durumlarda yolda geçireceği süreler de yine bu bir buçuk saatin içinde değerlendirilecek, bunun için fazladan izin verilmeyecektir. Bu sebeple söz konusu bir buçuk saatin etkili kullanımı için aşağıda da yer verileceği üzere işyerinde kreş ve bakım odalarının açılması oldukça önemlidir.

Uygulamada süt izninin haftada bir gün işe gelmeme veya izinleri birleştirerek ortalama 40 gün ücretli izin kullanma gibi farklı şekillerde kullanıldığı bilinmektedir. Bu uygulamalar kadının çocuğuna her gün süt verebilmesi amacına aykırı olması gerekçesiyle eleştirilse de<sup>29</sup> işçinin evinin işyerine uzak olduğu, kendisinin eve gidemeyeceği gibi bebeğin de işyerine getirilmesinin çok zor olacağı durumlarda süt izninin günlük kullanımı işçi için etkili olmayabilir<sup>30</sup>. Bu gibi durumlarda günlük süt izninin farklı kullanım şekillerine evrilmesinde sakınca görülmemelidir. Kanımızca, süt izninin toplu şekillerde kullanımı işçi ve işveren karşılıklı olarak anlaşığı sürece işçinin yararınadır. Ayrıca mevzuattaki ücretsiz izin, yarım çalışma gibi ebeveyn izinlerinin uygulamada işçiler tarafından serbestçe kullanılmasının hala çok mümkün olmadığı gerçeği dikkate alındığında süt izni ebeveynler için önemli bir imkan olarak görülmelidir. Yargıtay da bir kararında süt izinlerinin toplu kullanılamayacağını belirttiikten sonra şu ifadelere yer vermiştir: *“Somut uyumsuzlukta davacı doğum sonrası süt izni kullandırılmadığını iddia etmiş, davalı ise toptan beş gün süt izni kullanıldığını savunmuştur. Öncelikle davacının doğum yaptığı tarihten, doğan çocuğun bir yaşına geldiği tarihe kadar davacının kullandığı doğum ve diğer izinli olduğu günler dışında kullanması gereken günlük 1,5 saatten toplam verilmesi gereken süt izni belirlenmeli, verilen mahsup edilmeli, kalan kısmın kullanılması gereken tarihteki ücret üzerinden fazla mesai ücreti olarak hesaplanıp, süt izni alacağı karşılığı hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile bu alacağın reddi hatalıdır.”*<sup>31</sup>

27 Ekonomi, 44-45.

28 Demir, 21; Ekonomi, 45.

29 Demir, 21; Şahlanan, Süt İzni II, 433; Köseoğlu, 111, dn. 51; Taşkent/Kurt, 42; Baycık, Değerlendirme 2016, 351; Tuuç, 215; Çalışkan, 98.

30 Arslan Ertürk, 362.

31 Y. 9. HD., 27.04.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375, Kararın eleştirisi için bkz. Baycık, Değerlendirme 2016, 351.

#### IV. SÜT İZİNİNİN KULLANILABİLECEĞİ YER

Süt izni işçi tarafından işyeri dışında, çocuğunun bulunduğu yere gidip gelmek şeklinde kullanılabilceği gibi, çocuğun işyerine getirilmesi ile işyerinde de kullanılabilir. Nitekim işçilerin süt iznini işyerinde de kullanabilmesini sağlamak amacıyla 2013 tarihli Yönetmelik'te işverenin emzirme odası ve yurt açma yükümlülüğü yer almaktadır.

Yönetmeliğe göre emzirme odaları çalışanların bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için ayrılan odaları ifade etmektedir (m. 4). Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın çalışanı olan işyerlerinde, emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine en çok 250 metre uzaklıkta EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir emzirme odasının kurulması zorunludur (m. 13/1).

Yurt/çocuk bakım yurdu/kreş ise 26/7/2014 tarihli ve 29072 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Okul Öncesi Eğitim ve İlköğretim Kurumları Yönetmeliği hükümlerine göre ilköğretime kayıt yaşını doldurmamış çocukların bakım ve eğitimlerinin yapıldığı yerleri ifade eder (m. 4). Yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 150'den çok kadın çalışanı olan işyerlerinde, 0-6 yaşındaki çocukların bırakılması, bakımı ve emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın EK-IV'te belirtilen şartları taşıyan bir yurdun kurulması zorunludur. Yurt, işyerine 250 metreden daha uzaksa işveren taşıt sağlamakla yükümlüdür (m. 13/2).

İşverenler, ortaklaşa oda ve yurt kurabilecekleri gibi, oda ve yurt açma yükümlülüğünü, kamu kurumlarınca yetkilendirilmiş yurtlarla yapacakları anlaşmalarla da yerine getirebilirler (m. 13/3). Oda ve yurt açma yükümlülüğünün belirlenmesinde, işverenin yalnızca o işyerinde çalışan kadın sayısı değil, işverenin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bulunan tüm işyerlerindeki kadın çalışanların toplam sayısı dikkate alınır (m. 13/4).

Emzirme odası kurulması için gereken kadın çalışan sayısının hesabına erkek çalışanlar arasından çocuğunun annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş olanlar da dâhil edilir (m. 13/5). Odalardan kadın çalışanların çocukları ile erkek çalışanların annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukları faydalanırlar (m. 14/1).

Oda kurulması için gerekli görülen 100-150 sayısı oldukça yüksek ve kadın istihdamı bakımından ülke gerçeklerine uymayan bir sayıdır<sup>32</sup>. Bu sayının küçük ölçekli işletme sahibi işverenleri ekonomik olarak koruma amaçlı getirilmiş olabileceği düşünülse de, odaların kurulması için devlet tarafından yapılacak maddi desteklerle de işverenler korunabilir. Yine belirtmek gerekir ki, oda ve yurtların açılabilmesi için gereken sayının hesabında yalnızca kadınların dikkate alınması, odalar bakımından erkeklerin yalnızca annenin ölmüş veya velayetin babada olduğu durumlarda hesaba katılması ayrımcılık teşkil etmektedir<sup>33</sup>. Zira çocuk bakımı aile içerisinde yalnızca kadının üstleneceği bir

32 Savaş Kutsal, İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü, 521.

33 Savaş Kutsal, İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü, 519.

yükümlülük olmadığı gibi bu tarz düzenlemeler kadın istihdamının azalmasına neden olabilmektedir. Bu sebeple söz konusu sayının hesabında tüm işçilerin dikkate alınması yararlı olacaktır<sup>34</sup>.

Yönetmelikte emzirme odalarına 0-1 yaşındaki kadın çalışanların çocukları ile erkek çalışanların annesi ölmüş veya velayeti babaya verilmiş çocukların alınacağı ifade edilmektedir (m. 14/1). Öncelikle maddeye, İş Kanunundaki süt izni düzenlemesinde yer alan 1 yaş kuralı dikkate alınarak 1 yaş sınırı getirildiği açıktır. Ancak 1 yaşın üzerindeki çocukların da emzirilmesi mümkün ve olağandır. Kanuni süt izni çerçevesinde verilecek bir buçuk saatlik sürelerde olmasa dahi, 1 yaşın üzerinde çocuk sahibi kadınların ara dinlenmelerinde bu odalarda çocuklarını emzirmeleri ve hatta sütlerini yine bu odalarda sağmaları mümkün olmalıdır. Bu doğrultuda emzirme odalarına ilişkin yaş sınırlamasının kaldırılması ve bunların bebek bakım odası olarak genişletilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Gerçekten de Yönetmeliğin IV numaralı ekinde yer alan şartlara bakıldığında odalarda bulunması gereken alt değiştirme ünitesi ve lavabo gibi şartlar da bu odaların emzirmeden ziyade bebek bakım odası niteliğinde olacağını göstermektedir. Ayrıca erkek çalışanların çocuklarının bu odalardan yararlanabilmesi için annesinin ölmüş ve velayetin babaya verilmiş olması gerektiğine ilişkin ayırımı pratikte bir önemi olmayacaktır. Emzirme odalarını, beslenme veya alt değiştirme gibi bakım ihtiyacı olan her çocuğun kullanması mümkün olmalıdır.

İşverenin oda ve yurt açma yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımını olarak öngörülen idari para cezası 6331 sayılı Kanun m. 26/1, (n)'ye göre, uyulmayan her hüküm için tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak bin Türk Lirasıdır. Ayrıca işverenin yükümlülüğüne aykırı olarak işyerinde oda veya yurt açmaması halinde, bunlardan yararlanacak olan işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu m. 24/ II, (f) uyarınca çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle haklı sebeple feshetme imkanı da bulunmaktadır<sup>35</sup>.

## V. DİĞER EBEVEYN İZİNLERİNİN KULLANIMI SIRASINDA SÜT İZNİ

İş Kanununda açıkça belirtilmese dahi süt izni en erken doğum sonrası (en az) 8 haftalık analık izninin (m. 74/1) bitiminden itibaren kullanılabilir, zira analık izni sırasında işçinin çalışması söz konusu olmayacağından süt izni kullanımı da gündeme gelmeyecektir<sup>36</sup>. Bununla birlikte İş Kanunu 74. maddeye 2016 yılında 6663 sayılı Kanunla eklenen fıkra ile yeni bir ebeveyn izni olarak yarım çalışma imkanı getirilmiştir. Buna göre, "...doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır.

34 Bakırcı, 103; Savaş Kutsal, İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü, 520; Yücel Bodur, 220.

35 Y. 9. HD., 14.11.2016, E. 2015/5175, K. 2016/19971, kararın incelemesi için bkz. Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, 533-535; Bu konuda ve işverenin kreş açma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, Burcu, İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü, 506 vd.

36 Ekonomi, 39.



Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz” (f. 2). Görüldüğü üzere işçi, belirtilen fıkra gereğince yarım çalışma hakkını kullanması halinde süt iznini kullanamayacaktır. Süt izninin kullanılmayacağı bu süre elbette yarım çalışma hakkının kullanıldığı zaman dilimi ile sınırlıdır. Yarım çalışma hakkının sona ermesinden itibaren çocuk 1 yaşını doldurana kadar işçi süt iznini kullanabilecektir<sup>37</sup>. Ancak fıkroda belirtildiği gibi, çocuğun engelli doğması halinde yarım çalışma hakkı üç yüz altmış gün olduğundan yarım çalışma hakkı sona erdiğinde süt izni hakkı da sona ermiş olacaktır.

Esasen süt iznine ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı kuralı, işçinin her gün sadece yarım gün çalıştığı ihtimalinde isabetlidir. Bu durumda ayrıca süt iznine gerek duyulmayacaktır. Ancak öğretilerde de ifade edildiği gibi<sup>38</sup> yarım çalışmanın haftanın bazı günleri tam, bazı günleri ise hiç çalışmama şeklinde belirlendiği ihtimalde, tam çalışılan günler için de süt iznine gerek duyulacağı açıktır. Belirtilen hükümde bu doğrultuda bir değişikliğe gidilmesi yararlı olacaktır. Ancak öğretideki bir diğer görüşe göre, kanuni yarım çalışma hakkı sadece her gün yarım gün çalışma şeklinde kullanılabilir, haftanın bazı günleri tam bazı günleri hiç çalışmamak mümkün değildir. Belirtilen görüşe göre, Kanunda yarım çalışma sırasında süt izinlerinden faydalanılmayacağının kabul edilmesi de kanunkoyucunun iradesinin bu yönde olduğunu göstermektedir<sup>39</sup>.

Süt izninin kullanımı bakımından değerlendirilebilecek bir diğer durum da 6663 sayılı Kanunla getirilen ebeveynlerin kısmi çalışmaya geçiş hakkını düzenleyen İş Kanunu m. 13/5 hükmü çerçevesinde işçinin kısmi çalışma talebinde bulunmasıdır. İş Kanunu m. 13/5 çerçevesinde kısmi çalışma talebinde bulunan kadın işçinin çocuğunun halen 1 yaşını doldurmamış olması halinde süt izninin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretilerde bir görüşe göre kısmi süreli çalışmada ücret ve paraya ilişkin menfaatler çalışılan süreyle orantılı ödenir ilkesi gereği, örneğin kısmi çalışma süresi içinde süt izni de varsa, günlük bir buçuk saatlik süt izni çalıştığı süreyle orantılı olarak verilmelidir. Örneğin kısmi süreli olarak haftalık çalışma süresi 45 saat olan bir kişi günlük bir buçuk saat süt izni kullanıldığından, 30 saat kısmi süreli çalışan bir kişi günlük bir saat süt izni kullanacaktır<sup>40</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, yine yarım çalışmadaki esaslar çerçevesinde süt izninin kullanılmasının mümkün olmalıdır. Bir başka ifadeyle bu görüşe göre, belirlenen kısmi çalışma düzeninde haftanın bazı günlerinde tam bazı günlerinde yarım veya belli saatlerde çalışma söz konusuysa; tam çalışılan günlerde işçi yine bir buçuk saat süre ile süt izninden yararlanılabilmeli, yarım gün veya günün belli saatlerinde çalışılan günlerde ise işçinin süt iznini kullanamayacağı kabul edilmelidir<sup>41</sup>. Burada kanımızca, ister ebeveynlik sebebiyle ister bundan bağımsız bir sebeple fark etmeksizin işçi kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışıyorsa o işyerindeki günlük tam çalışma süresinin (en fazla 7,5 saat olmak üzere) yarısına kadar bir kaç saatlik çalışma söz konusuysa o günlerde süt izni hakkının olmadığı kabul edilmelidir. Zira bu durumda çocuğun beslenme ihtiyacı gün içinde uygun şekilde karşılanabilecektir. Ancak günlük tam çalışma süresinin yarısı veya daha fazla süre ile kısmi

37 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 776; Caniklioğlu, 145; Ocak, 196.

38 Caniklioğlu, 144; Ocak, 196; Taşdemir, 281.

39 Köseoğlu, 107; Uğur/Uğur, 667.

40 Ulusoy, 758.

41 Köseoğlu, 121.

çalışma söz konusu ise bir buçuk saatlik süresinin oranlanarak uygulanması yerinde olacaktır<sup>42</sup>. İş Kanunu m. 13/5 hükmü çerçevesinde kısmi çalışma hakkından yararlanan kişi baba ise, annenin her ihtimalde süt izni hakkının devam edeceği açıktır<sup>43</sup>.

İşçinin İş Kanunu m. 74/6 uyarınca doğum sebebiyle altı aya kadar ücretsiz izin kullanması halinde de süt izninin kullanamayacağı açıktır. Ancak işçi ücretsiz izninin bitiminden sonra çocuğu 1 yaşına gelene kadar ki dönem için süt izni hakkını kullanacaktır<sup>44</sup>.

## VI. SÜT İZİNİN KULLANDIRILMAMASININ YAPTIRIMI

İş Kanunu m. 74/7 “Kadın işçilere... süt izni verilir” diyerek, süt izninin kullanılmasının işverenin iznine bağlı olmadığını vurgulamaktadır. Dolayısıyla işçi şartları sağlıyorsa işveren süt iznini kullandırmakla yükümlüdür. Bununla birlikte süt izninin işveren tarafından kullandırılmaması veya işçinin istediği şekilde kullandırılmaması halinde cezai veya hukuki bir yaptırımın olup olmadığı yargı kararları ve öğretide tartışma konusu olmuştur. 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından öğretide bir görüş, hakimin Türk Medeni Kanunu m. 1’den hareketle kural koyma yetkisini kullanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre süt izninin kullandırılmaması halinde, İş Kanunu m. 27’de yeni iş arama izninin kullandırılmaması durumu için öngörülmüş olan yaptırım göz önünde bulundurulmalıdır<sup>45</sup>.

Yargıtay süt izninin kullandırılmaması halinde uygulanacak yaptırımın ne olacağına dair zaman içinde farklı içtihatlar geliştirmiştir. Yargıtay, işçiye süt izni kullandırılmadığı gerekçesiyle, kullandırılmayan süt izni sürelerine ilişkin ücretin talep edildiği davaya ait 2007 tarihli bir kararında şu ifadelere yer vermiştir. “işçinin doğum yaptığı tarihte yürürlükte olan 1475 Sayılı Yasa’nın 70. maddesinde süt izni verileceğine dair bir kurala yer verilmemiştir. Aynı yasanın 62. maddesinin ( d ) bendinde süt izninde geçen sürenin iş süresinden sayılacağı hükme bağlanmış ise de, süt izni verilmesi yönünde bir zorunluluk anılan yasada yer almadığı gibi, verilmeyen süt izinleri için ücret ödenmesi gerektiği hususu da öngörülmemiştir. Kadın işçiye doğumdan sonra bir yıla kadar günde 1.5 saat süt izni verilmesi gerektiğine dair düzenleme, 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 74. maddesiyle getirilmiştir. işverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, anılan yasanın 104. maddesinde öngörülmüştür. Bununla birlikte süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğine dair bir kurala yer verilmiş değildir. Böyle olunca süt izni süresinin fazla çalışma süresi olarak değerlendirilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz. Zira davacı işçinin haftalık 45 saati aşan fazla çalışmaları hesaplanmış ve hüküm altına alınmıştır. Süt izni ücreti isteğinin reddi gerekirken yazılı şekilde talebin kabulü hatalı olmuştur.”<sup>46</sup>. Bir başka kararda da bu görüşlerine ek olarak, süt izni verilmemesi durumunda işçiye ilave bir ücret ödeneceğinin sözleşmeyle kararlaştırılabileceğini ve

42 Ayrıca bkz. Ekonomi, 44.

43 Köseoğlu, 121.

44 Çalışkan, 97.

45 Taşkent/Kurt, 43.

46 Y. 9. HD., 1.5.2007, E. 2007/4893, K. 2007/13796, www.kazancı.com.

somut olayda böyle bir sözleşme hükmü olmadığından süt izni ücretinin reddine karar vermiştir<sup>47</sup>. Yüksek Mahkeme süt izni kullandırılmamasının yaptırımının İş Kanunu 104. maddeye göre idari para cezası olduğu ve süt izninin çalışma süresinden sayılmasından hareketle işçiye ilave ücret ödenmesinin söz konusu olamayacağına ilişkin içtihadına 2015 yılına kadar devam etmiştir<sup>48</sup>.

Yargıtayın süt iznine ilişkin içtihadı öğretide eleştirilmiştir<sup>49</sup>. Buna göre, bir yükümlülüğe aykırı davranışa idari para cezasının bağlanmış olması bu aykırılığın hukuken de yaptırımsız kalacağı anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, idari para cezası bağlandığı ifade edilen İş Kanunu m. 104, kapsamına süt iznini almamıştır. Dolayısıyla süt izni kullandırılmamasının bir cezai yaptırımı da bulunmamaktadır. Hukuki yaptırım konusuna gelindiğinde ise bir görüş, süt izninin kullandırılmaması halinde işçinin çalışılmış gibi sayılan bir buçuk saatlik sürenin ücretinden başka o günkü normal çalışma süresine eklenen bir buçuk saatlik çalışma karşılığı ücretini talep edebileceğini, izin verilmediği ve çalıştırıldığı sürelerin haftalık çalışma süresi 45 saati aşması halinde aşan süre kadar zamlı ücret talebinde bulunabileceğini belirtmiştir<sup>50</sup>. Diğer bir görüş, süt izni hakkı olan bir kadın işçiye bu hakkının kullandırılmadığı durumlarda işveren lehine sebepsiz bir zenginleşme doğacağını, işçiye bu iznin kullandırılması halinde söz konusu sürenin çalışılmış gibi dikkate alınarak haftalık çalışma süresi ve dolayısıyla fazla çalışma hesabı yapılması gerektiğini buna karşılık izin kullandırılmayan işçi için de Borçlar Hukukunun genel hükümlerine göre çözüme gidilmesi ve işverenin tazmin yükümlülüğünün kapsamının kadın işçinin fazladan çalışmış olduğu süt izni süresine tekabül eden ücret tutarı olması gerektiğini ifade etmiştir<sup>51</sup>. Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise süt izninin kullandırılmaması bir kanuna aykırı çalışma hali olarak düşünülmelidir ve haftalık 45 saatin aşıp aşılmadığına bakılmaksızın işçi doğrudan yüzde 50 zamlı ücrete hak kazanmalıdır<sup>52</sup>.

Yargıtay, 2015 yılından itibaren verdiği kararlarında ise eski içtihadını değiştirmeye başlamıştır. Buna göre 22. Hukuk Dairesinin 2015 yılında verdiği bir kararda, süt izninin kullandırılmaması halinde işçinin bu saatler için ayrıca bir ücrete hak kazanacağını fakat %50 zamlı üzerinden hesaplama yapılmasının yanlış olduğunu belirtmiştir. Yargıtaya göre, *“Davacının süt izni kullanması gerekirken çalışması halinde, bu günlere dair ücretin zamsız ücret üzerinden hesaplanması gerekir. Zira süt izninde geçen sürelerin çalışma süresinden sayılacağı düzenlenmiş olup, bu sürelerde çalışılması halinde zamlı ücretten ödeme yapılması gerektiği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Davacının süt izni alacağı zamsız ücrete göre hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır”*<sup>53</sup>.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2016 yılında verdiği kararında ise bu görüşünü de geliştirmiş, gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden ödenmesi gerektiğine ilişkin içtihadını süt iznine de

47 Y. 7. HD., 01.10.2014, E. 2014/7170, K. 2014/18575, www.kazanci.com.

48 Y. 9. HD., 01.02.2012, E. 2010/33459, K. 2012/2569; 07.04.2014, E. 2012/7210, K. 2014/11523; 22. HD., 06.05.2015, E. 2014/4635, K. 2015/16494, www.kazanci.com.

49 Özel, 328; Ekonomi, 39 vd.; Şahlanan, Süt İzni II, 433; Alpagut, 2014 Değerlendirme, 79.

50 Ekonomi, 47; Aynı yönde, Uğur/Uğur, 673.

51 Şahlanan, Süt İzni, 412; Süzek, İş Hukuku, 841.

52 Çil, 2014 Değerlendirme, Genel Görüşme, 103; Baycık, Değerlendirme 2016, 351.

53 Y. 22. HD. 09.06.2015, E. 2014/10184, K. 2015/20012, www.kazanci.com.

uygulayarak süt izninin kullandırılmaması halinde işçinin yüzde 50 zamlı ücrete hak kazanacağına karar vermiştir: “Taraflar arasında davacı işçinin süt izni ücretine hak kazanıp kazanmadığı hususu da ihtilaflıdır. 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 69/3. fıkrasında “İşçilerin gece çalışmaları yedibuçuk saati geçemez. Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir” hükmü bulunmakta olup, gece çalışmasının zamlı ücret üzerinden ödeneceği hususunda bir kanuni düzenleme bulunmamakla birlikte, Dairemizin yerleşik içtihatları ile bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve gece yapılan fazla çalışmaların zamlı ücret üzerinden ödenmesi gerektiği kabul olunmuştur. Süt izni konusuna gelindiğinde ise, 4857 Sayılı Kanun’un 74/7. maddesinde “Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Dolayısıyla, yasa uyarınca kadın işçilere çocuklarını emzirmeleri için günde bir buçuk saat ( aksi yönde ve fakat işçi lehine olmak üzere taraflar arasında süre düzenlemesi yapılabileceği gibi ) süt izni verilmesi hususu işverenin inisiyatifinde olan bir durum olmayıp, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 74/7. fıkrası uyarınca da bu sürenin hangi saatler arasında ve kaçta bölünerek kullanılacağını işçi tarafından belirleneceği hüküm altına alınmış olup, işçinin süt izni kullanması gerektiği halde bu iznin kullandırılmaması durumunda, kullandırılmayan sürenin tespiti ile % 50 zamlı ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiğinin kabulü Anayasanın 50/2. maddesine ve amaçsal yorum benimsemek suretiyle 4857 Sayılı Kanun’un ruhuna daha uygun düşeceğinden hükmün bozulması gerekmiştir”<sup>54</sup>.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise 2017 tarihli kararında<sup>55</sup> daha farklı bir gerekçeyle, kullandırılmayan süt izinleri için zamlı ücrete hak kazanılacağına hükmetmiştir. Karara göre, “...İşverence süt izni verilmemesinin yaptırımı da, idari para cezası olarak anılan Kanun’un 104. maddesinde öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki ceza yaptırımına bağlanan bir davranışın hukuki bir yaptırımı da olmalıdır. Süt izni yasadan kaynaklanan bir mazeret iznidir ve yasal haktır. Kural olarak da ücrete tabidir. Ancak ertelenmeme özelliği vardır ve sonradan kullanılamaz. Bu sebeple de doğduğu an kullanılması için işçi tarafından talep edilmesi gerekir. Her ne kadar süt izni karşılığı ücret öngörülmemiş ise de işçiye verilmemesi halinde bağlanan cezai yaptırım gibi hukuki bir yaptırım da bağlanmalıdır. İşçi süt izni olan günlük 1,5 saatlik zamanda çalışmış ise bunun karşılığı mesai yaptığından, fazla mesai olarak değerlendirilmeli ve fazla mesainin karşılığı ücret hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır...”

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin süt izninin işçiye kullandırılmaması halinde uygulanacak yaptırımı ilişkin son içtihadı bizde de yerindedir. Öncelikle bir hukuka aykırılığa cezai yaptırım öngörülmüş olması hukuki yaptırım uygulanmasına engel değildir. Kaldı ki gerçekten süt izninin kullandırılmamasına ilişkin idari para cezası mevzuatımızda öngörülmemiştir. İşin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılık halinde verilecek idari para cezasını düzenleyen İş Kanununun 104. Maddesi, 74. Maddeye de yer vermiştir. Ancak “...doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen... işveren veya işveren vekiline ... idari para cezası verilir” diyerek yalnızca belirtilen iki durumu idari para cezasına tabi tutmuştur. Böylece

54 Y. 22. HD., 13.06.2016, E. 2015/12878 K. 2016/17527. Aynı yönde, 22. HD., 25.09.2017, E. 2015/16933, K. 2017/19050, www.kazancı.com.

55 Y. 9. HD., 27.04.2017, E. 2017/4543, K. 2017/7375, www.kazancı.com.

bilinçli veya bilinçsiz olarak süt izninin kullandırılmaması halini kapsam dışında bırakmıştır. Şüphesiz yasal bir düzenleme ile süt izninin kullandırılmaması hali için de idari para cezası öngörülmesi yerinde olacaktır. Hukuki yaptırım konusuna gelindiğinde ise süt izninin kullandırılmayıp işçinin izin saatlerinde çalıştırılması kanuna aykırı çalışma olacağından, haftalık 45 saatin aşılmamasına bakılmaksızın her halde işçi fazladan çalıştırıldığı süt izni saatleri için yüzde 50 zamlı ücrete hak kazanmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, emziren çalışan günde 7,5 saatten fazla çalıştırılmaz (2013 tarihli Yönetmelik m. 9) ve bunlara fazla çalışma da yaptırılamaz (Fazla Çalışma Yönetmeliği<sup>56</sup> m. 8/c). Dolayısıyla süt izni sırasında çalıştırmak her halde kanuna aykırı çalışma niteliği taşıyacaktır. Nitekim Yargıtayın son içtihatlarında gece yaptırılan fazla çalışmalara kıyas yapması, Yargıtayın da süt izni bakımından haftalık 45 saatin aşılması şartını aramadığını göstermektedir<sup>57</sup>.

İşçi süt izninin kendisine kullandırılmaması halinde iş sözleşmesini İş Kanunu m. 24/II, (f) bendi kapsamında çalışma şartlarının uygulanmamasına dayanarak haklı sebeple feshedebilir<sup>58</sup>. Haklı sebeple fesih hakkının kullanılması gereken altı iş günlük süre, izin kullandırılmadığı her gün yeniden başlayacaktır<sup>59</sup>.

İşçi, süt izninin kullandırılmaması nedeniyle hak kazandığı zamlı ücretleri iş sözleşmesi sona erdikten sonra talep edebilir. Zira öğretilerde belirtildiği gibi, iş sözleşmesi devam ederken süt izni yerine işçiye karşılığında ücret ödenmesi mümkün değildir. Süt izninin o sırada kullandırılmış olması gerekir. Dolayısıyla tıpkı kullandırılmayan yıllık izinlerde olduğu gibi, sözleşmenin sona ermesi ile kullandırılmayan süt izni sürelerine ilişkin zamlı ücret talep edilebileceğinin kabulü yerinde olacaktır<sup>60</sup>.

## SONUÇ

Çocuğa ilişkin sorumluluğun yalnızca kadınlar üzerinde duruyor olması ya kadını işini ve gelir kaynağını kaybetmeme adına çocuğundan uzaklaştırmakta ya da kadının çalışma hayatındaki yerini azaltmaktadır. Esas olarak anne ve babanın ortak görevi olan çocuklara ilişkin her sorumluluk, mevzuatımızda sadece kadına yönelik bir hak olarak ortaya çıktığında bu durum mobbing ve ayrımcılık olarak kadına yansımaktadır. Bunun psikolojik sonuçları ise kadını olduğu kadar çocukları da etkilemektedir.

Çalışma konumuz olan süt izni bakımından, çocukların, eğer mümkünse, emzirilmesinin ve/veya anne sütü ile beslenmesinin hem çocuğun beden sağlığı hem de duygusal gelişimi üzerindeki önemi yadsınamaz bir gerçektir. Ancak bu konuda da babaların tamamen devre dışı kalması,

56 İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, RG., 6 Nisan 2004, 25425.

57 Süt izni verilmesi, verilmediği durumda ise bu süreye ilişkin ücretin %50 zamlı ödenmesi yerine 150 kadın çalışan şartı aranmaksızın tüm işyerlerine 0-2 yaş çocukları için özel kreş ve emzirme odalarının yapılması ve kadınların günün belirli saatlerinde süt izni süresini bu odalarda kullanmasının sağlanmasının daha uygun olacağı görüşü için bkz. Yemişken, 124.

58 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 833; Uğur/Uğur, 673

59 Ekonomi, 46-47.

60 Alpagut, Değerlendirme 2014, 79.

günümüzdeki imkanlar düşünüldüğünde kabul edilmemelidir. Zira bugün anne sütünün sağılarak çocuğun baba tarafından beslenmesi de mümkündür. Keza anne sütünün verilmesinin mümkün olmadığı durumlarda hazır devam sütleri anne tarafından verilebileceği gibi baba tarafından da verilebilecektir. Bunun yanı sıra evlat edinme veya anne babanın hayatta olmaması gibi ihtimaller de düşünülerek, süt izninin yalnızca emziren öz anneleri değil daha geniş bir bakım veren kitlesini içine alması yerinde olacaktır.

Süt izinlerinin daha etkili bir şekilde kullanılması için mevzuatta da yer alan çocuk bakım odası ve kreşlerin yaygın hale gelmesi son derece önemlidir. Oda ve kreşlerin açılabilmesi için gerekli sayı şartına çocuk sahibi her erkeğin dahil edilmesi de çocuklara ait sorumlulukların kadın ve erkekler arasında eşit şekilde paylaşılması konusunda büyük bir ihtiyaçtır.

## KAYNAKÇA

- ALPAGUT, Gülsevil, İş İlişkinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2014, Ankara 2016.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu, Kadın İşçilerin Çalışma Şartlarına İlişkin Türk İş Mevzuatının Öngördüğü Düzenlemelere Genel Bir Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S.1, Y. 2017, 345-369.
- BAKIRCI, Kadriye, Hangi Çalışma Hukuku? Aile Dostu Mu, Kadın Dostu Mu?, Başka Bir Aile Anlayışı Mümkün Mü, Konferans Kitabı, 9-10 Kasım 2013, İstanbul 2014, 60-79.
- BAYCIK, Gaye, İş İlişkinin Kurulması Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, Ankara 2018.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş ve Yarım Çalışma Ödeneği, Emegın Hukuku Kurultayı 2, 22 Mayıs 2016, TBB Yayını, Ankara 2017, 115-151.
- ÇALIŞKAN, Aslı, İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri, İstanbul 2018.
- ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul 2019.
- DEMİR, Fevzi, Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatı İçindeki Yeri, TÜHİS İş hukuku ve iktisat dergisi, C. 21, S. 4, Mayıs 2008, 8-24.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, Ankara 2018.
- EKONOMİ, Münir, Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları, Legal İHSGHD, S. 47, Y. 2015, 21-48.
- GÖKÇEOĞLU BALCI, Şebnem, "Koruma mı Dışlanma mı? Çalışma Mevzuatımızda Kadını Koruyucu Kimi Düzenlemelerin Kadın İstihdamı ve AB Normları Açısından Değerlendirilmesi" Çalışma ve Toplum, 2017/3, 1263-1298.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, Türk İş Hukukunda Analık, İş ve Hayat Dergisi, S. 4, Y. 2016, 97-124.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- OCAK, Saim, Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması, İş ve Hayat Dergisi, s. 5, Y. 2017, 174-227.

- OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler, TBB Dergisi, S. 134, Y. 2018, 567-586.
- ÖZEL, Kayhan, Bir Yargıtay Kararı Işığında Süt İzinlerinin Hukuki Niteliği, Karar İnceleme, Çalışma ve Toplum, 2011/1, 325-330.
- SAVAŞ KUTSAL, Burcu, İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Konu İle İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/2, 506-536.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019.
- ŞAHLANAN, Fevzi, Doğum yapan kadın işçiye süt izni verilmemesi, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 42, Y. 2015, Hukuk Eki 96.
- ŞAHLANAN, Fevzi, Doğum yapan kadın işçiye süt izni verilmemesi II, Karar İncelemesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 433, Y. 2017 Hukuk Eki 117.
- TAŞDEMİR, Yasemin, Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği, İstanbul 2019.
- TAŞKENT, Savaş/ KURT, Dilek, Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 1, Y. 2004, 29-50.
- TUAÇ, Pelin, Analık Hâlinde İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundan Doğan Haklar, 6663 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2017, 201-241.
- UĞUR, Suat/ UĞUR, Ömer, İş Kanunu Ve Devlet Memurları Kanunu Kapsamında Çalışanların Ebeveynliğe İlişkin Hakları, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler, Fakültesi Dergisi, S. 3, Y. 2017, 663-684.
- ULUSOY, Tülay, Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 2017/2, 741-766.
- URHANOĞLU CENGİZ, İstar, Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 10, S. 4, Y. 2009, 21-53.
- YEMİŞKEN, Elçin, Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, İstanbul 2019.
- YUVALI, Ertuğrul, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun Ve İlgili Mevzuatın Kadın İşçiler İle İlgili Hükümlerine Genel Bir Bakış, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013 (106), 93-114.
- YÜCEL BODUR, Mehtap, In Turkish Labour Law Work-Life Balance Regulations To Prevent Parental Unemployment, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Y. 2019, 210-223.



## Hekimin Sorumluluğunun Belirlenmesi Bakımından Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Mahiyeti

### Legal Nature of the Relationship Between Physician and Patient in Determining the Responsibility of the Physician

Firdevs ARSLAN\* 

#### Öz

Hekim ve hasta ilişkisi, toplumsal yaşamda sıkça karşımıza çıkan bir ilişkidir. Bu ikili ilişkide ilgili taraflara çoğunlukla hastane de dahil olmaktadır. Bu anlamda hekim-hasta-hastane ilişkisi çerçevesinde yürütülen tıbbi müdahale ve fiiller sebebiyle sorumluluk hususu meydana gelmektedir. Ortaya çıkan bu sorumluluğun yasal dayanağını tespit etmek ve hukuki bir çözüme kavuşturabilmek açısından farklı şekil ve görünümde ortaya çıkan bu ilişkilerini hukukî mahiyetinin belirlenmesi gereklidir. Belirleme yapılırken ise konuyla ilgili mevzuat ve yargı kararlarına başvurulması yerinde olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Hekim, Hasta, Hastane, Sözleşme, Sorumluluk.

#### Abstract

Physician and patient relationship is a relationship that we often encounter in social life. In this mutual relationship, mostly the hospital is included in the relevant parties. In this sense, due to the medicinal interventions and acts carried out within the framework of the physician-patient-hospital relationship, the issue of responsibility arises. In order to determine the legal basis of this emerging responsibility and to find a legal solution, it is necessary to determine the legal nature of these relationships, which appear in different forms and appearances. While determining, it would be appropriate to apply legislation and judicial decisions regarding the issue.

**Keywords:** Physician, Patient, Hospital, Contract, Responsibility.

#### I. Giriş

Geçmişten günümüze kadar geçen sürede, tıp bilimi gelişen teknolojiye bağlı olarak gelişmiştir ve buna bağlı olarak da uygulanan teşhis ve tedavi yöntemleri artmıştır. Bu bilimsel anlamda gelişmelerle birlikte hekimin tıbbî faaliyetleri sonucu sorumluluk alanı genişlemiştir.

\* Ar. Gör., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: fsavas@cumhuriyet.edu.tr

Günümüzde tıbbi faaliyetlerle ilgili birçok kanun, yönetmelik ve tüzüklerin bulunmasına rağmen, bu düzenlemelerde hekimlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yer almamaktadır. Bu nedenle hekimlerin çeşitli tıbbi faaliyetleri dolayısıyla sorumluluklarının nitelendirilmesi ve kapsamının belirlenmesi için, hekim ve hasta arasında doğan ilişkilerin incelenmesi gerekli olmuştur.

Hekimin tıbbi faaliyetleri medeni hukukun yanında idare hukukunu ve aynı zamanda ceza hukukunu da ilgilendirmektedir. Ceza hukuku çalışma kapsamı dışındayken; idare hukuku hekimin devlete ait sağlık kurumlarında çalışması durumunda bir hizmet kusuru ortaya çıktığında devreye girmektedir.

Çalışmada hekimin medeni hukuk yönünden hasta ile ilişkisi ile alınacaktır. Bu anlamda hekim ve hasta arasındaki ilişkiler farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Hekimin çalışma şekli ve çalıştığı kuruma göre hasta ile kurulan ilişki değişmekte ve buna bağlı olarak da sorumluluklar ortaya çıkmaktadır.

Çalışmada bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında oluşan hukuki ilişki doktrinde öne sürülen görüşler ve yargı kararları ışığında belirlenmeye çalışılacaktır. Daha sonra ise hastanın özel hastane ile tıbbi ilişki içine girmesi durumunda ortaya çıkan hastaneye kabul sözleşmelerinin hukuki niteliği belirlenecektir.

## II. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

### A. Bağımsız Çalışan Hekim ve Hasta Arasındaki Sözleşmesel İlişki

Toplumsal yaşamda ve insan ilişkilerinde bir sorun yaşanmadığı sürece, bu sorunun ortadan kaldırılması amacıyla hukuksal bir mekanizma devreye girmez. Fakat sorumluluğu gerektiren bir anlaşmazlık ortaya çıktığında hukuki kurallara ihtiyaç oluşur. Yaşamımız boyunca sıkça yüzleştiğimiz ilişkilerden biri de hekim ve hasta ilişkisidir. Hekim ve hasta arasında gerçekleşen ilişkiler çoğunlukla karma ve disiplinler arası bir nitelik taşımaktadır<sup>1</sup>. Hekim ve hasta arasında olarak genellediğimiz bu ilişkide, ilgili taraflara hekim ve hastanın yanına hastane de dahil olmaktadır. Bu anlamda, hekim-hasta-hastane ilişkisi çerçevesinde yürütülen tıbbi müdahaleler ve eylemler nedeniyle, sorumluluk gündeme gelebilir. İşte bu noktada sorumluluğun kanuni dayanağını tespit etmek ve hukuki kurallara başvurabilmek açısından; farklı görünüm ve şekillerde ortaya çıkan bu ilişkilerin hukuki niteliğinin belirlenmesi gereklidir.

Hekimin ve hastanenin hukuksal sorumlulukları, medeni hukuk, ceza hukuku, idare hukuku gibi farklı disiplinlerde görünüm kazanmaktadır. Çalışmanın inceleme alanını medeni hukuk anlamında sorumluluk gerektiren ilişki biçimleri oluşturmaktadır. Kamu hastanesi ve hasta arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti, idare hukukunu devreye sokacağından inceleme konusu dışındadır.

Bağımsız (serbest) çalışan hekim ile hastası arasında ilişkinin, hekimin sorumluluğuna kanuni dayanak oluşturması bakımından, hukuki niteliği genellikle sözleşme ilişkisi, vekaletsiz iş görme

1 Mehmet Demir, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayırımı", Prof. Dr. Ali Naim İnan' a Armağan, Ankara 2009, s. 273.

ve haksız fiil adı altında üç başlık altında incelenmektedir<sup>2</sup>. Bu üç nitelendirme dışında, somut olayın özelliklerine göre, hekimin “culpa in contrahendo”<sup>3</sup> esasına dayanan ve sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan bir sorumluluğun da ortaya çıkması mümkündür<sup>4</sup>. Bu sorumluluk türünde, taraflar sözleşme kurma amacıyla görüşmelere başlamıştır. Görüşmeler nedeniyle artık tarafların bir takım yükümlülükler uyma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülükler ihlal edildiğinde ise sorumluluk ve dolayısıyla tazminat söz konusu olmaktadır<sup>5</sup>. Hekim ve hasta arasında da henüz açık veya örtülü olarak bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı ama görüşmelerin sürdürüldüğü sırada, hekimin sorumluluğu ortaya çıkabilmektedir. Bu durum için genellikle, sözleşme görüşmeleri başlatılan bir esnada hekimin hastasına karşı aydınlatıcı bilgi verme yükümlülüğüne uymaması ve bu nedenle hastanın zarar görmesi hali örnek gösterilmektedir<sup>6</sup>. Hekim ve hasta arasındaki ilişkinin sözleşme öncesi sorumluluğa dayandırıldığı durumların istisna teşkil etmesi sebebiyle, bu kadarıyla bahsedilmekle yetinilecektir.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişki çoğu zaman taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmeye dayanmaktadır. O halde öncelikle bu sözleşmesel ilişkiye verilen isim ve hakkında tartışmaları yapılan hukuki nitelikleri üzerinde durulmalıdır.

### 1. Hekimlik Sözleşmesi

Hekim ile hasta arasındaki çoğunluk tarafından kabul edilen sözleşme ilişkisi, “tedavi sözleşmesi” ya da “hekimlik sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır<sup>7</sup>. Hekimlik sözleşmesinin öğretilde tanımı yapılmamakla birlikte genellikle, serbest çalışan bir hekim ile bizzat hasta ya da onun temsilcisi arasında kurulan ve hekimi kendisine ödenecek bir bedel karşılığında teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan bir iş görme sözleşmesi olarak tanımlanır<sup>8</sup>. Hekimlik sözleşmesi, temelinde özel bir güven ilişkisine dayanmaktadır. Bu güven ilişkisi, yapısı itibarıyla olmasa da konusu, amacı ve dayandığı ilkeler bakımından hekimlik sözleşmesinin kendine has özelliklerini

2 **Hakan Hakeri**, *Tip Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 519; **Zarife Şenocak**, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 17 vd.; **Demir**, s. 51; **Hasan Erman**, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Bülent Davran’ a Armağan*, İstanbul 1998, s. 143; **Mehmet Demir**, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 153; **Berna Özpınar**, “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 269.

3 Bu kavram hakkında bilgi için bkz. **Ahmet Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015.

4 **Mehmet Ayan**, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991, s. 50; **Demir**, s. 265.

5 “Sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluk temelde TMK m.2’ de düzenlenen dürüst davranma ilkesine dayandırılmaktadır.” **Kılıçoğlu**, s.195.

6 Hekimle farklı bir şehirde olan hastanın, hekimiyle telefon görüşmesi yaptıktan sonra; hastalığının seyahate uygun olmadığı hakkında hastanın hekim tarafından bilgilendirilmemesi ve hastanın hekimin yanına gitmek üzere yola çıkması üzerine sakat kalması veya yaralanması durumunda, hekimin sözleşme öncesi sorumluluğundan bahsedilmektedir. Bu nedenle tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Örnek için bkz. **Demir**, *Hukuksal Sorumluluk*, s. 266; **Ayan**, s. 51.

7 **Filiz Yavuz İpekyüz**, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 13; **Demir**, *Hekimlik Sözleşmesi*, s. 154; **Ayan**, s. 51; **Şenocak**, s. 17.

8 **Murat Alkanat**, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi* C:11, S:5, s.178; **Demir**, *Hekimlik Sözleşmesi*, s. 154; **İpekyüz**, s. 16; **Ayan**, s. 51.

ortaya çıkarmaktadır. Bu anlamda, hekimlik sözleşmesinin genel yapısı itibarıyla ele alınması gereklidir.

Her şeyden önce hekimlik sözleşmesinin taraflarını hekim ve hasta oluşturmaktadır. Sözleşmenin bir tarafını oluşturan hekimin, tıp mesleğini hukuken yürütmeye yetkili olması gerekir<sup>9</sup>. Hekimin ayrıca serbest faaliyet yürüten bağımsız bir hekim olması gereklidir. Sözleşmenin diğer tarafını ise hasta oluşturmaktadır. 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği<sup>10</sup> m. 4 “*tanımlar*” başlığı altında yapılan tanıma göre hasta, “*sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseyi*” ifade etmektedir. Hekim ve hasta arasında kurulan bu sözleşme, 6098 sayılı TBK m. 1 uyarınca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla açık veya örtülü bir biçimde kurulabilir. Hekimlik sözleşmesinde uygulanması gereken ehliyet kurallarında ise Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4 “*tanımlar*” başlığı hükmünde düzenlenen “yeterlik” tanımından<sup>11</sup> ve yine genel esaslarından yararlanılmalıdır.

Tam ehliyetli sayılan kişiler, her türlü hukuki işlemi yapmaya ehil oldukları için hekimlik sözleşmesini de yapmaya ehildirler. Sınırlı ehliyetliler, TMK m. 429 gereği kendilerine yasal danışman atanan kişilerdir. Hükümde sayılan hukuki işlemler dışında her hukuki işlemi tek başına yapabilirler. Hekimlik sözleşmesi bu kapsamda olmadığı için, tek başına yapabilmeleri mümkündür. Tam ehliyetsizlerin TMK m. 14 uyarınca ayırt etme gücü olmadıkları için hiçbir hukuki işlemi tek başına yapamazlar. Bu sebeple, hekimlik sözleşmesi de ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi tarafından yapılabilir. Sınırlı ehliyetsizlerin hekimlik sözleşmesini tek başına yapıp yapamayacağı konusunda ise kesin görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş sınırlı ehliyetsizlerin TMK m. 16 uyarınca kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç olmadığını ve dolayısıyla kişinin beden bütünlüğüne ilişkin hakları da kişiye sıkı sıkıya bağlı hak sayılması sebebiyle hekimlik sözleşmesinin tek başına yapabileceğini savunmaktadır<sup>12</sup>. Diğer görüş ise, sözleşme yapılırken yasal temsilcinin rızasının alınması gerektiğini, bu düşüncenin hem 1219 sayılı Kanun m. 70 hem de 23420 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 vd. rızanın alınmasıyla ilgili hükümlerince de desteklendiğini savunmaktadır<sup>13</sup>. Görüşümüzce de, tıbbi müdahaleler için yasal temsilcinin rızasının alınması gerekmektedir. Zira, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların şahıs varlığı üzerinde yapılacak müdahalelerle ilgili bilgilendirmesi ve karar alması, bu kişilerin korunması bakımından yasal temsilcisi eşliğinde olmalıdır. Yasal temsilci her durumda küçük ve kısıtlının haklarını gözetmek durumundadır. Bunun aksi bir durum olduğunda yani müdahalenin tıbben zorunlu olduğu durumda ve yine de yasal temsilciden küçük veya kısıtlı adına rıza alınmadığı takdirde, TMK m. 346 ve 487 uyarınca mahkeme kararıyla rıza alınabilmektedir. Bir başka deyişle, yasal temsilcinin rızası, sınırlı ehliyetsiz için koruyucu bir şarttır.

9 Hekimlik koşulları, 11.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 23.01.1953 tarih ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu hükümlerine göre belirlenmektedir.

10 RG Tarihi: 01.08.1998 ve RG Sayısı: 23420.

11 “*Yeterlik: Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini*” ifade eder.

12 Ayan, s. 58.

13 İpekyüz, s. 57.

Bu sözleşmenin niteliği itibarıyla tam iki tarafa borç yükleyen, bir başka deyişle karşılıklı edim yükleyen sözleşme olduğu söylenebilir. Ancak borçlar hukukunda tanımlanan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin konusunu oluşturan edim çeşitlerinden kısmen farklıdır. Konusunu “beden bütünlüğü ve sağlık” la ilgili tıbbi müdahaleler oluşturan bu sözleşmede, hekimin asli borcu tıbbi teşhis ve tedavi iken; hastanın asli borcu ise belli veya belirlenebilir bir ücretin ödenmesidir. Ayrıca bu sözleşme içeriğinde yoğun şekilde güven<sup>14</sup>, saygı, dikkat, şefkat ve merhamet duyguları barındırması sebebiyle, hekime asli edimlerin yanında yan edimler de yüklemektedir.

Bu yükümlülükler, borçlar hukukunda genel olarak düzenlenen borçlunun yükümlülükleri dışında hekime yüklenen mesleki yükümlülükleridir. Sözleşme temelinin güven unsuruna dayanması sebebiyle ortaya çıkan, hekimin hastayı aydınlatması ve bilgilendirmesi, sadakat ve özen gösterme, edindiği bilgileri arşivlemesi ve saklaması (mahremiyete saygı gösterilmesi), hastaya hesap vermesi gibi yan yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler 23240 sayılı Hasta Hakları Yönetmeliği ve 10436 sayılı Tıbbî Deontoloji Tüzüğü hükümlerinden yasal dayanağını almaktadır. Hekimin hastaya karşı daha fazla yükümlülüklerinin olması, taraflar arasında tam manada bir eşitlik olmamasındandır. Zira hekim bilgi ve tıp bilimiyle hastanın karşısında üstün ve yetenekli bir konumdayken; hasta ise zayıf, bilgisiz ve hekimin yardımına muhtaç bir konumdadır.

Bu anlamda hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesi, hekimin hastaya karşı tıbbi meslek kusurunun bulunması dolayısıyla bir sorumluluğunun doğması halinde, bu sorumluluğa esas teşkil edecektir. Ancak taraflar arasındaki hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında öğretilerde tartışmalar bulunmaktadır. Hekimin sorumluluğuna yasal dayanak oluşturması açısından, sözleşmenin hukuki niteliği hakkında belirleme yapılması faydalı olacaktır.

## **2. Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**

Hekimle hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında şimdiye kadar birçok farklı görüş ileri sürülmüştür ve bu nedenle öğreti ve yargı kararlarında sözleşmenin hukuki niteliği hakkında kesin görüş birliği bulunmamaktadır.

Bu sözleşmenin hekim açısından bir iş görme, bir hizmetin ifası özelliklerini taşıması sebebiyle Kanun'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinden biri sayılacağı yönünde düşünceleri karşısında, azınlık sayılacak şekilde unsurlarının hiç birinin kanunda düzenlenen sözleşme tipini karşılamadığı sebebiyle kendine özgü niteliği olan sözleşme<sup>15</sup> olduğunu düşünenler de bulunmaktadır. Kanun'da düzenlenen iş görme sözleşmelerinden biri olduğunu ileri sürenler ise, bu sözleşmenin hizmet, vekalet, eser sözleşmesi olduğu şeklinde görüş ayrılığına düşmüşlerdir<sup>16</sup>.

14 Hekimlik sözleşmesinin temelinde güven ilişkisine dayanması, taraflara sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme ( Hasta hakları Yönetmeliği m. 9 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 5) ve istedikleri zaman da herhangi bir hukuki sebep göstermeden sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vermektedir. **Ayan**, s. 58; **İpekyüz**, s. 56.

15 Hukukumuzda, tedavi sözleşmesinin bir sui generis sözleşme tipi olduğu **Atabek/Sezen** tarafından ileri sürülmüştür. (**Şenocak**, s. 27; **Ayan**, s. 51).

16 Hukuksal niteliklerle ilgili öne sürülen görüşler için bkz. **Demir**, Hukuksal Sorumluluk, s. 267 vd.; **Şenocak**, s. 18 vd.; **Ayan**, s. 51 vd.; **İpekyüz**, s. 56 vd.; **Erman**, s. 143 vd.; **Hakeri**, s. 519 vd.

O halde doktrinde ileri sürülen ve yargı kararlarında çoğunlukla kabul edilmiş bu sözleşme türlerini sebepleriyle birlikte incelenmesi gereklidir.

### **a. Kendine Özgü Yapısı Olan (Sui Generis) Sözleşme**

Kendine özgü yapısı olan sözleşmeleri kısmen veya tamamen, Kanun'da düzenlenmiş sözleşme çeşitlerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelir. Bu tarz sözleşmelerin içinde barındırdığı unsurlar, Kanun'da düzenlenmiş olan sözleşmelerde kendini bulmamaktadır. Hekimlik sözleşmesi, azınlık sayılacak görüş tarafından kendine özgü sözleşme olarak kabul edilmiştir. Bu görüşü savunanlar ise, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesinin mahiyetine uymadığı ile ilgili görüşler ileri sürmüşlerdir<sup>17</sup>. Her şeyden önce, hekimlik sözleşmesinin içeriği güven, anlayış, özen ve şefkat duygularına dayanmaktadır. Bu nedenle insana has özellikler taşıyan bir sözleşmenin kanunda düzenlenen bir sözleşmeye tabi tutulmaması gereklidir<sup>18</sup>. Başka ileri sürülen gerekçe ise hekim ve hasta arasında tam manasıyla bir eşitlik söz konusu olmadığı yönündedir. Son olarak ise hekimin gerçekleştirdiği tıbbi faaliyetler bir işin görülmesi niteliği taşımadığı için vekalet sözleşmesinin konusu olmadığıdır. Halbuki daha önce de bahsettiğimiz üzere de vekilin mutlaka bir hukuki işlem gerçekleştirmesi zorunlu değil, maddi fiillerle de vekalet söz konusu olabilmektedir<sup>19</sup>.

### **b. Hizmet Sözleşmesi**

6098 sayılı TBK m. 394' e göre "hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.". O halde hizmet sözleşmesinin kurulması için gerekli şartları incelenerek, hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi sayılıp sayılmayacağı belirlenmelidir.

Hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinde, bir hukuki ilişkinin hizmet sözleşmesi sayılması için işçinin belirli veya belirli olmayan bir süre için işgücünü işveren için kullanması ve işverenin de bu iş için ücret ödemesi gereklidir. Bu unsurlar hizmet sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden kesin bir biçimde ayırmaya yetmezken; işçi ve işveren arasında olması gereken "bağımlılık ilişkisi", bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmektedir<sup>20</sup>. Bağımlılık ilişkisi; işçinin işgücünü işverenin emrine tahsis etmesi, işverenin de bunun karşılığında ücret ödemeyi üstlenmesi anlamına gelmektedir. Hekim ve hasta arasındaki sözleşmede ise, bağımlılık unsuru bulunmamaktadır. Zira, bir hekimin hastanın emir ve talimatı altında olması söz konusu değildir. Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m. 6 'da da hekimin, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfuza kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etmesi

17 Bu konuda öne sürülen gerekçeler için bkz. Şenocak, s. 27 vd.

18 Ayan, s. 51.

19 Tandoğan, s. 364; Yavuz, s. 613.

20 İpekyüz, s. 57; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 377; Şenocak, s. 19; Demir, Hukuksal Sorumluluk, s. 268; Hakeri, s. 520.

gerektiğini öngörmektedir. Hizmet sözleşmesini hekimlik sözleşmesinden ayıran bir diğer özelliği, işçinin işverene belli veya belli olmayan bir süreyle bağlı olmasıdır<sup>21</sup>. Bir başka deyişle sözleşme belirli bir süre için kurulur. Halbuki, hekimlik sözleşmesinde hekimin ya da hastanın bir süreyle birbirine bağlı olması söz konusu değildir. Hekim sadece hastalığın teşhis ve tedavisi için bir zaman dilimine bağlı olmadan serbestçe çalışmayı, emek harcamayı üstlenmektedir<sup>22</sup>. Bu nedenle doktrinde, hekimlik sözleşmesinin bir hizmet sözleşmesi oluşturmadığı konusunda düşünce birliği bulunmaktadır.

Doktrinde aile hekimliği statüsünün, temelinde bir hizmet sözleşmesine dayanabileceği, zira aile hekimi ve hasta arasındaki ilişkinin belli bir süre devam ediyor olmasının bunun bir göstergesi olduğu düşüncesi mevcuttur<sup>23</sup>. Bu kıstasa göre, belli olan veya olmayan bir süre için işgücünün birine tahsis edilmesi hizmet sözleşmesinin varlığını gösterir. Süreye ilişkin bu duruma örnek olarak; belli bir zaman için özel bir hastaneye işgücü tahsis eden hekimin, bu süre içinde oraya başvuran hastalara bakmayı taahhüt etmesi verilmektedir<sup>24</sup>. Ancak burada hekimin süreli olarak işgücünü hastaneye tahsis etmesi; hasta ile hekim arasında bir hizmet sözleşmesi olduğunu göstermez. Hizmet sözleşmesi burada hastane ve hekim arasında kurulmaktadır. Zira hizmet sözleşmesinin belirleyici unsuru esasen süre değil bağımlılık ilişkisidir<sup>25</sup>. Bu anlamda bağımlılık unsurundan tam olarak ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Bağımlılık unsuru sadece işçinin işverenin emir ve talimatına bağlı olmasını değil; ayrıca çalışmanın tamamını işverene ait işyerinde yapması, işverenin sağladığı araç ve gereçleri kullanmasını gerektirmektedir<sup>26</sup>. O halde aile hekimi ve hasta arasında bir emir – talimat ilişkisi olmadığını ve hekimin hastanın tahsis ettiği bir mekanda işini yapmadığını<sup>27</sup> ve ekonomik açıdan da aileye bağlı olmadığını anlayabiliriz. Tüm bu tartışmaların dışında kaldığımızda aile hekiminin gerçekleştirdiği tıbbi müdahaleler<sup>28</sup> kamu hukukunu ilgilendirmektedir. Zira Aile Hekimliği Kanunu m. 3/1 uyarınca, sözleşmeli olarak çalışan aile hekimlerinin kadroları ile ilişkileri devam eder. Bu sebeple, hasta ve hekim arasında bir özel hukuk ilişkisi kurulmamakta; aksine kamu hukuku ilişkisi bulunmaktadır. Bu sebeple uygulamada aile hekimine karşı açılan davalar idari yargıda yürütülmektedir<sup>29</sup>.

21 Hakeri, s. 520; Ayan, s. 54; Tandoğan, s. 376.

22 İpekyüz, s. 58.

23 Şenocak, s. 20; İpekyüz, s. 58; Hakeri, s. 522.

24 Tandoğan, s. 376.

25 Şenocak, s. 20; Tandoğan, s. 376; İpekyüz, s. 58.

26 İpekyüz, s. 58; Şenocak, s. 20; Tandoğan, s. 376.

27 YHGK 13.04.1977 tarihli kararında “Bir kişinin işçi sayılabilmesi için, hizmet sözleşmesine dayanan işin, işverenin denetimi ve gözetimi altında, iş yerinde görülmesi zorunludur. Bağımsız bürosu bulunan avukat işçi sayılamaz.” vurgulayarak, iş gören kişinin kendi belirlediği bir zamanda ve yerde ( muayenehane, ofis, büro) iş yapıyor olmasının taraflar arasında bir iş sözleşmesi olmadığını göstermektedir. Hekimde, tıpkı avukat gibi aileye karşı edimini kendi muayenehanesinde gerçekleştirmektedir. Ayrıntılı karar için bkz. YHGK T. 13.04.1977 ve E. 1976/9-1635, K. 1977/355, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T.13.05.2020.

28 Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4 uyarınca tıbbi müdahale “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbi sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimi,” ifade eder.

29 Hakeri, s. 522.



### c. Eser Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin tartışıldığı sözleşme türlerinden biri de eser sözleşmesidir. TBK m. 470' e göre “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

O halde, eser sözleşmesinin kurulması için gerekli unsurlar incelenerek, hekimlik sözleşmesinin bu kapsama dahil olup olmadığı belirlenmelidir.

Eser sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte taraflardan yüklenici taraf, bir eser meydana getirmeyi, iş sahibi ise bunun karşılığında bedel ödemeyi borçlanmış olur<sup>30</sup>. Bu durumda eser sözleşmesinin ilk unsuru, bir eser meydana getirmedir. Hekimin aralarındaki hekimlik sözleşmesi gereği hastayı tedavi amacıyla yaptığı faaliyetlerin, eser sözleşmesine konu olup olmayacağını belirlemek için, eser kavramının tanımlanması gereklidir.

Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan şey, maddi veya maddi olmayan belirli bir iş görme borcu, bir sonuç meydana getirme borcudur<sup>31</sup>. Bu sözleşme türünde maddi varlığı olan ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan şeylere daha çok rastlanmakta ise de, günümüzde doktrinde hakim olan görüş maddi varlığı olmayan edimler de eser kabul edilmektedir<sup>32</sup>. Ancak maddi varlığı olmayan iş görme sonuçları bakımından da doktrinde ayrılıklar oluşmuştur. Bazı yazarlarca<sup>33</sup> bu edimlerin eser kapsamına dahil olabilmesi için ilk olarak, maddi olmayan sonuçların niteliği itibarıyla taahhüt edilmeye elverişli olması gerektiği ileri sürülmüştür. İkinci olarak ise, eser sözleşmesine ilişkin bazı kuralların (eserin teslim ve muayenesi) uygulanabilmesi için, maddi olmayan sonucun belirli bir şekle kavuşması ve objektif olarak gözle görülür halde olması gereklidir. Bu da maddi olmayan sonuçlar için neredeyse imkansızdır. O halde hekimin hastaya karşı gerçekleştirdiği bazı faaliyetlerin eser sözleşmesi kapsamında incelenmesi gereklidir.

Hekim ve hasta arasındaki ilişkiye, eser sözleşmesinin uygulanması, istisnai hallerde kabul edilmektedir. Hastanın tedavi edilmesi ve genel cerrahi müdahaleler, bu kapsama dahil edilmez<sup>34</sup>. Çünkü hekim hastasına karşı bir iyileştirme borcu altına girmez, bir sonuç taahhüt etmez. Halbuki eser sözleşmesinin bir unsuru maddi veya maddi bir varlığı olmayan bir sonucun taahhüt edilmesidir. O halde, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gereken tıbbi müdahaleler, genellikle diş hekimi ve hasta arasında ortaya çıkan tıbbî müdahaleler ve estetik amaçlı yapılan cerrahi müdahalelerdir<sup>35</sup>. Diş hekiminin hastasının diş eti veya köklerinin tedavisini üstlendiği sözleşmeler, kanal tedavisi, bir ortopedist tarafından takma kol ve bacak yapımı, tedavinin yanında protezi üstlendiği sözleşmelerde

30 **Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 359; **Cevdet Yavuz/ Faruk Acar / Burak Özen**, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 610.

31 **Aral /Ayrancı**, s. 361; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 508; **Şenocak**, s. 22.

32 **Aral /Ayrancı**, s. 361 dnp. 10 alıntı; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 508; **Ayan**, s. 24.

33 **Yavuz/Acar/Özen**, s. 508; **Aral /Ayrancı**, s. 364.

34 **Ayan**, s. 52; **Şenocak**, s. 22; **İpekyüz**, s. 61; **Battal Yılmaz**, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 16.

35 **Çağlar Özer**, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, 2. *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2008, s. 246; **Ayan**, s. 52.

asıl amaç bir eser meydana getirmek olmayıp, hastanın tedavi edilmesi olduğu için eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmamış, vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmuştur<sup>36</sup>. Ancak görünümü düzeltmek amacıyla estetik sayılacak nitelikte yapılan diş protezi ve kaplama gibi işlemler ise Yargıtay tarafından eser sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaktadır<sup>37</sup>.

Estetik amaçlı yapılan cerrahi müdahaleler de, Yargıtay tarafından eser sözleşmesi hükümlerine dahil edilmiştir. Zira bu müdahalelerle, hekim bir sonucun meydana getirilmesini taahhüt etmektedir. Yargıtay 3. HD estetik amaçlı yapılan bir burun ameliyatı için “*Yanlar arasında, davacının yüzünün görünümünün daha estetik bir hale gelmesi konusunda davalı doktor ile estetik operasyon için anlaşma yapıldığı ve davalı doktor tarafından uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır.*” vurgusunu yapmıştır<sup>38</sup>. Yargıtay 3. HD. estetik amaçlı yüz gerdirme ameliyatı için ise “*Davaya dayanak yapılan maddi olgu yüz gerdirme estetik ameliyatı yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan biçime uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Varılmak istenilen sonucun ve buna dayalı olguların hukuki nitelendirilmesi yapıldığında ise, yanlar arasında TBK.nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinin bulunduğu açıklıkla ortadadır. Bu nedenle, mahkemece taraflar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi doğru görülmemiştir.*” vurgusunu yapmıştır<sup>39</sup>.

Estetik ameliyatlarda da dahil olmak üzere hekimin hastaya yönelik yaptığı tedavi ve cerrahi müdahaleler, maddi olmayan sonuç niteliği taşımaktadırlar. Bu yüzden maddi olmayan sonuçların tabi oldukları kısıtlamalar bakımından değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda yargı kararlarının aksine tedaviler ve cerrahi müdahalelerin başarıyla sonuçlanması mahiyeti gereği objektif olarak taahhüt edilmeye (insan bedeninin öngörülemezliği dolayısıyla) ve bu müdahalelerin eserin teslimine ve muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanmasına elverişli olmadığı öne sürülerek çoğu yazarca eser sözleşmesinin kapsamına dahil edilmemiştir<sup>40</sup>. Ancak ileri sürülen karşı düşünceye göre ortaya çıkarılacak

36 **Ayan**, s. 23; **Hakeri**, s. 521; **İpekyüz**, s. 63.

37 “*Dava, estetik amaçlı diş protez yapımı işini konu alan eser sözleşmesinden kaynaklanan ayıplı ifa sebebiyle maddi ve manevi zararın...*” Ayrıntılı karar için bkz. Y. 15. HD. T. 11.07.2018 ve E. 2018/3044, K. 2018/3032.<http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T.17.05.2020. “*...diş tedavisi ve gerekli kron ve kaplamaların yapımıyla ilgili eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup...*” Ayrıntılı karar için bkz. Y.15. HD. T. 16.04.2018 ve E. 2018/1985, K. 2018/1561. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/files/dsp.php?fn> <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T. 17. 05. 2020.

38 Ayrıntılı karar için bkz. Y. 3.HD. T. 11.04.2016 ve E. 2015/9077, K. 2016/5505 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T.13.05.2020. “*...Davacı, burun estetiği gayesiyle yani estetik amaçla davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme uygulanmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır. Eser yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen sonuç olup, yüklenici eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek yükümlülüğü altındadır.*” Ayrıntılı karar için bkz. Y. 15. HD. T. 30.09.2019 ve E. 2019/2716, K. 2019/3692 <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=15h><http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>E.T. 17. 05. 2020.

39 Ayrıntılı karar için bkz. Y. 3. HD. T. 07.12.2015 ve E. 2015/12079, K. 2015/19759 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 13. HD. T. 05.04.1993 ve E. 1993/131, K.1993/ 2741. E.T.13.05.2020.

40 **Halil Akkanat**, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, *Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 31; **Şenocak**, s. 24; **İpekyüz**, s. 63; **Aral /Ayrancı**, s.363. Ayrıca Yargıtay tümörün, apandistin alınmasıyla ilgili yaşamak için zorunlu görülen ve bir şeyin parçasını yapmak ve tamir etmek niteliğinde olmayan cerrahi müdahaleleri, eser sözleşmesi olarak görmemiştir. Ayrıntılı karar için bkz. YHGK T.

sonucun, mutlaka yeni bir eser yaratma biçiminde olması zorunlu olmayıp, zaten var olan bir şeyin onarılması, biçiminin değiştirilmesi de eser kavramı içindedir. Ancak yaratılan sonucun bağımsız bir hukuki varlık olarak bir bütün oluşturması, fark edilebilir olması gerekir. Bu kapsamda estetik cerrah tarafından meydana getirilen sonuç tıp bilimi ve estetik cerrahi kuralları çerçevesinde başarılı bir sonuç olarak kabul edilebiliyorsa, hastanın bu sonuçtan tatmin olup olmadığı önem taşımaksızın, eser olarak kabul edilir. Estetik cerrahın mesleki tecrübesi ve başarısı dışındaki sebeplerle, ameliyat sonucunda ortaya bir eser çıkmaması durumunda ise, estetik cerrahın bir sonuç ortaya koyma niyetiyle ameliyata giriştiğinden, ilişkinin yine eser sözleşmesi olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>41</sup>.

Eser sözleşmesi kapsamında olan müdahaleler sonucu, hastanın eser niteliğinde sayılan sonucun taraflarca kararlaştırılan şekilde olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırılık ortaya çıkarsa, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 13 vd. düzenlenen “ayıplı hizmet” hükümlerine gidilmesi gerekir. Zira TKHK m. 3 de yapılan “tüketici işlemi” tanımı gereği, tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi tüketici işlemine dahil olacaktır. Bu durumda TKHK m. 15 uyarınca, hastanın ayıplı hizmetten dolayı kullanabileceği dört seçimlik hakkı bulunmaktadır. Hasta hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini hekime karşı kullanmakta serbesttir. Hekim, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar hekim tarafından karşılanır. Hasta, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu borca aykırılık hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

#### **d. Vekalet Sözleşmesi**

Hekim ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinde, hekim tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde teşhiste bulunma ve yaptığı araştırmalar sonucu en uygun tedavi yöntemlerini uygulamak ve iyileşmesini sağlamak için çalışma yükümü altına girer. Hasta ise karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenir. Bu anlamda hekimin bu iş görme borcu altına girmesi ve karşılığında ücret alması<sup>42</sup>, bu faaliyetlerin bir vekalet çeşidi olarak görülmesi ve hekimlik sözleşmesinin tamamıyla vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığı doktrin ve uygulamalarla ve bizim de katıldığımız görüşe göre kabul edilmiştir. Zira hekimlik sözleşmesinin tüm özellikleri, vekalet sözleşmesinin yapısına ve hükümlerine oldukça uygun gözükmektedir<sup>43</sup>. O halde hekimlik sözleşmesi unsurlarının vekalet sözleşmesinin unsurlarıyla karşılaştırılması gereklidir.

06.07.1964 ve E. 1964/37, K. 1964/40. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/giris.html><http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. E.T.13.05.2020.

41 **Hasan Petek**, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2006, C: 8, S: 1, 2006, s.191; **Erman**, s. 144.

42 Teşhis ve tedavi ücretsiz olarak yapılsa da vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına engel yoktur. Zira TBK m. 502/2 gereği, ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu unsuru değildir.

43 **Ayan**, s. 53; **Hakeri**, s. 519; **Erman**, s. 143; **Demir**, Hukuksal Sorumluluk, s. 267; **Şenocak**, s. 25; **Cahide Tezel**, Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Nedenleri, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,

TBK m. 502' ye göre “vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir” . Bu durumda vekalet sözleşmesinde baskın gelen unsur iş görme edimidir. Hekim de hastaya karşı tıbbi müdahalelerde bulunarak (teşhis, tedavi, iyileştirme çabası) iş görme edimi yerine getirmektedir. Hekimlik sözleşmesinde hekimin yerine getirdiği bu edimler, maddi fiillerin yapılmasına ilişkin vekalet şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Hekimlik sözleşmesinde hekim ve hasta arasında, tıbbi faaliyetler için belirli bir süre kararlaştırılmamıştır. Hekim hastanın durumuna ve hastalığın mahiyetine göre, hastaya karşı belli olmayan bir süre için iş görme borcu altına girmektedir. Gerçekten de vekalet sözleşmesinde de süre unsuru bulunmamaktadır. Süre unsurunun olmaması, bu sözleşmeyi hizmet sözleşmesinden ayırt etmeye yaramaktadır.

Hekimle hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinde, hekimin hastayı iyileştirmeyi garanti etmemesi, bir sonuç taahhüt etmemesi onu vekalet sözleşmesine yaklaştıran en önemli özelliğidir. Vekalet sözleşmesinde de, vekil yüklediği işi özenle yerine getirmekle yükümlü olup<sup>44</sup>, sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir<sup>45</sup>.

Hekim hastaya karşı yükümlülüklerini yerine getirirken ona bağımlı olarak hareket etmez. Hekim ve hasta arasında “nisbi bağımsızlık” ilişkisi bulunmaktadır. Bu unsur da vekalet sözleşmesinin belirleyici unsurlarındandır<sup>46</sup>. Hekimin nisbi anlamda bağımsız olması, özel uzmanlığı gerektiren tıbbi faaliyetlerde ve karar verme aşamasında ortaya çıkmaktadır<sup>47</sup>. Bağımsızlığın nisbi olması ise, hastaya karşı bu faaliyetleri gerçekleştirirken mesleki yükümlülüklerine uyma zorunluluğundan ileri gelir. Bu anlamda hekimin hastaya karşı yükümlülükleri vekalet sözleşmesinde vekilin müvekkiline karşı olan yükümlülükleri ile aynı niteliktedir.

TBK m. 506/2' ye göre “vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”. Vekilin sadakat yükümlülüğü gereği, vekalet verenin yararına olacak davranışlarda bulunmak ve ona zarar verecek davranışlardan ise kaçınmak zorundadır. Ayrıca sadakat yükümlülüğü gereği, yaptığı iş süresi boyunca müvekkile bilgi vermek, onu aydınlatmak ve uyarmakla yükümlü olacaktır<sup>48</sup>. Aynı yükümlülük, hekimin hastasına karşı olan davranışları için de bulunmaktadır. Zira bu yükümlülük, hekim ve hasta arasında bulunana güven ilişkisinden dayanağını almaktadır. Sadakat borcu gereği, hekim hastasının menfaatlerini kendi menfaatlerinden üstün tutmalıdır. Bunun yanında, hekimin hastasını aydınlatma zorunluluğu ve hastasının istediği zaman hastalığı hakkında bilgi alma hakkı sadakat borcunun bir uzantısıdır<sup>49</sup>.

Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 66.

44 TBK m. 506/2 uyarınca “vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”

45 **Ayrancı /Aral**, s. 435; **Tandoğan**, s. 364; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 613.

46 “...bu ilişkinin hizmet aktine mi, yoksa vekalet aktine mi dayandığı sorununun çözümünde iş ücret ve bağımlılık unsurları yanında yapılacak işin zamanla mı yoksa sayı ile mi sınırlandırılmış da dikkate alınması gerekir.”

47 **Şenocak**, s. 26; **İpekyüz**, s. 58.

48 **İpekyüz**, s. 102.

49 **Çağlar Özel /Burcu Özcan**, “Kişilik Hakları – Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe*

Hekimin sadakat borcu, hastayla ilişkisi sürecinde devam ettiği gibi, tedaviye son verildikten sonra da bu yükümlülük devam eder<sup>50</sup>. Özellikle hekimin sadakat borcundan doğan sır saklama borcu, iş bittikten sonra da devam eder. Bu borcun göstergesi olarak Hasta Hakları Yönetmeliği m. 21 “mahremiyete saygı gösterilmesi” ve m. 23 “bilgilerin gizli tutulması” hükümleri bulunmaktadır. Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbî değerlendirilmelerin gizli tutulmasını isteyebileceği gibi, hekimin de sağlık hizmetinin verilmesi sırasında edindiği kişisel bilgileri gizlemekle yükümlüdür.

Vekil, belirli bir sonuca yönelik edimini ifa ederken özenli davranma yükümlülüğüne de sahiptir. Bu özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, TBK m. 506/3 gereği benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin<sup>51</sup> göstermesi gereken davranış esas alınmaktadır. Aynı şekilde hekimin de hastasına karşı gerçekleştireceği davranışlarda özenle hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu özen borcunun gereği olarak, hekimin hastalığı teşhis ederken özenli hareket etmesi gerekir. Teşhis koymaya yönelik olarak özenle hareket ettikten sonra, bulduğu teşhise dayalı en isabetli tedavi yöntemlerini seçip uygulamalıdır. Bu kapsamda özenli davranma borcu hekimin en doğru teşhis ve tedaviyi uygulaması anlamına gelmez. Hekim süreç boyunca özenli hareket ettiyse, bütün tedbirleri almış, muayene etmiş ve gerekli laboratuvar araştırmalarını tamamlamışsa bu borcunu yerine getirmiş sayılır<sup>52</sup>. YHGK doktorun özen borcunun kapsamından bahsederken, “doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbiri olarak yapmak zorundadır.” vurgusunu yapmıştır<sup>53</sup>.

Hekimlik sözleşmesinin temelinde güven unsuruna dayanması, taraflara aralarındaki bu sözleşmeyi diledikleri zaman sona erdirmeye hakkı tanımıştır. Bu durum aynı şekilde TBK m. 512’ de vekalet sözleşmesi için de düzenlenmiştir. Hükme göre, “vekalet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.”

*Sağlık İdaresi Dergisi*, Y: 2007, C:10, S:1, s. 66.

50 **Yavuz/Acar/Özen**, s. 633; **Ayrancı /Aral**, s. 447.

51 Basiretli vekil ölçütü, Borçlar Kanununa yeni değişikliklerle giren ve objektif kriterlerle değerlendirilmesi gereken bir ölçüttür. Bu anlamda, hastane ve hekim ortalama vekilin mesleğe özgü ortalama davranışına dayalı objektifleştirilmiş özen ölçüsüne göre davranmalıdır. **Ayşen Dinç**, “Özel Hastaneler ve Özel Hastanelerde Görev Alan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, *Terazi Dergisi*, Mayıs 2014, C:9, S:93, s. 96.

52 **İpekyüz**, s. 106; **Şenocak**, s. 26; **Erman**, s. 143.

53 Ayrıntılı karar için bkz. YHGK T. 20.03.2013 ve E. 2012/13-1049, K. 2013/383. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/giris.html> E.T. 13.05.2020. Benzer yönde bir kararda “Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur ( B.K. 321/1 md ). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları ( hafif de olsa ) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür.” Y. 13.HD. T.19.12.2019 ve E. 2016/29696, K. 2019/12880. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/giris.html> E.T. 17.05.2020.

Hekimlik sözleşmesinin bir vekalet sözleşmesi türü olduğu doktrinde, çoğunluk tarafından kabul edilmiş, Yargıtay kararlarıyla da bu durum desteklenmiştir<sup>54</sup>.

### e. Görüşümüz

Hekim ve hasta arasında bulunan sözleşmesel ilişkinin hangi sözleşmede dayanak bulacağı tartışmasında, yukarıda vekâlet sözleşmesi altında değindiğimiz noktalar sebebiyle hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin tüm boyutlarıyla vekalet sözleşmesine uygun olduğu açıktır. Keza tüm unsurları vekalet sözleşmesine uygun olmadığında bile, TBK m. 502/2' ye göre "*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*" hükmü gereği bünyesinde iş görme edimi içeren hekimlik sözleşmesine de vekaletle ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Bu hüküm gereği de hekimlik sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme türü olmadığı açıktır. Zira kendine özgü yapısı olan sözleşmeleri kısmen veya tamamen, kanunda düzenlenmiş sözleşme çeşitlerinde bulunmayan unsurlardan meydana gelir. Bu tarz sözleşmelerin içinde barındırdığı unsurlar, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerde kendini bulmamaktadır. Ancak vekalet sözleşmesinin unsurları hekimlik sözleşmesinde kendini bulabilmektedir.

TBK m. 393 vd. hükümlerinde düzenlenen hizmet sözleşmesinin unsurlarından yukarıda bahsedilmiştir. Bağımlılık unsuru, belli bir süreyle sözleşmeye bağımlı kalma ve ücret zorunluluğu unsurlarının hekimlik sözleşmesinin yapısına uymamaktadır ve bu sebeple tam manasıyla hizmet sözleşmesinin karşılığı olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliğinin tartışıldığı sözleşme türlerinden biri de eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan şey, maddi veya maddi olmayan belirli bir iş görme borcu, bir sonuç meydana getirme borcudur. Hekim ve hasta arasındaki ilişkiye, eser sözleşmesinin uygulanması, istisnai hallerde kabul edilmektedir. Hastanın tedavi edilmesi ve genel cerrahi müdahaleler, bu kapsama dahil edilmez. Çünkü hekim hastasına karşı bir iyileştirme borcu altına girmez, bir sonuç taahhüt etmez. Halbuki eser sözleşmesinin bir unsuru maddi veya maddi bir varlığı olmayan bir sonucun taahhüt edilmesidir. O halde, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gereken tıbbi müdahaleler, bir sonucun taahhüt edildiği ve genellikle dış hekimi ve hasta arasında ortaya çıkan tıbbi müdahaleler ve estetik amaçlı yapılan cerrahi müdahalelerdir.

Tüm estetik müdahaleler sırf güzellik amacıyla yapılmayıp, bazı durumlarda tıbbi anlamda zorunlu estetik müdahaleler de yapılabilmektedir. Bu noktada zorunlu olarak bünyesinde tedavi amacını

54 *Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. ( BK 386-390) ( TBK 502.506) Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur ( BK 321/1 md) ( TBK 400). O sebeple doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir." Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 13. HD. T. 1.3.2016 ve E. 2015/3276, K. 2016/6289 ve Y. 13. HD. T. 17.11.2016 ve E. 2015/29774, K. 2016/21580. <http://proxy.hacibayram.edu.tr:2259/kho2/ibb/giris.html> E.T. 13.05.2020.*



barındıran müdahaleler estetik ameliyat adı altında yapılırsa da, diğer tıbbi müdahaleler gibi vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır.

Bunun yanı sıra diş hekiminin, hastasının diş eti veya köklerinin tedavisini üstlendiği sözleşmeler, kanal tedavisi, bir ortopedist tarafından takma kol ve bacak yapımı, tedavinin yanında protezi üstlendiği sözleşmelerde asıl amaç bir eser meydana getirmek olmayıp; hastanın tedavi edilmesi olduğu için eser sözleşmesi hükümlerine değil, vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmalıdır. O halde eser sözleşmesine tartışma konusu olabilecek tek tıbbi müdahale güzellik amacıyla yapılan tıbbi müdahalelerdir. Bazı estetik müdahaleler sonuç taahhüt etmeye elverişli müdahalelerdir. Yani taraflar aralarında yaptığı sözleşme uyarınca bir sonuca ulaşmayı hedefledikleri takdirde, burada bir eser sözleşmesinin bulunduğundan bahsedilebilmektedir. Özellikle bünyesinde herhangi bir tedavi unsuru taşımayan ve sırf güzellik ve görünüm değiştirme amacı taşıyan estetik müdahaleler, sonuç taahhüt etmeye elverişli müdahalelerdir. O halde bizim de katıldığımız görüş uyarınca, somut duruma göre estetik müdahale sonuç taahhüt etmeye elverişli bir müdahale türü ise ve hekim de hastaya karşı hedeflenen sonuçlar garanti ettiğinde, artık estetik müdahaleler eser sözleşmesi hükümlerine tabi olmakta ve istenilen sonuç meydana gelmediğinde de eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.

### **B. Özel Hastane ve Hasta Arasındaki Sözleşmesel İlişki**

Özel hastanelerde yapılan tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluğun belirlenmesi açısından, özel hastane ve hasta arasındaki kurulan sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi ve hekimin bu ilişkideki yerinin belirlenmesi gereklidir. 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu 1. maddesi uyarınca, “Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçirmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslenmek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları “hususi hastaneler” den sayılır. O halde özel hastaneler, kamu hizmetinin dışında yer alan ve yatırılarak tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunma amacı taşıyan sağlık yurtlarıdır. 2219 sayılı Kanun m. 3 uyarınca bu kurumlar ancak Sağlık Bakanlığı’nın izni ile açılabilir.

Özel hastane ve hasta arasında hukuksal sorumluluğa dayanak oluşturabilecek borç ilişkileri, bağımsız çalışan hekim ve hasta arasındaki hukuksal sorumluluk dayanaklarına paralellik göstermektedir. O halde öncelikle sözleşme ilişkisine dayanan sorumluluk türü incelenecektir.

Özel hastane içinde gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler için hastane işleticisi ile hasta arasında yapılan sözleşmeye “hastaneye kabul sözleşmesi” adı verilmektedir<sup>55</sup>. Hastaneye kabul sözleşmesinde, borçlanılan asıl edim hastanın yatarak tedavi edilmesidir. Ancak bu asıl edim yanında, barındırma, yedirip içirme ve bakım hizmetlerinin birlikte verilmesi gibi edim yükümlülükleri de ortaya çıkmaktadır. Bu edimlerden hastanın tedavisi dışında olan edim yükümlülükleri her halde hastane tarafından gerçekleştirildiği halde, tedavi edimi bazen hastaneye ait olmakta, bazen hekime bazı durumlarda ise hem hastaneye hem hekime ait olmaktadır. Bu nedenle hastane sözleşmesi üç tür

55 <sup>56</sup>Ayan, s. 131; Akkanat, s. 26; Demir, Hukuksal Sorumluluk, s. 276.



yöntemle kurulabilmektedir. Bu yöntemlere göre ise, sözleşme türleri farklılaşmakta ve buna bağlı olarak da farklı sorumluluk düzeni ortaya çıkmaktadır<sup>56</sup>. Bu sebeple yatarak tedavi gerektiren hastalıkların tedavisi ile ilgili olarak ortaya çıkan söz konusu yöntemlerin ayrıca incelenmesi gereklidir.

## **2. Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi**

Bu sözleşme türünde, hasta doğrudan hastane işleticisine başvurarak, hastalığının tedavi edilmesiyle ilgili her türlü hizmeti hastaneden almak istediğini beyan eder. Bir başka deyişle, hastane tıbbi anlamda tedavinin yanında barındırma, yedirip içirme ve diğer tüm hasta bakımı yükümlülüklerinin üzerine almaktadır<sup>57</sup>. Hastane tarafından verilecek hekimlik hizmeti hastane bünyesinde görevlendirilmiş hekimler tarafından yerine getirilir.

Bu sözleşme türünde, sözleşmenin tarafları hasta ve hastane olmakta ve hasta ve tedavi eden hekim arasında bir borç ilişkisi kurulmamaktadır. Bu nedenle hasta tarafından istenilen her iki tür hizmetin verilmesinden de hastane sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle, hastane, hastasına karşı hekimlik hizmetinin yanında bütün hizmetleri borçlanmış olmaktadır<sup>58</sup>. Bu sözleşme türünde, hastanın tedavi olmak istediği hekimi seçme imkanı bulunmadığı için hasta ile onun için görevlendirilen hekim arasında bir sözleşmesel ilişkinin kurulması söz konusu değildir. Bu nedenle, hastanın tedavi süreciyle ilgili bir eksiklik olduğuna dayanarak doğrudan hekime başvurması mümkün değildir. Eğer şartları mevcut ise, hekime karşı sadece haksız fiil sorumluluğu nedeniyle başvurabilecektir. Bu durumda hasta hekimlik hizmeti dolayısıyla ancak hastaneye başvurabilecektir. Hastane ise bünyesinde çalıştırdığı hekimin hekimlik hizmeti dolayısıyla hastaya verdiği zarardan, TBK m. 116 uyarınca “yardımcı kişilerin sorumluluğu” kapsamında sorumlu olacaktır<sup>59</sup>. Ayrıca hekimin haksız fiiline dayanıldığında, hastane de personelinin bu haksız fiilinden TBK m. 66 uyarınca “adam çalıştıranın sorumluluğu” kapsamında sorumlu olacaktır.

Tam hastaneye kabul sözleşmesinde nadir olarak uygulanan bir yöntem ise “hekimlik sözleşmesi ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesi” dir<sup>60</sup>. Bu sözleşme türünde, hasta yine hastane işleticisine başvurarak tüm hizmetlerden yararlanmayı kabul ettiğini beyan eder. Fakat burada farklı olarak ayrıca bir hekimle sözleşme yaparak (genelde hastane baş hekimini) hastane hekimlerinin yanına bu hekimin de dahil olmasını sağlar. Bir başka deyişle, hasta hastaneyle yaptığı sözleşmenin yanında

56 Bu sorumluluk türlerinin belirlenmesine Hususi Hastaneler Kanunu yanında Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, 24708 sayılı Özel Hastaneler Yönetmeliği ve 17924 Özel Hastaneler Tüzüğü de göz önünde bulundurulur.

57 **Demir**, Hukuksal Sorumluluk, s. 276; **Ayan**, s. 131; **Akkanat**, s. 26.

58 **Akkanat**, s. 28; **Murat Doğan**, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği*, 2014, s. 25.

59 “Borçlar kanunu 100 maddede uyarınca bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılar karşı sorumludur.” Ayrıntılı karar için bkz. Y. 13. HD T. 22.05.2003, E. 2003/2333, K. 2003/6348. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T. 13.05.2020.

60 **Ayan**, s. 136; **Akkanat**, s. 26.

ikinci bir sözleşmeye taraf olur. Hastane ile hasta arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulurken; hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi kurulmaktadır<sup>61</sup>. Tedavi ediminin yerine getirilmesi sırasında, bir sorumluluk doğduğunda hastane işleticisi hastaneye kabul sözleşmesine dayanılarak; hekim ise hekimlik sözleşmesine dayanılarak ayrı ayrı veya birlikte sorumlu tutulabilecektir<sup>62</sup>. Hastane hizmetlerinin verilmesi açısından ise sadece hastane işleticisi sorumlu olacaktır.

### **3. Bölünmüş Hastaneye Kabul Sözleşmesi**

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde birbirinden bağımsız olarak iki ayrı sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bu yöntemde hasta, öncelikle doğrudan tedavisini üstlenmesini istediği hekime başvurur ve tedavinin onun tarafından gerçekleştirilmesini istediğini beyan eder. Bu durumda hasta ile hekim arasında bir hekimlik sözleşmesi kurulur. Daha sonra ise hasta yatarak tedavi edilmesi için ayrıca özel bir hastaneden yedirip içirme, barındırma ve diğer tüm hastane hizmetleri için talepte bulunur. Bu durumda hasta ile bu özel hastane arasında da hekimlik hizmeti dışında ayrı bir hastaneye kabul sözleşmesi kurulmaktadır. Bu sözleşmede tedavi hizmetinden doğan sorumluluk hekime yüklenirken; hastane işleticisi tedaviden dolayı herhangi bir sorumluluk yüklenmemektedir. Hastane sadece verdiği barınma yedirip içirme ve diğer hastane hizmetleri dolayısıyla sorumlu olacaktır. Bir başka deyişle hastane ve hekimin sorumluluğu sadece taraf oldukları sözleşme ile sınırlı kalacaktır. Ayrıca hekim, hastanenin ifa yardımcısı sayılmadığı için, hekimin davranışı nedeniyle hastaneye ifa yardımcısının sorumluluğu kapsamında gidilemeyecektir<sup>63</sup>.

Kural olarak, ayrı bir hekimlik sözleşmesi olmaksızın hastane tarafından tüm hizmetlerin verildiği tam hastaneye kabul sözleşmelerinin aslı olduğu kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

### **4. Sözleşmenin Hukuki Niteliği**

Özel hastane ve hasta arasında ortaya çıkan hukuki ilişkiden doğan her yöntemde de temelde iki tane sözleşme ortaya çıkmaktadır. Bunlar “hastaneye kabul sözleşmesi” ve “hekimlik sözleşmesi” dir.

Ayrıca hekimlik sözleşmesi yapılan tam hastaneye kabul sözleşmesinde ve bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hekimlerle yapılan sözleşme türü tam manasıyla birer hekimlik sözleşmesidir. Hekimlik sözleşmesinin hukuki niteliği daha önce tartışılmış olmakla birlikte bir vekalet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir<sup>65</sup>.

Hastaneye tam kabul sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşme, karma sözleşme türlerinden kombine sözleşmeler olarak kabul edilmektedir<sup>66</sup>. Bu sözleşme türleri, kanunun düzenlediği çeşitli sözleşme

61 **Demir**, Hukuksal Sorumluluk, s. 277; **Ayan**, s. 136.

62 **Akkanat**, s. 26; **Demir**, Hukuksal Sorumluluk, s. 277.

63 **Akkanat**, s. 39 dph. 53 alıntı.

64 **Demir**, Hukuksal Sorumluluk, s. 277; **Doğan**, s. 54.

65 Bkz. 2.1.1.2.3. başlığı altındaki açıklamalar.

66 **Aral /Ayrancı**, s. 58; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 12; **Tandoğan**, s. 71; **Demir**, Hukuksal Sorumluluk, s. 276; **Ayan**, s. 142.

tiplerine ait unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesiyle kurulan sözleşmelerdir<sup>67</sup>. Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler ile ilgili çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili ileri sürülen ilk görüş, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanacağını savunulduğu çeşitli tiplerin birbirini götürmesi görüşüdür<sup>68</sup>. Diğer görüş soğurma görüşü adı verilen ve hangi tipe ait unsurlar daha önemli ve baskın ise o tipe dair hükümlerin diğer tipleri etkisi altına alması ve sözleşmenin bütün hükümlerine uygulanması gerektiğini savunan görüştür<sup>69</sup>. Üçüncü görüş olan birleştirme görüşünde ise, karma sözleşmede her edime, ait olduğu sözleşme tipine dair hükümlerin uygulanması savunulmaktadır<sup>70</sup>. Son ve bizim de katıldığımız görüş olan yaratma ya da kıyas görüşü uyarınca karma sözleşmeler kanunda düzenlene tip sözleşmeler olmadığından, bu sözleşmelere de kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır. Bu anlamda hasta kabul sözleşmesi de bünyesinde tıbbi tedavi, barındırma, yedirip içirme ve diğer hastane bakımına ilişkin çeşitli birçok edimi bünyesinde barındırmaktadır. Bu anlamda asli edim yükümü olan tıbbi tedavi hizmeti yönünden vekalet sözleşmesinin; diğer tali kabul edilen edim türleri için ise her bir edimin ilgili olduğu ve tipik sözleşme türlerinin kıyasen uygulanması gerekmektedir<sup>71</sup>. Barındırma için kira sözleşmesi, hastanın kullanması gereken ilaç ve diğer tıbbî malzemeler için satış sözleşmesi, yeme-içme, genel temizlik ve hastanın kişisel temizliği için ise hizmet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır<sup>72</sup>.

### III. Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu

#### A. Vekaletsiz İş Görme İlişkisi

Hekim ve hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen bazı durumlarda, hekimin hastaya karşı tıbbi müdahalede bulunması gerekebilir. Bu durumlar Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 ve m. 31 de düzenleme bulmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca, hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu acil durumlar (trafik kazası, yangın, boğulma) ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumların varlığı halinde, hekim rıza olmadan tıbbi müdahalede bulunabilir. Bunun dışında hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken hekimin yapılan işlemi genişletmesi (ameliyatın genişletilmesi), hastanın bir organının kaybının engellenmesi için gerekliyse yine rıza olmadan tıbbi müdahalede bulunabilir. İşte bu durumlarda taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, hekimin gerçekleştirdiği faaliyetler için "vekaletsiz iş görme" hükümleri uygulanacaktır.

Bağımsız çalışan hekim ve hasta arasındaki ilişkide olduğu gibi, özel hastanenin sorumluluğuna dayanak teşkil eden ikinci durum vekaletsiz iş görmedir. Bağımsız çalışan hekimin vekaletsiz iş

67 Yavuz/Acar/Özen, s. 12; Tandoğan, s. 71, Aral ve Ayrancı, s. 57.

68 Yavuz/Acar/Özen, s. 12; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit*, Ankara 2017, s. 264.

69 Kuntalp, s. 265; Yavuz/Acar/Özen s. 13.

70 Tandoğan, s.73; Kuntalp, s. 266; Yavuz/Acar/Özen, s. 14.

71 Demir, Hukuksal Sorumluluk, s. 278; Ayan, s. 140; Akkanat, s. 28.

72 Ayan, s. 143; Hakeri, s. 523.

görmeden sorumlu olacağı durumlar olan acil durumlar ve ameliyatın genişletilmesi halleridir (2219 sayılı Kanun m. 32 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24 ve m. 31.) . Hasta sözleşme için irade beyanında bulunacak güçte değilse ve tedavi edilmesi hayatını kurtarmak için gerekliyse ve yine başlangıçta öngörülmeven daha sonra ameliyat sırasında ortaya çıkan bir olumsuz gelişme yüzünden ameliyatın genişletilmesi gerekiyorsa hastanın rızası aranmaz. Bu durumda ise yapılan tıbbi müdahaleler nedeniyle hastane vekâletsiz iş görme ilişkisinden sorumlu tutulacaktır.

Vekaletsiz iş görme TBK m. 526' da "Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür." olarak tanımlanır. Bu noktada hekim de, hastanın yararına olarak ve onun iradesine dayanmaksızın tıbbi müdahalelerde bulunmaktadır. Bu tıbbi müdahaleler dolayısıyla da hekimin sorumluluğu vekaletsiz iş görme ilişkisinden kaynaklanmaktadır<sup>73</sup>. Vekaletsiz iş görme gerçek olan ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme şeklinde bir ayrımına tabi tutulmaktadır:

Gerçek vekaletsiz iş görme ile gerçek olmayan vekaletsiz iş görme arasındaki en önemli fark, iş görenin niyetinde saklıdır. Gerçek vekaletsiz iş görmede, iş görenin asıl amacı, iş sahibine yardım etmektir ve bu amaçla bir başkasının hukuk alanına müdahale eder. Zaten yardım amacı taşıdığı için bir başkasının hukuk alanına müdahale etmesi hukuk düzeni tarafından yasaklanmamıştır. Bu tür bir ilişki meydana geldiğinde, bu ilişki, tıpkı taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi varmışçasına değerlendirilir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise, tam tersine, hukuk alanına yapılan müdahaleye izin verilmez. Zira bu müdahale, iş sahibinin menfaatine ya da ona yardım amaçlı değil, bir hakkı gasp etmek amacıyla yapılır<sup>74</sup>. Bu anlamda hekim ve hasta arasındaki vekaletsiz iş görme türü, hekimin iş görmedeki amacının hastaya yardım etmek olduğundan, gerçek vekaletsiz iş görme olduğu söylenebilir.

Gerçek vekaletsiz iş görme ise kendi içinde caiz olan ve caiz olmayan vekaletsiz iş görme olarak ayrılmaktadır. Caiz olan vekaletsiz iş görme; iş sahibinin menfaatine uygun olan girişilen ve onun bir yasaklamasına aykırı olmayan aynı zamanda hukuka, ahlaka da aykırı olmayan iş görmedir<sup>75</sup>. Bu anlamda vekaletsiz işi görenin, iş sahibinin menfaatine uygun olup olmadığı araştırılırken yapılan işin neticesine bakılmamalıdır. Başka bir deyişle beklenen neticenin meydana gelmesine gerek olmaksızın, görülen işin caiz olduğu kabul edilir. Zira umulan neticenin meydana gelmesi şart koşulsa idi, hiç kimse başkasına yardım etmek istemezdi<sup>76</sup>. Caiz olmayan vekaletsiz iş görme ise üç durumda ortaya çıkmaktadır. Bunlar iş sahibinin menfaatine uygun sandığı fakat aslında menfaatine uygun olmayan iş görmeler, iş sahibinin açık olarak geçerli yasaklamasına aykırı olan iş görmeler ve iş sahibi tarafından yetkili kılınmamış bir kişinin kendisine verdiği vekaletle dayanarak iş sahibinin işinin görülmesi halinde ortaya çıkmaktadır<sup>77</sup>.

73 Ayan, s. 60; Erman, s. 144; Hakeri, s. 521.

74 Ece Başsüzül /Candan Yasan, "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.2, s.371.

75 Tandoğan, s. 676; Şenocak, s. 102.

76 Haluk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk Ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul 1957, s. 41.

77 Tandoğan, s. 676; Şenocak, s. 102.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise, iş görenin başkasına ait olduğunu bildiği veya bilmediği bir işi kendi menfaatine yapmış olmasıdır<sup>78</sup>. Bu anlamda caiz olan vekaletsiz iş görme hukuki işlem benzeri bir nitelik taşıırken, caiz olmayan iş görme hukuka aykırı bir fiil niteliği taşımaktadır.

### **B. Haksız Fiil İlişkisi**

Hekim ve hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, hekimin hukuksal anlamda sorumluluğu genellikle haksız fiil ilişkisinden kaynaklanır<sup>79</sup>. Aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmadan hastaya müdahale eden hekim vekaletsiz iş görme şartları yoksa, hastaya karşı haksız fiil esasları çerçevesinde sorumlu tutulacaktır. Bunun dışında hekim ve hasta arasında hekimlik sözleşmesinin bulunduğu durumda bile, hekim ayrıca hastaya karşı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilir<sup>80</sup>. Zira hekim hastanın vücut bütünlüğüne yönelik davranışlarda bulunmaktadır. Bundan dolayı sözleşmeye aykırı her türlü davranış aynı zamanda haksız fiilin hukuk aykırılık unsurunu oluşturacağından haksız fiil de meydana gelecektir<sup>81</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunda hastane işleticisinin sorumluluğuna da dayanak teşkil etmektedir. Yatarak tedavi sırasında hastaya yapılan müdahaleler sonucu hastanın zarar uğraması halinde, hastane ile hasta arasında bir hastaneye kabul sözleşmesi yoksa ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin şartları da oluşmamış ise bu durumda haksız fiil ilişkisinin varlığı kabul edilebilir. (TBK m. 49 vd.)

Hastane, tedavi sürecinde hastanın vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunduğu için, hasta ile aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunsa dahi aynı zamanda haksız fiil sorumluluğu da gündeme gelmektedir. Zira sözleşmeye aykırılık oluşması aynı zamanda haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturmaktadır. Haksız fiile ilişkin diğer şartlar da mevcut olduğunda, hasta hastane için hem sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğuna hem de haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna gidebilecektir<sup>82</sup>.

### **I. Hekimin Adam Çalıştıran Sıfatıyla Sorumluluğu**

Hekimin TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu da doğabilmektedir. Bu sorumluluk kusura gerek olmayan bir tür özen sorumluluğudur<sup>83</sup>. Adam çalıştıranın sorumluluğunda, bir işin görülmesi sırasında başkalarını çalıştıranların üçüncü kişilere verdiği zararlardan kusurları olmasa dahi sorumlu tutulmaları öngörülmektedir. Bu anlamda hekim de, tıbbi faaliyetleri

78 Tandoğan, s. 677.

79 Erman, s. 144; Demir, Hukuksal Sorumluluk, s. 270; Ayan, s. 61.

80 Zafer Kahraman, "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Y: 2019, C:8,S:32, s. 1286; Erman, s. 144; Ayan, s. 61; Demir, Hukuksal Sorumluluk, s. 270; Hakeri, s. 521; Zeynep Altun, Plastik Cerrahin Estetik Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 86.

81 TBK m. 49 uyarınca; "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."

82 Ayan, s. 148.

83 Kılıçoğlu, s. 335.

esnasında kendisine yardımcı olmak için, asistanlar, hemşireler, hasta bakıcılar, röntgen uzmanları gibi kişilerden yararlanması söz konusu olabilir<sup>84</sup>. Bu durumda kendisinden faydalanılan yardımcı şahısların, hekimle akdi bir ilişki içinde olmayan hastalara vermiş olduğu zararlardan dolayı TBK m. 66 anlamında hekimin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu doğacaktır. Zira hekimle müdahale edilen hastanın arasında akdi ilişki bulunması halinde TBK m. 116 anlamında “yardımcı kişilerin sorumluluğu” kapsamında sorumluluğu bulunacaktır<sup>85</sup>.

Özel hastanelerin kusursuz sorumluluğu, hastanenin işletme organizasyonundaki eksikliklerin zarara yol açması halinde de ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda personel arası yetki paylaşımı açık ve net değilse, yeterli tedbirler alınmıyorsa ve makul bir çalışma ve istihdam politikası yürütülüyorsa, TBK m.66/3 uyarınca işletmenin faaliyetleri dolayısıyla ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü olacaktır<sup>86</sup>.

## **2. Hekimin Yapı Maliki Sıfatıyla Sorumluluğu**

TBK m. 69 uyarınca hekimin bir kusursuz sorumluluk hali olan özen sorumluluğundan “yapı maliki sıfatıyla sorumluluğu” da doğabilmektedir. Kanun hükmü uyarınca, yapı malikinin sorumluluğunun doğabilmesi için; bir binanın veya yapı eserlerinin yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden bir zarar doğması gereklidir. Bu anlamda bina dışında diğer yapı eserlerinin yapı eseri sayılması için, yapının sabit olması ve aynı zamanda toprağa doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı olması gereklidir<sup>87</sup>. O halde hekimin tıbbi faaliyet sırasında kullandığı tıbbi alet ve makineler, yerle bağlantılı arz ettiğinde yapı eseri sayılacaktır. Ancak yerden bağımsız, hareket eden makineler bir yapı eseri kabul edilmeyecektir.

Bu durumda hekimin, yapı eseri kabul edilen tıbbi alet ve makinelerdeki bakım eksikliği ve yapım eksikliği dolayısıyla hastaların zarar görmesi halinde, hekimin kusursuz sorumluluğundan bahsedilecektir.

## **C. Hekimin Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu**

Hekim ile hasta arasında henüz sözleşme kurulmadan yani sözleşme dışı ilişkide, bağımsız bir borç ilişkisi kapsamında, hekimin hastaya karşı yükümlülüklerinin varlığından söz edilebilir. Bu yükümlülükler ise Kanunumuzda özel olarak düzenlenmeyen culpa in contrahendo sorumluluğudur.

84 Şenocak, s. 97.

85 “Borçlar kanunu 100 madde uyarınca bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara ve de kanuna muvafık surette tevdi eden kimse bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür. Davalı doktor yardımcı kişinin fiilinden davacılara karşı sorumludur.” Ayrıntılı karar için bkz. Y. 13. HD T. 22.05.2003, E. 2003/2333, K. 2003/6348. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> E.T.13.05.2020.

82 Kılıçoğlu, s.360; Şenocak, s. 116.

86 Kahraman, s. 1294.

87 Demir, s. 35.

Sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurdan kaynaklanan sorumluluk türü olarak temelde dürüst davranma ilkesine dayandırılmaktadır(TMK m.2)<sup>88</sup>. Culpa in contrahendo, sözleşme öncesi borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğün kusurlu olarak ihlal edilmesi anlamına gelmektedir<sup>89</sup>.

Sözleşme öncesi görüşmelerde henüz sözleşme kurulmamıştır. Bu aşamada henüz bir güven ilişkisi mevcuttur<sup>90</sup>. Taraflar bu güven ilişkisine dayalı olarak sözleşme görüşmelerine başladığında bir borç ilişkisinin başladığından söz edilebilir. Sözleşme görüşmeleri sonrasında, sözleşmenin kurulup kurulmadığına bakılmaksızın; görüşmeler sonrasında meydana gelen özen, koruma, aydınlatma ve uyarma gibi yükümlülüklerini ihlal eden taraf, karşı tarafa sırf bu nedenle verdiği zararı gidermekle yükümlü olacaktır<sup>91</sup>. O halde sözleşme öncesi görüşmeler sonucu ve sözleşme dışı ilişkiden sorumlu olabilmek için; sözleşme görüşmeleri sırasında taraflardan birinin yükümlülüklerini kusurlu olarak ihmal etmesi sonucu karşı tarafı zarara uğratması gereklidir<sup>92</sup>.

Hekimin sözleşme dışı sorumluluğu kapsamında edim yükümünden bağımsız borç ilişkisini değerlendirdiğimizde; hasta ile aralarında sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmeleri sırasında; hastaya karşı aydınlatma, bilgilendirme ve uyarma gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu durumda hekimin hastaya karşı aydınlatıcı bilgiyi verememesi veya gelecekte uğrayacağı zarar ve zarar tehlikesine karşı uymaması halinde, hekimin culpa in contrahendo sorumluluğu gündeme gelmektedir<sup>93</sup>. Örneğin; burun estetiği ameliyatından sonra hastanın belli bir süreyle uçak yolculuğu yapması sakıncalı olmasına rağmen; diğer burun estetiği operasyonu için bir plastik cerrahı arayan hastaya hekim ilk operasyonun ne zaman yapıldığı sormadan muayeneye davet etmiştir. Ancak davetin ardından hastanın uçak yolculuğu sırasında fenalaşması sonucu burnunun daha kötü hale gelmesi durumunda culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilebilir<sup>94</sup>.

Sonuç olarak hekimin culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşme kurulmadan sözleşme görüşmeleri sırasında yükümlülüklerini ihlal etmesi ve hastaya zarar vermesi gereklidir.

#### IV. SONUÇ

Hekimin sorumluluğunun herhangi bir kanun, yönetmelik veya tüzük hükümleriyle düzenlenmemesi sebebiyle, mevcut kanun hükümleriyle sorumluluğunun niteliği ve kapsamı belirlenmelidir. Bu sorumluluğun tespit edilmesi için ise hekim ve hasta arasında kurulan ilişkinin niteliğinin belirlenmesi gerekir.

---

88 Kılıçoğlu, s. 195.

89 Altun, s. 92; Gezder, s. 30.

90 Kılıçoğlu, s. 196; Ayan, s. 265.

91 Fatma Begüm Yeşiller, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 72; Altun, s. 92.

92 Gezder, s. 113.

93 Demir, s. 36; Yeşiller, s. 72.

94 Altun, s. 93.



Çalışmamızda öncelikle hekim ve hasta arasında ortaya çıkan ilişki türleri belirlenmiştir. Bu ilişki hekimin bağımsız çalışmasına veya çalıştığı sağlık kurumunun kamuya ait olup olmamasına göre değişmektedir. Bu nedenle öncelikle bağımsız çalışan hekim ve hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği tartışılmıştır. Hekim ve hasta arasındaki ilişki öncelikle sözleşmesel ilişki ve sözleşme dışı ilişki olarak ikili ayrımla incelenmiştir. Daha sonra sözleşmesel ilişki olduğunu kabul eden doktrin görüşleri tarafında ileri sürülen sözleşme türleri ele alınmıştır. Bu sözleşme türleri tek tek incelenerek, hekim ve hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi türü olduğu sonucuna varılmıştır. Sözleşme dışı ilişki ise vekaletsiz iş görme ve haksız fiil ilişkisi çerçevesinde ele alınmıştır. Hekim ile hasta arasında bir sözleşme kurulmadan, hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması sebebiyle, şartları olduğu takdirde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır. Şartları oluşmadığı durumda ise hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecektir.

Çalışmamızın devamında ise, hekimin bir sağlık kurumuna bağlı olarak çalışması halinde ortaya çıkan ilişkinin hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Hekimin çalıştığı hastanenin özel hastane – kamu hastanesi olarak farklılaştığı durumlarda ilişkinin hukuki niteliği de değişecektir. Kamu hastanesinde çalışan hekimle hasta arasındaki ilişki idare hukukunun alanına dahil olduğundan, çalışmamıza konu edilmemiştir.

O halde hekimin özel hastanede çalışan bir hekim olması durumunda, hekim ile hastane arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi kurulmaz. Zira burada özel hastane ile hekim arasında hastaneye kabul sözleşmesi kurulmuştur. Bu sözleşme ile hastane tedavi hizmetinin yanında birçok yeme – içme, barınma ve diğer hastane hizmetlerini üstlenmekte ve ortaya bir karma sözleşme türü ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan bu karma sözleşmede tedavi hizmeti için vekalet hükümleri, yeme – içme ve temizlik hizmetleri için hizmet sözleşmesi, barındırma hizmeti için ise kira sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akkanat, Halil**, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, *Prof. Dr. Özer Şeliçi’ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- Alkanat, Murat**, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, C:11, S:5, s.177-180.
- Altun, Zeynep**, Plastik Cerrahin Estetik Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Aral, Fahrettin/ Hasan Ayrancı**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Ayan, Mehmet**, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.
- Başsüzel Ece/ Candan Yasan**, “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22, S.2, s.366-396.
- Demir, Mehmet**, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunun Kaynakları ve Özel Hastane – Kamu Hastanesi Ayrımı”, *Prof. Dr. Ali Naim İnan’ a Armağan*, Ankara 2009, s. 263-283.
- Demir, Mehmet**, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 33-81.

- Dinç, Ayşen**, “Özel Hastaneler ve Özel Hastanelerde Görev Alan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi”, *Terazi Dergisi*, Mayıs 2014, C: 9, S: 93, s. 93-102.
- Doğan, Murat**, “Özel Hastanelerin Tazminat Sorumluluğu”, *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği, 2014, s. 21-63.
- Erman, Hasan**, “Hekimin Hukukî Sorumluluğu”, *Bülent Davran’ a Armağan*, İstanbul 1998, s.143-153.
- Gezder, Ümit**, “Hekimin Yükümlülükleri”, *Tıp Hukuku Dergisi*, Y: 2014, C: 3,S: 6.
- Hakeri, Hakan**, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Hakeri, Hakan**, *Hastane Yönetiminin Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s.161-171.
- Kahraman, Zafer**, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, Y: 2019, C: 8, S: 32, s.1269-1302.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Kuntalp, Erden**, *Karışık Muhtevalı Akit*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 2017.
- Özer, Çağlar**, “Türk Hukukunda Estetik Cerrah İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2008, s. 479-503.
- Özer Çağlar/Burcu Özcan**, “Kişilik Hakları – Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, Y: 2007, C:10, S:1, s. 50-73.
- Özpınar, Berna**, “ Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluğun Türleri”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 269-291.
- Petek, Hasan**, “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2006, Cilt: 8, Sayı: 1,s.177-239.
- Şenocak, Zarife**, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.
- Şenocak, Zarife**, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbî Standartlar ve İspat”, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007.
- Tandoğan, Haluk**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tandoğan, Haluk**, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul 1957.
- Tezel, Cahide**, *Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukukî Sorumluluklarının Nedenleri*, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- Cevdet Yavuz, Faruk Acar/Burak Özen**, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- Yavuz İpekyüz, Filiz**, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Yeşiller, Fatma Begüm**, *Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Yılmaz, Battal**, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Zevkililer, Aydın /Emre Gökyayla**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2014.

# Alman, İsviçre, Türk Hukuklarında ve Viyana Satım Antlaşması'nda Eksik İfa Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme

## Partial Performance under German, Swiss, Turkish Laws and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods A Comparative Analysis

Koray GÜVEN\* 

### Öz

İfa etmeme konusunda, BGB, OR ve BK'nın dâhil olduğu 20. yüzyılın büyük kodifikasyonlarında ve bunlarla ilgili öğretilerde; imkânsızlık, temerrüt, sözleşmenin müspet ihlali gibi dogmatik ayrımlara rastlanmaktadır. Ayrıca bu geleneksel kanunlarda genel hükümler ile satım hukukuna ilişkin özel hükümler arasında; Roma hukuku, *ius commune* ve *Pandekt* hukuk biliminin mirasına bağlanabilecek keskin bir ayırım söz konusudur. Diğer kutupta ise, ifa etmeme konusunu yeknesak bir kavram olarak ele almaya yönelik; Viyana Satım Antlaşması (CISG)'nda ve kısmen BGB'nin 2002 Reformu'nda gözlenebilen başka bir yaklaşım öne çıkmaktadır. Bu ikinci yaklaşım; ifa etmeme halleri arasındaki keskin sınırları ortadan kaldırmaya veya silikleştirmeye; tüm sözleşmenin ihlali hallerini yeknesak bir sorumluluk rejimine tâbi kılmak için genel hükümler ile özel hükümler arasında köprü kurmaya yönelmektedir. İlk yaklaşım 'eksik ifayı', eksik ifanın doğasına göre genellikle genel hükümler ve bazen de satım hukukuna ilişkin özel hükümler altında, iki biçimde ele alırken; ikinci yaklaşım kapsamlı bir uygun olmama/ayıp kavramı benimseyerek, eksik ifayı daha tutarlı ve kapsayıcı bir biçimde düzenlemekten yana görünür. Ancak bu iki yaklaşımın somut olarak da, teorik altyapılarına uygun şekilde birbirlerinden ayrılan sonuçlar verip vermedikleri de araştırılmalıdır. Bu çalışmanın ilk kısmında iki yaklaşımın ayrışan teorik altyapıları ortaya konulacaktır. İkinci kısımda ise yaklaşımlar, yöneldikleri somut sonuçlar bakımından karşılaştırılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Viyana Satım Antlaşması (CISG), Eksik İfa, İfa Etmeme, Sözleşmenin İhlali, Karşılaştırmalı Hukuk

### Abstract

With respect to non-performance of a contract, some distinctions between dogmatic concepts such as impossibility of performance, default of the debtor, positive breach of contract are occasionally encountered in main codifications of 20<sup>th</sup> century including BGB, OR and BK and doctrine relating to them. Moreover, a sharp distinction between the general provisions and special provisions relating to the contract of sale is also the case for such traditional codes which may be attributable to legacy of Roman law, *ius commune* and

\* Araş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: kguven@ankara.edu.tr.

*Pandektistik.* At the other end of the spectrum, another approach which tends to take non-performance as a uniform concept can be observed in the Convention on the International Sale of Goods (CISG) and in 2002 Reform of BGB to some extent. The latter approach aims to eliminate or blur the bold borders between cases of non-performance and construct a bridge between general and special provisions in order to subject any breach of contract to a uniform liability regime. While the first approach handles the case of 'partial performance' mainly under the general provisions and occasionally under the special provisions relating to the contract of sale depending on the nature of the 'partial performance'; the latter approach deals with it in a rather consistent and inclusive manner adopting an extensive concept of non-conformity/defect. Nevertheless, the question of whether the two distinct approaches lead to distinct outcomes in the concrete cases corresponding to their distinct theoretical backgrounds should also be raised. The distinct theoretical backgrounds of the two approaches will be presented in the first section of the study. In the second section of the study, the two approaches will be compared with respect to their concrete outcomes.

**Keywords:** Convention on the International Sale of Goods (CISG), Partial Performance, Non-Performance, Breach of Contract, Comparative Law

## Giriş

20. yüzyılın büyük kodifikasyonlarında düzenlenen ifa engellerinde dogmatik ayrımlara rastlanır. İmkânsızlık, temerrüt ve kanunda bulunmayan, öğreti ve mahkeme kararlarıyla geliştirilen sözleşmenin müspet ihlali gibi dogmatik ayrımların bulunduğu bu yaklaşımda bir taraftan da satım hukukuna ilişkin özel tekeffül sorumluluğu ile genel hükümlerin birbirinden ayrılan biçimde düzenlendiği görülür. Bu yaklaşımda eksik ifa konusunda genellikle genel hükümlerdeki temerrüt hükümleri, bazen de satım hukukuna ilişkin tekeffül sorumluluğu hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Böylece eksik ifa için, nitelendirmeye bağlı olarak uygulanacak hükümlerin farklılaştığı bir ikilik söz konusudur. Gerek İsviçre/Türk hukukunda gerekse 2002 öncesi Alman hukukunda gözlenebilen bu yaklaşımın kökleri Roma hukukuna, oradan da *ius commune*'ye ve Pandekt öğretisine dayanmaktadır.

Tarihsel mirasa dayalı bu yaklaşımın karşısında ikinci bir yaklaşım ise ifa engellerini yeknesak biçimde ele almaktan yanadır. Bu yaklaşımda temerrüt, imkânsızlık gibi dogmatik ayrımlara rastlanmaz. Bunun yerine yeknesak bir ihlal olgusundan hareket edilir Üstelik burada sözleşmeye uygun olmama – ya da Alman hukuk çevresindeki terminoloji kullanılırsa ayıp – ile eksik ifa arasında da bir ayrım yapılmamakta, böylece tarihsel mirası devralan ilk yaklaşımda eksik ifa için söz konusu olan özel hükümler – genel hükümler ikiliği de yaşanmamaktadır. Bu yaklaşım Viyana Satım Antlaşması (CISG) ve Alman hukukundaki 2002 Reformunda gözlenebilir.

Çalışmanın birinci kısmında açıklanacak olan bu teorik altyapının üzerine, ikinci kısımda bu sefer gerçekten de bu iki ayrı yaklaşımın eksik ifa konusunda birbirinden ciddi anlamda ayrışıp ayrışmadığı konusu üzerinde durulacaktır. Buna göre CISG'deki eksik ifa üzerine düzenlemeye odaklanılacaktır. Bu arada Alman hukukunda 2002 reformu sonrasındaki düzenlemeler ve İsviçre/Türk hukukundaki duruma da değinilecektir. Bu çerçevede CISG ve reform sonrası Alman hukuku yeknesak ihlal olgusundan hareket eden blok olarak; dogmatik ayrımlara bağlı kalan blok olan İsviçre/Türk hukuku ile karşılaştırılacaktır. Bu karşılaştırma yapılırken 'işlevsel denklik' metodu

kullanılacaktır. Böylece ulusal hukuklardaki veya CISG'deki kavramlardan hareket etmek yerine, araştırmaya katılan düzenlemelerde ifanın miktar bakımından eksik yerine getirilmesi söz konusu olduğunda nasıl sonuçlara varıldığı konusuna odaklanılacaktır. Bu çerçevede en geniş anlamıyla ifanın miktar bakımından eksik yerine getirilmesi, “eksik ifa” olarak anılacaktır. Ulusal hukuklardaki diğer terminolojiyi kullanmak yerine, her türlü miktar bakımından sapma bu kavramla ifade edilecektir.

## I. İfa Engellerinin Düzenlenmesi Konusunda Çatışan İki Yaklaşım

### A. Roma Hukukunda Gereği Gibi İfa Etmeme ve Modern Hukuklara Yansıması

#### I. Roma Hukukunda Gereği Gibi İfa Etmeme

Birçok hukuk düzeninin ilk evrelerinde olduğu gibi Roma hukukunun ilk evrelerinde de *caveat emptor* satım hukukunun temel prensibini oluşturmuştur. Buna göre alıcı sözleşmenin kurulmasından önce satım konusu malı kapsamlı şekilde muayene etmeliydi. Malın nitelikleri beklentisine uymadığında buna katlanmak zorundaydı.<sup>2</sup> İki tarafın da hazır bulunduğu ve bu sırada sözleşmenin yerine getirildiği bir durum tasarlayan bu ilke çerçevesinde alıcının geriye dönüp ayıbı ispatlaması oldukça zordu. Zamanla Roma hukukunun ilk dönemlerindeki bu katı ilke çeşitli hukuki çarelerle yumuşatılmaya çalışılmıştır.<sup>3</sup> Alıcı, Geç Cumhuriyet Dönemi'nde ancak satıcı hileli bir şekilde maldaki bir ayıbı bildirmekten kaçındıysa, bir başka deyişle *dolus* (kasıt) ile hareket ettiyse veya özel olarak malın her türlü ayıptan arı olduğunu veya belli nitelikleri haiz olduğunu garanti ederse bir *actio empti*'ye<sup>4</sup> sahip oluyor ve satıcının sorumluluğuna başvurabiliyordu. Bu bağlamda yalnızca malda ayıp nedeniyle oluşan değer düşmesi değil, takip eden zararlar da tazmin edilebiliyordu.<sup>5</sup>

*Caveat emptor* ilkesinden kaçışın bir başka yolu piyasadaki işlemleri düzenlemekle yetkili *magistra*'lar olan *aediles curulis*'ler tarafından getirilen hukuki çareler sayesinde olmuştur. Oldukça kötü bir şöhrete sahip olan köle tacirleriyle yapılan işlemlerde, özel garantiler taahhüt edilmesi o denli yaygın hale gelmiştir ki, *aediles curulis*'ler bu işlemleri *edictum*'larla düzenleyerek alıcılara özel hukuki çareler tanımaya başlamışlardır.<sup>6</sup> M.Ö. II yüzyıldan itibaren görülebilen ve maddi ayıplara karşı hukuki çareler

2 Benzer katılıkla düzenlemeler diğer hukuk düzenlerinin ilk evrelerinde de görülebilir. Almandaki “*Augen auf, Kauf ist Kauf* (Gözünüzü açın, satım satımdır)” deyişi de bu ilkeyi hatırlatmaktadır. **Schmoekkel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard/Ersnt, Wolfgang**: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht. Besonderer Teil. 1. Teilband §§ 433-656*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, §§ 434-445, N. 4.

3 **Zimmermann, Reinhard**: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, s. 307, 308.

4 *Emptio venditio* olarak isimlendirilen alım satım, Roma hukukundaki rızâi akitlerden biriydi. Alıcının *emptor*, satıcının *vendor* olarak isimlendirildiği bu sözleşmede, alıcının (*emptor*) satıcıya açtığı dava *actio empti*'dir. Bkz.: **Rado, Türkan**: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 114, 115, 119, 120. *Emptio venditio* üzerine Roma hukuku kaynakları, genellikle parça borçları üzerine kuruludur. Çeşit borçlarının Roma hukukundaki düzenleniş biçimi ise açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bkz.: **Ranieri, Filippo**: *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien (3. Aufl.)*, Springer Vienna 2009, s. 857.

5 **Zimmermann**, Roman, s. 309, 310; **Schmoekkel/Rückert/Zimmermann/Ersnt**, Band III, §§ 434-445, N. 4.

6 **Zimmermann**, Roman, s. 311.

düzenleyen bu *edictum*'ların, köle satışına ilişkin olanları *de mancipiis vendundis*, hayvan satışına ilişkin olanları ise *de iumentis vendundis*'dir.<sup>7</sup> Bu *edictum*'lar esasında, saydıkları ayıplar konusunda, sözgelimi kölenin hastalığı veya bedensel engeli gibi konularda, bilgilendirme yükümlülüğü içeriyordu.<sup>8</sup> Zamanla *ius civile*'ye adapte edilen bu çareler hem satıcının kusuruyla ilgilenmemeleriyle hem de satıcının özel olarak bazı niteliklerin varlığını garanti edip etmemesinden bağımsız olmalarıyla alıcıya daha fazla koruma sağlamıştır. Ancak bu çareler alıcının tüm zararını kapsamadığı gibi genel olarak fiziksel ayıplarla sınırlandırılmıştır.<sup>9</sup> *Aediles* hukuki çareleri olarak bilinen bu hukuki çareler bedelden indirim (*actio quanti minoris*) ve sözleşmenin sona erdirilmesiydi (*actio redhibitoria*). Glossatorler, aslında parça borçları için tasarlanan bu çareleri, cins borcuna da adapte etmişlerdir. *Ius commune*'ye gelindiğinde yine bir tarafta *aediles* hukuki çarelerinin diğer tarafta genel hukuki çarelerin bulunduğu iki başlı sorumluluk rejimi korunmuş, buradan da ulusal kanunlara girmiştir.<sup>10</sup> Roma hukukundan etkilenen birçok hukuk düzeninde izleri sürülebilen bu iki başlı sorumluluk rejimi, ayıplı ifanın genel sözleşmeler hukukundan ayrı bir odakta gelişmesine yol açmıştır. Tarihsel gelişim çizgisinin etki ettiği bu gelişimin beraberinde, genel hükümlerle ayıplı mallara ilişkin özel hükümler arasında ciddi tutarsızlıklar da süregelmiştir.<sup>11</sup> *Pandekt* öğretisinin etkisi ile tekeffül sorumluluğu, genel hükümlerde düzenlenmek yerine satım hukukunun sınırlarına hapsedilmiştir. Satım hukukundaki ayıptan sorumluluğun böylece genel ifa engellerinden ayrı biçimde ele alındığı söylenebilir.<sup>12</sup>

Bu bağlamda ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler ile genel hükümler arasındaki ayrım Roma hukukundan etkilenen ulusal hukuklar bakımından özel öneme sahiptir. CC, OR ve BGB gibi ulusal kanunlara giren ayıp konusundaki özel hükümlerde kusurdan bağımsız bir tekeffül sorumluluğu öngörülmüştür.<sup>13</sup> Ancak bu hallerde alıcının muayene ve ihbarda bulunma külfeti alıcının omuzlarına yüklenirken, satıcının sorumluluğuna başvurulması için öngörülen zamanaşımı genellikle çok daha kısadır.<sup>14</sup> Bu ayrım özellikle cins borçları açısından, ifanın *aliud* –bir başka malın teslimi – veya *peius* ifa –ayıplı malın teslimi – olduğu konusunda yapılacak ayrım bakımından önemli sonuçlar doğurur. *Aliud* ifa halinde hiç ifa etmeme hareket edilecekken, ayıplı ifa durumunda buna dair özel hükümlerdeki *aediles* hukuki çareleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>15</sup> Aynı şey, eksik ifa

7 **Emiroğlu, Haluk:** “Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:2 Sayı:2 Yıl 2011 99-119, s. 116.

8 **Schmoekkel/Rückert/Zimmermann/Ersnt**, Band III, §§ 434-445, N. 4.

9 **Zimmermann**, Roman, s. 321.

10 **Ranieri**, s. 859.

11 **Huber, Peter:** “Comparative Sales Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law* Ed. Reimann, Mathias/ Zimmermann, Reinhard, Oxford University Press, 2006, 938-966, s. 956, 957.

12 **Schmoekkel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard /Schermaier, Martin Josef:** *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241-304* Mohr Siebeck, Tübingen 2007, vor §§ 275 N. 55, 76.

13 **Ranieri**, s. 860.

14 **Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher:** *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press 2012, N. 31.09. Sözgelimi Reform öncesi Alman BGB'de 6 ay, OR'de 1 yıllık bir süre öngörülmüştür. Bkz.: **Ranieri**, s. 868, 869. OR'de 2012 yılında yapılan değişikliklerle alıcının talepleri için bu süre 2 yıla çıkarılmıştır. **Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert/Krauskopf, Frédéric:** *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (2. Auflage)*, Schulthess Zürich Base Genf 2016, N. 421a. Aynı şey TBK md. 231 için de geçerlidir.

15 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.18, 31.22, 31.23.

bakımından da söylenebilir. Birçok geleneksel hukuk düzeniyle beraber İsviçre/Türk hukuku miktar bakımından sapmaları bir ayıp şeklinde değil, hiç ifa etmeme başlığı altında ele almaktadır.<sup>16</sup> Bu durum, bu konuda satım hukukuna ilişkin özel hükümler yerine, genel hükümlere başvurulması sonucunu doğurmaktadır.

## 2. Reform Öncesi Alman Hukukunda İfa Engelleri

2002 öncesi Alman hukukunda,<sup>17</sup> genel bir borcun ifa edilmemesi düzenlemesinin yerine, dogmatik olarak ayırılmış ifa edilmeme hallerine bağlanan sonuçların düzenlendiği görülmekteydi. Buna göre, borcun ifa edilmemesi, BGB'de imkânsızlık ve temerrüt hali olmak üzere iki tip üzerine kurulmuştu. Baskın öğretiyeye göre borca aykırılığa ilişkin genel bir hüküm ise bu dönemde eksikti. Bu eksikliğin, kanunun dışında 'sözleşmenin müspet ihlali' (*positive Vertragsverletzung*) adı altında yeni bir gelişime kapı araladığından bahsedilmektedir.<sup>18</sup> Kanundaki ifa etmeme hallerine ilişkin hükümler bütün olarak değerlendirildiğinde, borçlunun sorumlu olduğu ifa etmeme ile sorumlu olmadığı ifa etmeme olmak üzere büyük bir ayırım yapıldığı göze çarpmaktaydı.<sup>19</sup> Mommsen'in geliştirdiği ve daha sonra Windscheid tarafından kabul edilip BGB'ye alınan ifa edilmeme hukukunda, imkânsızlık ana kavramdı. Objektif-sübjektif, baştan-sonradan gibi ayırımların yapıldığı imkânsızlıkta; hukuki problemin niteliği de bu ayırımlara göre değişmekteydi.<sup>20</sup>

Sözleşmenin müspet ihlali kavramı ise, imkânsızlık veya temerrüt olarak isimlendirilemeyen tüm diğer sorumluluk hallerini kapsayacak şekilde geliştirilmiş bir kavramdı. Sözgelimi kötü ifa durumunda,

16 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.58, 31.59.

17 2002 tarihinde BGB'nin borçlar hukuku kitabı büyük bir değişikliğe tâbi tutulmuş, bu değişiklikten en çok etkilenen kısımlardan biri ise borcun ifa edilmemesi halleri olmuştur. Bu nedenle, Alman borçlar hukukunu reformdan önce ve sonrası biçiminde ikiye ayırıp incelemek zorunludur. Bu reforma ilişkin açıklamalar için bkz. a.ş.: I. B. 2. Alman Hukukunda 2002 Reformu Sonrasında İfa Engelleri.

18 **Markesiniz, Basil S./ Unberath, Hannes/ Johnston, Angus**: *The German Law of Contract – A Comparative Treatise Second Edition*, Hart Publishing, Oregon 2006, s. 379, 380. BGB yürürlüğe girdikten sadece iki yıl sonra, 1902 yılında "sözleşmenin müspet ihlali" kavramını ortaya atan Staub, kanunda kötü ifa durumu için bir boşluk olduğunu öne sürerek bu öneriyi getirmiştir. Öğreti ve uygulama tarafından çabucak kabullenilen bu teorinin, aslında yaygın bir yanlış anlaşılardan kaynaklandığı da öne sürülmektedir. Bkz. **Emmerich, Volker**: *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, München 2005, s. 6. 2002 Reformunu hazırlayan bilimsel görüşlerden birinin yazarı olmasına rağmen Ulrich Huber, reformun yürürlüğe girmesinden iki yıl önce yayımladığı monografisinde BGB'nin ifa engellerine ilişkin düzenlemelerinin başından beri yanlış anlaşıldığını, ilk düzenlemenin aslında sanıldığı aksine boşluk içermediğini bir deyişle 'keşfetmiştir'. Bkz.: **Markesiniz/Unberath/Johnston**, s. 385. Buna göre, aslında BGB'nin eski §§275-279. paragrafları tüm ifa edilmeme halleri için öngörülen genel hükümler olduklarından, kötü ifa edilme halleri ayrıca düzenlenmesi bile bu genel hükümlere tâbi olacaktır. Kötü ifa gibi önemli bir konunun kanun koyucunun gözünden kaçması muhtemel değildir. Bkz. **Huber, Ulrich**: *Leistungsstörungen (Band I)*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, s. 10. Öte yandan 'sözleşmenin müspet ihlali' kavramının isimlendirmesi de zaman zaman talihsiz olarak yorumlanmaktadır. Çünkü sözleşmenin 'müspet' ihlali, yalnızca olumlu yükümlülüklerin ihlalinin değil, kaçınma yükümlülüklerin ihlali olarak da ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle bu kavram sıklıkla 'kötü ifa' (*Schlechtleistung* veya *Schlechterfüllung*) kavramıyla ikame edilmiştir. **Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas**: *Schuldrecht (Zehnte Auflage)*, De Gruyter Recht, Berlin 2006, s. 181.

19 **Huber, Ulrich**, s. 11, 12

20 **Emmerich**, s. 6; **Aksoy, Hüseyin Can**: *Impossibility in Modern Private Law – A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*, Springer Verlag, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2014, s. 8, 9.



aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinde, sözleşmesel yükümlülük tam olarak yerine getirilmediği için ortaya çıkan kişisel veya maddi zararlarda alacaklı bu sorumluluk haline başvurabiliyordu. Keza borçlunun zamanında edimini ifa edemeyeceği halin şartlarından anlaşılıyorsa yine sözleşmenin müspet ihlaline göre sorumluluk belirlenebiliyordu. Sözleşmenin müspet ihlalinde alacaklı uğradığı zararların tazminini isteyebileceği gibi ifade ısrar da edebilirdi. Ayrıca ihlal, sözleşmenin amacını ortadan kaldıracak düzeyde ise alacaklı, borçluya hiçbir süre tanımaksızın tamamen ifa etmeme nedeniyle tazminat isteminde bulunabiliyor veya sözleşmeden dönebiliyordu.<sup>21</sup> BGB'de imkânsızlık ve temerrüt hallerinin aksine ayrıca düzenlemeyen ve bu nedenle genel hükümlere tâbi olan sözleşmenin müspet ihlalinde, kusur ilkesi geçerliydi. Bu ilke yer yer tekeffül sorumlulukları ile sıkılaştırılsa da, genel kusurlu sorumluluk ilkesinin ağır bastığı tek ifa etmeme halinin müspet ihlal olduğu belirtilmelidir.<sup>22</sup>

Bu arada müspet ihlal kavramının genel hükümlerde açıkça düzenlenmediği kabul edildiğinden, yalnızca özel hükümlerde çeşitli sözleşme tipleri için kötü ifa sonuçlarının düzenlenmesi bir çeşit “yarışma” problemi ortaya çıkarıyordu. Satım sözleşmesi için getirilmiş tekeffül sorumluluğuna (*Gewährleistung*) ilişkin özel hükümlerin (eski §§459 vd. BGB) varlığına rağmen doktrin ve uygulama tarafından sahiplenilen genel müspet ihlal kavramının bu sözleşmeler için de uygulanıp uygulanmayacağı sorunu tartışılmaktaydı.<sup>23</sup> Uygulamada bu dönemde özel sözleşme tiplerine ilişkin düzenlemelerden yola çıkılmasına yaygın olarak rastlandığı da ifade edilmektedir. Böylece gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa olarak adlandırılabilir ifa engeli tipi, kanunda her bir sözleşme tipine has düzenlemelerle çözümlenir olmuştur.<sup>24</sup> Geliştirilen içtihadı göre, satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlere rağmen genel hükümlere gidilip sözleşmenin müspet ihlalinin işletilebilmesi ancak ayıby izleyen zararlar (*Mangelfolgeschäden*) için geçerliydi. Üstelik bu durumda bile genel hükümlerdeki zamanaşımı değil, tekeffüle ilişkin – özel ve genel hükümlerdekinden daha kısa olan – § 477 BGB'deki zamanaşımı uygulanmaktaydı.<sup>25</sup>

### 3. İsviçre/Türk Hukukunda Ana Hatlarıyla İfa Engelleri

İsviçre hukukunda, Alman hukukunun 2002 reformu öncesindeki düzenlemesine benzer biçimde yeknesak bir ‘ifa edilmeme’ kavramı yerine, İsviçre Borçlar Kanunu'nun çeşitli yerlerine dağılmış, dogmatik olarak ayırılmış kavramlardan bahsedilmektedir: Her biri farklı maddelerde hatta bazıları kanunun ayrı kısımlarında düzenlenen imkânsızlık –ki imkânsızlığın çeşitleri farklı maddelerde yer almaktadır – temerrüt, kötü ifa ve ayrıca alacaklının temerrüdü OR'deki ifa edilmeme kavramının parçalarıdır. Alman hukukundaki gibi bu hallerin – kanunda olmasa da öğretide – topluca ‘ifa düzensizlikleri’ (*Leistungsstörungen*) kavramı altında toplandığına rastlanmaktadır.<sup>26</sup>

21 **Zweigert, Konrad/Kötz, Hein:** *Introduction to Comparative Law*. (3. ed), Çev: Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1998, s. 494.

22 **Huber, Ulrich**, s. 14.

23 **Emmerich**, s. 14, 15.

24 **Markesiniz/Unberath/Johnston**, s. 379, 380.

25 **Zweigert/Kötz**, s. 495.

26 **Schwenzer, Ingeborg:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil* (5. Auflage), Stämpfli Verlag, Bern 2009, N.

2012 yılında TBK yürürlüğe girdikten sonra da, ifa edilmeme hallerine ilişkin sistematığının korunduğu söylenebilir. Böylece, tıpkı OR'de olduğu gibi reform sonrası TBK'da da bu haller farklı maddelerde, farklı dogmatik kavramlar altında düzenlenmiştir: İmkânsızlık, çeşitlerine göre madde 27, 136 ile 112 ve devamında, borçlunun temerrüdü madde 117 ve devamında bulunmaktadır. 2012'de değişiklikle bu hallere bir de 'aşırı ifa güçlüğü' adıyla eskiden doktrinde 'işlem temelinin çökmesi' olarak adlandırılan halini düzenlemek üzere<sup>27</sup> 138. madde eklenmiştir. Kanundaki bu parçalanmış düzenleme biçiminin öğretiyeye yansıdığı da gözlemlenebilir. Çoğunlukla, yalnızca borçlunun kusurlu olduğu haller (kusurlu sonradan imkânsızlık, borçlu temerrüdü, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi) 'borcun ifa edilmemesi' biçiminde bir başlığa atlanmakta, buna bazen *culpa in contrahendo* sorumluluğu da dâhil edilmektedir.<sup>28</sup> Bunun karşısında Serozan, kusurlu veya kusursuz, baştan veya sonradan ayrımlarına girmeksizin tüm ifa edilmeme hallerini 'ifa engelleri' adıyla<sup>29</sup> genel bir kategorinin altında incelemektedir.<sup>30</sup> Buna göre, "ifa yolunda plan dışı engeller" ya da "ifanın gerçekleşmesini engelleyen hesaba katılmamış aksilikler" genel olarak ifa engelleridir. Bu üst kavram, sözleşmenin ihlali veya ademi ifa kavramlarından daha geniştir. Buna alacaklının temerrüdü, her türlü imkânsızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali ve bunun sözleşme öncesine sarkan uzantısı *culpa in contrahendo* ve son olarak işlem temelinin çökmesi dâhildir.<sup>31</sup>

Genel hükümlerdeki gereği gibi ifa etmeme kavramının geniş anlamıyla, zaman, miktar, nitelik ve yer itibarıyla ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi biçiminde ele alındığı söylenebilir.<sup>32</sup> Ancak bir tanım verme zorunluluğu bir tarafa bırakılırsa, dar anlamıyla gereği gibi ifa etmemenin, İsviçre-Türk hukukunda imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan ifa edilmeme hallerini kapsadığı söylenebilir.<sup>33</sup> Alman hukukundaki gibi sözleşmenin müspet ihlali olarak da adlandırılan gereği gibi ifa etmeme, bir tarafta asli edim yükümlülüğünün kötü ifasını, diğer tarafta da yan yükümlülüklerin ihlalini;<sup>34</sup> bazılarında göre de ayıplı bir mal ile zarara yol açmayı, yan yükümlülüklerin ihlalini, borçlunun vadeden önce ifa etmeyeceğini bildirmesini, kaçınma yükümlülüklerinin ihlalini<sup>35</sup> içeren bir

60.01-60.05; **Berger, Bernhard:** *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli., Bern 2008, s. 693; **Gauch Peter/Schlupe Walter R./Emmenegger. Susan:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil Band II (9. Auflage)*. Schulthess, Zürich Basel Genf 2008, N. 2483.

27 **Doğan, Gülmelihat:** "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", *TBB Dergisi 2014 (111)*, 9-36, s. 11.

28 **Tandoğan, Haluk:** *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 396-400; **Reisoğlu, Safa:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 342; **Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul 2011, s. 391 vd.; **Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 1027.

29 İfa engelleri kavramını Türkiye'de öğretiyeye kazandıran da Serozandır. Bkz.: **Atamer, Yeşim M.:** "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği" *Rona Serozana Armağan, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul 2010, 217-260, s. 217.

30 **Serozan, Rona:** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (3. Cilt)*, Filiz Kitabevi İstanbul 2009, s. 127 vd.

31 **Serozan,** *Borçlar Genel*, s. 130, 133, 134.

32 **Oğuzman/Öz**, s. 391; **Tandoğan,** *Mesuliyet*, s. 398-400.

33 **Schwenzer**, N. 67.01; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2616.

34 Bu yan yükümlülükler bir tarafta alacaklının bedensel bütünlüğünü ve mülkiyetini koruyan koruma yükümlülüklerini; diğer tarafta ifaya ilişkin yan yükümlülükleri, sözelimi aydınlatma yükümlülüğünü anlatır. Bkz.: **Schwenzer**, N. 67.07-09.

35 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2619.

şemsiye kavram olarak geçerliliği tartışma yaratmış olsa da İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tanınmıştır.<sup>36</sup>

Yalnızca imkânsızlık halinde zararların tazmini için öngörülmüş olan OR md. 97/1'nin<sup>37</sup> karşısında, kanunda açıkça düzenlenmiş olmayan gereği gibi ifa etmeme halini kapsamak için tasarlanan sözleşmenin müspet ihlali kurumunun getirdiği en önemli sonuç, md. 97 OR/TBK md. 112 ve devamındaki –aslında sözleşmenin müspet ihlali olarak ifade edilen ifa engellerini kapsamayan – maddelerinin kıyasen uygulanması ve belirli hukuki çarelerin, özellikle de tazminat imkânının böylece alacaklıya sunulmasıdır.<sup>38</sup> Bu çerçevede öncelikle koruma yükümlülüğü dışındaki yükümlülüklerin<sup>39</sup> ihlali halinde aynen ifa talebi akla gelir. Ancak bunun dışında, borçlunun kusursuzluğunu ispat edemediği durumda alacaklı müspet zararının tazmini talebinde de bulunabilir. Bununla beraber alacaklı, 'izleyen zararları'nın tazminini de talep edebilir.<sup>40</sup>

Öte yandan kanunun özel hükümlerinde çeşitli sözleşme tipleri için sözleşmeden dönme olanağı da alacaklıya sunulmuştur. Buradan hareketle, özel hükümlerle dönme olanağının verilmediği sözleşme tipleri için de, genel hükümlerindeki temerrüt düzenlemesinin (OR md. 107/ TBK md. 125) kıyas yoluyla uygulanması ve alacaklının dönme hakkına kavuşması gerektiği tartışılmaktadır. Bunun için ise ihlalin 'nitelikli' (*qualifizierte*)<sup>41</sup> veya 'esaslı' (*wesentlich*)<sup>42</sup> bir ihlal olması gerektiği savunulmaktadır.<sup>43</sup>

Özel hükümlerdeki satıcının kusuruna dayanmayan<sup>44</sup> ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle bir ayıbın mevcut olması gerekir. İsviçre/Türk hukukunda ayıp sübjektif bir ölçütle belirlenmektedir. Bir başka deyişle taraf iradelerinin, sözleşmedeki belirlemelerin ayıp kavramının anlaşılmasında etkili olduğu görülür.<sup>45</sup> Bu bağlamda satıcı, alıcıya bildirdiği niteliklerden sorumlu olduğu gibi<sup>46</sup>, dürüstlük kuralı gereğince böyle bir vasıf vaadi bulunmasa bile kullanım

36 **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 401, 402.

37 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2615, 2616.

38 **Bucher, Eugen**: *Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988, s. 335, 336.

39 Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde bunların kendi başına aynen ifasının talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Asli edimle bağlantılı yan yükümlülüklerin, sözelimi paketleme yükümlülüğünün ihlali ise tersine böyle bir talebe imkân verebilir. Bkz.: **Schwenzer**, N. 68.05. Aynı yönde bkz.: **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2639, 2640.

40 **Schwenzer**, N. 68.06.

41 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2624.

42 **Schwenzer**, N. 68.10.

43 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2624. Gerek satım hukukundaki özel hükümlerde, gerekse temerrüde ilişkin genel hükümlerde dönme, kusurdan bağımsız bir hukuki çare olarak düzenlendiğinden, sözleşmenin müspet ihlali halinde de kusurdan bağımsız olarak dönmeye imkân sağlamak gerektiği savunulmaktadır. **Schwenzer**, N. 68.10.

44 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 309.

45 **Serozan, Rona**: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm (2. Baskı)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 136; **Bucher, Eugen**: *Obligationenrecht Besonderer Teil (3., erweiterte Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988, s. 91; **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 324. Ancak bir taraftan da Alman hukukunda yapılan bu objektif-sübjektif kavram tartışmasının İsviçre hukukunda yeri olmadığı, zira geniş bir tekeffül anlayışının etrafında her türlü sözleşmesel nitelik sapmasının ayıp kabul edildiği de tartışılmaktadır. Bkz.: **Honsell, Heinrich**: *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (8. Aufl.)*, Stämpfli Verlag, Bern 2006, s. 77. Yine ayıbın sübjektif veya objektif olabileceği yönünde bkz.: **Eren, Fikret**: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 102.

46 **Huguenin, Claire**: *Obligationenrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil (2. Auflage)*, Schulthess, Zürich Base Genf

amacı bakımından malın değerini ve faydalarını önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran ayıplardan da sorumludur.<sup>47</sup> Değeri, ki burada malın objektif değeri söz konusudur, 'önemli ölçüde' azaltma ölçütünün nasıl somutlaştırılacağı konusunda sözleşmenin amacı ve tarafların davranışları göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle de alıcı eğer bu ayıptan haberdar olsaydı sözleşmeyi hiç ya da mevcut hükümlerle akdetmeyecek durumda ise önemli ölçüde azalmadan bahsedilebilir.<sup>48</sup> Bir başka deyişle esaslı bir ayıp olmaksızın ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmaz.<sup>49</sup> Ayıp fiziksel veya hukuki bir ayıp<sup>50</sup> ya da TBK md. 219 uyarınca alıcının ondan beklediği,<sup>51</sup> normal özellik ve niteliklerine göre sağlaması gereken<sup>52</sup> geliri veya verimi sağlamamasını ifade eden ekonomik bir ayıp olabilir.

İsviçre/Türk hukuklarında özel hükümlerdeki tekeffül sorumluluğunun kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğu olduğu söylenebilir. Genel hükümlerdeki ifa etmeme veya geç ifa etme hallerinden ayrılır. Bu bakımdan yeknesak bir ifa engelleri hukukundan bahsetmek mümkün değildir. Bu ayırım Roma hukukunda köklerinin aranabileceği; parça borcunda malın niteliklerinin satıcının ifa sorumluluğuna değil ayrı bir garanti sorumluluğuna bağlandığı teoriden kaynaklanmaktadır.<sup>53</sup>

Genel hükümler ile özel hükümler arasındaki bu büyük çaplı ayırım eksik ifa ve *aliud* ifa gibi sınırdaki kalan ifa engellerinin yerleştirilmesi konusunda problemlere yol açmaktadır. Bu durumlarda yapılacak nitelendirmeye göre, kimi zaman genel hükümlere göre kimi zaman da özel hükümlere başvurulmasına karar verilmekte, kimi zaman da bir yarışma probleminden bahsedilmektedir.<sup>54</sup>

## **B. Viyana Satım Antlaşması ve İfa Engellerinin Yeknesak Düzenlenmesi Yaklaşımı**

### **I. Viyana Satım Antlaşması'nda Genel Hatlarıyla İfa Engelleri**

Alıcının sahip olduğu hukuki çareleri düzenlemeye başlarken, 45. maddesinde satıcının "sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini" yerine getirmemesinden bahseden CISG, yeknesak bir sözleşmenin ihlali kavramı benimsemekte, böylece her türlü aykırılığı,

2014, N. 2599; **Tandoğan, Haluk:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1985, s. 163, 164; **Gümüş, Alper:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I (3. Baskı)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 82.

47 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 327-331.

48 **Huguenin**, N. 2612, **Tandoğan**, Özel, s. 166, **Gümüş**, Borçlar, s. 83; **Eren**, Özel, s. 110; **Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan:** *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (3. Baskı)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 143 vd.

49 **Gümüş**, Borçlar, s. 83, 84.

50 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 335, 336; **Honsell**, *Obligationenrecht*, s. 78.

51 **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (10. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 121.

52 **Eren**, Özel, s. 105.

53 **Müller-Chen, Markus/Huguenin, Claire:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schnkung, Miete, Leihe (Art. 184 – 318 OR) 3. Auflage*, Schulthess Zurich Basel Genf 2016, OR 197 N. 2

54 Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. aş. II. A. 3 İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfa Kavramı ve II. B. 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri.

bu arada Türk hukukundaki anlamıyla gereği gibi ifa etmeme halini<sup>55</sup>, bu üst başlığa altlamaktadır.<sup>56</sup> Alıcının başvurabileceği tüm hukuki çareler bir ihlali şart koşmaktadır. Bu ihlal, CISG metninden kaynaklanan veya tarafların öngördükleri bir yükümlülüğün ihlali olabileceği gibi, teamülden çıkarılan veya yargıç tarafından tasarlanan bir yükümlülüğün ihlali de olabilir.<sup>57</sup> Teslim, belgelerin teslimi ve mülkiyetin devri yükümlülüklerinin dışındaki yükümlülükler, ek yükümlülükler olarak adlandırılırsalar da, ihlalleri izleyen hukuki çareler bakımından bir ayrıma gidilmemiştir.<sup>58</sup> Böylece sözgelimi Alman hukuk çevresindeki anlamıyla bir yan yükümlülüğün ihlali de eğer esaslı ihlal teşkil ediyorsa alıcıya sözleşmeden dönme imkânı sağlayabilir.<sup>59</sup>

Bu genel başlık çerçevesinde; temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi ayrımlar CISG'ye yabancıdır. Keza imkânsızlık, kötü ifa vb. gibi ayrımlara da burada rastlanmaz.<sup>60</sup> Burada tüm aykırılık halleri temel bir kavrama bağlanmıştır. Yine bununla bağlantılı olarak sözleşmeye aykırılık bakımından ayrımlar, hukuki olgu açısından değil, hukuki sonuçlara göre yapılır. Bir sözleşme ihlali halinin temerrüt, gereği gibi ifa etmeme vb. kategorilere göre sınıflandırılarak, hukuki sonuçların da buna göre tayin edilmesi CISG bakımından söz konusu değildir.<sup>61</sup> Bir başka deyişle, malın ayıplı mı yoksa sipariş edilenden tamamen farklı mı olduğu, geç teslim mi edildiği yoksa hiç mi teslim edilmediği önem taşımaz. Önemli olan ihlalin ağırlığıdır.<sup>62</sup>Yine bu bağlamda CISG'de ise ne Kıta Avrupası'ndaki *aluid-peius* ifa ayrımına ne de *common law*'daki *warranty-condition* ayrımına<sup>63</sup> rastlanır. İsviçre/Türk hukukundaki gibi, malın normal şartlar altında sahip olması gereken niteliklerinin bulunmaması ile satıcının özel olarak bildirdiği niteliklerinin bulunmaması biçimindeki ayırım da<sup>64</sup> CISG'ye yabancıdır.<sup>65</sup>

55 **Yücer Aktürk, İpek:** "Viyanalı Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi* 2015/1, 211-238, s. 212.

56 **Basedow, Jürgen:** "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", *25 International Review of Law and Economics* (September 2005) 487-500, s. 490; **Sert Canpolat, Selin:** *Viyanalı Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 57-60.

57 **Magnus, Ulrich:** "Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation, and Preservation" *International Sales Law a Global Challenge*, (ed. DiMatteo, Larry A.), Cambridge University Press, New York 2014, 257-285, s. 258.

58 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 28.25-28.27.

59 **Atamer, Yeşim M.:** "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", *Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (ed. Atamer, Yeşim M.), XII Levha Yayınları 2012, 221-265, s. 241, 242.

60 **Öz, Turgut:** *Milletlerarası al Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 12.

61 **Atamer**, Satıcı, s. 226, 228; **Atamer**, İfa Engelleri, s. 232, 233.

62 **Ranieri**, s. 912, 913.

63 İngiliz hukukunda, *warranty* niteliğinde bir hüküm ihlal edilirse, ihlal eden kusurlu olsa da alacaklının karşı edimi ifa borcu devam eder. Ancak uğradığı zarar için tazminat talep etmeye hak kazanır. *Condition* niteliğindeki bir hükmün ihlali ise sözleşmenin sona erdirilmesini mümkün kılar. Her bir somut olayın şartlarına göre yapılacak bu belirlemede genel olarak ihlali sözleşmeden elde edilecek menfaatten bütünüyle mahrum kalınmasına yol açacak kadar önemli olan hükümler *condition*'dir. Bkz. **Zweigert/Kötz**, s. 505; **Beale, Hugh/Hartkamp, Arthur/Kötz, Hein/Tallon, Denis:** *Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, s. 736.

64 **Erdem, Ercüment:** "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyanalı Satım Sözleşmesi)", *BATİDER*, C. 54, S. 3, 1992, 35-105, s. 71.

65 **Schlechtriem, Peter/Butler, Petra:** *UN Law on International Sales*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009, s. 113; **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.39; **Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schwenzer, Ingeborg:** *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyanalı Satım Sözleşmesi) Şerhi* (ed. Schwenzer,

## 2. Alman Hukukunda 2002 Reformu Sonrasında İfa Engelleri

2002 tarihinde yürürlüğe giren, 'Borçlar Hukukunun Modernize Edilmesi Hakkında Kanun'un,<sup>66</sup> büyük ölçüde CISG'nin etkisi altında kaldığı söylenebilir. Bu etki özellikle genel bir 'yüküm ihlali' (*Pflichtverletzung*) kavramının kabul edilmesinde gözlenmektedir.<sup>67</sup> 'Yüküm ihlali' ifadesi, borçlunun borç ilişkisindeki yüküm planından ayrılmasını anlatan yeknesak bir sözleşmeye aykırılık kavramı öngörmüştür. Hiç ifa etmeme, geç veya kötü ifa etme hallerinin hepsi tek bir şemsiye kavram altında toplanmış, eski kanunda geri planda duran sözleşmenin müspet ihlali hali, yeni BGB'de esas ifa etmeme durumu olarak merkeze alınmıştır.<sup>68</sup> Artık 'yüküm ihlali', sözleşmenin müspet ihlalini de kapsayan temel kavram olarak kanuna yerleştirilmiştir.<sup>69</sup> Böylece 2002'den bu yana sözleşmenin müspet ihlali, yeni 'yüküm ihlali' kavramı ile anlatılmakta, bir genel hüküm olan § 280 I BGB'ye göre borç ilişkisine aykırılıktan doğan zararların tazmini istenebilmektedir. Bu ihlal, edimin ifasını ilgilendiren bir yükümlü ilgili –sözgelimi kötü ifa hali – olabileceği gibi ifayı ilgilendirmeyen koruma ve özen yükümlülüklerinin ihlali şeklinde de ortaya çıkabilir.<sup>70</sup> Bu anlamda ihlal edilen yükümler ise § 280 vd. BGB hükümlerine göre § 241 BGB I ve II'dekilerdir. Bir başka deyişle, asıl veya yan yükümlülüklerin mi ya da ifa yükümlülüğü veya koruma yükümlülüklerinin mi ihlal edildiği araştırılmaksızın hepsi 'yüküm ihlali' çerçevesinde değerlendirilir.<sup>71</sup>

*Ingeborg/ Çağlayan Aksoy, Pmar*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, Md. 35 P. 4.

66 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I Seite 3138). 2002'de yürürlüğe giren Reformun temellerinin 1978 yılında, dönemin adalet bakanı tarafından sunulan öneriye dayandığı söylenebilir. Önerinin ardından yine bakanlığın isteğiyle, 1981 ve 1983'te üç büyük cilt halinde akademisyenlerin reforma yönelik önerileri yayımlanmıştır. Bu öneriler dikkate alınarak seçilen reform alanlarına ilişkin bir taslak hazırlamakla görevlendirilen komisyon, son raporunu 1992 yılında tamamlamıştır. Raporun, borcun ifa edilmemesine ilişkin kısmının büyük ölçüde CISG ile aynı doğrultuda olduğu söylenmelidir. 1994 yılına gelinceye değin Alman Hukukçular Birliği toplantılarında (*Deutscher Juristentag*) bu rapor tartışılmış, 1994'ten sonra ise, bakanlığın reformu rafa kaldırdığına dair bir izlenim oluşmuş ve taslağa ilişkin ilk yıllardaki heyecan kaybolmuştur. 2000 yılında 'Tartışma Taslağı'nın (*Diskussionsentwurf*) aniden yayımlanması ile reform yeniden gündeme gelmiştir. Bkz: **Zimmermann, Reinhard**: *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 30-33. Tartışma Taslağı'ndaki borcun ifa edilmemesi hallerinin, imkânsızlık ve temerrüt kavramlarını dogmatik olarak ortadan kaldırıp genel bir 'yüküm ihlali' kavramına dayandırılması şiddetle eleştirilmiş, hükümeti yeni bir komisyon hazırlamaya itmiştir. Birkaç ay gibi kısa bir sürede komisyon, yeni bir taslak hazırlamıştır. Bunun, öncekinden ayrılan tarafı ise, yine genel bir yüküm ihlali kavramını içermesinin yanında, eski hukuktaki imkânsızlık, temerrüt ve sözleşmenin müspet ihlali hallerini de dogmatik olarak barındırması olmuştur. Çok az değişiklikle hükümetin tasarısı olarak kabul edilen bu taslak nihayet parlamentoya sunulurak 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz: **Emmerich**, s. 10, 11.

67 **Zimmermann**, German, s. 40, 41.

68 **Serozan** Alman, s. 233, 234.

69 **Vogg, Dominic-Alexander Peter**: *Die Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG, der Principles und des DCFR im Vergleich*, Hamburg 2011, s. 11.

70 **Emmerich**, s. 15

71 **Fikentscher/Heinemann**, s. 183, 185, 188, 255. 'Yüküm ihlali' adıyla merkezi bir kavram seçiminin, uluslararası gelişmeleri de onayladığı söylemek mümkündür. PECL md. 9:501'de ve PICC md. 7.1.1'de de benzer şekilde merkezi bir ihlal kavramı bu defa 'ifa etmeme' (*non-performance*) adıyla uygulanmıştır. Reformun, niçin kavram isimlendirmesinde bu gelişmeleri birebir takip etmediği konusunda öne sürülen nedenlerden biri, kavramın kapsamıyla ilgilidir. 'Yüküm ihlali' kavramı ifa menfaati dışında, bütünlük menfaatini de (*Integritätsinteresse*) koruma altına almakta, diğer davranış yükümlerini de kapsamaktadır. **Palandt/Heinrichs, Helmut**: *Bürgerliches Gesetzbuch 67. Auflage*, C.H. Beck, München 2008, § 280 N. 3.



Kötü ifa, § 281 BGB’deki ifadeyle, ‘gereği gibi ifa edilmeme’ halinde ve temerrüt veya imkânsızlık hallerinin de söz konusu olmadığı durumlarda ortaya çıkar. Gereği gibi ifa etmeme konusu ve buna karşı hukuki çareler, tekeffül (*Gewährleistungsrecht*) başlığı altında, BGB’de satım hukukuna ilişkin kısımda özel olarak ele alınmaktadır. 2002 yılındaki reformda da bu konudaki özel hükümler muhafaza edilmiş, ancak genel hükümlerle aralarındaki farklar giderilmeye çalışılmıştır. Satım sözleşmesine ilişkin § 437 BGB ile genel hükümlerdeki pek çok maddeye atıf bulunulduğundan, satımdaki tekeffül ile ‘yüküm ihlali’ birbiriyle bağlantılı hale gelmiştir. Tekeffül hükümlerinin bulunduğu satım sözleşmesinde bu özel hükümler § 280 vd. BGB’deki genel ‘yüküm ihlali’ne göre özel hüküm olarak önceliklidir.<sup>72</sup>

Özel hükümlerde satım sözleşmesine ilişkin tekeffül düzenlemelerinden § 434 I BGB’de tarafların üzerinde anlaşıldığı yapıda olan eşyanın ayıpsız olduğu düzenlenmiştir. Tarafların bu belirlemeyi açıkça veya örtülü biçimde yapması mümkündür. Böylece kanunda ayıp kavramı bakımından subjektif bir yaklaşım benimsediği görülür. Gerçekte eşyanın bulunduğu hal, olması gerekenden, bir başka deyişle tarafların üzerinde anlaşıldığı halden farklı ise eşyanın ayıplı olduğu kabul edilmektedir. Ayıp, eşyanın belirlenen niteliklerden sapması halinde söz konusu olabileceği gibi, niteliksel açıdan herhangi bir ayıp olarak görülemeyecek ancak bireysel olarak belirlenmiş bir özellikten sapma durumunda da söz konusu olabilir. Söz gelimi üzerinde anlaşılan ressamın değil, başka bir ressamın yaptığı tablonun teslimi, bireysel olarak belirlenen özelliklerden sapmaya örnek verilebilir. Benzer şekilde, teslim edilen malın, üzerinden anlaşılandan farklı bir cinsten olması da bir ayıp teşkil eder. Malın yapısal olarak üzerinde anlaşılan niteliklerden sapması, fiziksel bakımdan, sözcümlü büyüklük, ağırlık, renk vb. açılarından söz konusu olabilir. Öte yandan malın fiziksel yapısından kaynaklanmak şartıyla ekonomik veya hukuki bir ayıp da söz konusu olabilir.<sup>73</sup>

Öte yandan tarafların kararlaştırdığı yapıya uygun bir eşyanın, tarafların sözleşmede öngördükleri kullanım şekline de uygun olması beklenmektedir. Üçüncü olarak eşyanın mutata kullanım biçimine de uygun bir biçimde ifa edilmesi şartı aranır. Söz gelimi satın alınan bir televizyonun, taraflarca kararlaştırılmasa bile çalışıyor olması beklenir. Burada beraber değerlendirilmesi gereken iki şart bulunmaktadır. Hem eşya mutata kullanım biçimine uygun olmalı, hem de alışıldık ve beklenene uygun yapıda bulunmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken, aynı çeşit eşyalar için alışıldık yapı baz alınır. § 434 I 3 BGB’ye göre eşyanın alışıldık yapısı belirlenirken, eşyanın reklam veya tanıtımındaki ifadeler de dikkate alınır.<sup>74</sup>

§ 434 I BGB’deki bu genel maddi ayıp düzenlemesinin ardından ikinci fıkrada bu defa özel bir maddi ayıp hali düzenlenmiştir. Satıcı veya satıcının ifa yardımcısının uygun olmayan biçimde montaj yapması veya montaj kılavuzunun hatalı olması nedeniyle montajın doğru yapılmamasına sebebiyet verilmesi hali bir maddi ayıp olarak düzenlenmiştir. Literatürde ‘IKEA klozu’ olarak adlandırılan, montaj kılavuzunun hatalı olması haline aynı zamanda montaj kılavuzunun başka bir eşyaya ilişkin

72 Fikentscher/Heinemann, s. 254.

73 Fikentscher/Heinemann, s. 408-410.

74 Fikentscher/Heinemann, s. 410-412.



olması veya hiç kılavuz bulunmaması halleri de dâhildir.<sup>75</sup> § 434 III BGB ise az miktarda ifa edilme halini ve *aliud* ifa halini de ayıp kapsamında ele almaktadır.<sup>76</sup>

Bu düzenlemelerle beraber artık Alman ifa engelleri hukukunda; eksik ifa, kötü ifa, hiç ifa etmeme kavramlarının bir araya geldiği söylenebilir. Öte yandan 'yüküm ihlali' tüm yükümlülüklerin ihlalini kapsadığından, asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinin hepsinin ihlalinin yine aynı temel kavrama tâbi tutulduğu tespit edilebilir. Ayrıca önceden bu tablodan bağımsız görünen satım hukukuna ilişkin özel hükümler de genel hükümlere adapte edilmiştir.<sup>77</sup>

### C. Ara Değerlendirme

Roma hukukundan miras kalan kurumları işleten İsviçre/Türk ve 2002 Reformu öncesi Alman hukukunda gereği gibi ifa etmeme kavramının, kanunlarda kendisine açık bir biçimde yer edinemediği, bunun yerine zaman zaman sözleşmenin müspet ihlali kavramı adı altında içtihat ve öğreti tarafından hukuka adapte edildiği görülmektedir. Yine Roma hukukundan edinilen mirasa bağlanabilecek bir diğer özellik, borçlar hukukunun genel hükümleri ile satım hukukuna ilişkin özel hükümler arasındaki ciddi ikiliktir. Bu çerçevede *aliud* ifa ve eksik ifa özellikle çeşit borcu teşkil eden bir edimin sözleşmenin konusunu oluşturduğu hallerde genel hükümlere göre idare edilirken, bunun dışındaki gereği gibi ifa etmeme biçimleri ise ayıp bağlamında, genel hükümlerden farklılaşan özel hükümlere göre incelenmektedir. Böylece çeşit borcu söz konusu olduğunda, gereği gibi ifa etmeme biçiminde ele alınabilecek çeşitli aykırılıkların birbirinden ayrışan hükümlere tâbi kılındığı görülmektedir. Özellikle çeşit borçları söz konusu olduğunda kendisini gösteren bu ikiliğin kaynağı, parça borçları üzerine kurulan ve satım hukukunda alıcıya haklar sağlama bakımından kendisine özgü bir gelişim çizgisi izleyen Roma hukukunda aranabilir.

CISG ise, Roma hukukunda miras kalan bu gelişim çizgisinden ayrılarak ifa etmeme konusunda yeknesak bir sözleşmeye aykırılık olgusunu benimsemiş görünmektedir. Gereği gibi ifa etmeme hali de bu sistematığın altında, Roma hukukundan etkilenen hukuk düzenlerinde olduğunun aksine kıyıda kalmış değildir. Burada gereği gibi ifa etmeme açıkça merkezde yer almaktadır. Üstelik yine Roma hukukundan etkilenen hukuk düzenlerinde olduğunun aksine gereği gibi ifa etmeme halleri, türüne göre farklı hükümlere tâbi tutulmak yerine yeknesak biçimde ele alınmaktadır. Bu bağlamda, *aliud* ifa ve eksik ifa da açıkça uygun olmama kavramına altlanmaktadır.

Nitekim 2002 yılında büyük bir reform geçiren BGB'de, Roma hukukundan kalan ikilik büyük ölçüde giderilmeye çalışılmış, kapsayıcı ve merkezde yer alan bir gereği gibi ifa etmeme olgusunun geliştirilmesine gayret edilmiştir. Bu reformun motivasyonu, kısmen CISG'de aranabilir. Reformla birlikte eksik ifa ve *aliud* ifa, diğer gereği gibi ifa etmeme halleri ile aynı kadere tâbi kılınmış, özel hükümler ile genel hükümler birbirlerine kenetlenmiştir.

75 Fikentscher/Heinemann, s. 413.

76 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 499-501.

77 Bu konuda ayrıca bkz. Serozan, Rona: "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)" *İÜHFİM 2000, Cilt LVIII*, 231-248, s. 233, 234.

## II. Viyana Satım Antlaşması'nda ve Alman, İsviçre/Türk Hukuklarında Eksik İfa

### A. Eksik İfa Kavramı

#### I. Viyana Satım Antlaşması'nda Eksik İfa Kavramı

Miktar bakımından sapmalar da, geleneksel hukuk sistemlerinin aksine CISG'de, kısmi ifa değil gereği gibi ifa etmeme olarak değerlendirilir.<sup>78</sup> Ne var ki Antlaşma'da md. 51'in varlığı, eksik ifa konusunun ele alınması bakımından başka bir kapı aralamaktadır. 51. madde ilgili hukuki çareleri, eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısımla sınırlandırmaktadır.<sup>79</sup>

CISG'nin 51. maddesi, teslimin eksik yapılması durumunda uygulanır. Hemen belirtilmesi gerekir ki, eksik miktarda teslim, sözleşmede tam olarak öngörülen miktardan daha az miktarda mal teslimi halinde söz konusu olabileceği gibi; sözleşmedeki yaklaşık olarak veya belirli bir aralık dâhilinde yapılan belirlemeye göre eksik olan teslim de eksik ifa sayılabilir. Belirli bir miktar aralığı, sözelimi 80 ila 90 kg arasında malın teslimin öngörüldüğü durumda satıcı bu aralık içinde bir miktarda mal teslim ettiğinde eksik ifade bulunmuş olmaz. 'Yaklaşık' bir değer belirlendiği durumda, sözelimi yaklaşık 100 ton kömürün teslim edilmesinin kararlaştırıldığı durumda ise ticari teamüllere ve taraflar arasındaki alışkanlıklara göre 100 tondan sapmanın ne dereceye kadar kabul edilebilir olduğu CISG md. 9 bağlamında gözetilir.<sup>80</sup>

CISG md. 51'de sözü edilen mallar bölünebilen mallardır.<sup>81</sup> Burada bölünebilmeden kasıt, makul bir çaba ile sözleşmeye uygun ve uygun olmayan kısımların birbirinden ayrılabilmesidir.<sup>82</sup> Malların fiziksel ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız olması<sup>83</sup> ve birden fazla müşteriye tesliminin

78 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.63; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, Md. 35 P. 8; **Özdemir, Hayrunnisa**: *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 104, 105. Bu konuda ayrıca bkz. yuk. I. B. 1. Viyana Satım Antlaşması'nda Genel Hatlarıyla İfa Engelleri.

79 **Huber, Peter/Mullis, Alastair**: *The CISG A New Textbook For Students And Practitioners*, Sellier. European Law Publishers 2007, s. 198, 199.

80 **Honsell, Heinrich/Schnyder, Anton K/Straub, Ralf Michael**: *Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, Art. 51 N. 17, 18; **Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Müller-Chen, Marcus**: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (ed. Schwenzer, Ingeborg/ Çığlayan Aksoy, Pınar), XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, Md. 51 P. 5.

81 **Huber/Mullis**, s. 293.

82 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 8. Fransa'da Paris İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelen olayda, Portekizli satıcı ile Fransız alıcı arasında 15.000 adet düdüklü tencerenin satımına ilişkin bir sözleşme söz konusudur. Tencerelerden bir kısmının tasarımı nedeniyle tehlike arz etmesi nedeniyle alıcı bunları tekrar piyasaya süremeyecektir. Alıcının, tehlikeli olan tencerelerin ayır edilmesinin güç olduğunu öne sürdüğü davada mahkeme, CISG md. 51'i devreye sokmamış, dolayısıyla bölünebilen malların varlığına hükmetmemiştir. Bkz.: *Cour d'appel de Paris*, 04.06.2004 – 2002/18702 CISG-Online No: 872 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040604f1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

83 Magnus, fiziksel ve ekonomik olarak bağımsız bir parça teşkil etme şartını ararken (bkz. **Staudinger, Julius von/Magnus, Ulrich**: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und. Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht CISG, Neubearbeitung*, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, Art 51 CISG N. 4), Brunner yalnızca ekonomik açıdan bir birim oluşturmaktan bahsetmektedir (bkz. **Brunner, Christoph**: *Stämpflis Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, Stämpfli Verlag AG Bern 2004, Art 51 N. 3).*

kendiliğinden mümkün olması md. 51'in devreye girmesi için şarttır.<sup>84</sup> Sözgelimi yüzlerce çift ayakkabının konusunu oluşturduğu bir satım sözleşmesinde bunların bölünebildiği kabul edilebilir.<sup>85</sup> Öte yandan, bölünebilen mallardan oluşan bu bütünün aynı cins eşyalardan oluşması şart değildir.<sup>86</sup> Bir ses stüdyosu için gereken malların bölünebildiği kabul edilebilir.<sup>87</sup> Diğer yandan bu bağımsız mallar, fonksiyonel olarak birbirlerine ait olmamalı ve genel standartlara göre bir bütün de teşkil etmemelidir.<sup>88</sup> Birden çok bileşenden oluşan bir malın –sözgelimi bir otomobilin – bazı bileşenlerinin eksik olması hali, md. 51 kapsamında kabul edilmez.<sup>89</sup> Keza birden çok bağımsız parça bir bütün oluşturuyor ve tek bir mal olarak ele alınmaları gerekiyorsa, sözgelimi çeşitli renk ve bedende parçalardan oluşan bir tekstil modeli koleksiyonunun kısmen ifası söz konusu ise md. 51 devreye girmez.<sup>90</sup> Ancak benzer şekilde bir malı oluşturan parçalardan biri bağımsız bir öge oluşturuyorsa, bunun bölünebildiği kabul edilebilir.<sup>91</sup>

Salt miktar veya ağırlık sapması bölünebilirliğe işaret etmez. Burada, malın niteliği gereği veya paketlenme ile ayrılabilme, böylece farklı alıcılara teslim edilebilme olanağının araştırılması gerektiği savunulmaktadır. Bir gemiye yüklenmiş yağ veya bir gemiye yüklenmiş ve ayrı çuvallara konulmamış tahıl yükünün ayrılabilir olduğu söylenemez.<sup>92</sup> Keza sözleşmenin kurulduğu anda fiziksel olarak ayrılmış bulunan bir yükün, sözgelimi bir gemiye yüklenmiş bulunan 30 ton kömürün sözleşmeye uygun olmayan kısmının, sözleşmesel belirlemeler veya somut olayın şartları nedeniyle satıcı tarafından ayıklanamadığı veya eksik kalan kısmının tamamlanamadığı durumda md. 51'in devreye girmesi mümkün değildir.<sup>93</sup>

Konusunu, her bir ögesinin niteliklerinin öngörüldüğü eşya topluluğunun oluşturduğu bir sözleşmede, eşyalardan yalnızca bir kısmının sözleşmeye uygun olmaması veya hiç teslim edilmemesi halinde md. 51 anlamında eksik ifadan bahsedilebilir. Örneğin her biri 1 kg ağırlığında 300 adet kavun sipariş edildiğinde, bu kavunlardan bazılarının 1 kg ağırlığında olmaması eksik ifadadır. Zira sözleşmeye uygun kavunlar ile uygun olmayan kavunlar bölünebilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan tek bir parçanın veya birden çok parçadan her birinin miktar veya ağırlık gibi ölçüler

84 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 4.

85 Almanya'daki alıcının, İtalya'daki satıcıdan sipariş ettiği 319 çift ayakkabıdan bazılarının tabanlarının ve dikişlerin gevşek olduğundan hareketle Alman alıcı 154 çift ayakkabı için satım sözleşmesinden döndüğünü beyan etmiştir. Koblenz İstinaf Mahkemesi söz konusu olaydaki ayakkabıların bölünebilir olduğuna ve CISG md. 51'in uygulama alanı bulabileceğine hükmetmiştir. Bkz.: *OLG Koblenz*, 21.11.2007 – 1 U 486/07 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071121g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

86 **Brunner**, Art 51 N. 3.

87 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht , Art. 51 N. 9

88 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 2.

89 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 2; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht , Ar. 51 N. 10.

90 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 4.

91 Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir karara konu olan olayda, satıcı alıcıya bir yazılımı ve bunu içeren ürünü Avusturya genelinde satması için lisans vermiş ve CD-ROM'ları alıcıya göndermiştir. Alıcı, CD-ROM'un tüm programları içermediğini, bazı modüllerin eksik olduğunu fark etmiştir. Mahkeme olayda eksik olan modüllerin, bölünebilen mallar olduğuna hükmetmiştir. Bkz.: *Oberster Gerichtshof*, 21.06.2005 – 5 Ob 45/05m (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

92 **Brunner**, Art 51 N. 3.

93 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 16.

bakımından eksik olması ise CISG md. 51'in kapsamına girmez. Bu hallerde, sözleşmeye uygun ifa edilen kısım ile uygun ifa edilmeyen kısmın birbirinden ayrılması mümkün değildir. Burada basitçe md. 35 kapsamındaki bir uygun olmamadan bahsedilir. Örneğin 45 metre yüksekliğindeki vincin yerine 38 metre yüksekliğindeki vincin teslim edilmesi halinde md. 51 uygulama alanı bulmaz.<sup>94</sup> Keza her biri 500 gram ağırlığındaki 1000 parça etin teslimine ilişkin sözleşme kapsamında satıcının her biri 300 gram ağırlığındaki 1000 parça et teslim etmesi, md. 51 anlamında eksik ifa oluşturmaz.<sup>95</sup>

Sözleşmeye konu olan malların bölünebilir mallar olduğunu ispat etmek, bunu öne sürene düşer. Bu iddiada bulunan genellikle satıcı olduğundan, kural olarak ispat yükü satıcının üzerindedir.<sup>96</sup>

## 2. Alman Hukukunda Eksik İfa Kavramı

2002 Reformu sonrasında Alman hukukunda eksik ifanın satım hukukuna ilişkin hükümlerde bir ayıp olarak nitelendirildiği ve böylece genel hükümlerle özel hükümler ikiliğinin giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. § 434 III BGB az miktarda ifa edilme halini ve *aliud* ifa halini de ayıp kapsamında ele almaktadır.<sup>97</sup> 'Az miktarda' ifa edilme hali; ağırlık veya parça bakımından az miktarı ifade eder. Alınan çeşitli eşyaların tamamının teslim edilmemesi bu kapsamda incelenmez.<sup>98</sup> Bu hallerde § 434 III değil, ifa etmemeye ilişkin hükümler devreye girer.<sup>99</sup>

Literatürde öne sürülen bir diğer görüş eksik ifanın kapsamını biraz daha genişletmektedir. Bu görüşe göre de taraflar arasında birden fazla satım sözleşmesi varsa ve satıcı bunlardan birinin konusu olan malı teslim etmezse, eksik ifadan değil, bu sözleşme bakımından ifa etmemeden bahsedilir. Ancak farklı satım konusu malların, birbirinden ayrı olmadığı, alıcı tarafından bütün olarak teslim alınması gerektiği durumda eksik ifadan bahsedilebilir. Bu duruma, malların işlevsel olarak birbirine bağlı bulunması sebep olabileceği gibi yalnızca taraf iradeleri de sebep olabilir. Böyle bir halde bu mallardan birinin teslim edilmemesi, ifa etmeme değil eksik ifa, dolayısıyla da ayıp kabul edilir. Örneğin çeşitli yapı malzemelerinin, taş, kum, çimento, kereste vs. konusunu oluşturduğu bir satım sözleşmesi böyledir.<sup>100</sup>

Eksik ifadan bahsedilebilmesi için ifanın parçalara ayrılabilmesi ölçütü de zaman zaman dillendirilmektedir. Bu parçalamanın taraf iradelerine aykırı olmaması önemlidir. BGH, ifanın bölümlerinin, sözleşmenin amacına göre aynı kadere tâbi kılınıp kılınmadığı kriterini gözetmektedir.<sup>101</sup> Bölünemeyen bir eşyanın bir parçasının teslim edilmesi § 434 III kapsamına

94 Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 12, 13, 14.

95 Huber/Mullis, s. 293.

96 Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 54.

97 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 499-501.

98 Palandt, Otto/Weidenkaff, Walter: *Bürgerliches Gesetzbuch 78. Auflage*, C.H. Beck, München 2019, § 434, N. 53.

99 Staudinger, Julius von/Matusche-Beckmann, Annemarie: *Staudinger BGB §§ 433-480 Kaufrecht*, Sellier-de Gruyter 2014, § 434, N. 157.

100 Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner/Büdenbender, Ulrich: *Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1 3. Auflage* §§ 241-610, § 434 N.74.

101 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 428, 429.

girmez.<sup>102</sup> Bir başka deyişle satım konusunun, bu nesne olmaksızın işlevsiz kalacağı parçaların teslim edilmemesi de eksik ifa değil, yalnızca § 434 İ'deki gibi bir ayıptır. Bağciksız bir ayakkabı veya anahtarsız bir araba teslimi buna örnek olabilir. Aynı şey gerekenden daha küçük teslim edilen bir mal için de, sözgelimi olması gerekenden daha kısa bir masa örtüsü, geçerlidir. Fakat pratik sonuçlar bakımından bu durumlar arasında bir fark bulunmamaktadır.<sup>103</sup> Eksik ifa da hukuki sonuçlar bakımından tıpkı diğer ayıplar gibi ele alınmaktadır.<sup>104</sup>

Eksik ifanın, bir ayıp olarak ele alınması sonucu olarak; kısmen ayıplı ifa ile eksik ifa aynı çerçevede incelenmektedir.<sup>105</sup> Kısmi ayıplı ifa halinde ayıbın tüm teslim bakımından mevcut olduğu kabul edilir.<sup>106</sup> Kısmi ayıplı ifa, kural olarak eksik ifa ile aynı sonuçlara tâbidir.<sup>107</sup>

### 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfa Kavramı

Miktar bakımından eksik yerine getirilen ifanın ayıp olarak mı yoksa kısmi ifa olarak mı nitelendirileceği konusu sonuçları bakımından önemlidir. Aşağıda<sup>108</sup> ayrıntılandırılacağı gibi; kısmen ifa halinde genel hükümlere göre kısmi temerrüt hükümleri uygulama alanı bulurken, eksik ifa için ayıp nitelmesi yapıldığında satım hukukuna ilişkin tekeffül sorumluluğu gündeme gelir. Kural olarak İsviçre/Türk hukukunda eksik ifanın gereği gibi ifa etmeme olarak nitelendirildiği, böylece İsviçre/Türk hukukunda nicelik bakımından ayıba ilişkin özel hükümlere değil genel hükümlere tâbi tutulduğu görülmektedir.<sup>109</sup> Satıcı miktar bakımından doğru ifade bulunmaz, sözgelimi daha az ağır veya daha az sayıda mal teslim ederse “gereği gibi ifa etmemiş” demektir. Bu durumda genel hükümler TBK md. 112/md. 97 OR uygulama alanı bulur. Tekeffül hükümleri ise uygulanmaz.<sup>110</sup> Ancak hangi durumda ayıp nitelmesi yapılarak satım hukukuna ilişkin özel hükümlere, hangi durumda eksik ifa bulunduğu kanaat getirilerek genel hükümlere başvurulması gerektiği konusunda bazı tereddütler göze çarpmaktadır. Kısmen ifanın, ayıptan nasıl ayırt edileceği konusunda çeşitli görüşler dile getirilmektedir.

102 Palandt/Weidenkaff, 78. Auflage, § 434 N. 53.

103 Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender: § 434 N.76.

104 Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender: § 434 N.73.

105 Westermann, Harm Peter: *Münchener Kommentar BGB Schuldrecht Besonderer Teil I 8. Auflage §§ 433-534*, C.H. Beck 2019, § 434, N. 48.

106 Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB §§433-480 Kaufrecht, § 434, N. 156.

107 Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman/Faust, Florian: *BGB §§ 1-480 Kommentar 4. Auflage*, C.H. Beck 2019, § 434, N. 119; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB §§433-480 Kaufrecht, §434, N. 156.

108 Bkz. aş. II. B. 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri

109 Honsell, *Obligationenrecht*, s. 81; Bucher, *Besonderer*, s. 90, 91; Eren, Özel, s. 103; Aral/Ayrancı, s. 120; Serozan, Rona: *Borçlar Özel*, s. 139; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (13. Baskı)*, Beta İstanbul 2014, s. 72; Yavuz, Cevdet: *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 1989, s. 53; Tunçomağ, Kenan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II (3. Baskı)*, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 120.

110 Giger, Hans: *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch – Die Schenkung 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf Artikel 184-2015 OR (Zweite, unveränderte Auflage)*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1980, Art. 197-210 N. 51.

Kimi görüşler burada parça borcu – çeşit borcu ayrımını işletmekten yana görünmektedir. Çeşit borcunun eksik ifası, satım sözleşmesindeki özel hükümlerde düzenlenen ayıp bağlamında değil, ifa etmeme olarak ele alınır. Bu nedenle burada TBK md. 219 vd./ md. 197 OR vd. değil, genel hükümlerdeki TBK md. 112/md. 97 OR vd. uygulama alanı bulur.<sup>111</sup> Kısmen ifaya ilişkin TBK md. 84/md. 69 OR'e başvurularak borçlunun temerrüdüne gidilmelidir.<sup>112</sup> Parça borcunda ise miktar, genellikle vaat edilen bir nitelik sayılır.<sup>113</sup> Buna göre İsviçre/Türk hukukunda parça borçları için eksik ifa, bir ayıp olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle de satım sözleşmesinde alıcının ayıp halinde başvurabileceği çareler eksik ifa edilen parça borcu halinde devreye girebilmektedir.<sup>114</sup> Sözgelimi soğutucu dolabin uzunluğu veya toptan satılan bir kamyon dolusu mal böyledir. Nicelik sapması aynı zamanda bir nitelik sapması özelliği ortaya çıkarıyorsa tekeffül hükümleri uygulanacaktır.<sup>115</sup>

Bu yönde misli eşya-misli olmayan eşya ayrımını işletmekten yana görüşler de dillendirilmektedir. Satım konusunun ağırlığı, büyüklüğü, sayısı, genişliği veya hacmi konusunda doğru olmayan bilgiler eğer satım konusunun nitelikleri olarak kabul edilebilirlerse ayıp sayılırlar. Satım konusunun niteliklerine ilişkin olmayan miktar vaatleri ise kısmen ifa etmeme olarak ele alınır. Asıl nicelik ayıpları (*eigentlichen Quantitätsmängeln*); sayı, büyüklük veya ağırlık bazında satın alınan misli malların gerekli miktarda ifa edilmediği durumda söz konusudur. Bu durumda yalnızca genel hükümler uygulama alanı bulur.<sup>116</sup> Böylece bölünebilir, bununla bağlantılı olarak misli eşyalar eksik teslim edilirse, alıcı genel hükümlere göre kısmen ifayı kabul ederek eksik kısmın teslimini talep edebilir.<sup>117</sup>

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1961 tarihli kararında ayıba karşı tekeffüle tâbi tutulması gereken miktar sapmaları ile ifa etmemeye ilişkin genel hükümlere tâbi tutulması gereken miktar sapmaları arasındaki ayırım şöyle yapılmaktadır:

“...Kararlaştırılan miktardan daha az miktarda teslimde bulunulması halinde, ayıplı mal tesliminden değil, kısmen ifa etmemeden bahsedilir. Bu durumda alıcı eksik kısmın ifasını talep edebilir. (BGE 62 II 162; vgl. BGE 81 II 140)

Bu, literatürde “asıl nicelik ayıbı” olarak anılan, bir başka deyişle misli eşyaların, büyüklük, ağırlık veya sayı olarak satın alındığı ve vaatte bulunulan miktarda teslim edilmediği hallerde de geçerlidir (BECKER Art. 197 N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER Art. 197 N. 13). Burada alıcının tekeffül hükümlerine göre korumaya ihtiyacı yoktur. Alıcı eksik miktarı talep edebilir veya satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilir (Art. 107 ff., 190 f. OR). Büyüklük, ağırlık veya sayıya ilişkin belirlemeler satın alınan miktar için kullanılmadığında, bunun yerine misli olmayan bir eşyanın, bireysel bir cins eşyanın (*einer einzelnen Gattungssache*) veya tamamen belirlenmiş bir kalem

111 **Bucher**, Besonderer, s. 90, 91, 117; **Honsell**, Obligationenrecht, s. 81; **Aral/Ayrancı**, s. 119, 120.; **Eren**, Özel, s. 104.

112 **Huguenin**, N. 2611.

113 **Huguenin**, N. 2611.

114 **Bucher**, Besonderer, s. 90, 91, 117; **Honsell**, Obligationenrecht, s. 81; **Aral/Ayrancı**, s. 119, 120.; **Eren**, Özel, s. 104.

115 **Huguenin**, N. 2611

116 **Schönle, Herbert/Higi, Peter**: *Obligationenrecht Teilband V 2a Kauf und Schenkung Zweite Lieferung Art. 192-204 OR*, Schulthess Juristische Medien AG Zürich 2005, Art 197, N. 99, 100; **Giger**, Art. 197-210 N. 52.

117 **Giger**, Art. 197-210 N. 51.

cins eşyaların (*eines ganz bestimmten Postens von Gattungssachen*) niteliklerini gösteriyorsa; örneğin satıcı alıcıya belirli bir soğutma tezgâhının uzunluğunu yanlış bildirdi ise (BGE 57 II 290), toptan satılan belirli bir kamyon dolusu malın büyüklüğünü veya sayısını olduğundan fazla bildirdiyse durum farklıdır. Bu durumlarda “asıl nicelik ayıbı” söz konusu değildir. Bunun yerine Md. 197 OR anlamında satıma konu olan, bildirilen vasıflardan yoksun olma hali söz konusudur.”<sup>118</sup>

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bu örnekler çeşitlendirilebilir. Bir binanın inşaat hacminin azlığı, kat mülkiyetinde brüt alanın eksik olması, olması gerekenden uzun veya kısa kumaşlar, paketlenmiş malların gerektiğinden hafif olması, soğutma tezgâhının uzunluğu konusunda yanlış bilgi verilmesi,<sup>119</sup> bir karışımda eklenen yabancı tahılların tolerans sınırını aşması, tahta kalasların boyutlarının gereken ölçüde olmaması, bir bütünün içine fazla miktarda ekleme yapılmış olması ve bunun ancak zorlukla ayrılabilir olması, bidonlarda satılan yağın miktarının gereken miktarda olmaması,<sup>120</sup> satılan kumaşın her bir santimetrekaresinde bulunması gereken sayıda örgü bulunmaması<sup>121</sup> veya halının santimetrekaresinde belirli sayıda ilmek bulunmaması,<sup>122</sup> bir havlunun gereğinden daha uzun ya da kısa olması,<sup>123</sup> bir aletin çapının belirlenenden eksik olması,<sup>124</sup> elbiselik kumaşın sözleşmeyle kararlaştırılandan eksik teslim edilmesi<sup>125</sup> gibi hallerde eksik ifanın malın niteliklerine ilişkin olduğu böylece malda ayıba sebep olduğundan bahsedilmektedir. Böylece niceliğin niteliği etkilediği, malın kullanımını etkileyen ağırlık, büyüklük gibi niceliksel özelliklerin eksik veya fazla olduğu gibi hallerde salt eksik ifa yerine ayıptan söz edilecektir.<sup>126</sup> Bir başka deyişle büyüklük sözleşmenin içeriğini oluşturduğu zaman ve alıcının kullanım amacı için önemli bir anlam taşıdığına ayıp söz konusudur. Bu hallerde eksiklik niteliğe ilişkin hale gelir.<sup>127</sup>

Nitekim Mülga BK'da olmamasına rağmen öğretilde kabul edilen bu durum, yeni TBK'da ‘niteliği etkileyen nicelik’ ismiyle kendisine kanuni bir dayanak da bulmuştur.<sup>128</sup> Öğretilde nicelik eksikliği sözleşme konusunun değerini azaltıyor ya da alıcının faydalanması bakımından nihai bir önem taşıyorsa<sup>129</sup> veya malın niteliğini belirleyip alıcının kullanma amacı bakımından önem arz ediyorsa<sup>130</sup> ya da alışveriş hayatındaki görüşler nedeniyle<sup>131</sup> TBK'daki ‘niteliği etkileyen nicelik’ten bahsedilebileceği, bu durumlarda bir ayıbın söz konusu olduğu<sup>132</sup> ifade edilmektedir.

118 BGE 87 II 244.

119 Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang/ Honsell, Heinrich: *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015, Art. 197 N. 9.

120 Giger, Art. 197-210 N. 52.

121 Yavuz/Acar/Özen, s. 72.

122 Aydoğdu/Kahveci, s. 142.

123 Honsell, Obligationenrecht, s. 81.

124 Aral/Ayrancı, s. 120.

125 Serozan, Borçlar Özel, s. 103, 104.

126 Tandoğan, Özel, s. 171.

127 Honsell/Vogt/Wiegand/ Honsell, Art. 197 N. 9.

128 Aydoğdu/Kahveci, 142.

129 Gümüş, Borçlar, s. 84.

130 Özdemir, s. 139.

131 Yavuz/Acar/Özen, s. 72.

132 Eren, Özel, s. 103.



Kimisi çeşit-parça borcu ayrımı, kimisi de misli-misli olmayan eşya ayrımına yoğunlaşan yukarıda özetlenen görüşlerde; bir eksik ifanın ayıp ile ilgili hükümlere tâbi tutulabilmesi için gerekli koşul, miktarın malın niteliğini teşkil etmesidir. Nicelik bakımından eksikliğin satım konusu malın niteliğini oluşturduğu durumda, bu eksiğin bir nitelik eksikliğine evrildiğinden söz edilmektedir.

Eğer yukarıdaki gibi niteliği oluşturan nicelik eksikliği değil, salt eksik ifa söz konusu ise genel hükümlere başvurmak gerekecektir. Miktar bakımından borçlanılan ifadan geride kalma durumunda devreye giren<sup>133</sup> kısmen ifaya<sup>134</sup> ilişkin TBK md. 84'ün gündeme gelebilmesi için bölünebilir olma koşulu aranmaktadır. Borcun kısmen ifa edilmemiş olması halinde, eğer bölünebilen bir edimden bahsedilebiliyorsa veya birden fazla edim içeren bir sözleşmede bazı edimlerin yerine getirilmemesi söz konusu ise kısmi temerrüt nitelendirilmesi yapılır. Böylece ifa edilmeyen kısım için temerrüt hükümleri uygulanır.<sup>135</sup> Daha açık bir ifadeyle bu ifanın kısmen ifa olarak nitelendirilip genel hükümlere tâbi tutulması edimin niteliği itibarıyla bölünebilir bir edim olup olmamasına bağlıdır. Niteliğinde ve değerinde bir değişiklik olmaksızın parçalanabilen edimin bölünmeye elverişli olduğu varsayılmaktadır.<sup>136</sup> Öğretide teknik anlamda bölünebilir olmanın, bir başka deyişle niteliğinde veya değerinde bir değişiklik olmaksızın parçalara ayrılabilme ölçütünün yanında; sözleşmenin amacı, tarafların menfaatleri,<sup>137</sup> işlem hayatındaki görüşlerin de kısmen ifanın mümkün olup olmayacağı konusunda belirleyici olduğu da öne sürülmektedir.<sup>138</sup> Benzer biçimde kısmi ifadan bahsedilebilmesi için ifa edilen kısmın objektif olarak ekonomik bir değer taşıması gerektiği ve ayrıca alacaklının ifadan menfaatini belirli ölçüde karşılaması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>139</sup> Kısmen ifa ile ilgili yukarıda sıralanan ölçütlerden hangisi benimsenirse benimsensin, bölünebilir olmanın odaktaki ölçüt olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

## **B. Eksik İfanın Hükümleri**

### **1. Viyana Satım Antlaşması'nda Eksik İfanın Hükümleri**

#### **a. Genel Olarak**

CISG md. 51'in uygulama alanı bulduğu bir durumda alıcının ifayı reddetmesi mümkün değildir. Alıcı md. 51(2)'deki istisna hükmü –tüm sözleşme bakımından esaslı ihlal hali – saklı kalmak şartıyla

133 **Wullschleger, Paola:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen 3. Auflage Art 1-183 OR*, Art. 69, N3; **Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang/ Leu, Urs:** *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015, Art. 69, N. 2

134 Her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nda 'kısmi ödeme'den bahsedilse de burada yalnızca para borçları değil her türlü ifanın kapsama alındığı kabul edilmektedir. **Wullschleger**, Art. 69, N3. Mülga BK'daki "kısmen tediye" ifadesine rağmen öğretilerde bunun her türlü edime ilişkin olarak uygulanabileceği kabul edilmekteydi. **Gümüş, Alper:** "Kısmi İfa", *Prof.Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003, 603-631, s. 604. Nitekim mülga BK'nın aksine TBK'da kısmi tediye değil 'kısmen ifadan bahsedilmektedir. (TBK md. 84).

135 **Oğuzman/Öz**, s. 424, 565-567.

136 **Oğuzman/Öz**, s. 293, 294.

137 **Honsell/Vogt/Wiegand/Leu**, Art. 69, N. 2

138 **Gümüş**, Kısmi İfa, s. 607.

139 **Demirbaş, Feride:** *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 135, 137.

sözleşmeye uygun olarak teslim edilen kısmı teslim almak ve bedelini ödemekle yükümlüdür.<sup>140</sup> Böylece md. 51, sözleşmenin *de facto* biçimde ikiye – sözleşmeye uygun ve uygun olmayan kısımlar olmak üzere iki kısma – ayrılmasına yol açmaktadır. Sözleşmenin konusunu oluşturan mallar bakımından yapılan bu ayırım, CISG'nin temel politikalarından biri olan sözleşmeyi ayakta tutma amacının yansımaları sayılabilir.<sup>141</sup>

### **b. Eksik İfanın Nitelendirilmesi ve Eksik İfaya İlişkin Hukuki Çarelere Başvurma Şartları**

Alıcının başvurabileceği hukuki çarelere ve bu çarelerin şartlarına gelince, CISG md. 51(1)'de düzenlenen iki hal bakımından bir ayırım yapılması ve bu haller bakımından birer vasıflandırma yapılması zorunluluğu doğmaktadır. Burada malların kısmen teslim edilmesi, bir başka deyişle kısmen ifa hâli ile malların kısmen sözleşmeye uygun olmayan biçimde teslim edilmesi, bir başka deyişle kısmen sözleşmeye uygun olmayan ifa hâli, birbirinden farklı sonuçlara yol açabilir. Kısmen ayıplı ifanın, md. 35 anlamında bir uygun olmayan ifa olduğu konusunda kuşku yoktur. Ancak kısmen ifanın, sözleşmeye uygun olmayan ifa mı –Türk hukukundaki terminoloji kullanılırsa bir ayıp mı – yoksa hiç ifa etmeme hali mi teşkil ettiği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu ayrılıklar başvurulabilecek hukuki çareler ve bu çarelere başvurma koşulları bakımından tereddüt yaratabilir.<sup>142</sup> Sözgelimi eğer sözleşmeye uygun olmayan bir teslimden bahsedilirse, bu durumda alıcının başvuracağı hukuki çareler için, hiç ifa etmemeden farklı olarak öncelikle md. 38 ve 39'daki muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Buna karşılık sözleşmeye uygun olmayan ifa değil de hiç ifa etmeme biçiminde bir vasıflandırma yapılırsa, ayıplı ifa bakımından tanınmayan bir hukuki çarenin –md. 49(1)(b)'ye göre satıcıya müddet tanıyıp müddetin sonunda sözleşmeden dönme hakkının – tanınması gündeme gelebilir.

Bir görüşe göre kısmen ifa, sözleşmeye uygun olmayan ifa değil, hiç ifa etmeme hali olarak ele alınmalıdır. Böylece burada ifa edilmeyen kısım açısından, hiç ifa etmemeye ilişkin hukuki çareler uygulama alanı bulur. Bu açıdan, hukuki vasıflandırmanın değiştiğinden, miktar bakımından sözleşmeye uygun olmayan teslim teşkil eden bir ifanın md. 51'de öngörülen hüküm çerçevesinde hiç ifa etmemeye dönüştüğünden bahsedilmektedir. Malların kısmen sözleşmeye aykırı olduğu ikinci halde ise hukuki vasıflandırma değişime uğramaz.<sup>143</sup> Daha açık bir deyişle malların sözleşmeye uygun olmadığı yolundaki vasıflandırma ve bunu izleyen hukuki sonuçlar md. 51'e rağmen geçerli olmaya devam eder.

Bir diğer görüş ise bunun aksine, kısmen ifanın da md. 35 anlamında sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak vasıflandırılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre md. 51, miktar bakımından eksikliğin,

140 Huber/Mullis, s. 294; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Md. 51 P. 4; Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 30.

141 Kee, Christopher: "Remedies for breach of contract where only part of the contract has been performed: Comparison between provisions of the CISG (Articles 51 and 73) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law", *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (ed. Felemegas, John), Cambridge University Press, New York 2007, 415-419, s. 416.

142 Huber/Mullis, s. 294, 295.

143 Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 27, 36, 43.

sözleşmeye uygun olmayan teslim olarak vasıflandırmasını değiştirmemektedir. Bu maddenin fonksiyonu, aslında hiç ifa etmemeye ilişkin olarak düzenlenen md. 49(1)(b) uyarınca alıcıya ek süre tanıyıp sürenin sonunda dönme imkânı sağlamaktır.<sup>144</sup>

Üçüncü bir görüş ise, başvuru hukuki çarelerle, hukuki çarelere başvurma şartları bakımından bir ayırım yapmış görünmektedir. Buna göre, 51. maddede açıkça atf yapılan 46-50. maddeler – bir başka deyişle başvurulacak hukuki çareler – söz konusu olduğunda miktarda eksiklik, hiç ifa etmeme olarak ele alınmalı, hiç ifa etmemeye ilişkin hukuki çareler uygulama alanı bulmalıdır. Buna karşılık konu, hukuki çarelere başvurma koşulları olan 38 ve 39. maddelerin, bir başka deyişle muayene ve ihbar külfetlerinin uygulanmasına geldiğinde ise, miktarda eksiklik bir çeşit sözleşmeye uygun olmayan teslim biçiminde anlaşılabilir, bu külfetlerin de alıcıdan bekleneceği kabul edilmelidir.<sup>145</sup>

Bu tartışmanın teorik tarafı bir kenara bırakıldığında, her üç görüşün de kısmen ifa durumunda – hiç teslim etmeme hali için düzenlenmiş olan – md. 49(1)(b) uyarınca ek süre tanıyarak sözleşmeden dönme hakkını alıcıya sağladıkları görülmektedir. Böylece alıcı, md. 49(1)(a)'ya göre esaslı bir ihlal bulunmadığı durumda da, sözleşmeden dönme hukuki çaresine başvurma imkânına kavuşmaktadır.

Keza kısmen ifa sorununun vasıflandırması ile ilgili olarak hangi görüş benimsenirse benimsensin, CISG md. 38 ve devamında düzenlenen alıcının külfetlerinin de geçerli olmaya devam edeceği kabul edilmektedir. Böylece malların kısmen ifa edilmesi halinde bile, sözleşmeye uygun olmamaya ilişkin olarak alıcının muayene ve ihbar yükümlülükleri devam etmektedir.<sup>146</sup> İhbar külfetinin yerine getirilmediği hallerde alıcı, sözleşmeye uygun ifa etmemeye ilişkin haklarını kullanamayacaktır.<sup>147</sup> Ancak eğer md. 40'taki koşullar oluşmuşsa, bir başka deyişle satıcı eksikliği veya sözleşmeye uygun olmamayı biliyorsa veya bilmemesi mümkün değilse ve bunu alıcıya bildirmemişse alıcı haklarını

144 **Schlechtriem/Butler**, s. 146, 147. Zira sözleşmeye uygunluğu düzenleyen CISG md. 35, miktar bakımından her türlü sapmayı kapsamına almaktadır. Bkz: **Brunner**, Art 51 N. 3.

145 **Huber/Mullis**, s. 293, 294. Müller-Chen de bir taraftan eksik olan kısım için hiç teslim etmeme sayılacağını ve buna ilişkin hukuki çarelerin uygulama alanı bulacağını bildirmekte, bir taraftan da sözleşmeye uygun olmayan bir ifa söz konusu olduğunda md. 38 ve devamındaki muayene ve ihbar külfetlerinin geçerli olacağını savunmaktadır. Böylece açıkça bildirmese de başvurulacak hukuki çareler ve hukuki çarelere başvurma koşulları bakımından bir ayırım yapmış görünmektedir. Bkz.: **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6, 8.

146 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 7. Bu konuda Schnyder/Straub, CISG md. 51'in yaptığı atıfta herhangi bir ayırım yapılmadığına bu nedenle de CISG 38 vd.ndaki külfetlerin ayırım yapılmaksızın geçerli olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz.: **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 28. Buna karşılık Huber/Mullis, Müller-Chen ve Brunner ise kısmi ifanın da bir çeşit sözleşmeye uygun olmayan ifa olduğundan hareket etmekte, bu nedenle md. 38 vd.ndaki maddelerin kısmi ifa halinde de uygulanmaya devam edeceğini belirtmektedir. Bkz: **Huber/Mullis**, s. 294; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 8; **Brunner**, Art 51 N. 5.

147 Almanya'da Tübingen Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda mahkeme kısmen ifa halinde de CISG md. 39 bağlamında ihbar külfetinin varlığını araştırmıştır. Bilgisayar ve elektronik veri işlemcisi eklentilerinin satımına ilişkin sözleşmede satıcı, 7 Şubat 2002'de malları alıcının müşterisine doğrudan teslim etmiştir. Müşteri daha sonra teslim edilen mallar arasında eksikler olduğunu alıcıya bildirmiştir. Alıcı ise tam belirlenememekle beraber 15 Şubat veya 19 Şubat 2002 tarihinde satıcıya bu eksikleri ihbar etmiştir. Tübingen Mahkemesi'ne göre birkaç gün içinde ihbarda bulunması gereken alıcı, CISG md. 39 kapsamındaki külfetini yerine getirmemiştir. Bkz.: *LG Tübingen*, 16.06.2003 – 21 O 11/03, CISG-online No: 784 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030618g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

kullanmaya devam edebilir. Aynı şey satıcının kısmen ifada bulunduğunu açıkladığı hallerde de geçerlidir.<sup>148</sup>

İspat yüküne gelindiğinde, alıcı satıcının eksik ifada bulunduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Bunun dışında ise başvurduğu hukuki çare hangisi ise, o çareye ilişkin ispat kuralları uygulama alanı bulur.<sup>149</sup>

### **c. Alıcının Kullanabileceği Haklar**

CISG md. 51(1)'de eksik ifa halinde madde 46 ile 50 arasındaki düzenlenen hukuki çarelere başvurulabileceği düzenlenmektedir. Ancak bununla beraber alıcının, md. 45(1)(b) uyarınca zararının tazminini talep etme hakkı da devam etmektedir.<sup>150</sup>

Eksik ifa halinde alıcı, aynı zamanda kısmen ifa etmeme hali söz konusu olduğundan md. 46'daki aynen ifa talebini öne sürebilir.<sup>151</sup> Md. 46(2) ve (3)'te düzenlenen malların ikamesinin gönderilmesini veya onarımını isteme imkânları ise söz konusu olmaz.<sup>152</sup> Alıcının md. 46(1) bağlamındaki bu hakkının karşısında, satıcının da md. 48(1)'e göre ifaya ilişkin eksikliği, giderlerini kendisi karşılamak üzere giderebileceği kabul edilmektedir.<sup>153</sup>

Sözleşmeden dönme konusunda ise alıcının hem md. 49(1)(a)'yı hem de 49(1)(b)'yi devreye sokma olanağı bulunmaktadır. Alıcı md. 47'ye göre aynen ifa için satıcıya süre tayin edip bu sürenin sonunda eksikliğin tamamlanmaması halinde sözleşmenin eksik kısmı bakımından md. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönebilir. Öte yandan eksik ifa, esaslı bir ihlal teşkil ediyorsa, alıcının md. 49(1)(a) uyarınca süre tayin etmeden sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı bakımından dönme beyan etmesi de mümkündür.<sup>154</sup> Eksik ifa halinde esaslı bir ihlalden söz etmek, ifa imkânsızlığı, satıcının ifayı reddetmesi veya kesin vadeli sözleşmeler açısından söz konusu olabilir.<sup>155</sup> Örneğin alıcının tam olarak vadede yapılacak ifada özel bir menfaatinin bulunduğu ve satıcının da bunu öngörebildiği bir kesin vadeli işlem halinde eksik ifa, esaslı bir ifa oluşturabilir.<sup>156</sup> Sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı

148 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 29; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 8.

149 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 21; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 53.

150 UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York 2016, Art. 51 N. 5.

151 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 37; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 5.

152 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

153 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 38; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

154 UNCITRAL, Art. 51 N. 4; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 40; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

155 **Schlechtriem/Butler**, s. 146.

156 İtalyan üretici/satıcının, Alman alıcıya ayakkabı satışına ilişkin sözleşmede, satıcının ayakkabıları eksik teslim etmesi sonucunda alıcı, hem sözleşmeden kısmen döndüğünü beyan etmiş hem de zararının tazminini istemiştir. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'nin verdiği kararda, esaslı ihlalden bahsedilebilmesi için alıcının vadede ifa için özel bir menfaatinin bulunması ve satıcının da bunu öngörebiliyor olması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Örneğin sezonluk ürünler için bunun söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Dava konusu olayda bu söz konusu olmadığından mahkemeye göre esaslı bir ihlal de mevcut değildir. *OLG Düsseldorf*, 24.04.1997 – 6 U 87/96 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970424g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

için dönme hakkının kullanılması sonucu, teslim edilmesi gereken toplam mal miktarı ile teslim edilen miktar oranlanarak, bedel bu orana göre indirilir.<sup>157</sup>

Bedelden indirim hakkının, kısmi ifa durumunda mevcut olup olmadığı konusunda öğretide bir görüş ayrılığı dikkati çekmektedir. Md. 50'de sözleşmeye uygun olmayan ifa haline özgü olarak düzenlenen bedelde indirim hakkına, buna rağmen md. 51'in atfı nedeniyle kısmi ifa halinde de başvurulması, çoğunlukta olduğu gözlenen bir görüşe göre mümkündür.<sup>158</sup> Ancak bu, sözleşmeden kısmen dönülmesi ile aynı sonuçlara götürdüğünden bu yolun pratik bir önemi bulunmadığı söylenebilir.<sup>159</sup> Bir diğer görüş ise, ifa etmemeyi ayıplı ifa ile bir tutmanın mümkün olmadığından hareket etmekte, bu nedenle kısmen ifa durumunda bedelden indirim imkânına başvurulmasına izin verilmemesinden yana durmaktadır.<sup>160</sup>

CISG md. 51'de yalnızca 46-50. maddelere atıf yapılmakla beraber alıcının, md. 45(1)(b) uyarınca zararının tazminini talep etme hakkı da kısmi ifada devam etmektedir. Gerekli şartların oluşması halinde alıcı, malların kısmen teslim edilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir.<sup>161</sup> Hatta sözgelimi dönme hakkı için aranan şartları –md. 49(1)(b) uyarınca satıcıya ifa için süre tayin edilmesi şartını – yerine getirmedeği için dönme hakkını kullanamayacak olan alıcı bile, md. 45(1)(b) çerçevesinde zararının tazminini isteyebilir.<sup>162</sup> Garanti sorumluluğunun benimsendiği<sup>163</sup> CISG'de, tazminat sorumluluktan kurtulma konusunda borçlu md. 79(1)'deki sorumluluktan kurtulma halini öne sürebilir. Buna göre ifa etmeme hali; borçlunun hâkimiyet alanı dışında kalan bir engelden kaynaklanmalı, sözleşmenin kurulması anında bu engeli hesaba katması veya engelden ya da sonuçlarından kaçınması veya bunları aşması borçludan beklenememelidir. Tüm bu koşulların kümülatif olarak arandığı md. 79(1)'deki sorumluluktan kurtulma hali ancak istisnai hallerde gündeme gelmektedir.<sup>164</sup> Ayrıca ispat yükü de borçlunun üzerindedir.<sup>165</sup>

Kısmen sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi söz konusu olduğunda alıcı, 46 ile 50. maddeler arasındaki haklarını kullanabilir. CISG md. 46(2)'ye göre esaslı bir ihlal halinde ikame malların gönderilmesini talep edebileceği gibi,<sup>166</sup> madde 46(3)'e göre onarım da talep edebilir. Bu

157 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

158 **Brunner**, Art 51 N. 5; **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 14; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

159 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6. Ne var ki, dönme ile bedelden indirim imkânlarının şartları birbirinden farklı olduğundan, tartışmanın bu bakımdan bir pratik anlamı olduğu kanımca öne sürülebilir.

160 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 39.

161 UNCITRAL, Art. 51 N. 5; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 42.

162 İtalyan tekstil üreticisi ile Alman alıcı arasındaki sözleşmede, satıcı tekstil ürünlerinin bir kısmını farklı bir renkte teslim etmiştir. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'ne göre farklı renkte ürün tesliminin *aliud* ifa olarak kabul edilmesi, dolayısıyla da ayıplı değil kısmi ifadan söz edilmesi gerekir. Alıcı bu bağlamda satıcıya aynen ifa için süre tanımadığından md. 49(1)(b)'ye göre sözleşmeden kısmen dönemez. Ancak buna rağmen zararının tazminini talep edebilir. *OLG Düsseldorf*, 10.02.1994 – 6 U 119/93 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g2.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

163 **Honsell, Heinrich/Magnus, Ulrich: Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, UN-Kaufrecht, Art. 79 N. 1.

164 **Honsell/Magnus**, UN-Kaufrecht, Art. 79 N. 9.

165 **Honsell/Magnus**, UN-Kaufrecht, Art. 79 N. 29.

166 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 44; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 7.

hakkın karşısında, satıcının da md. 48(1)'deki makullük şartlarının varlığı halinde teslimden sonra uygun olmamayı giderme imkânı devam etmektedir.<sup>167</sup> Keza md. 50 bağlamında alıcının bedelden indirim imkânı da bulunmaktadır.<sup>168</sup> Sözleşmenin sona erdirilmesi imkânına gelindiğinde ise alıcının, md. 49(1)(b)'ye göre değil yalnızca md. 49(1)(a)'yı devreye sokarak, bir başka deyişle ancak esaslı bir ihlal halinde sözleşmeye uygun olmayan biçimde ifa edilen kısım bakımından sözleşmeden dönmesi mümkündür.<sup>169</sup> Bu durumda sözgelimi 100 pamuk balyasının konusunu oluşturduğu bir sözleşmede, 10 adet ayıplı balya için dönme beyan edildiğinde, alıcının ödeyeceği bedel onda bir oranında indirilecektir.<sup>170</sup> Kısmi ifadaki açıklamalara paralel olarak kısmen sözleşmeye uygun olmayan malların tesliminde de alıcının, 45(1)(b) uyarınca zararının tazminini talep etmesi mümkündür.

Alıcının yukarıda ifade edilen dönme hakkı, yalnızca ifa edilmeyen veya sözleşmeye uygun olmayan biçimde ifa edilen kısım ile sınırlıdır. Bir başka deyişle 46-50. maddeler, sözleşmeye uygun olarak teslim edilen kısım açısından uygulanabilir değildir. Md. 51(1) ile ifade edilen bu kuralın peşi sıra md. 51(2)'de ise bu defa bir istisna düzenlemesi öngörülerek, sözleşmenin tamamından dönme düzenlenmiştir. Böylece aynı zamanda sözleşmeden kısmen dönme ile sözleşmenin tamamından dönme arasındaki ayrım çizilmiştir.<sup>171</sup> Sözleşmenin tamamı bakımından dönmek ise, CISG md. 51(2) uyarınca ancak sözleşmenin tamamı bakımından esaslı bir ihlal söz konusu ise gündeme gelir. Burada alıcının aynen ifa için süre tayin etmesi ve sürenin sonunda ifanın gerçekleşmemesi, bir başka deyişle md. 49(1)(b)'nin şartlarının oluşması, sözleşmenin tamamından dönme imkânının kullanılması için yeterli değildir.<sup>172</sup>

Burada şart koşulan, ifanın eksik yerine getirilmesinin çok ağır olması ve alıcıdan sözleşmeyle bağlı tutulmasının beklenememesidir.<sup>173</sup> Bu hükme bir istisna olarak sınırlı hallerde başvurulacağı savunulmaktadır.<sup>174</sup> Özellikle farklı malların beraber satılmasını konu alan sözleşmelerin eksik ifasında bundan bahsedilebilir. Sözleşmenin kısmen ifa edilen veya sözleşmeye uygun ifa edilen kısmını oluşturan mallar, bağımsız kullanabilecek nitelikte değilse md. 51(2)'nin şartları doğabilir. Örneğin birbiriyle ilişkili bir mobilya grubunun bir kısmı sözleşmeye uygun ifa edilmezse, alıcının mobilyaların kalanına ihtiyaç duymadığı durumda sözleşmenin bütününe yayılan bir esaslı ifadan bahsedilebilir. Hatta birbiriyle aynı parçaların konusunu oluşturduğu bir sözleşmede bile eksik ifa, sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ifaya dönüşebilir.<sup>175</sup> Sözgelimi alıcının kısmen sözleşmeye uygun olmayan malların, ayıpsız olanlarını bu ayıbın yaydığı ün nedeniyle tekrar satışa çıkarmaktan

167 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 44, 45.

168 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 46; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 7.

169 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 47.

170 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 7.

171 **Honsell, Heinrich/Schnyder, Anton K/Straub, Ralf Michael**: *Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, Art. 51 N. 3, 4.

172 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 49; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 9.

173 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 50.

174 UNCITRAL, Art. 51 N. 7.

175 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 10, 11.



çekinmesi, md. 51(2)'nin uygulanması için yeterli kabul edilebilir.<sup>176</sup> Literatürde verilen bu örnekler ve mahkeme kararlarına bakıldığında, teslim edilen malların alıcı açısından yararsız kaldığı hallerde sözleşmenin bütünü açısından dönme izin verildiği söylenebilir.

Artarda teslimli sözleşmelerde sözleşmenin bir kısmı bakımından ifa edilmeme veya gereği gibi ifa edilmeme halinde CISG md. 73'de özel bir düzenleme öngörülmüştür.<sup>177</sup> Artarda teslimli sözleşme, zaman bakımından en az iki birbirinden ayrı teslimin öngörüldüğü sözleşmelerdir. Md. 73, tıpkı md. 51 gibi, alıcının dönme hakkını artarda teslimli sözleşmenin ihlale neden olan münferit teslimatı ile sınırlamaktadır.<sup>178</sup> Md. 73'deki özel düzenlemeye tâbi bu sözleşmeler bakımından, eksik ifaya ilişkin 51. maddenin devreye girmesi ancak münferit teslimatın eksik veya kısmen sözleşmeye uygun olmayan biçimde yapılması halinde mümkündür.<sup>179</sup>

Alıcının, satıcının eksik ifası veya kısmen sözleşmeye uygun olmayan ifası nedeniyle kullanacağı haklar, yine artarda teslimli sözleşmeler bakımından da CISG md. 38 ve devamındaki ihbar külfetine tâbidir.<sup>180</sup> CISG md. 73'ün lafzına bakıldığında, yalnızca dönme hakkına atıfta bulunduğu görülse de alıcının diğer hukuki çarelere başvurması, bedelden indirim ve zararının tazminini talep etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.<sup>181</sup>

## 2. Alman Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri

Satım sözleşmesinde satıcı, 'ifa teorisi'ne (*Erfüllungstheorie*) göre eşyayı maddi ve hukuki ayıplardan arı biçimde teslim etmekle yükümlüdür. Bu yüküm ihlal edildiyse, alıcı alacaklı temerrüdü söz konusu olmaksızın § 320 BGB uyarınca malı almayı reddedip kendi edimini ifa etmeyi reddedebilir. Ya da malı kabul ettiyse, sonradan ifa, dönme, bedelden indirim, zararın tazmini veya boşa çıkan masrafların tazminini talep edebilir. Tazminat talebi ve dönme hakkı için § 437 BGB'de genel hükümlere atıf yapıldığından, bu hükümler satım için de geçerli olmaya devam edecektir. Ancak satım hukukundaki tekeffül hükümlerinde de bu haklar için birtakım özel düzenlemeler öngörülmüştür.<sup>182</sup>

Alıcı ilk olarak satım hukukuna ilişkin özel hükümlerdeki § 439 BGB uyarınca sonradan ifa (*Nacherfüllung*) talep edebilir. Bu konuda teslim edilen maldaki ayıbın giderilmesini veya ayıpsız

176 Almanyadaki alıcının, İtalyadaki satıcıdan sipariş ettiği 319 çift ayakkabıdan bazılarının tabanlarının ve dikişlerin gevşek olduğundan hareketle, ayakkabıları sattığı müşterilerinden gelen şikâyetler üzerine Alman alıcı elinde kalan –ve bazıları ayıpsız olan – 154 çift ayakkabının tamamı için satım sözleşmesinden döndüğünü beyan etmiştir. Koblenz İstinaf Mahkemesi'ne göre, Alman alıcının gibi küçük bir işletmenin, daha önce ayıplı olduğu anlaşılan ayıplı malları tekrar vitrinine koyması ticari itibar kaybına neden olabilir. Bu nedenle alıcının md. 51(2)'ye göre sözleşmenin tamamından dönmesi mümkündür. Bkz.: *OLG Koblenz*, 21.11.2007 – 1 U 486/07 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071121g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

177 *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Md. 51 P. 3.

178 *Schlechtriem/Butler*, s. 145, 146.

179 *Honsell/Schnyder/Straub*, Art. 51 N. 20; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Md. 51 P. 3.

180 *Kee*, s. 417.

181 *Schlechtriem/Butler*, s. 147.

182 *Fikentscher/Heinemann*, s. 406, 407, 419.



bir malın teslimini isteme konusunda seçim kendisine aittir.<sup>183</sup> Eksik ifa bakımından da bu haktan bahsedilebilir. § 434 III BGB'de satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlerde eksik ifanın da bir çeşit ayıp olarak değerlendirilmesi sonucu olarak, alıcı ifa edilmeyen kısım için sonradan ifa talebini (*Nacherfüllungsanspruch*) talebini yöneltebilir. Birincil aynen ifa talebi ise burada söz konusu olmaz. Böylece bu talep için de özel hükümlerde § 438 BGB'de öngörülen kısa zamanaşımı uygulama alan bulur. Aynı açıklama, *aliud* ifa bakımından da geçerlidir. Eski hukuktakinin aksine gerek parça gerekse çeşit borcunun *aliud* ifası halinde genel hükümler yerine satım hukukundaki özel tekeffül hükümleri uygulanmaktadır.<sup>184</sup> Bu hakkın dönme, bedelden indirim ve ifa yerine tazminat haklarına göre öncelikli olarak kullanılması gerekmektedir. Öte yandan bu imkânın varlığı için satıcının kusurunun şart olmadığı kabul edilmektedir.<sup>185</sup>

Genel hükümlerdeki § 323 I BGB'de borçluya aynen ifa için müddet tanıldıktan sonra sonuç alamayan alacaklının sözleşmeden dönebileceği hükme bağlanmıştır. Burada § 281 BGB'de düzenlenen tazminat taleplerinin aksine borçlunun gereği gibi yerine getirmediği ifasında kusurlu olması şartı da öngörülmemiştir. Ancak gereği gibi ifa etmeme halinde dönmek için 'yüküm ihlali'nin ciddi (*erheblich*) olması gerektiği düzenlenmiştir (§ 323 V BGB). Bir başka deyişle önemsiz hususlar gerekçe gösterilerek dönmek mümkün değildir.<sup>186</sup> Eksik ifa özelinde değerlendirildiğinde, miktar bakımından önemsiz bir sapma halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığı söylenebilir.<sup>187</sup> Sapmanın önemli olup olmadığı ise, sözleşmeye, alıcının menfaatine bağlıdır. Hangi sapmanın önemli olduğunun yüzdesel olarak ifade edilemeyeceği belirtilmektedir.<sup>188</sup>

Dönme hakkının, ayrıca ifa yerine tazminat talebinin, kullanılması ile ilgili olarak bir görüş ayrılığı dikkati çekmektedir. Bir görüşe göre § 434 III'te eksik ifanın bir ayıp olarak ele alınması, yalnızca satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlerle sınırlandırılmalı, genel hükümlere genişletilmemelidir. Böylece eksik ifa halinde, genel hükümlerdeki gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümler değil, kısmi ifayı düzenleyen hükümler uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre alıcı, tüm sözleşmeden dönmek için kısmi ifa için getirilmiş olan § 323 V ve § 281 I uyarınca, kısmi ifada menfaati bulunmadığını ispatlamalıdır. Aynı şey ifa yerine tazminat talebi açısından geçerlidir.<sup>189</sup> Fakat böyle bir durum söz konusu değilse yalnızca kısmen dönme mümkündür. Bu halde miktar bakımından sapmanın ciddi

183 Ancak yaygın kabul edilen görüş, parça borcu için ayıpsız bir malın tesliminin tercih edilemeyeceği yönündedir. Bir başka deyişle parça borcunda yalnızca ayıbın giderilmesi talep edilebilir. Ne var ki bu görüşe karşıt diğer görüş ise 2002 Reformu'nun parça ve çeşit borcu ayırımı yok ettiğinden hareketle parça borcundaki ayıbın da, eğer misli bir eşya söz konusu ise ayıpsız mal teslimi ile giderilebileceğini öne sürmektedir. Öte yandan *aliud* ifa da ayıplı ifa olarak ele alındığından, parça borcu söz konusu olsa bile burada da ayıpsız bir malın teslimi ile sonradan ifanın mümkün olduğu açıktır. Bkz. **Fikentscher/Heinemann**, s. 419, 421, 422.

184 **Fikentscher/Heinemann**, s. 194, 413-415. *Aliud* ifanın da ayıp kapsamına sokulması *aliud* ve *peius* ifa arasına sınır çizme zorluğunu da ortadan kaldırmış olmaktadır. Bkz.: **Staudinger, Julius von/Kaiser: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts**, Sellier de Gruyter, Berlin 2008, s. 316.

185 **Fikentscher/Heinemann**, s. 419.

186 **Fikentscher/Heinemann**, s. 258, 424.

187 **Westermann** in: MünchKomm, § 434, N. 47.

188 **Grunewald, Barbara: Erman BGB 15. Auflage Band I**, Ottoschmidt 2017, § 435 N. 63.

189 **Westermann** in: MünchKomm, § 434, N. 48; **Lorenz, Stephan**: "Die Rechte des Käufers bei Teillieferungen, teilweiser Mangelhaftigkeit und „unerheblichen“ Sachmängeln", *DAR 9/2007* 506-509, s. 507.

olduğu sonucuna varılıyorsa satım konusu malın teslim edilmeyen kısmı bakımından alıcı, § 323 I göre satıcıya teslim için süre verdikten sonra dönme hakkını kullanabilir.<sup>190</sup>

Alacaklının kısmi ifada menfaati bulunmadığı belirlenirken, alacaklının maruz kaldığı zararın, ifa edilmiş kısımdan daha fazla olup olmadığı araştırılır. Ancak eksik ifadan bahsedilebilmesi için ifanın parçalara ayrılabilmesi ve bu parçalamanın taraf iradelerine aykırı olmaması önemlidir. BGH, ifanın bölümlerinin, sözleşmenin amacına göre aynı kadere tâbi kılınıp kılınmadığı ölçütünü kullanmaktadır. Eğer bu koşul gerçekleşmezse zaten kısmi ifa söz konusu olmayacak ve alacaklı § 323 V 1 BGB çerçevesinde kısmi ifada menfaati olmadığını göstermek zorunda kalmayacaktır.<sup>191</sup>

Dönme hakkının kullanılması ile ilgili öne sürülen diğer görüş, § 434 III BGB'de satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlerde eksik ifanın da bir çeşit ayıp olarak düzenlenmesi hükmünün genel hükümlere de genişletmektedir.<sup>192</sup> Bu görüşe göre; eksik ifa bir ayıp olarak nitelendirildiğinden eksik ifa halinde sözleşmeden dönme için alıcının kısmi ifa için getirilmiş olan § 281 I ve § 323 V S. 1'de düzenlendiği gibi, kısmi ifada menfaati olmadığını göstermesine gerek yoktur. Alıcının yalnızca § 323 V S. 2'deki esaslı bir ihlal şartını ispatlaması yeterlidir. Bu görüşe göre, aksi savunulduğunda alıcının başvuracağı imkânlar konusunda ikilik ortaya çıkmaktadır. Alıcının hem eksik ifa halinde genel hükümlere (§ 323 V S. 1) göre sözleşmeden kısmen dönmesine izin verilmekte, bir taraftan da özel hükümler uyarınca bedelden indirim talebi ortaya çıkmaktadır.<sup>193</sup> Oysa eğer eksik ifanın ayıp olarak ele alınışı genel hükümlere de genişletilirse; alıcının yalnızca ayıba karşı tekeffüle ilişkin imkânları kullanabileceği söylenebilir. Burada bir ayıp bulunduğu kabul edildiğinden ayıba kaşı tekeffülden doğan hukuki çareler tüm sözleşme bakımından kullanılacaktır. Diğer görüşte ise alıcı sözgelimi genel hükümlere göre yalnızca teslim edilmeyen kısımdan da dönebilir.

Dönmeye ilişkin bu görüş ayrılığı bir tarafa bırakılıp alıcının diğer haklarına gelindiğinde, bedelden indirim hakkını da kullanabileceği görülmektedir. Özel hükümlerde satım sözleşmesine ilişkin § 437 2 BGB'de bedelde indirimden bahsedilirken § 441 BGB'ye atıf yapılmıştır. § 441 I BGB açıkça alıcının, dönme yerine bedelden indirim talep edebileceğini düzenlemektedir.<sup>194</sup> Ancak gereği gibi ifa etmeme halinde sözleşmeden dönülmesi için yüküm ihlalinin 'ciddi' (*erheblich*) olmasını şart koşan § 323 V 2 BGB'nin bedelde indirim için uygulanmayacağı da açıkça düzenlenmiştir.<sup>195</sup>

Alıcının tazminat taleplerine gelindiğinde ise için genel hükümlerde iki tazminat talebi öngörüldüğü gözlenir. Alacaklı genel hükümlerdeki § 280 III ve § 281 I BGB'ye göre, aynen ifa için borçluya tanyacağı müddetin dolmasıyla ifa yerine tazminat (*Schadenersatz statt der Leistung*) talep edebileceği gibi, § 280 I BGB'nin tek başına uygulanması yoluyla basit tazminat da talep edebilir. Bunlardan ilki ifa menfaatini (*Äquivalenzinteresse*) korurken, ikincisi ise bütünlük menfaatine

190 Lorenz, s. 506, 507.

191 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 428, 429.

192 Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, § 434, N. 118; Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender: § 434 N.82.

193 Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, § 434 N. 118.

194 Fikentscher/Heinemann, s. 426.

195 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 509, 510.

(*Integritätsinteresse*) yönelmektedir. Bir başka deyişle ilk talep, ayıp zararlarını (*Mangelschäden*), ikincisi ise ayıbı takip eden zararları (*Mangelfolgeschäden*) tazmin etmektedir.<sup>196</sup>

BGB'de kural, 'yüküm ihlali' halinde hâlihazırda ifa edilen edimi elde tutarak ayıptan kaynaklanan değer düşüklüğünü ve diğer zararların tazmininin sağlanmasıdır. Küçük tazminat (*kleiner Schadenersatz*) olarak anılan bu sonucun yanı sıra belli şartların gerçekleşmesi ile ifanın tümü yerine tazminat bir başka deyişle büyük tazminat (*großer Schadenersatz*) talep etmek de mümkündür.<sup>197</sup> İfanın tümü yerine tazminat talebinin şartları, sözleşmeden dönmeye benzer bir silsile içinde düzenlenmiştir. Eğer ifanın yerine getirilmesi mümkünse, genel hükümlerde § 281 I BGB uyarınca alıcı satıcıya bir müddet tanıyarak müddetin sonunda ifa yerine tazminat talep edebilir.<sup>198</sup> Tıpkı dönmeyi düzenleyen § 323 V BGB'de olduğu gibi eksik ifa ve gereği gibi yapılmayan ifa için burada da özel şartlar öngörülmüştür. Eksik ifa halinde ifanın tümünden vazgeçip tazminat talep etmesi için alıcının kısmi ifada menfaatinin bulunmaması gerekir (§ 281 I 2 BGB).<sup>199</sup> Gereği gibi yapılmayan ifada ise yüküm ihlalinin 'ciddi' olması şartı aranır (§ 281 I 3 BGB). Ancak sözleşmeden dönmekten farklı olarak tazminat talebinde satıcının yüküm ihlalinde kusurlu olması koşulu bir genel hüküm olarak § 280 I BGB'de getirilmiştir. Borçlunun kasıt ve ihmalden sorumlu olacağı ise yine genel hükümlerde § 276 I BGB'de düzenlenmiştir. § 280 I 2 BGB'den borçlunun kusurunun karine olarak getirildiği anlaşılmaktadır. Bu karinenin çürütülmesi ise ancak istisnai hallerde mümkündür.<sup>200</sup>

### 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri

İsviçre/Türk hukukunda, eksik ifa halinde öncelikle özel hükümlere mi yoksa genel hükümlere mi başvurulacağı problemi yanıtlanmalıdır. Eğer kısmen ifa olarak nitelenecek bir eksik ifa söz konusu ise kısmi temerrüde ilişki hükümleri; ayıp olarak nitelenecek bir eksik ifa söz konusu ise özel hükümlerdeki tekeffül sorumluluğu gündeme gelecektir. Eğer bir ayıp olarak nitelendirilemeyecek bir eksik ifa söz konusu ise kısmen ifaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle alacaklı satım hukukuna ilişkin tekeffül sorumluluğuna başvuramaz.<sup>201</sup>

Bu durumda alacaklı temerrüde düşen borçluya, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygun bir süre verebilir. Bu borçluya yükümlülüğünü yerine getirmesi için verilen son bir şanstır.<sup>202</sup> Karşılıklı

196 Fikentscher/Heinemann, s. 255.

197 Staudinger/Kaiser, Eckpfeiler, s. 366.

198 Alacaklının ifa yerine tazminat talebinden önce aynen ifa için müddet tanıma zorunluluğu, aynen ifanın önceliğinin korunduğunu göstermektedir. 437 BGB'de yapılan atıf ile bu zorunluluk satım sözleşmesine de adapte edilmiştir. Bkz.: Fikentscher/Heinemann, s. 255.

199 Fakat satım sözleşmesi bakımından eksik ifayı ayıp ile bir tutan özel hükümlerdeki düzenlemenin genel hükümlere genişletilmesini savunan görüş benimsenirse, sözleşmenin tamamı bakımından ifa yerine tazminat talep edilmesi için, alıcının kısmi ifada menfaatinin bulunmaması koşulu aranmayacaktır. Bkz. yuk.: dn. 188'a ilişkin metin vd.

200 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 511-513.

201 Ayıp olarak nitelendirilebilen eksik ifa ile salt eksik ifa ayrımı için bkz. yuk. II. A. 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfa Kavramı.

202 Huguenin, N. 952-954.

edim yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçluya karşı alacaklı ifa ve gecikme tazmini talebini, olumlu tazminat talebini veya sözleşmeden dönerek olumsuz tazminat talebini yöneltebilir.<sup>203</sup>

Kısmi temerrütte ise bazı özellikli durumlar gündeme gelebilir. Dürüstlük kuralı veya sözleşme hükümleri uyarınca kısmen ifayı kabul etmekle yükümlü değil ise alacaklı, genel hükümlere göre kısmen ifayı kabul etmekle yükümlü değildir. Türk/İsviçre hukuklarında kabul edilen ilke, edimin bütünlüğü ilkesidir. Buna göre edimin, nicelik bakımından gerekli ölçüde ifa edilmesi gerekir. Bu çerçevede alacaklı kural olarak kısmen ifayı reddetme hakkına sahiptir.<sup>204</sup> Böyle bir durumda borçlu, borcun tamamı için ifa etmemenin sonuçlarına tâbi olur.<sup>205</sup> Ancak alacaklının kısmen ifayı kabul etmesi halinde, ifa edilmeyen kısım için gündeme gelecek olan kısmi temerrüt uyarınca alacaklı, kullanabileceği haklarını yalnızca ifa edilmeyen kısım için kullanabilir. Eğer karşı edim bölünebilen bir edimse, borçlunun ifa etmediği kısım oranında ifa yerine tazminat veya dönme hakkını kullanabilir. Bir başka deyişle ifa yerine tazminat halinde tazminat miktarı ve dönme halinde de alacaklının ifa etmekten kurtulduğu miktar, temerrüde düşülen kısmın tüm borca oranına göre hesaplanır.<sup>206</sup>

Böylece kural olarak kısmen ifa halinde kullanılan dönme hakkı tüm sözleşmeyi kapsamaz. Yalnızca henüz ifa edilmemiş kısma ilişkindir. Alacaklı bu durumda borçlunun ifa ettiği kısma karşılık gelen karşı edimi ifa etmekle yükümlüdür.<sup>207</sup> Tüm sözleşmeden dönmek ise ancak alacaklının hâlihazırda ifa edilmiş kısımda bir menfaati bulunmaması halinde gündeme gelebilir.<sup>208</sup> Bu halde ifa edilen kısım objektif olarak alacaklı için bir menfaat içermemektedir. Alacaklının ifa edilmeyen kısım olmasaydı sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceği araştırılır. Böylece alacaklının varsayımsal iradesine gidilir.<sup>209</sup> Esaslı olmayan bir kısmın ifa edilmemiş olması halinde ise tüm sözleşmeden dönmek mümkün değildir.<sup>210</sup> Sözleşmenin tamamından dönmeyi mümkün kılan bir diğer istisna ise karşı edimin bölünmeye elverişli olmadığı durumdur. Bu durumda da alacaklı borçlunun ifa ettiği kısmı iade ederek veya tazmin ederek sözleşmenin tamamından dönebilir.<sup>211</sup>

Temerrüde düşülmesi için kusur şart olmamakla beraber, gecikme tazminatı, olumlu tazminat ve olumsuz tazminat talepleri için borçlunun kusuru rol oynar.<sup>212</sup> Borçlunun kusurlu olduğu varsayımından hareket edilir. Ancak borçlu kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilir.<sup>213</sup> Borçlu eğer kusurlu olmadığını ispat ederse bu durumda gerek gecikme tazminatı, gerekse olumlu veya olumsuz tazminat talepleri imkânları ortadan kalkacaktır.<sup>214</sup>

203 Huguenin, N. 955-958.

204 Demirbaş, Feride: *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 136; Gümüş, Kısmi İfa, s. 613.

205 Oğuzman/Öz, s. 293, 294.

206 Oğuzman/Öz, s. 565-567.

207 Weber, Rolf H.: *Berner Kommentar Band VI 1. Abteilung 5. Teilband Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR*, Stämpfli Verlag AG Bern 2000, Art. 107 N. 212

208 Schwenger, N. 66.35; Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 2813.

209 Weber, Art. 107 N. 214.

210 Gauch/Schluep/Emmenegger, N. 2813.

211 Oğuzman/Öz, s. 565-567.

212 Oğuzman/Öz, s. 404, 405; Huguenin, N. 938.

213 Huguenin, N. 893.

214 Oğuzman/Öz, s. 539.

Kural olarak kusurun derecesine bakılmaksızın borcu ifa etmemenin sonuçlarından sorumludur.<sup>215</sup> Borçlu, ifa yardımcıları da dâhil olmak üzere her türlü kusurdan sorumludur.<sup>216</sup> Sorumluluktan kurtulmak için gereken kurtuluş kanıtı için ölçüt yüksek tutulmakta,<sup>217</sup> buna ancak istisnai durumlarda başvurulabileceği bildirilmektedir. Bu kabul, olağandışı dışsal etkenlerin temerrüde sebep olduğu gösterilemediği müddetçe borçlunun, kusuru araştırılmaksızın sorumlu tutulması yönünde bir yaklaşımı beraberinde getirmektedir. Mücbir sebep ve fevkalade hal gibi haller, kurtuluş kanıtına ilişkin akla gelen örneklerdir.<sup>218</sup>

Mücbir sebep veya fevkalade halden başka borçlu sözgelimi ayırt etme gücü bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.<sup>219</sup> Borcu kişisel olarak ifa edecek olan borçlunun ağır hastalığı bir başka kurtuluş sebebi olabilir.<sup>220</sup> Keza borçlu borcun varlığını bilmediğini ve bilmeme konusunda mazur görülebileceği ispatlayarak borçtan kurtulabilir.<sup>221</sup> Örneğin borçlunun muacceliyet veya ifa yükümlülüğü konusunda bilgi sahibi olmaması –ki bilgisizliğinin de kusurundan kaynaklanmaması gerekir – (sözgelimi mirasçı, miras kaldığını bilmiyor veya terekenin büyüklüğü karşısında borcu bilmesi mümkün değilse) bir kurtuluş kanıtı söz konusu olabilir. Borçlu ifa için yetersiz çaba gösterdiğinde, teslim zamanını yanlış tayin ettiğinde, yeterli ifa kabiliyeti olup olmadığı konusunda tereddüt bulunduğu halde ifa yükümlülüğü altına girdiyse kurtuluş kanıtından yararlanamaz.<sup>222</sup>

İsviçre/Türk hukukunda genel hükümlere göre söz konusu olan bu talepler bakımından zamanaşımı için 10 yıllık bir süre öngörülmüştür. (Md. 127 OR/TBK md. 146)

Yukarıdaki açıklamalar salt eksik ifa durumundaki hukuki çarelere ilişkindir. Eğer ayıp olarak nitelendirilebilecek bir eksik ifa söz konusu ise alacaklı bu defa satım hukukuna ilişkin özel hükümlere başvurabilir.

Alıcının ayıp halinde başvurabileceği hukuki çarelere gelindiğinde ise, İsviçre hukukunda ve mülga BK'ya göre alıcı, yine Roma hukukundan mirasla<sup>223</sup>, bedelden indirim ve dönme (*actio quanti minoris* ve *actio redhibitoria*) haklarını kullanabilir (Md. 205 OR/BK md. 202). Çeşit borcuna ilişkin sözleşmelere özgü olmak üzere yine OR ve mülga BK'da bir de bunlara ek olarak malın değiştirilmesini isteme hakkı öngörülmüştür. Aynen ifa, bir başka deyişle onarım isteme hakkı ise kanunda öngörülmemiştir.<sup>224</sup> Ancak md. 2 ZGB/TMK md. 2'deki dürüstlük kuralından hareketle veya

215 **Weber**, Art. 99 N. 130.

216 **Furrer, Andreas/Wey, Rainer**: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* 3. Auflage Art. 1-183 OR, Schulthess Zurich Basel Genf 2016, OR 103, N.19; **Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang/Wiegand, Wolfgang**: *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015, Art. 103, N. 2.

217 **Weber**, Art. 99 N. 130.

218 **Bucher**, Allgemeiner, s. 347, 348.

219 **Oğuzman/Öz**, s. 474.

220 **Furrer/Wey**, OR 103, N.19; **Honsell/Vogt/Wiegand/Wiegand**, Art. 103, N. 3.

221 **Oğuzman/Öz**, s. 539.

222 **Furrer/Wey**, OR 103, N.19; **Honsell/Vogt/Wiegand/Wiegand**, Art. 103, N. 3.

223 Bkz. yuk. I. A. 1. Roma Hukukunda Gereği Gibi İfa Etmeme.

224 **Honsell**, Obligationenrecht, s. 95, 120; **Bucher**, Besonderer, s. 97. Mülga BK döneminde de Türk hukuku bakımından

eser sözleşmesine ilişkin md. 368 OR/BK md. 360'in kıyasen uygulanması yoluyla satım sözleşmesi bakımından da onarım hakkının öngörülmesini savunan görüşler bulunmaktadır. Öte yandan böyle bir hakkın taraflarca kararlaştırılmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır.<sup>225</sup> Diğer yandan TBK'da ise alıcının seçimlik hakları düzenlenirken bu defa çeşit-parça borcu ayırımına hiç değinilmeksizin dönme, onarım, bedelden indirim ve malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi hakları düzenlenmiştir (TBK md. 227).<sup>226</sup>

Ayıba karşı tekeffüle dayanan alıcının ayıp nedeniyle dönme hakkını kullanmasının bazı sınırları bulunur. Öncelikle kanuni bir sınırlama olarak Md. 207 OR/TBK md. 228'e göre "Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse" artık dönme talebinde bulunmak mümkün değildir. Bu durumda alıcı bedel indirimi talep edebilir. Öte yandan eğer durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim de müdahale ederek dönme hakkının kullanılmasını engelleyebilir. Md. 205 OR'e göre hâkim böyle bir durumda bedelden indirim hükmedebilir. Satım konusu mal ayıba rağmen kullanılabilir durumda ise ve ayıp nedeniyle değer düşüklüğü azsa hâkim böyle bir sınırlamaya gidebilir. Özellikle de alıcının dönme sayesinde elde edeceği menfaat, satıcının bu nedenle maruz kalacağı olumsuzluğa oranla çok daha azsa bu müdahale gündeme gelebilir. Hâkim her iki tarafın menfaatlerini değerlendirerek bir yargıya varır. Örneğin satım konusunun geri gönderilme masrafları çok fazla ise böyle bir müdahale yapılabilir.<sup>227</sup> Literatürde CISG ışığında yapılan bir yoruma göre, alıcının sözleşmeden haklı beklentisini önemli ölçüde sekteye uğratan bir ayıp durumunda dönmenin mümkün olabileceği ifade edilmektedir.<sup>228</sup> Diğer yandan TBK'da ise bedelde indirimin yanında, yargıcın aynı zamanda dönme yerine ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasına hükmedebileceği de düzenlenmiştir.<sup>229</sup>

Alıcının ayıba karşı tekeffül kapsamında kullanacağı haklarına ek olarak, zararının tazminini talep etmesi gündeme gelebilir. Burada kastedilen 'ayıbı izleyen zararlar'dır. Bu kavram ise ayıp nedeniyle uğranan zarar, bir başka deyişle malın ayıp nedeniyle değerindeki azalmadan kaynaklanan zararı aşan zararlardır. Alıcının, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan mal dışındaki varlıklarının zararını şart koşar. Bu anlamda kişisel zararlar, mala verilen zararlar veya malvarlığı zararları bu kapsama girer. Ayıp nedeniyle maldaki değer düşüklüğü ise İsviçre/Türk hukukunda zararın tazmini değil, bedelden indirim ve dönme talepleri ile giderilir.<sup>230</sup>

Md. 208 OR/TBK md. 229'da alıcının dönme halinde tazminat talepleri özel olarak düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de doğrudan zararlardan satıcının sorumlu olduğu düzenlenirken, diğer zararlardan ise ancak satıcının kusuru olmadığını ispat edemediği durumda sorumlu olacağı

bkz.: **Aral, Fahrettin**: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (7. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 129; **Serozan**, s. Borçlar Özel, s. 153.

225 **Honsell**, *Obligationenrecht*, s. 95; **Serozan**, *Borçlar Özel*, s. 153, 154; **Huguenin**, N. 2689, 2691.

226 **Aral/Ayrancı**, s. 138.

227 **Giger**, Art. 205 N. 49, 50.

228 **Huguenin**, N. 2657

229 **Gümüş**, *Borçlar*, s. 132.

230 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 404-407.

öngörülmektedir. Doğrudan zararlar bakımından böylece kusurdan bağımsız bir sorumluluk biçimi tasarlanmıştır.<sup>231</sup>

Burada yapılan doğrudan ve diğer zararlar ayrımının anlamı bakımından öğretilerde birlik olduğu söylenemez. Bir görüş bu ayrımı menfi – müspet zarar ayrımına yakınlaştırırken<sup>232</sup>, bir diğer görüş nedensellik bağının yoğunluğuna göre bir sınıflandırma yapılmasından yanadır. Buna göre yakın nedensellik bağı kurulabilen zararlar doğrudan zararlar denk düşmektedir.<sup>233</sup> Bir başka deyişle, illiyet zincirinde ilk ve en yakın sebep sonucu oluşan zararın doğrudan zarar olduğu söylenebilir.<sup>234</sup> Geçmişte müspet – menfi zarar ayrımını buraya adapte etmeyi seçen İsviçre Federal Mahkemesi 2006'dan beri nedensellik bağının derecesine göre sınıflandırma yapılmasını esas almaktadır.<sup>235</sup> Md. 208 OR/TBK md. 229 anlamında 'doğrudan zararlar' alıcının ayıplı mal nedeniyle doğrudan maruz kaldığı her türlü zararı kapsamına almaktadır. Buna alıcının diğer varlıklarında oluşan 'ayıbı izleyen zararlar' dâhil edilebileceği gibi istisnai hallerde yoksun kalınan kazanç da katılabilir.<sup>236</sup> Ancak yoksun kalınan kazanç hâkim görüşe göre, esas olarak müspet zarar olarak dolaylı zararlar içinde yer alır.<sup>237</sup>

Md. 208 OR/TBK md. 229'de yalnızca dönme haline özgü olarak düzenlenen tazminat imkânı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadına göre alıcının başvurabileceği diğer hukuki çarelere genişletilemez. Böylece bedelde indirime başvuran alıcı, bu hükmün kıyasen uygulanmasını isteyemeyecektir. Öğretilerde sıkça eleştirilen bu içtihadı göre alıcı, genel hükümlerdeki –kusur esasına dayanan – tazminat imkânına başvurmalıdır.<sup>238</sup> Nitekim TBK'da alıcının başvurabileceği düzenlenen seçimlik haklar arasında alıcının zararının tazminini genel hükümlere göre isteyebileceği düzenlenmiştir (TBK md. 227(2)). Bu, TBK md. 227'de alıcının bedelden indirim, ayıpsız benzeriyle değiştirme veya onarma haklarının kullanıldığı durumda alıcının ayrıca zararını tazmin etmesine olanak tanımaktadır. Öte yandan bunun, TBK md. 229'da dönme için özel olarak düzenlenmiş olan tazminat hakkıyla da yarışan bir hak olduğu ifade edilmektedir.<sup>239</sup>

Satıcının malın ayıplı olması konusunda kusurlu olması şart değildir.<sup>240</sup> Doğrudan zararlar konusunda satıcının sorumluluğu sebep sorumluluğudur. Ancak bu avantaj, muayene-ihbar külfetleri ve kısa zamanaşımı ile dengelenmiştir.<sup>241</sup>

231 **Bucher**, Besonderer, s. 103.

232 **Bucher**, Besonderer, s. 104, 105.

233 **Huguenin**, N. 2670; **Honsell**, Obligationenrecht, s. 106; **Aral/Ayrancı**, s. 150.

234 **Eren**, Özel, s. 145.

235 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 412.

236 **Huguenin**, N. 2677. Nitekim 'ayıbı izleyen zararlar' ilişkin olarak Federal Mahkeme'nin verdiği bir kararda (BGE 133 III 257), papağan satımına ilişkin bir sözleşmede, papağanların taşıdığı virüsün alıcının diğer kuşlarına da bulaşarak onların ölümüne neden olduğu olayda, doğrudan bir zararın varlığına hükmedilmiştir. Bkz.: **Aral/Ayrancı**, s. 150. Buna karşılık çoğunlukta olduğu gözlenen diğer bir görüş 'ayıbı izleyen zararların' doğrudan zararlar kapsamına alınmaması taraftarıdır. Bkz.: **Honsell**, Obligationenrecht, s. 108; **Serozan**, Borçlar Özel, s. 150.

237 **Eren**, Özel, s. 146.

238 BGE 82 II 136 S. 139; **Huguenin**, N. 2688; **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 417, 419.

239 **Eren**, Özel, s. 128.

240 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 340; **Gümüş**, Borçlar, s. 75.

241 **Giger**, Art. 197-210 N. 7.



Alıcı, açık ayıplar için imkân bulunur bulunmaz malı muayene etmek ve ayıp görürse TBK md. 223'e göre uygun bir süre içinde ve md. 201 OR'e göre derhal ayıp ihbarında bulunmalıdır. Gizli ayıp durumunda ise, bu ayıbın keşfedildiği anda<sup>242</sup>, hemen ihbar edilmesi gerekmektedir. Bu külfetleri yerine getirmeyen alıcı ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel hükümlerin kendisine tanıdığı imkânları kaybedecektir.<sup>243</sup>

Tekeffüle dayalı talepler için genel zamanaşımı teslimden itibaren 2 yıldır.<sup>244</sup>

Ayıp olarak nitelendirilen eksiklikler konusunda özel hükümlerdeki düzenlemeler bu yönde olmakla beraber, yüksek mahkeme kararlarında genel hükümlere başvurmaya da ayıp halinde kapı aralanması bir başka tartışmayı beraberinde getirmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ve mülga BK döneminde Yargıtay genel hükümler ile özel hükümlerdeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarıştığını, bu nedenle genel hükümlerdeki tazminat sorumluluğuna başvurmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ne var ki, gerek Yargıtay gerekse İsviçre Federal Mahkemesi, özel hükümlerdeki muayene ve ihbar külfetlerini hem de genel hükümlerdeki zamanaşımından daha kısa olan özel zamanaşımı süresini, genel hükümlere dayalı taleplere de uyguladığı için<sup>245</sup> bu yarışma probleminin ciddi pratik sonuçlarının bulunmadığı söylenebilir. Ancak TBK md. 227'de artık açıkça 'genel hükümlere göre' tazminat imkânına atıf yapıldığından, buna göre özel hükümlerdeki muayene-ihbar ve zamanaşımı hükümlerini uygulama imkânının artık Türk hukukunda bulunmadığı da, en azından bir görüşe göre ifade edilmektedir.<sup>246</sup>

Md. 209 OR/TBK md. 230'da birden çok mal satışında bu mallardan bazılarının ayıplı çıkması halinde dönme hakkının kullanılması düzenlenmektedir. Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir malın satın alınmış olması bunlardan bazılarının ayıplı çıkması, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân bulunması hallerinde alıcı dönme hakkını ayıplı kısım bakımından kullanacaktır. Böylece alıcı sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha az bir miktarda mal satın almış ve kararlaştırılardan daha düşük bir bedel ödemiş olacaktır. Bunun pratikte bedelde indirim hakkı ile aynı sonuçlara götürdüğü tespiti yapılmaktadır.<sup>247</sup> Ayırmanın taraflardan birinin zararına oluşu nesnel ölçütlerle belirlenmelidir. Ayrıca sözleşme kurulduğu anda sözleşmenin konusunu oluşturan farklı malların aynı hukuki kadere tâbi olduğu tarafların iradelerine göre sabit olmalıdır.<sup>248</sup>

Alıcı veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayrılmanın mümkün olup olmadığı konusunda bazı ölçütler yardımcı olabilir. Mallar fiziksel ve ekonomik olarak bağımsız olduğu için farklı alıcılara farklı kısımların teslimi mümkünse ayrılmanın mümkün olduğu söylenebilir. Ancak örneğin

242 Gümüş'e göre gizli ayıplar için getirilen hemen ihbarda bulunma külfeti de uygun süreye yakın bir süre olarak anlaşılmalıdır. **Gümüş**, Borçlar, s. 103.

243 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 355 vd. ; **Gümüş**, Borçlar, s. 99-103.

244 **Huguenin**, N. 2631a; **Gümüş**, s. 136.

245 **Gümüş**, Borçlar, s. 77.

246 **Gümüş**, Borçlar, s. 78.

247 **Müller-Chen/Huguenin**, OR 209, N. 2.

248 **Giger**, Art.209, N. 10.

malların toplamının değeri, ayrı ayrı değerlerinin toplamından fazla ise ayrılmanın mümkün olduğundan bahsedilemez. Örneğin yemek takımı satışında veya birkaç ciltten oluşan eserlerin satışında bu malların ayrılabilir olmadığı söylenebilir.<sup>249</sup> Keza eğitim verilerek birbiriyle eşleştirilmiş iki attan veya köpekten birinin ayıplı olması halinde tüm sözleşmeden dönmek mümkündür.<sup>250</sup> Bir çift koşum atı, bir giysinin çeşitli kısımları da böyledir.<sup>251</sup> Alıcıdan, ayıplı kısımdan ayrılması beklenemiyorsa yine yalnızca tüm satıştan dönme mümkündür.<sup>252</sup> Örneğin ucuz seri üretim mallar bakımından bu söylenebilir.<sup>253</sup>

Bu düzenleme ile birden çok mal satışında bazı malların ayıplı olması hali, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamına alınmış olmakla, eksik ifadan ayrılmaktadır.<sup>254</sup>

Art arda teslimli satışlara gelindiğinde, bu durumda teslim borçlarından biri hakkında satıcının temerrüde düşmüş olması henüz muaccel olmamış diğer teslim borçları açısından temerrüde düşülmesi sonucunu doğurmaz.<sup>255</sup> Alıcı temerrüt halinde kullanacağı haklarını bu teslim borcuna etki edecek şekilde kullanır. Böylece alıcı ancak kısmi dönme hakkına sahiptir.<sup>256</sup> Federal Mahkeme'nin içtihadına göre bir teslimdeki temerrüdün gelecek teslimlerin zamanında veya hiç yapılmayacağı yönünde ciddi bir kanaat oluşturması halinde alıcı haklarını tüm sözleşmeye ilişkin olarak da kullanabilir.<sup>257</sup> Bu kabul teslim borçlarından birinin ayıplı olması halinde de geçerlidir. Bir teslim borcunda ayıp bulunması halinde dönme hakkı yalnızca bu kısım için kullanılabilir. Ancak durumdan, takip eden teslimlerin ayıplı yapılacağı veya sonraki teslimlerin gereği gibi yerine getirilmesinin imkânsız olduğu sonucu çıkarılıyorsa tüm sözleşmeden dönmek mümkündür.<sup>258</sup> Böyle bir durumun bulunmaması halinde alıcı seçimlik haklarını ancak ayıplı teslim edilen kısım bakımından kullanabilir.<sup>259</sup>

## SONUÇ

Roma hukuku, *ius commune* ve *Pandekt* öğretisinin mirasını devralan 20. yüzyılın büyük kodifikasyonları – bu çalışma açısından İsviçre/Türk hukukları ve 2002 Reformu öncesi Alman hukuku – dogmatik olarak birbirinden ayrılmış ifa engellerini içermenin yanı sıra genel hükümler ile satım hukukuna ilişkin özel sorumluluk rejimi arasında kalın bir çizgi çizmişlerdir. Bunun karşısında CISG ve onu takip eden Alman hukukundaki 2002 Reformu, dogmatik olarak ayrılan ifa

249 Müller-Chen/Huguenin, OR 209, N. 2.

250 Eren, Özel, s. 134.

251 Giger, Art. 209, N. 10.

252 Müller-Chen/Huguenin, OR 209, N. 2.

253 Giger, Art.209, N. 11.

254 Müller-Chen/Huguenin, OR 209, N. 7.

255 Kuntalp, Erden: *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968 s. 77.

256 Kuntalp, s. 79, 80.

257 Kuntalp'e göre, bunun yanında bir teslim borcunun yerine getirilmemesi halinde gelecekteki teslimlerin de alıcı için faydasız kalacağı durumda da, alıcıya tüm sözleşme bakımından haklarının tanınması yerinde olacaktır. Kuntalp, s. 99.

258 Giger, Art. 209, N. 14.

259 Kuntalp, s. 141.

engelleri yerine yeknesak bir ihlal olgusu üzerine sözleşmesel sorumluluk sistemlerini inşa etmeyi seçmişlerdir. Bu çerçevede, dogmatik ayrımlara bağlı kalan yaklaşım ile yeknesak ihlal olgusu benimseyen yaklaşım olmak üzere iki büyük blok arasında ayırım yapılabilir.

CISG ve BGB'nin aralarında olduğu blok eksik ifayı sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıplı ifa ile eş tutmakta; bu yolla kusur, zamanaşımı, alıcının külfetleri başta olmak üzere bir dizi sorunla ilgili ikiliği gidermiş olmaktadır. Gerçekten de CISG'de eksik ifanın da, sözleşmeye uygun olmayan ifa biçimi olarak kabul edilmesiyle birlikte geleneksel hukukların aksine gereği gibi ifa etmeme ile kısmen ifa arasındaki ikilik büyük ölçüde giderilmiş olmaktadır. Böylece satıcı ister malları gerekli niteliklileri haiz olmayan biçimde teslim etmiş olsun, ister yalnızca miktar bakımından eksik teslim etmiş olsun; alıcı her durumda muayene ve ihbar külfetini yerine getirmek zorundadır. Keza Alman hukukunda, 2002 Reformu'ndan bu yana eksik ifa ayıp olarak ele alındığından, satım hukukuna özgü tekeffül hükümleri eksik ifa halinde de uygulama alanı bulmaktadır. Ayıp ve eksik ifa aynı çerçevede incelendiğinden kusurun rolü ve zamanaşımı konularında ikilik tamamen ortadan kalkmış görünmektedir.

Diğer blokta yer alan İsviçre/Türk hukuklarında ise Roma hukukundan gelen genel hükümler – özel hükümler ikiliğini eksik ifa bakımından da geçerlidir. Bu hukuklarda miktar bakımından sapmalardan bazıları kısmen ifa olarak değerlendirilip salt genel hükümlerdeki temerrüde ilişkin hükümlerle yaptırıma bağlanırken; kimi miktar bakımından sapmalar da ayıp olarak ele alınarak tekeffül düzenlemelerinin uygulanması sağlanmaktadır. Bu ikilik; kusurun tazminattaki rolü, zamanaşımı, alıcının külfetleri başta olmak üzere bir dizi alanda ayrışan sonuçlara yol açmaktadır.

Eksik ifa konusunda iki blok arasında karşılaşılan bu ayırım, bir taraftan da ifa engelleri bakımından dogmatik ayrımları takip eden hukuk düzenleri ile yeknesak bir ihlal olgusunu benimseyen modern düzenlemeler arasındaki ikiliğin uzantısı sayılabilir.

Fakat bu iki blok arasındaki teorik bakımdan çizilen çizginin yeterince keskin olup olmadığı da incelenmesi gereken bir problemdir. Bu açıdan iki bloğun götürdüğü somut sonuçların birbirinden ne denli ayrıştığı sorunu gündeme gelmektedir.

Her ne kadar CISG ve Alman hukukunda geniş bir sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıp kavramı çerçevesinde tüm eksik ifa halleri aynı şekilde nitelense de bazı eksik ifa hallerine bağlanan hukuki çareler ve hukuki çarelere başvurma koşulları, diğer eksik ifa hallerinden ayrılmaktadır. Örneğin CISG bakımından kimi miktar bakımından sapmalar Antlaşmanın 51. maddesi çerçevesinde değerlendirilip teslim etmemeye has bir dönme olanağına vücut verirken, kimi miktar bakımından sapmalar sözleşmeye uygun olmayan teslim gibi değerlendirilerek bu hukuki çareden mahrum bırakılmaktadır. İlk durumda satıcının malları tayin edilen süre içinde teslim etmemesi halinde dönme hakkının da alıcıya tanındığı gözlenirken, ikinci halde bu imkân mevcut değildir. Keza örneğin Alman hukukunda, ayıp olarak değerlendirilen bir eksiklik halinde sözleşmenin tamamından dönmek için ihlalin ciddi olması yeterliyken, salt eksik ifa halinde sözleşmenin tamamından dönmek için bir de alıcının ifa edilen kısımda menfaatinin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır.

Yeknesak aykırılık olgusunu benimseyen bu düzenlemelerde yapılan ayırım, İsviçre/Türk hukukunda eksik ifanın özel hükümlere mi yoksa genel hükümlere mi yerleştirileceği konusunda kullanılan ölçütlerle de somut olarak benzerlikler göstermektedir. CISG'de bölünebilirlik, eksik ifadan bahsedilebilmesi için konulan ölçüttür. Bu ölçütün uygulanmasında makul bir çaba ile ayrılabilme, fiziksel ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız olma, birden fazla müşteriye tesliminin kendiliğinden mümkün olması, fonksiyonel olarak birbirlerine ait olmama ve genel standartlara göre bir bütün teşkil etmeme gibi alt ölçütler gündeme gelmektedir. Keza Alman hukukunda eksik ifa için, ifanın parçalara ayrılabilmesi ölçütünün taraf iradeleri, sözleşmenin amacı ve işlevsel olarak birbirine bağlı bulunmama, bölümlerin aynı kadere tâbi kılınıp kılınmaması gibi mülhazalarla desteklendiği görülür. Bu bakımdan gerek CISG gerekse BGB bakımından bir bütün teşkil eden bir malın, sözgelimi otomobilin, eksik ifası mümkün kabul edilmez.

İsviçre/Türk hukukunda da eksik ifa – ayıp ayırımında kimi zaman açıkça bölünebilirlikten bahsedilirken, kimi zaman da çeşit-parça borcu ayırımı ya da misli-misli olmayan eşya ayırımının devreye sokulduğu görülmektedir. Ne var ki somut olarak bahsedilen düzenlemeler birçok örnekte benzer sonuçlara götürmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi satıcının alıcıya bir soğutma tezgâhının uzunluğunu yanlış bildirdiği durumda ayıptan bahsedilip özel hükümlerin uygulanacağına hükmederken; CISG açısından da benzer şekilde 45 metre yüksekliğindeki vincin yerine 38 metre yüksekliğindeki vincin teslim edilmesi halinde bölünebilirlik ölçütünün bulunmadığından hareketle 51. maddenin uygulanma şartlarının oluşmadığı belirtilmektedir. Keza CISG'de bir gemiye yüklenmiş yağ yükünün veya bir gemiye yüklenmiş ve ayrı çuvallara konulmamış tahıl yükünün bölünebilir olmadığı ifade edilirken; İsviçre öğretisinde de benzer biçimde toptan satılan bir kamyon dolusu malın gereken sayı veya büyüklükte olmadığı durumda salt eksik ifanın değil bir ayıbın söz konusu olduğu belirtilmektedir. Yine CISG'de satım sözleşmesinin konusunu oluşturan tek bir parçanın veya birden çok parçadan her birinin miktar veya ağırlık gibi ölçüler bakımından eksik olması halinde bölünebilirlik ölçütünün sağlanmadığından bahsedilirken; İsviçre öğretisinde de paketlenmiş malların gerektiğinden hafif olması halinde niteliği etkileyen nicelikten bahsedilerek özel hükümlere yollama yapılmaktadır. Açıkça belirtilmese de bu ayırım her iki blokta da edimin bölünebilirliği koşuluna bağlanmış görünmektedir. Böylece, salt eksik ifa ile sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıplı ifa arasında ayırım yapılırken her iki blokta da işletilen ölçüt bölünebilirliktir.

Eksik ifanın sonuçlarına gelindiğinde ise, sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıplı ifa olarak nitelendirilemeyen salt eksiklik halinde CISG'de md. 51'in varlığı alıcının kullanacağı imkânları, sözgelimi dönme hakkının kullanımını, kural olarak yalnızca teslim edilmeyen kısım sınırlamaktadır. Şayet CISG anlamında bir eksik ifadan bahsedilebilirse, bu durumda alıcı, diğer sözleşmeye uygun olmayan ifa etmeme hallerinden farklı olarak dönme hakkını yalnızca teslim edilmeyen kısım bakımından kullanacaktır. Benzer şekilde Alman hukukunda, en azından savunulan bir görüşe göre, özel hükümlerin yollama yaptığı genel hükümlerdeki kısmen ifaya ilişkin hükümler gereği kural olarak sözleşmeden yalnızca kısmen dönebilecektir. Aynı biçimde İsviçre/Türk hukukuna bakıldığında ayıp olarak nitelendirilmeyen bir eksik ifa halinin, genel hükümlerdeki kısmi temerrüt hükümlerine tâbi tutulduğu, böylece alıcıya, ifa için süre verdikten sonra kısmen

sözleşmeden dönme imkânı sağlandığı görülmektedir. Böylece salt eksik ifa durumunda, her iki blokta da kural olarak sözleşmeden yalnızca kısmen dönülebilir.

Teslim edilen malların kısmen ayıplı çıkması konusuna gelindiğinde; CISG'de alıcının ancak esaslı bir ihlal halinde sözleşmeye uygun olmayan biçimde teslim edilen kısım bakımından dönebileceği kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, eksik ifada olduğunun aksine satıcıya teslim için süre verdikten sonra dönme imkânı bu halde tanınmış değildir. Böylece CISG kısmen sözleşmeye uygun olmayan ifa ile eksik ifa hallerini, başvurulacak hukuki çare şartları bakımından ayırmış olmaktadır. İsviçre/Türk hukukunda da kısmen ayıplı ifa, tekeffül hükümleri çerçevesinde ele alınarak, genel hükümlerde ele alınan salt eksik ifadan ayrılmakta, burada alıcıya kural olarak ayıplı kısım bakımından dönme olanağı verilmektedir. Sözleşmenin tümünden dönmek ise yine CISG'de olduğu gibi İsviçre/Türk hukukunda da istisnaidir. Bu bakımdan gerek CISG gerekse İsviçre/Türk hukuku salt eksik ifa ile kısmen ayıplı/sözleşmeye uygun olmayan ifayı iki farklı rejime bağlamış olmaktadır. Ayrıca her iki düzenlemeye göre de, kısmen ayıplı ifa halinde, eksik ifada olduğu gibi kural sözleşmeden kısmen dönmektir.

Art arda teslimli satışlar bakımından CISG'de alıcının dönme hakkı kural olarak ihlale neden olan teslimat ile sınırlandırılmaktadır. İsviçre/Türk hukukunda da alıcı benzer şekilde bir teslimde temerrüde düşülmesi veya teslim borçlarından birinin ayıplı olması halinde temerrüt hükümlerine veya tekeffül hükümlerine göre kural olarak kısmen dönme hakkına sahiptir.

Ayıp/sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak nitelendirilmeyen salt eksik ifa durumunda sözleşmenin tamamından dönme ise istisnai hallerde mümkündür. CISG bakımından bu doğrultuda verilen örneklere bakıldığında, ifa edilen kısmın alıcının menfaatleri bakımından yararsız olduğu hallerde tamamen dönmeye izin verildiği göze çarpmaktadır. Alman hukukunda da, en azından savunulan görüşlerden birine göre eksik ifa halinde alıcının tüm sözleşmeden dönmesi için § 323 V ve § 281 I uyarınca, kısmi ifada menfaati bulunmadığını ispatlaması gerekir. Keza İsviçre/Türk hukukunda alıcının tüm sözleşmeden dönebilmesi, ifa edilmiş kısımda bir objektif olarak menfaati bulunmaması halinde mümkündür. Bu doğrultuda, her iki blokta da salt eksik ifa halinde sözleşmenin tamamından dönmenin, ifa edilen kısımda alıcının menfaatinin bulunmaması şartına bağlandığı gözlenebilir.

Tazminat talebi konusuna gelindiğinde, yeknesak ihlal olgusunu benimseyen ilk blokta, bir başka deyişle gerek CISG'de gerekse BGB'de, salt eksik ifa ile diğer ayıplar arasında kusurluluk bakımından bir fark gözetilmediği görülmektedir. Her iki durumda da tazminat talebi, aynı kusurluluk ölçütlerine bağlanmıştır. Her iki halde de Alman hukuku açısından § 280 BGB uyarınca satıcının kusurlu olması tazminat talebinin önkoşuludur. Fakat yine aynı maddeye göre satıcının kusurlu olduğu karinesi getirilerek ispat yükü tersine çevrilmiştir. Karinenin çürütülmesinin ise zor olduğu belirtilmektedir. İsviçre/Türk hukukunda ise salt eksik ifa ile ayıp olarak ele alınan miktar bakımından sapma halleri arasında bir ayırım mevcuttur. Salt eksik ifa halleri bakımından uygulanan temerrüt hükümleri ile BGB'ye benzer şekilde bir kusur karinesi getirilmişken, ayıp olarak nitelendirilebilen eksik ifa hallerinde dönme sonucu talep edilen doğrudan zararlar için kusurdan bağımsız bir sorumluluk öngörülmüştür. Ancak temerrüt hükümlerindeki kusur karinesinin çürütülmesi için gereken kurtuluş

kanıtı bakımından ölçütün oldukça yüksek tutulması karşısında, buradaki kusur ölçütü de satıcı aleyhine katılmaktadır. Öyle ki kurtuluş kanıtı için akla ilk gelen etmenler fevkalade hal, mücbir sebep gibi hallerdir. Böylece buradaki kusur sorumluluğunun, sıradan bir kusur sorumluluğundan daha sıkı tutulduğu gözden kaçırılmamalıdır. Yalnızca istisnai hallerde çürütülebilen genel hükümlerdeki bu kusur karinesi, tekeffül hükümlerindeki kusurdan bağımsız sorumluluk rejimine yaklaşmaktadır. Garanti sorumluluğunun benimsendiği CISG'de de sorumluluktan kurtulma konusunda md. 79'da borçlunun hâkimiyet alanı dışında bir etkenin varlığı şart koşulmaktadır. Üstelik ispat yükü, tıpkı İsviçre/Türk hukukları ve Alman hukukunda olduğu gibi borçlunun üzerindedir. Bir başka deyişle CISG bakımından da sıkı bir sorumluluk rejiminin bulunduğu söylenebilir. Böylece her iki bloğun da, kimi zaman kusurdan bağımsız bir sorumluluk rejimi ile kimi zaman da çürütmenin zor olduğu bir kusur karinesi ile sıkı birer sorumluluk rejimi benimsediği gözlenmektedir.

Muayene ve ihbar külfeti konusunda CISG ve BGB'de eksik ifanın da bir ayıp olarak ele alınması sonucu bu külfetlerin devam ettiği düzenlenmektedir. İsviçre/Türk hukukunda ise yine salt eksik ifa ile ayıp olarak nitelendirilen eksik ifa arasında bir ayırım mevcuttur. Ayıp halinde bu külfetler geçerliken, ayıp olarak nitelendirilemeyen bir eksik ifa halinde yalnızca genel hükümlere başvurulacağından özel hükümlerdeki bu külfetlerin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu bakımdan iki yaklaşım belirgin biçimde ayrılmaktadır. Benzer ayrışma zamanaşımı konusunda da gözlenir. İsviçre/Türk hukukunda ayıp olarak nitelendirilen bir eksik ifa halinde özel hükümler gereğince tekeffül sorumluluğundaki kısa zamanaşımı devreye girer. Oysa ayıbın söz konusu olmadığı durumda genel hükümlerdeki uzun zamanaşımı uygulanacaktır. CISG ve Alman hukuklarında ise ayıp ve eksik ifanın eşitlenmesi sonucu yeknesak bir zamanaşımı süresi tüm taleplere yayılmaktadır. Bu bakımdan bir blokta zamanaşımı bakımından ikilik göze çarparken, diğer blokta yeknesaklık söz konusudur. Ne var ki TBK md. 227 ile getirilen hükme göre açıkça tazminat talebi için genel hükümlere gönderme yapıldığından, en azından bir görüşe göre burada muayene-ihbar külfetleri ve kısa zamanaşımından bahsetme olanağı ortadan kalkmaktadır. Böylece ayıp olarak nitelendirilen eksik ifa ile salt eksik ifa arasında en azından tazminat talebi bakımından mevcut ayrışmanın bir nebze silikleştiği de gözden kaçırılmamalıdır.

Teorik altyapıları bakımından CISG ve ondan etkilenen Alman hukuku ile İsviçre/Türk hukukları yeknesak ihlal olgusu benimseme konusunda iki karşıt kutbu temsil etmektedir. Bir tarafta İsviçre/Türk hukuku dogmatik ifa engelleri ayırımına bağlı kalıp genel hükümler-özel hükümler ayırımını keskin biçimde uygularken; öteki kutupta CISG ve Alman hukukunun yeknesak bir ihlal olgusundan yana olduğu ve dogmatik ayırımları tamamen ya da kısmen terk ettiği, üstelik Alman hukukunda genel hükümler – özel hükümler ikiliğinin büyük ölçüde kaldırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu iki kutuptan ilki eksik ifayı kimi zaman genel hükümler kimi zaman da özel hükümler çerçevesinde incelemektedir. Diğer kutupta ise geniş bir sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıp kavramı bünyesinde tüm eksik ifa halleri aynı şekilde nitelenmektedir. Fakat somut sonuçlar dikkate alındığında, eksik ifaya bağlanan sonuçlar konusunda CISG ve Alman hukuku da, İsviçre/Türk hukukundakine benzer ayırımları işletir görünmektedir. Üstelik bu ayırımıda kullanılan ölçütler de somut olarak büyük benzerlikler göstermektedir. Bu doğrultuda, teorik altyapıları bakımından iki zıt kutbu temsil eden bu blokların somut sonuçlar bağlamında, ilk bakışta görünenen daha az farklılık içerdiği söylenebilir.

## Kısaltmalar

Art.	: <i>Artikel</i>
aş.	: <i>aşağıda</i>
BGB	: <i>Das Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGE	: <i>Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes</i>
BGH	: <i>Bundesgerichtshof</i>
BK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
bkz.	: <i>bakınız</i>
C.	: <i>Cilt</i>
CC	: <i>Code civil des Français</i>
CISG	: <i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
Çev.	: <i>Çeviren</i>
dn.	: <i>dipnot</i>
ed.	: <i>editör</i>
İÜHFİM	: <i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası</i>
md.	: <i>madde</i>
N.	: <i>Kenar Numarası</i>
OR	: <i>Das Schweizerische Obligationenrecht</i>
p.	: <i>paragraf</i>
PECL	: <i>Principles of European Contract Law</i>
PICC	: <i>Principles of International Commercial Contracts</i>
Rn	: <i>Randnummer</i>
s.	: <i>sayfa</i>
S.	: <i>Sayı</i>
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: <i>ve devamı</i>
yuk.	: <i>yukarıda</i>
ZGB	: <i>Das Schweizerische Zivilgesetzbuch</i>

## KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can:** *Impossibility in Modern Private Law – A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*, Springer Verlag, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2014.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (10. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Aral, Fahrettin:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (7. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Atamer, Yeşim M.:** “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemmatize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik” *Rona Serozan’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 217-260. (Kısaltma: Atamer, İfa Engelleri)



- Atamer, Yeşim M.:** “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, *Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (ed. Atamer, Yeşim M.), XII Levha Yayınları 2012, s. 221-265.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan:** *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (3. Baskı)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman:** *BGB §§ 1-480 Kommentar 4. Auflage*, C.H. Beck 2019. (Kısaltma: Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Katkıda Bulunan)
- Basedow, Jürgen:** “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, 25 *International Review of Law and Economics* (September 2005) s. 487-500.
- Beale, Hugh/Hartkamp, Arthur/Kötz, Hein/Tallon, Denis:** *Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012.
- Berger, Bernhard:** *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli, Bern 2008.
- Brunner, Christoph:** *Stämpflis Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG*, Stämpfli Verlag AG Bern 2004.
- Bucher, Eugen:** *Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988. (Kısaltma: Bucher, Allgemeiner)
- Bucher, Eugen:** *Obligationenrecht Besonderer Teil (3., erweiterte Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988. (Kısaltma: Bucher, Besonderer)
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner:** *Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1 3. Auflage §§ 241-610*. (Kısaltma: Dauner-Lieb/Langen/Katkıda Bulunan)
- Demirbaş, Feride:** *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Doğan, Gülmelahat:** “Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, *TBB Dergisi* 2014 (111), s. 9-36.
- Emiroğlu, Haluk:** “Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:2 Sayı:2 Yıl 2011 s. 99-119.
- Emmerich, Volker:** *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, München 2005.
- Erdem, Ercüment:** “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, *BATİDER*, C. 54, S. 3, 1992, s. 35-105.
- Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015. (Kısaltma: Eren, Genel)
- Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (Kısaltma: Eren, Özel)
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas:** *Schuldrecht (Zehnte Auflage)*, De Gruyter Recht, Berlin 2006.
- Furrer, Andreas/Wey, Rainer:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen 3. Auflage Art. 1-183 OR*, Schulthess Zurich Basel Genf 2016.
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Emmenegger. Susan:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil Band II (9. Auflage)*. Schulthess, Zürich Basel Genf 2008.
- Giger, Hans:** *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch – Die Schenkung 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf Artikel 184-2015 OR (Zweite, unveränderte Auflage)*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1980.
- Grunewald, Barbara:** *Erman BGB 15. Auflage Band I*, Ottoschmidt 2017.
- Gümüş, Alper:** “Kısmi İfa”, *Prof.Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003. (Kısaltma: Gümüş, Kısmi İfa)
- Gümüş, Alper:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I (3. Baskı)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. (Kısaltma: Gümüş, Borçlar)

- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang:** *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015. (Kısaltma: Honsell/Vogt/Wiegand/Katkıda Bulunan)
- Honsell, Heinrich:** *Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010. (Kısaltma: Honsell/Katkıda Bulunan, UN-Kaufrecht)
- Honsell, Heinrich:** *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (8. Aufl.)*, Stämpfli Verlag, Bern 2006. (Kısaltma: Honsell, Obligationenrecht)
- Huber, Peter/Mullis, Alastair:** *The CISG A New Textbook For Students And Practitioners*, Sellier. European Law Publishers 2007.
- Huber, Peter:** “Comparative Sales Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law* Ed. Reimann, Mathias/ Zimmermann, Reinhard, Oxford University Press, 2006, s. 938-966.
- Huber, Ulrich:** *Leistungsstörungen (Band I)*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Huguenin, Claire:** *Obligationenrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil (2. Auflage)*, Schulhess, Zürich Base Genf 2014,
- Kee, Christopher:** “Remedies for breach of contract where only part of the contract has been performed: Comparison between provisions of the CISG (Articles 51 and 73) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (ed. Felemegas, John), Cambridge University Press, New York 2007, s. 415-419.
- Köroğlu, Belin:** “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII Yıl: 2013 S: 1 – 2*, s. 775-804.
- Kuntalp, Erden:** *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- Lorenz, Stephan:** “Die Rechte des Käufers bei Teillieferungen, teilweiser Mangelhaftigkeit und „unerheblichen“ Sachmängeln”, *DAR 9/2007* s. 506-509.
- Magnus, Ulrich:** “Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation, and Preservation” *International Sales Law a Global Challenge*, (ed. DiMatteo, Larry A.), Cambridge University Press, New York 2014, s. 257-285.
- Markesin, Basil S./ Unberath, Hannes/ Johnston, Angus:** *The German Law of Contract – A Comparative Treatise Second Edition*, Hart Publishing, Oregon 2006,
- Müller-Chen, Markus/Huguenin, Claire:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schnkung, Miete, Leihe (Art. 184 – 318 OR) 3. Auflage*, Schulhess Zurich Basel Genf 2016.
- Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul 2011.
- Öz, Turgut:** *Milletlerarası al Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Özdemir, Hayrunnisa:** *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Palandt, Otto:** *Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage*, C.H. Beck, München 2008. (Kısaltma: Palandt/Katkıda Bulunan, 67. Auflage).
- Palandt, Otto:** *Bürgerliches Gesetzbuch 78. Auflage*, C.H. Beck, München 2019. (Kısaltma: Palandt/Katkıda Bulunan, 78. Auflage)
- Rado, Türkan:** *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

- Ranieri, Filippo:** *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien* (3. Aufl.), Springer Vienna 2009.
- Reisoğlu, Safa:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Schlechtriem, Peter/Butler, Petra:** *UN Law on International Sales*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009.
- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schwenzer, Ingeborg:** *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (ed. Schwenzer, Ingeborg/Çağlayan Aksoy, Pınar), XII Levha Yayınları, İstanbul 2015. (Kısaltma: Schlechtriem/Schwenzer/Katkıda Bulunan)
- Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert/Krauskopf, Frédéric:** *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (2. Auflage), Schulthess Zürich Base Genf 2016.
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard:** *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241-304* Mohr Siebeck, Tübingen 2007. (Kısaltma: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann/Katkıda Bulunan, Band II)
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard:** *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht. Besonderer Teil. 1. Teilband §§ 433-656*, Mohr Siebeck Tübingen 2013. (Kısaltma: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann/Katkıda Bulunan, Band III)
- Schönle, Herbert/Higi, Peter:** *Obligationenrecht Teilband V 2a Kauf und Schenkung Zweite Lieferung Art. 192-204 OR*, Schulthess Juristische Medien AG Zürich 2005.
- Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher:** *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press 2012.
- Schwenzer, Ingeborg:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil* (5. Auflage), Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- Serozan, Rona:** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (3. Cilt), Filiz Kitabevi İstanbul 2009. (Kısaltma: Serozan, Borçlar Genel)
- Serozan, Rona:** “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)” *İÜHFİM 2000, Cilt LVIII*, s. 231-248. (Serozan, Alman)
- Serozan, Rona:** *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (2. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2006. (Kısaltma: Serozan, Borçlar Özel)
- Sert Canpolat, Selin:** *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Staudinger, Julius von:** *Staudinger BGB §§ 433-480 Kaufrecht*, Sellier-de Gruyter 2014. (Kısaltma: Staudinger/ Katkıda Bulunan, BGB §§433-480 Kaufrecht)
- Staudinger, Julius von/Magnus, Ulrich:** *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht CISG, Neubearbeitung*, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005. (Kısaltma: Staudinger/Magnus)
- Staudinger, Julius von:** *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier de Gruyter, Berlin 2008. (Kısaltma: Staudinger/Katkıda Bulunan, Eckpfeiler)
- Tandoğan, Haluk:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1985. (Kısaltma: Tandoğan, Özel)
- Tandoğan, Haluk:** *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Kısaltma: Tandoğan, Mesuliyet)
- Tunçomağ, Kenan:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II* (3. Baskı), Sermet Matbaası, İstanbul 1977.
- UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York 2016.

- Vogg, Dominic-Alexander Peter:** *Die Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG, der Principles und des DCFR im Vergleich*, Hamburg 2011.
- Weber, Rolf H.:** *Berner Kommentar Band VI 1. Abteilung 5. Teilband Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR*, Stämpfli Verlag AG Bern 2000.
- Westermann, Harm Peter:** *Münchener Kommentar BGB Schuldrecht Besonderer Teil I 8. Auflage §§ 433-534*, C.H. Beck 2019. (Kısaltma: Westermann in: MünchKomm)
- Wullschleger, Paola:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen 3. Auflage Art 1-183 OR*, Schulthess Zurich Basel Genf 2016.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (13. Baskı)*, Beta İstanbul 2014.
- Yavuz, Cevdet:** *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 1989.
- Yücer Aktürk, İpek:** “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi* 2015/1, 211-238.
- Zimmermann, Reinhard:** *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996. (Kısaltma: Zimmermann, Roman)
- Zimmermann, Reinhard:** *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford 2005. (Kısaltma: Zimmermann, German)
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein:** *Introduction to Comparative Law. (3. ed)*, Çev: Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1998.

## Tüketici Hakem Heyetlerinde İtirazın İptali Davası Sorunu ve 7063 Sayılı Kanun Sonrasında Verilen Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

### The Problem of Action for Annulment of Objection in Arbitration Committee For Consumer and Evulation of Judicial Decisions Given After the Law No 7063

Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL\* 

#### Öz

7063 sayılı Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 68. maddesinde yapılan değişikliğe göre taraflar; tüketici hakem heyetlerine başvurmadan doğrudan ilamsız takip yoluna başvurabilirler. Bu değişiklik ile tüketici hakem heyetinin görevine giren uyuşmazlıklarla ilgili ilamsız takip yapılamayacağı yönündeki yargı kararları bertaraf edilmişse de itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceği noktasındaki tartışmalar ortadan kaldırılamamış aksine yeni bir uygulama doğmuştur. İşte bu çalışmada itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceği incelenmiş ve 7063 sayılı Kanun değişikliğinden sonra verilen yargı kararları değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler :** Tüketici Hakem Heyetleri, İtirazın İptali Davası, İcra Tazminatı.

#### Abstract

Article 68 of Consumer Protection Law no. 6502 has been amended by the law no. 7063. According to this, the parties may apply directly to enforcement proceedings without judgement without applying to Arbitration Committee for Consumer. This amendment did not eliminate discussions over the action for annulment of objection in Arbitration Committee for Consumer. On the contrary it has been caused new judicial decisions. In this article, it has been examined whether the action for annulment of objection can be claimed in Arbitration Committee for Consumer. And judicial decisions that given after the amendment of Law no. 7063 has been evaluated.

**Keywords :** Arbitration Committee for Consumer, Action for Annulment of Objection, Enforcement Compensation.

\* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı / Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: nagihan.tandogan@marmara.edu.tr,

## I. GİRİŞ

Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği, hakem heyetlerinin görev alanına giren bir uyuşmazlıkla ilgili ilamsız takip yapılıp yapılamayacağı, icra hukukuna özgü davaların bu heyetlerde görülüp görülmeyeceği doktrinde ve Yargıtay kararlarında da bir çok defa ele alınmıştır. Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşlerin benimsenmesi sonucunda itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülmeyeceği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

2017 tarihli ve 7063 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce tüketici hakem heyetleri ile ilgili tartışılan hususlardan biri de bu heyetlerin görev alanına giren bir uyuşmazlık konusu alacak için ilamsız icra takibi yapılıp yapılamayacağıydı. İcra hukukuna özgü davaların, bu bağlamda itirazın iptali davasının, tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülmeyeceği ise bu konuyla bağlantılı olarak tartışılmaktaydı. Zira Yargıtay'ın tüketici hakem heyetlerinin görevine giren bir uyuşmazlıkla ilgili ilamsız takip yapılamayacağı yönündeki kararlarının gerekçelerinden biri de tüketici hakem heyetlerinde itirazın iptali davalarının görülmeyeceğini kabul etmiş olmasıydı ve doktrinde bazı yazarlarca bu kararlar eleştirilmekteydi. Yargıtay'ın hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bu kararının bertaraf edilebilmesi için 06.12.2017 tarihli ve 7063 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6502 sayılı Kanun'un 68. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiş ve tüketici hakem heyetine başvurulması zorunlu olan uyuşmazlıklar için tarafların İcra İflas Kanunu'ndaki haklarının saklı kalacağı ifade edilmiştir. Bu değişiklik, ilamsız takip yapılamayacağı yönündeki yargı kararlarını bertaraf etmişse de itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülmeyeceği noktasındaki tartışmaları ortadan kaldırmamış aksine yeni bir uygulama doğurmuştur. Nitekim 7063 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası Yargıtay ve bazı bölge adliye mahkemeleri; tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren uyuşmazlıklar için doğrudan ilamsız icra takibi yapılabileceğini kabul etmiş ancak ödeme emrine itiraz üzerine açılacak itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetleri yerine tüketici mahkemelerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bu çalışmanın konusu itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülmeyeceğidir. Ancak bu konu 7063 sayılı Kanun öncesinde de faatle ele alındığından ve o tartışmalara farklı bir temel eklenemeyeceğinden dolayı incelememiz, daha çok 7063 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası verilen kararlar ve yeni uygulama üzerinden şekillendirilmiştir. Bu bağlamda çalışmamızda sırasıyla; tüketici hakem heyetleri, itirazın iptali davası ve icra tazminatının hukuki niteliği incelenecek, itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülmeyeceği tartışılacak ve son olarak 7063 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası verilen yargı kararları değerlendirilecektir.

## II. TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere tüketici uyuşmazlıklarında görevli mahkeme veya merciin belirlenebilmesi için 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da uyuşmazlığın tarafları<sup>2</sup>, bu bağlamda

2 Doktrinde tüketici mahkemelerinin görevi konu bakımından, miktar bakımından ve tüketici hakem heyeti kararlarına

tarafların amacı<sup>3</sup> ve uyuşmazlığın miktarı bakımından çeşitli kriterler öngörülmüştür. Buna göre tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalarla ilgili uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir (TKHK m.73/1). Ancak 6502 sayılı Kanun'un "Tüketici Kuruluşları" başlıklı kısmının ikinci bölümünde tüketici hakem heyetleri düzenlenmiştir<sup>4</sup>. Buna göre değeri parayla ölçülebilen ve altı bin Türk lirasının<sup>5</sup> (2019 yılı için 8.480 TL)<sup>6</sup> altında bulunan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetine başvurulması zorunludur; yani bu miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici mahkemelerine gidilemez (TKHK m.68/1). Yine bu miktarı aşan uyuşmazlıklar bakımından da tüketici hakem heyetlerine başvurulamaz, tüketici mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir<sup>7</sup>.

Tüketici hakem heyetleri ile ilgili hukuki değerlendirmelerde bulunabilmek için öncelikle bu heyetlerin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun döneminden beri doktrinde tartışmalıdır. 6502 sayılı Kanun ile birlikte 4077 sayılı Kanun'da bulunan ve tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliğinin belirlenmesini zorlaştıran hükümler kısmen bertaraf edilmişse<sup>8</sup> de hukuki nitelik tartışmalarına tamamıyla son verilememiştir. Dolayısıyla bu başlık altında öncelikle tüketici hakem heyetlerinin niteliği hakkındaki görüşler ele alınmalıdır. Bu bağlamda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. İlk

karşı itiraz bakımından olmak üzere üçlü bir ayırma tabi tutulmuştur (**Topuz**, s.37-38). Zira 6502 sayılı Kanun m.73/1'de tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalarda tüketici mahkemelerinin görevli olacağı düzenlenmiş yine aynı Kanun'un 68. maddesinin birinci fıkrasında belirli parasal sınırların altında kalan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetlerine başvurulması zorunluluğu getirilmiştir. 6502 sy. Kanun'da tüketici işleminin tanımı yapılsa da tüketiciye yönelik uygulama kavramının tanımı yapılmamış sadece Kanun'un uygulama kapsamının belirlendiği 2. maddesinin gerekçesinde bu uygulamaların neyi ifade ettiği belirtilmiştir (**Topuz**, s.67-68). Ancak tüketici işleminin tanımında ve tüketiciye yönelik uygulamalardan ne anlaşılması gerektiğini ifade eden söz konusu madde gerekçesinde bu kavramlar, konu itibarıyla bir sınırlamaya tabi tutulmamış tarafların sıfatı üzerinden hareket edilmiştir. Buna göre tarafların tüketici ve girişimcinin (satıcı-sağlayıcı) oluşturduğu hukuki işlemlerden veya girişimcilerin, herhangi bir hukuki işlem olmaksızın tüketicilere yönelik uygulamalarından doğan uyuşmazlıkların tüketici mahkemelerinde veya tüketici hakem heyetlerinde görülmesi gerekmektedir. Bunun yanında yine Kanun'da; tüketici işlemi olarak kabul edilen işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının bu Kanun'daki görev ve yetki hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği ifade edilmiştir (TKHK m.83/2). Dolayısıyla her ne kadar Kanun, konu bakımından bir görev sınırı getirmiş gibi görünse de tüketici işlemi ve tüketiciye yönelik uygulamalarla ilgili tanımlara baktığımızda tarafların nitelikleri üzerinden hareket edildiği görülmektedir. Ancak bu noktada önemle belirtmek gerekir ki tüketici mahkemelerinin görevinin belirlenmesinde tarafların davadaki konularının yani davacı-davalı olarak hangi tarafta yer aldıklarının bir önemi yoktur (**Budak**, s.82-83; **Topuz**, s.113; **Pekcanitez**, Tüketici Mahkemeleri, s.336). Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Topuz**, s.113 vd.

3 Ticari ve mesleki amaç kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bkz. **Topuz**, s.54 vd.

4 Tüketici hakem heyetlerinin 6502 sayılı Kanun'da yargılama başlığı yerine tüketici kuruluşları başlığı altında düzenlenmesi yerinde olmamıştır (**Atalı**, s.402).

5 Aynı maddenin dördüncü fıkrasında maddede belirtilen parasal sınırların her takvim yılı başından itibaren geçerli olmak üzere, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağı belirtilmiştir.

6 RG. 26.12.2018 T. 30637 S.

7 4077 sayılı eTKHK'da ise kanunda belirlenen parasal sınırın üzerindeki uyuşmazlıklar için ihtiyari olarak tüketici hakem heyetlerine başvurulabileceği ve bu uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetleri tarafından verilecek kararların tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebileceği düzenlenmişti (eTKHK m.22). Bu eski düzenlemenin, tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliğinin tespitini zorlaştırdığı ve kaldırılmasının yerinde olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. **Atalı**, s.406.

8 **Atalı**, s.407.



olarak tüketici hakem heyetlerinin organik niteliğinin yani idare organı-yargı organı (mahkeme) ayrımında nerede yer aldığı değerlendirilmeli; ikinci olarak ise yürüttüğü fonksiyon çerçevesinde hangi hukuki kuruma dahil olacağı belirlenmelidir.

## **B. YARGI ORGANI (MAHKEME) – İDARE ORGANI AYRIMINDA TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNİN NİTELİĞİ**

Bir devlette egemenliğe dayalı yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç tür yetki vardır<sup>9</sup>. Bu yetkilerin kullanılabilmesi için de her bir yetki içerisinde çeşitli organlar meydana getirilmiştir. Her bir yetkinin ve organın tanımını organik ve fonksiyonel olmak üzere iki şekilde yapılabilmekte veya bu iki kriter birleştirilerek karma bir tanıma ulaşılabilmektedir. Organik kriterde organlarla ilgili durumdan yani yapısal-şekli durumdan hareket edilmekteyken; fonksiyonel kriterde işlev, yani yürütülen fonksiyonun içeriği üzerinden bir tanım verilmektedir<sup>10</sup>. İşte konumuzun temelini oluşturan tüketici hakem heyetlerinin bu organlardan hangisi içerisinde yer aldığı ile ilgili tartışmalar yargı organı ve yürütme erkinin içinde yer alan idare organı bağlamında yapılmaktadır. Bu doğrultuda tüketici hakem heyetlerinin bir idare organı mı yargı organı mı olduğu, bu organların tanımında kullanılan kriterlere (organik-fonksiyonel) göre değiştiğinden farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Organik anlamda idare organı; devletin, yasama ve yargı organları dışında kalan kuruluşları olarak tanımlanmaktadır<sup>11</sup>. Bu şekilde yapılan bir tanımda idare organının, yargı organından ne şekilde ayrılacağı, yargı organının hangi kritere göre tanımlandığı ile ilgilidir. Fonksiyonel anlamda idare organı ise; idari işlev<sup>12</sup> üstlenen ve yerine getiren organlar olarak tanımlandığından yürütülen işlevin amacı, konusu gibi özelliklerinin, idari işlevin özelliklerini taşıması halinde bu organ idare organı kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

Benzer şekilde yargı organı da organik ve fonksiyonel kriterlere göre iki farklı şekilde tanımlanabilir. Organik anlamda yargı organı (mahkeme); hakim veya hakimlerden oluşan organ; fonksiyonel anlamda yargı organı ise yargı fonksiyonu yürüten organdır. Yargı fonksiyonu da yine her iki kritere göre farklı şekilde tanımlanabilirse de hem kamu hukuku doktrininde<sup>14</sup> hem özel hukuk doktrininde<sup>15</sup> iki kriter birleştirilmektedir<sup>16</sup>. Buna göre yargı

9 **Teziç**, s.423; **Gözler**, s.378.

10 **Gözler**, s.378, 382.

11 **Gözübüyük / Tan**, Genel Esaslar, s.17.

12 İdari işlevi, çok geniş kapsamlı olması nedeniyle doktrinde; yargı, yasama ve hükümet fonksiyonlarının yürütülmesi dışındaki kamu işleri olarak tanımlanmıştır. Bkz. **Erkut**, s.63 vd.

13 **Gözübüyük / Tan**, Genel Esaslar, s.17; Belirtmek gerekir ki idare cihazı içinde yer alan organların idari işlem dışında yargısal işlemler ve özel hukuk işlemleri yaptığı da görülmektedir (**Erkut**, s.63).

14 **Teziç**, s.470.

15 **Kuru**, Nizasız Kaza, s.10; **Tanrıver**, s.74.

16 Doktrinde iki kriterin birleştirilmesi noktasında bir uyumsuzluk bulunmamakla birlikte fonksiyonel kriterin tanımında bazı yazarlar “uyumsuzluk” ve “kesin olarak karara bağlama” kavramlarını kullanırken (**Bilge**, s.26; **Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s.67) bazı yazarlar çekışmesiz yargı işlerinin de yargı fonksiyonuna dahil edilebilmesi için bu kavramların kullanılmaması gerektiği (**Kuru**, Nizasız Kaza, s.10; **Tanrıver**, s.74) görüşündedir.

fonksiyonu; bağımsızlık ve tarafsızlık niteliklerine sahip kuruluşlarca, kanunda belirlenen yargılama usulleri çerçevesinde, objektif hukuk kurallarının somut duruma uygulanması olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Dolayısıyla böyle bir fonksiyon üstlenen organ, fonksiyonel anlamda yargı organı (mahkeme) sayılabilecektir.

Doktrinde bu farklı yaklaşımlar ve tanımlar nedeniyle geniş anlamda mahkeme ve dar anlamda mahkeme ayrımı da yapılmaktadır. Buna göre dar anlamda mahkeme, bağımsız, tarafsız ve teminatlı hakim veya hakimlerden oluşan, yargılama usullerine uyararak, objektif hukuka göre uyumsuzluk çözmekle görevli kılınmış ve Anayasa'daki yargı düzenlerinden birinin altında yer alan organ olarak tanımlanmaktadır<sup>18</sup>. Dar anlamda mahkeme tanımından hareket edildiği takdirde tahkim yargılamasında görev alan hakem mahkemelerinin mahkeme olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle doktrinde, tahkim yargılamasını da içine alacak şekilde geniş anlamda mahkeme tanımı yapılmaktadır. Geniş anlamda mahkeme, tarafsız ve bağımsız, belirli yargılama usulleri çerçevesinde, hukuki uyumsuzluklar ve hukuki taleplerle ilgili karar alabilen kurumlar olarak ifade edilebilir<sup>19</sup>.

Tüm bu belirlemelerden hareketle tüketici hakem heyetlerinin bir idare organı veya mahkeme olup olamayacağı belirlenebilir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki bugün için hem idare hem de yargı organlarının sadece organik kriterden hareket edilerek tanımlanması mantıklı olmadığı gibi yetersizdir<sup>20</sup>. Dar anlamda mahkeme tanımında her iki kriterden yararlanılmakla birlikte idare organının tanımında organik kriterden tamamen vazgeçildiği ve sadece fonksiyonel açıdan bir belirleme yapıldığını söylemek gerekir<sup>21</sup>. Dolayısıyla idari işlev yerine getirmeyen tüketici hakem heyetlerinin idari bir kuruluş olarak kabul edilmesi de mümkün değildir.

Tüketici hakem heyetlerinin yargı organı olarak kabul edilip edilmeyeceği ise dar anlamda ve geniş anlamda mahkeme ayrımına göre farklı değerlendirmelere tabi tutulabilir. Anayasa Mahkemesi'nce verilen 2007 tarihli bir karara<sup>22</sup> konu olayda; tüketici hakem heyeti tarafından yapılan iptal başvurusu, tüketici hakem heyetlerinin mahkeme olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Söz konusu karara göre *"Yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir merciin mahkeme olarak kabul edilmesi için kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyumsuzlukları ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması, görev yapan üyelerin atanmalarının, hak ve ödevlerinin, emekliye ayrılmalarının, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir. Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ise, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un değişik 22. maddesine göre, illerde*

17 Tanrıver, s.74; Erkut, s.78.

18 Tanrıver, s.77.

19 Tanrıver, s.77-78.

20 Erkut, s.61, 66.

21 Erkut, s.61.

22 AYM 31.05.2007 T. 2007/53 E. 2007/61 K. (RG 27.12.2007 T. 26739 S.).

*Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam veya görevlendireceği bir memur başkanlığında, belediye, baro, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odası ve tüketici örgütlerinden seçilerek görevlendirilecek beş kişiden oluşmaktadır. Buna göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, yargı organlarının ve mensuplarının Anayasa'da belirtilen niteliklerine sahip değildirler. Bu nedenlerle başvuran Tüketici Sorunları Hakem Heyeti "mahkeme" niteliği taşımadığından, itirazın başvuranın yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir". Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu kararda tüketici hakem heyetlerinin üstendiği fonksiyonu değerlendirmemiş ve dar anlamda mahkeme tanımını esas almıştır<sup>23</sup>.*

*Anayasa Mahkemesi 2008 tarihli bir kararında<sup>24</sup> ise; "Buna göre tüketici sorunları hakem heyetlerinin, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlenmedikleri anlaşılmaktadır. Belli değer in altındaki uyuşmazlıklar için tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olduğu ve heyetlerin vereceği kararların bağlayıcı nitelik taşıdığı belirtilmiş ise de, bu kararlara karşı on beş günlük süre içinde tüketici mahkemelerine de itiraz edilebilecektir. Tüketici sorunları hakem heyetleri yargı yetkisine sahip olmamakla birlikte yasa koyucu, bu heyetlerin vermiş olduğu kararların yerine getirilmesi için etkili bir takip yolu olan ilamli icra yolunu kabul etmiştir" diyerek tüketici hakem heyetlerinin yargı fonksiyonu yürütmediğine karar vermiştir. Doktrinde bu karar, tüketici hakem heyetlerinde yürütülen fonksiyonun açıklanmaması nedeniyle eleştirilmiş ve tüketici hakem heyetlerinin yargı işlevi yürütmediğine ilişkin tespit, dar anlamda mahkeme tanımına dayanılarak yapılan zorlama bir tespit olduğu ifade edilmiştir<sup>25</sup>.*

*Tüketici hakem heyetleri bağımsız ve tarafsız hakimlerden oluşmadığından dar anlamda mahkeme olarak kabul edilemez. Ancak tüketici hakem heyetleri, önüne gelen uyuşmazlıklar hakkında belirli bir usul çerçevesinde objektif hukuku uygulayarak haklılık durumuna göre bir karar verdiğinden<sup>26</sup> yargı fonksiyonu yerine getirmektedir<sup>27</sup>. Nitekim 6502 sayılı Kanun'da hakem heyetlerinin taraflardan bilgi ve belge talep edebileceği ve bilirkişiye başvurabileceğinin düzenlenmiş olması bu heyetlerin yargı fonksiyonu yürüttüğünü vurgulamaktadır<sup>28</sup>. Bunun dışında tüketici hakem heyetlerinde uygulanacak usule ilişkin düzenlemelerin yönetmelikle düzenlenmesi yerinde olmamakla birlikte<sup>29</sup> bu yönetmelikteki derdestlik düzenlemesine (THHY m.11/2), belirsiz olacak*

23 **Ermenek**, s.575; **Özsöker**, s.73; Taşpınar Ayyavaz'a göre Anayasa'da, mahkeme bağlamında dar ve teknik bir tanım benimsendiği için Anayasa Mahkemesi bu tanımla bağlı kalarak dar anlamda mahkeme kavramını esas almıştır. Yazar ayrıca Avrupa hukukundaki mahkeme tanımının, Anayasamızdaki mahkeme tanımından daha geniş olduğunu belirtmektedir Bkz. **Taşpınar Ayyavaz**, s.45, 50.

24 AYM 20.03.2008 T. 2006/78 E. 2008/84 K. (RG 01.07.2008 T. 26923 S.).

25 **Ermenek**, s.575.

26 Tüketici hakem heyetlerinin hukuk kuralları doğrultusunda ve haklılık durumuna göre karar vermesi gerekmektedir (**Yardım**, s.179).

27 **Ermenek**, s.588; **Özsöker**, s.74; Aksi yönde bkz. **Erişir**, s.48, 51; Erişir'e göre tüketici hakem heyetleri bağımsızlık niteliğine sahip olmadığı ve adil yargılanmaya ilişkin güvenceler sağlanmadığı için bu heyetlerin faaliyetleri yargılama olarak değerlendirilemez.

28 **Atalı**, s.410-411.

29 6502 sayılı Kanun'da tüketici hakem heyetlerinin taraflardan bilgi ve belge talep edebileceği düzenlenmişse de bu heyetlerde uygulanacak usulle ilgili diğer düzenlemeler yönetmeliğe bırakılmıştır. Belirli miktarın altındaki uyuşmazlıklar için başvurunun zorunlu olması, tüketici hakem heyetlerince verilecek kararların ilamli icraya konu olabilmesi gibi düzenlemeler göz önüne alındığında bu heyetlerde uygulanacak usulle ilgili düzenlemelerin yönetmeliğe bırakılması yerinde olmamıştır (**Budak**, s.89).

davasına benzer düzenlemeye (THHY m.22/1), yine tüketici hakem heyeti üyelerinin hakimin yasaklığına benzer şekilde toplantıya katılmayacağı hallerle ilgili düzenlemeye (THHY m.17/1) ve çözümü uzmanlık gerektiren hususlarda bilirkişiye başvurulabilmesine ilişkin düzenlemeye (THHY m.19/1) bakıldığında tüketici hakem heyetlerinde uygulanacak usulün, mahkemelerde uygulanacak yargılama usulüne göre şekillendirildiği anlaşılmaktadır.

### **C. TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİ VE BAŞVURUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ**

#### **I. Zorunlu İdari Mercii ve İdari Başvuru Görüşü**

Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği konusundaki görüşleri dört başlık altında ele alabiliriz. Bunlardan ilki tüketici hakem heyetlerinin idari bir kuruluş olduğu ve heyetlere yapılan başvurunun ise zorunlu idari başvuru olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre; Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edildiğinden tüketici hakem heyetleri yargı mercii olarak nitelendirilemez. Bunun dışında tüketici hakem heyetlerinin oluşumu – yani illerde il ticaret müdürü, ilçelerde ise kaymakam başkanlığında görev yapması – bu heyetlerin idari yapıda olduğunu doğrulamaktadır<sup>30</sup>. Bu görüş, bir yandan zorunlu tahkimin Anayasa'ya aykırı olduğunu dolayısıyla tüketici hakem heyetlerinin mahkemeye gitmeden önce başvurulması zorunlu bir idari başvuru niteliğinde olduğunu ileri sürmekteyken; bir yandan da tüketici hakem heyetlerinin zorunlu tahkim kurumu olduğunu belirttiğinden doktrinde, çelişkili olduğu ifade edilmiş ve haklı olarak eleştirilmiştir<sup>31</sup>.

İdari dava açılmadan önce kanun gereği – bazı hallerde ihtiyari bazı hallerde zorunlu olarak – idari mercilere başvurulması öngörülmüş olabilir<sup>32</sup>. Bunlara zorunlu veya ihtiyari idari başvuru denilmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere her şeyden önce idari başvurunun konusu aynı zamanda bir idari davanın<sup>33</sup> konusunu oluşturacak nitelikte olmalıdır. Bir başka deyişle idari başvuruların konusu, idari davaların temelinde yer alan idari işlemlere, idari eylemlere veya idari sözleşmelere ilişkin talepler olmalıdır. Zira idari bir makama yapılırsa dahi her başvuru, idari başvuru olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla özel hukuka ilişkin bir talebin ileri sürüldüğü başvuru, fonksiyonel anlamda idari başvuru niteliğinde olmadığından bu başvurunun organik anlamda idari nitelikte olması<sup>34</sup> – yani başvurunun idari bir kuruluşa yapılması – idari başvuru olarak kabul edilebilmesi için yeterli değildir<sup>35</sup>. Kaldı ki yukarıda da ifade edildiği üzere bugün için geçerli olan fonksiyonel kritere göre tüketici hakem heyetleri

30 İlhan, s.298.

31 Ermenek, s.580; Aynı yönde bkz. Atalı, s.412. Atalı'ya göre tüketici hakem heyetleri kararlarına itiraz üzerine tüketici mahkemesince verilen karar kesindir ve hakem heyeti kararlarına maddi anlamda kesin hüküm gücü atfedilmiştir. Dolayısıyla tüketici hakem heyetlerine yapılacak başvurunun zorunlu idari başvuru olarak nitelendirilmesi, kanunun, tüketici hakem heyeti kararlarına tanıdığı bu ayrıcalığı ortadan kaldıracığından isabetli değildir.

32 Akylmaz / Sezginer / Kaya, s.250-251; Gözübüyük / Tan, s.870, 969, 320.

33 Doktrinde idari dava türlerinin düzenlendiği İYUK m.2'de sınırlı bir sayım olup olmadığı tartışmalıdır (Bu konudaki tartışmalar için bkz. Tandoğan Özbaykal, s.34, 91-92, 99). Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin bir idari davadan söz edebilmek için bu taleplerin temelinde bir idari işlem, idari eylem veya idari sözleşmenin bulunması gerekmektedir.

34 Organik anlamda idari başvuru, idari bir kuruluşa yapılan her türlü başvuruyu ifade etmektedir.

35 Duran, s.138.

idari organ olarak kabul edilemez. Ancak aksi kabul edilse dahi tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren başvurular, özel hukuka ilişkin olup idari bir nitelik taşımadığından bu başvuruların, zorunlu idari başvuru olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

## 2. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi (ADR) Görüşü

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri; tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığa düşen tarafların iletişim kurmalarını sağlayarak aralarındaki uyuşmazlığa bir çözüm üretmelerini sağlaması şeklinde ortaya çıkan veya üçüncü kişinin uyuşmazlığın çözümü için sunduğu önerilerin taraflarca değerlendirilerek uyuşmazlığın çözülmesi şeklinde beliren, gönüllülük esasına dayanan<sup>36</sup> ve yargıya alternatif teşkil etmeyen onun yanında yer alan ve yürüyen çözüm yöntemleri bütünüdür<sup>37</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin içerisinde müzakere, tarafsız ön değerlendirme, kısa duruşma yöntemi, vakıaların saptanması gibi uyuşmazlık çözüm yöntemleri bulunmakla birlikte bu bağlamda en çok kullanılan uyuşmazlık çözüm yöntemleri arabuluculuk ve uzlaşmadır<sup>38</sup>. Tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olup olmadığı konusunda ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Tüketici hakem heyetleri doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları tüketici hakem heyetlerini tahkim mercii olarak kabul etmekle birlikte tahkimi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul ettiğinden böyle bir sonuca varmaktadır<sup>39</sup>. Bazı yazarlar ise tüketici hakem heyetlerinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde yer aldığını söylemekle birlikte tahkimden farklı bir yöntem olduğunu kabul etmektedir<sup>40</sup>.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temelinde gönüllülük-iradilik bulunmaktadır. Dolayısıyla taraflar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulacağını kararlaştırmalarına rağmen bu yöntemlere başvurmadan doğrudan yargısal yollara müracaat edebilirler. Bu durumda uyuşmazlığın diğer tarafı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurulması gerektiği yönünde bir itiraz ileri süremez<sup>41</sup>. Bunun dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde yargısal usuller uygulanmadığı

36 Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş hukukundan kaynaklanan bazı uyuşmazlıklar için arabuluculuğa başvuru zorunludur (Bkz. **Bozok**, s.87 vd.). Yine 7155 sayılı Kanun ile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerini içeren ticari uyuşmazlıklarda başvuru için gönüllülük esasından vazgeçilerek zorunlu arabuluculuk getirilmiştir. Başvurunun zorunlu veya ihtiyari olabileceği şeklindeki tanımlama için bkz. **İldır**, s.392.

37 **Tanrıver**, Arabuluculuk, s.151, 154, 155.

38 **Tanrıver**, Arabuluculuk, s.165; **İldır**, s.391-392.

39 **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.213, 974; **Özbek**, s.60.

40 **Konuralp**, s.7-8; Tüketici hakem heyetleri ile ilgili düzenlemenin arabuluculuk düzenlemesi olmadığı zira başvurunun zorunlu olduğu, ancak bu heyetlerin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi gerçekleştiren bir resmi kuruluş olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s.85; Tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliğinin alternatif uyuşmazlık çözümüne yakın olduğu yönünde bkz. **Erişir**, s. 56.

41 **Tanrıver**, Sosyolojik Bakış, s.70; Bu noktada belirtmek gerekir ki bazı iş uyuşmazlıkları ile ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvuru özel dava şartı olarak kabul edilmiştir. Başvuru zorunluluğun öngörüldüğü bu uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulmaması dava şartı olması nedeniyle re'sen dikkate alınacaktır.

gibi<sup>42</sup> uyuşmazlığın objektif hukuk kurallarına göre çözümü de söz konusu olmadığından tüketici hakem heyetleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde değerlendirilmemelidir.

### **3. Kendine Özgü (Sui Generis) Yargılama Dışı Bir Uyuşmazlık Çözüm Yolu Görüşü**

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş, tüketici hakem heyetlerinin kendine özgü bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu söylemektedir<sup>43</sup>. Bu görüşe göre tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olması ve hakemlerin taraflarca seçilememesi göz önüne alındığında bu heyetler tahkim olarak kabul edilemeyeceği gibi<sup>44</sup> mahkemelere başvuru imkanının ortadan kaldırılmış olması nedeniyle de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilemez; dolayısıyla kendine özgü bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak değerlendirilmelidir<sup>45</sup>. Bu görüşe göre tüketici hakem heyeti kararları maddi anlamda kesin hükme yaklaşan bir etki doğurmaktadır, ancak bu kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği söylenemez<sup>46</sup>. Tüketici hakem heyetlerinde yargı benzeri bir faaliyet yürütüldüğünden bu konuda ortaya çıkan sorunlar da devlet mahkemelerindeki yargılama ile ilişkin hükümler doğrultusunda çözümlenmelidir<sup>47</sup>.

### **4. Zorunlu Tahkim Görüşü**

Tahkim, bir uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine tarafsız ve bağımsız hakemler tarafından yargısal usullerle çözümü şeklinde ifade edilebilir<sup>48</sup>. Tahkim kural olarak ihtiyari olmakla birlikte özel düzenlemeler ile bazı uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü zorunlu kabul edilmiş olabilir ve bu hallerde uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine başvurulamaz<sup>49</sup>. Zorunlu tahkimin kabul edildiği durumlarda ihtiyari tahkimle ilgili düzenlemeler uygulanmaz, bu konudaki özel düzenlemeler dikkate alınır<sup>50</sup>.

Doktrinde baskın görüşe göre tüketici hakem heyetleri zorunlu tahkim niteliğindedir<sup>51</sup>. Buna göre belirli parasal sınırın altında kalan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu

42 **Tanrıver**, Sosyolojik Bakış, s.72.

43 **Budak**, s. 80; **Akil/Gül**, s.586.

44 Yazar bu noktada ihtiyari tahkimi esas almaktadır. Tüketici hakem heyetlerinin zorunlu tahkim olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda ise bir görüş bildirmemektedir. Bkz. **Budak**, s.79.

45 **Budak**, s.79-80.

46 **Budak**, s.94.

47 **Budak**, s.80, 101.

48 **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s.2594; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s.595 vd.

49 **Ekşi**, s.15; **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usul, s.2613-2614; **Alangoya**, s.3.

50 **Umar**, s.1139.

51 **Tanrıver**, Arabuluculuk, s.171; **Ermenek**, s.580; **Ildır**, s.397 dn 35; **Atalı**, Hakem Heyetleri, s.71-72; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s.754; **Topuz**, Türkiye Futbol Federasyonu, s.1916; **Ekşi**, s.15, 38; **Aras**, s.143; **Zevkliler/Özel**’e göre tüketici hakem heyetleri niteliği itibariyle zorunlu tahkime benzerdir. Bkz. **Zevkliler/Özel**, s.466; **Umar**, s.1137-1138; **Taşpınar Ayvaz**’a göre tüketici hakem heyetleri hukuki niteliği itibariyle zorunlu tahkime yaklaşmaktadır. Ancak zorunlu tahkimin mevcut sistem içerisinde Anayasal bir dayanağı olduğu söylenemez. İlgili değerlendirmeler için bkz. **Taşpınar Ayvaz**, s.48 vd.

olması, hakem heyetlerinin tarafların haklılık durumuna karar vermesi, kararlarının bağlayıcı olması, hakem heyetlerince verilecek kararların ilamların icrası hakkındaki hükümlere göre yapılması<sup>52</sup> nedeniyle tüketici hakem heyetleri zorunlu tahkim organı olarak nitelendirilmelidir<sup>53</sup>.

Kanaatimize göre de belirli miktarın altındaki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olması ve bu hususun tarafların itiraz etmesine gerek olmadan mahkeme ve heyetlerce re'sen göz önüne bulundurulması, heyet kararlarının bağlayıcı olması ve icra edilebilirlik şerhi gerektirmeksizin ilamların yerine getirilmesi hükümlerine tabi olması gibi özellikleri nedeniyle tüketici hakem heyetleri zorunlu tahkim merciidir.

### III. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ ve İCRA TAZMİNATININ HUKUKİ NİTELİĞİ

#### A. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Tüketici hakem heyetlerinde itirazın iptaline ve bu bağlamda borçlu aleyhine icra inkar tazminatına veya alacaklı aleyhine kötüniyet tazminatına karar verilip verilemeyeceğinin tespit edilebilmesi için öncelikle ve kısaca itirazın iptali davası ve icra inkar tazminatının hukuki niteliğine değinmek gerekmektedir.

İtirazın iptali davası, ödeme emrine itirazın bertaraf edilebilmesi için düzenlenmiş ve alacaklı tarafından borçluya karşı açılabilen bir davadır<sup>54</sup>. İcra İflas Kanunu m.67/1'de "*Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir*" hükmü yer almaktadır.

İtirazın iptali davasının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olduğu gibi yargı kararlarında da davanın niteliği ile ilgili bir görüş birliği bulunmamaktadır. İtirazın iptali davasının niteliği ile ilgili ileri sürülen görüşler temelde eda (alacak-tahsil) davası görüşü<sup>55</sup> ve tespit davası görüşü<sup>56</sup> olarak ayrılmaktadır<sup>57</sup>.

52 TKHK m.70/2'de tüketici hakem heyetlerince verilecek kararların İcra İflas Kanunu'nun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme doktrinde farklı şekilde yorumlandığından tüketici hakem heyetlerince verilen kararların niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre bu kararlar ilam niteliğinde belge olarak nitelendirilebilirken (Budak, s.94; Özbek, s.53; Erişir, s.98) bazı yazarlara göre tüketici hakem heyeti kararları ilamdır (Ermemek, s.581; Atalı, s.407).

53 Tanrıver, Arabuluculuk, s.171; İldır, s.397-398 ve ayrıca dn.35; Atalı, s.412; Zevkliler/Özel, s.466.

54 Deynekli/Kısa, s.81; Kuru, s.249; Yılmaz, İtirazın İptali, s.599.

55 Kuru, s.248; Berkin, s.421; Yılmaz, İtirazın İptali, s.615; Postacıoğlu, s.967; Özkan, s.32-33; Arslan/Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.174.

56 Çağa, s.27; Doktrinde Pekcanitez-Atalay-Sungurtekin Özkan-Özkes itirazın iptali davasının tespit davası olduğunu açıkça belirtmemekle birlikte davacı alacaklının; hem itirazın iptalini hem de alacağın tahsilini talep edemeyeceğini, bu durumda hakimin alacaklıya hangi talep sonucunu istediğini sorması gerektiğini, bir yıllık dava açma süresi dolduktan sonra açılan itirazın iptali davasında ayrıca tahsil talebi de ileri sürülmemişse davanın eda davası olarak nitelendirilemeyeceğini bunun için ıslaha gerek olduğunu, itirazın iptali davası sonunda verilen hükümlerle ilamlı takip yapılamayacağını, ilamlı takip yapmak isteyen alacaklının eda davası açması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla yazarların görüşünün tespit davası görüşüne yaklaştığı söylenebilir. Ayrıca yazarlar itirazın iptali davasının takip hukukuna özgü bir dava olduğunu belirtmektedir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s.198-200; Benzer şekilde Muşul da itirazın iptali davasında verilecek kararda alacağın tahsiline ilişkin bir hüküm kurulmaması gerektiğini ve ayrıca bu davanın takip hukuku müessesesi olduğunu belirtmektedir. Bkz. Muşul, s.380-382.

57 Doktrinde itirazın iptali davasının inşai dava olduğu yönündeki görüş için bkz. Hanağası/Öztürk, s.97.



Bunun yanında her bir görüş kendi içerisinde itirazın iptali davasının takip hukukuna özgü olup olmadığı noktasında da çeşitlenmektedir. Örneğin; itirazın iptali davasının bir eda davası olduğunu söyleyen bazı yazarlar<sup>58</sup> itirazın iptali davasını alelade bir eda davası olarak kabul etmekteken; bazı yazarlar<sup>59</sup> ise takip hukukuna özgü bir eda davası olarak değerlendirmektedir. İtirazın iptali davasının bir eda davası mı yoksa tespit davası mı olduğu davacı alacaklının, itirazın tebliğinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde tek bir dava mı açabileceği yoksa itirazın iptali davası veya alacak davasından birini seçebileceğinin belirlenmesinde; yine bir yıllık süre geçtikten sonra itirazın iptali davası açılması halinde bu davanın alacak davası olarak görülebilmesi için ıslah talebine gerek olup olmadığına tespitinde önem arz etmektedir<sup>60</sup>. Bunun dışında itirazın iptali davası sonunda nasıl bir hüküm kurulacağı ve bu hükmeye dayanarak ilamlı icra takibi yapılıp yapılmayacağı da itirazın iptali davasının talep edilen hukuki korumaya göre niteliğinin tespitiyle ilgilidir<sup>61</sup>. İtirazın iptali davasının takip hukukuna özgü bir dava olup olmadığı ayrımı ise daha çok ödeme emrine itirazda ileri sürülen bir hususun – örneğin; zamanaşımı itirazının – itirazın iptali davasında tekrar ileri sürülmesi gerekip gerekmediği noktasında önemlidir<sup>62</sup>.

Aslında itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceği, itirazın iptali davasının talep edilen hukuki korumaya göre niteliğinin ne olduğundan ziyade itirazın iptali davasının devlet mahkemelerinde görülmesi gerekip gerekmediği bu bağlamda da tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği ile ilgilidir. Ancak itirazın iptali davasının bir tespit davası olduğu kabul edilecek olursa uyuşmazlığın belirli bir parasal değer içerip içermediği konusunda tereddütler doğabilir ve tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğun uygulanmayacağı düşünülebilir. Kanaatimizce, itirazın iptali davasının bir tespit davası olduğu görüşü kabul edilse dahi, uyuşmazlığın temelinde belirli bir alacağın tahsil edilmesi amacı bulunduğundan<sup>63</sup> 68. maddedeki başvuru zorunluluğuna ilişkin hükmün itirazın iptali taleplerinde de uygulanması gerekmektedir<sup>64</sup>.

Benzer şekilde itirazın iptali davasının icra hukukuna özgü olarak nitelendirilmesi de tüketici hakem heyetlerinin icra hukukuna ilişkin bir davaya bakıp bakamayacağı noktasında tereddüt doğurabilir. Ancak her halde itirazın iptali davası genel hükümlere göre görülen bir dava olduğundan tüketici hakem heyetlerinde görülmesi mümkündür<sup>65</sup>.

58 **Kuru**, s.248; **Yılmaz**, Tahkime Elverişlilik, s.549; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.174.

59 **Berkin**, s.420-421; **Deynekli/Kısa**, s.83; **Özkan**, s.32-33.

60 **Yılmaz**, İtirazın İptali, s.607, 613-614; **Çağa**, İtirazın İptali, s.369.

61 **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.199.

62 **Deynekli/Kısa**, s.82; Bu konudaki Yargıtay değerlendirmesi için bkz. **Yılmaz**, s.373.

63 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.8/1'de malvarlığına ilişkin davalarda davanın belirli bir parasal değeri aşmaması halinde sulh hukuk mahkemelerinin görevli olacağı düzenlenmişti. O dönemde, davanın değerine ilişkin bu kuralın alacak davasının öncüsü olan tespit davalarında da geçerli olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Kuru**, Usul, s.307.

64 Ticari uyuşmazlıklarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Bu düzenlemenin itirazın iptali ve menfi tespit davalarında uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda uyuşmazlığın belirli bir parasal değer içerip içermediği tespit edilirken sadece talep sonucuna bakılmayacağı aynı zamanda dava sebebinin de dikkate alınması gerektiği ve menfi tespit ve itirazın iptali taleplerinde de söz konusu dava şartının geçerli olduğu yönünde görüş için bkz. **Budak**, Arabuluculuk, s.33.

65 İtirazın iptali davasının, takip hukukuna özgü kabul edilse dahi, ihtiyari tahkimde görülebileceğine ilişkin bkz. **Yeşilirmak**, s.219; İtirazın iptali davasının takip hukukuna özgü olması nedeniyle tahkimde görülemeyeceği, hakemler

## **B. İCRA TAZMİNATININ HUKUKİ NİTELİĞİ**

Tüketici hakem heyetlerinde itirazın iptali davasının görülebilmesi dışında tartışmalı olan hususlardan biri de bu heyetler tarafından borçlu veya alacaklı aleyhine icra tazminatına karar verilip verilemeyeceğidir. Bu nedenle bu başlık altında kısaca icra tazminatının hukuki niteliğine değinmek gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu'nda alacakların hızlı bir şekilde tahsili amacını temin etmek için icra tazminatı ile ilgili çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür<sup>66</sup>. Bu bağlamda genel bir düzenleme yerine itirazın kaldırılması yargılamasında, itirazın iptali, borçtan kurtulma, menfi tespit ve istihkak davalarında icra tazminatı ile ilgili ayrı hükümler getirilmiştir.

İtirazın iptali davasının düzenlendiği İİK m.67/2'ye göre borçlu aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borçlunun itirazında haksız olması yeterliyken; alacaklı aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilebilmesi için alacaklının haksızlığı yanında ayrıca kötüniyetli olması gerekmektedir. Dolayısıyla itirazın iptali davasında icra inkar tazminatının, borçlunun haksız yere itirazda bulunmasını engellemek ve alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlarını temin etmek amaçlarına hizmet ettiği; kötüniyet tazminatının ise alacaklı olmayan kişilerin kötüniyetle takip yapmasını, icra daireleri ve mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmesini engellemek için getirildiği söylenebilir<sup>67</sup>.

Her ne kadar kanun tazminat olarak ifade etmişse de icra tazminatı borçlar hukuku anlamında bir tazminat değildir<sup>68</sup>. Zira icra tazminatında zararın doğmuş olması önemli olmadığı gibi zarar miktarının alacağın yüzde yirmisinden az olması halinde de daha aşağı bir miktara hükmedilemez. Bu nedenle doktrinde icra tazminatının, icra hukukuna özgü bir yaptırım ve bu bağlamda özel hukuk cezası (medeni ceza) olduğu kabul edilmektedir<sup>69</sup>.

## **IV. TÜKETİCİ HAKEM HEYETLERİNDE İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ GÖRÜLEBİLME İMKANI**

Yukarıda belirtildiği gibi itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceği tartışmalıdır. Bu tartışmanın sebebi ise itirazın iptali davasının düzenlendiği İİK m.67 hükmündeki “mahkeme” ifadesinin farklı şekilde yorumlanmasıdır. Düzenlemeye göre “*Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir*”. İşte maddede kullanılan bu ifadenin anlam ve amacı konusunda farklı yorum yöntemlerinin benimsenmesi,

önünde açılacak davanın takip hukukuna özgü sonuçlar doğurmayacağı yönünde görüş için bkz. Akil/Gül, s.568.

66 Yılmaz, İcra Tazminatı, s.676.

67 Yılmaz, İcra Tazminatı, s.684; Deynekli/Kısa, s.216.

68 Deynekli/Kısa, s.217; Yılmaz, İcra Tazminatı, s.684; Akil, s.321.

69 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, s.203; Kuru, s.263; Özkan, s.263; Yılmaz, İcra Tazminatı, s.684; Yeşilirmak, s.221.

tüketici hakem heyetlerinde itirazın iptaline karar verilip verilemeyeceği konusunda farklı görüşler ortaya çıkarmıştır.

Yorum yöntemlerinde bazı yazarlar maddenin lafzına öncelik verirken bazı yazarlar maddenin amacını incelemekte bir takım yazarlar da benimsenen yorumun muhtemel sonuçlarını değerlendirerek bir tercih yapmaktadır<sup>70</sup>. Nitekim bu tercihin bir sonucu olarak bazı yazarlar lafzi yorumdan hareket ederek itirazın iptali davalarının mutlaka mahkemelerde görülmesi gerektiğini, tüketici hakem heyetlerinin ise mahkeme olmaması nedeniyle itirazın iptali taleplerini değerlendiremeyeceğini ifade etmiştir<sup>71</sup>. Bazı yazarlara göre ise 6502 sayılı Kanun'un 68. maddesi karşısında tüketici hakem heyetlerinin itirazın iptali taleplerini değerlendiremeyeceğini kabul etmek doğru değildir<sup>72</sup>.

Bilindiği üzere yorumda ilk önce yasanın lafzının belirlenmesi gerekse de bu yeterli değildir ayrıca bu yorumun, diğer yorum yöntemleri ve objektif amaçla kontrol edilmesi gerekir<sup>73</sup>. Bunun bir sonucu olarak benimsenen yorumun mevcut düzenlemeleri bertaraf eden bir sonuç doğurması halinde bu yöntemden vazgeçilmesi gerekir<sup>74</sup>. İİK m.67/1'deki mahkeme ifadesinin lafzından hareket edilmesi ve dar anlamda mahkeme kavramının esas alınması, belirli miktarın altındaki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvurulması zorunluluğunu bertaraf etmektedir. Dolayısıyla "mahkeme" ifadesinin madde metnine eklenmesindeki amacın da kanunun sistematigi içerisinde tespit edilmesi zorunludur<sup>75</sup>. Özellikle itirazın hükümden düşürülmesi için öngörülen itirazın kaldırılması imkanının, ileri sürüleceği merciin icra mahkemesi olduğu düşünülürse, bu ifadenin düzenlenme amacı daha net anlaşılabilir. Bunun yanında İİK m.67 hükmünün, henüz tüketici hakem heyetlerinin bulunmadığı bir dönemde düzenlenmiş olması da kanun koyucunun sübjektif amacından ziyade objektif amacının – yani yeni şartların ve bugünün gereksinimlerinin – dikkate alınmasını gerektirmektedir<sup>76</sup>.

Sonuç olarak kanun koyucu, belirli miktarın altındaki tüketici uyuşmazlıkları bakımından benimsediği hukuk politikası doğrultusunda tüketici hakem heyetlerine görev vermiş olup bunun sakıncaları eleştirilebilir<sup>77</sup>. Nitekim hukuk sistemimizde tüketici hakem heyetlerinin kaldırılması gerekip gerekmediği tartışılmakta ve muhafaza edilecekse bu heyetlerin niteliğinin belirlenmesini zorlaştıran çelişkilerin giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Ancak mevcut düzenlemelere göre belirli uyuşmazlıkların çözümünde görevli olan tüketici hakem heyetlerinin, kendi içerisinde tutarlı bir işleyişe sahip olması gerekir<sup>79</sup>. Kaldı ki kanaatimize göre zorunlu tahkim niteliğinde olan

70 **Işıқтаç/Metin**, s.193.

71 **Özbek**, s.59-60; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s.175 dn.3; Doktrinde Yeşilova da aynı görüşte olmakla birlikte gerekçenin "mahkeme" lafzından ziyade tüketici hakem heyetlerinin hukuki niteliği üzerinden kurulması gerektiğini ifade etmektedir (**Yeşilova**, s.126-127).

72 **Akil/Gül**, s.589; Aynı yönde bkz. **Tanrıver**, s.200; **Erişir**, s.57-58.

73 **Işıқтаç/Metin**, s.193.

74 **Işıқтаç/Metin**, s.199.

75 **Tutumlu**, Hakem Heyetleri, s.95-96.

76 Benzer yönde bkz. **Tutumlu**, s.171.

77 **Akil/Gül**, s.587,590.

78 Tartışmalar için bkz. Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, I. Oturum-Tartışmalar, s.53-68.

79 Aynı yönde bkz. **Erişir**, s.57-58.

ve objektif hukuk kuralları çerçevesinde uyuşmazlık çözmekle görevlendirilen bir merciin itirazın iptaline karar veremeyeceğini kabul etmek bu düzenlemelerin amacına ve kanunun sistematığına aykırıdır. Dolayısıyla tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren bir uyuşmazlığı konu alan itirazın iptali taleplerinin tüketici hakem heyetlerinde karar bağlanması gerekir. Ayrıca tüketici hakem heyetleri, itirazın iptali taleplerinde, taraflarca talep edilmesi halinde icra tazminatına da karar verebilmelidir<sup>80</sup>. Ancak uygulamada tüketici hakem heyetleri, bu konuda verilen yargı kararlarının da etkisiyle, itirazın iptali taleplerini, yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle reddetmektedir<sup>81</sup>.

Bu noktada tarafların önce tüketici hakem heyetine başvurarak bir karar elde etmeleri halinde ilamsız icra takibi başlatıp başlatamayacağı ve bununla bağlantılı olarak itirazın iptali davası açıp açamayacağının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira Yargıtay'ın 2017 tarihinde verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre ilama dayalı bir alacağın ilamsız icra takibine konu edilmesi mümkün değildir<sup>82</sup>. Doktrinde aksi yönde görüşler<sup>83</sup> bulunmakla birlikte bu kararın hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı ve ilam niteliğinde belgeler için uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>84</sup>. Bu görüş kabul edilecek olursa bu halde takip yapıp yapılamayacağı hakem heyetlerince verilen kararın niteliği konusundaki görüşlere göre farklı şekilde değerlendirilebilir. Tüketici hakem heyeti kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği ve ilam olduğu kabul edilirse bu halde tüketici hakem heyeti kararına konu olacak için ilamsız icra takibi başlatılması mümkün olmayacaktır. Ancak tüketici hakem heyeti kararlarının ilam niteliğinde belge olduğu kabul edilirse İçtihadı Birleştirme Kararı bu görüş doğrultusunda tüketici hakem heyeti kararları açısından uygulanamayacaktır. Kanaatimize göre tüketici hakem heyetleri zorunlu tahkim niteliğinde olduğundan kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir ve kararların taraflara verilen nüshası, ilam niteliğinde belge olarak değil ilam olarak kabul edilmelidir<sup>85</sup>. Dolayısıyla tüketici hakem heyetine başvurularak bir karar elde edilmişse söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı gereği artık karara konu olacak için ilamsız takip başlatılamayacak ve bu takibe itiraz edilmesi halinde itirazın iptali davasının değerlendirilmesi de mümkün olmayacaktır.

## **V. 7063 SAYILI KANUN SONRASINDA VERİLEN YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yukarıda da ifade edildiği üzere 6502 sayılı Kanun'un 68. maddesine göre değeri kanunda belirlenen parasal sınırın altında kalan tüketici uyuşmazlıklarının çözümü için tüketici hakem heyetlerine başvurulması zorunludur, tüketici mahkemelerine başvurulamaz. Bu düzenleme tüketici mahkemeleri ile tüketici hakem heyetleri arasındaki görev sınırına ilişkin özel dava şartı niteliğindedir<sup>86</sup>. Dolayısıyla tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren bir tüketici uyuşmazlığının çözümü

80 Ermenek, s.610; Kara, s.328; Akil/Gül, s.589.

81 Atalı, s.409.

82 YİBHKG 26.05.2017 T. 2017/2 E. 2017/3 K. (lexpera.com.tr).

83 Özbek, s.54, Aslan/Akyol Aslan, s.247.

84 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, İcra İflas, s.85.

85 Ermenek, s.617.

86 Pekcanitez, Tüketici Mahkemeleri, s.347; Topuz, s.82.

için tüketici mahkemelerine başvurulması durumunda tüketici mahkemeleri dava şartı eksikliğini gözeterek davayı usulden reddetmelidir.

Söz konusu 68. madde hükmüne 2017 tarihli ve 7063 sayılı Kanun<sup>87</sup> ile ekleme yapılmıştır. Buna göre “*Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri dört bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine, altı bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise dört bin Türk Lirası ile altı bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur*”.

7063 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce tüketici hakem heyetleri ile ilgili tartışılan hususlardan biri tüketici hakem heyetinin görevine giren bir uyuşmazlığa konu olacak için ilamsız icra takibi yapılıp yapılamayacağıydı. Bu tartışmanın çıkış noktasında ise ilamsız takip prosedüründe açılacak bir itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülüp görülemeyeceği ile ilgili görüş farklılıkları bulunmaktaydı. Zira doktrinde bazı yazarlara göre ödeme emrine karşı yapılacak bir itiraz üzerine açılacak itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülmesi mümkün olmadığından bu uyuşmazlıklar için ilamsız takip yoluna başvurulmasında hukuki yararın olmadığı kabul edilmeliydi<sup>88</sup>. Nitekim Yargıtay da itirazın iptali davasının düzenlendiği İİK m.67/1 hükmünde ödeme emrine itiraz edilmesi halinde alacaklının “mahkemeden” itirazın iptalini dava edebileceğinin belirtildiğini, tüketici hakem heyetlerinin ise bir mahkeme olmadığını bu nedenle itirazın iptali davalarına bakamayacağını ve tüketici hakem heyetlerinden alınacak bir kararla ilamlı takip yapılabileceğinden tarafların ilamsız takip yoluna başvurmada da hukuki yararı bulunmadığını kabul etmekteydi<sup>89</sup>.

İşte kanun koyucu hak arama özgürlüğüne aykırı bu uygulamanın ortadan kaldırılması amacıyla 7063 sayılı Kanun ile söz konusu 68. maddede değişiklik yapmış ve tarafların İcra ve İflas Kanunu’ndan doğan haklarının saklı kalacağını düzenlemiştir<sup>90</sup>. Bu değişiklik ilamsız takip yapılamayacağı

87 RG 20.12.2017 T. 30276 S.

88 **Özbek**, s.49-50.

89 “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 68.maddesinde belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için, icra takibi yapılmadan veya dava açılmadan önce tüketici hakem heyetine müracaat edilmesi zorunludur” 13. HD. 18.03.2015 T. 2015/10571 E. 2015/8738 K; “...belli parasal sınırın altındaki uyuşmazlıklarda mutlaka önce hakem heyetlerine başvuru zorunluluğunun getirildiği, kararların ilamlı takibe konu olmasının tabii sonucu olarak heyete başvurudan önce ilamsız takibe geçilmesinde tüketicinin hukuki yararının olmadığı kabul edilmelidir” 13. HD. 18.03.2015 T. 2015/4623 E. 2015/8731 K; “...İcra ve İflas Kanunu’nun 67. maddesinde, takip talebine itiraz edilen alacaklının, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebileceği ve Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin “mahkeme” niteliğini taşımadıkları da dikkate alınarak; dava konusu uyuşmazlığın (itirazın iptali davasına bakma) Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin görevi kapsamında bulunmadığı kuşkusuzdur” 3. HD. 05.03.2015 T. 2015/1089 E. 2015/3568 K (lexpera.com.tr).

90 “Tüketici hakem heyetleri; tüketici işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, mahkeme öncesi çözüm mercii olarak görev yapmaktadır. 6502 sayılı Kanunun 68’inci maddesinin birinci fıkrasının mevcut hali; tüketicilerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun uygulanamayacağı şeklinde değerlendirmelere sebep olmaktadır. Bu durum, ilamsız icra yolunu kapatmakta, hak arama ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil etmekte ayrıca tüketici hakem heyetlerinin iş yükünü de gereksiz şekilde arttırmaktadır. Maddede yapılan değişiklik ile icra iş ve işlemlerine ilişkin hususlarda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu aranmaksızın 2004 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanabileceği vurgulanmıştır” 7063 sayılı Kanun 11. Madde gerekçesi.

yönündeki Yargıtay kararlarını ortadan kaldırmış ancak tüketici hakem heyetlerinde itirazın iptali davasının görülemeyeceği yönündeki görüş ve kararları bertaraf edememiştir. Zira bu değişiklikten sonra doktrinde bazı yazarlar tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık için ilamsız takip yapılabileceğini ancak bu heyetlerin itirazın iptali davalarına bakamayacağını ifade etmiştir<sup>91</sup>. Yargıtay da tüketici hakem heyetlerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık için ilamsız icra takibi yapılabileceğini kabul etmiş ancak itirazın iptali davasının tüketici mahkemelerinde açılması gerektiğine karar vermiştir<sup>92</sup>. Yargıtay'a göre;

*“7063 Sayılı Kanun değişikliği sonrasında ise tüketici kanunun kapsamındaki uyuşmazlıklarda tüketici işleminin tarafları bakımından İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla belli değerlerin altındaki uyuşmazlıklar için Tüketici Hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu, belli miktarların üzerindeki uyuşmazlıklarda bu heyetlerin görevli olmadıkları belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre ise uyuşmazlık taraflarının THH ne başvuruda zorunluluk teşkil eden miktarlar içindeki uyuşmazlıklarda İcra İflas kanundaki İlamsız / genel haciz yolu ile icra takibinde bulunup borçlunun itirazı üzerine alacaklının icra takibinin devamını sağlamak için ise İİK m. 67/1 uyarınca “Mahkemeye “ başvuruda bulunabileceğinden itirazın iptali talepli olarak Tüketici Mahkemelerine dava ile başvuru yolu açılmıştır”<sup>93</sup>.*

Kanaatimize göre Yargıtay'ın bu uygulaması, 7063 sayılı Kanun öncesi uygulama gibi olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. 7063 sayılı Kanun öncesi verilen kararlar, tarafların ilamsız takibe başvurusunu ve bu bağlamda hak arama özgürlüğünü engellemekteydi. Yeni uygulama ise 6502 sayılı Kanun'un 68. maddesinde düzenlenen başvuru zorunluluğunu ortadan kaldırmakta ve deyim yerindeyse uyuşmazlığın çözümünde görevli merciin belirlenmesini alacaklı tarafın seçimine bırakmaktadır<sup>94</sup>. Zira tüketici hakem heyetinin görevine giren bir uyuşmazlığa konu olacak için önce ilamsız takip yapılması ve itirazın iptali davası açılması halinde uyuşmazlık tüketici mahkemeleri tarafından karara bağlanacakken; aynı uyuşmazlık, ilamsız takip yoluna başvurulmaması halinde tüketici hakem heyetleri tarafından çözülecektir<sup>95</sup>. Bu ise kanunda öngörülen zorunluluğun, ilamsız icra takibi başlatılarak bertaraf edilebileceği anlamına gelmekte ve tüketici hakem heyetine başvurmak istemeyen alacaklıya kanun hükmünü dolanma imkanı vermektedir.

91 Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s.135-136, 175 dn.3.

92 Y.3 HD. 16.04.2019 T. 2017/9990 E. 2019/3427 K.; Y. 13. HD. 15.05.2019 T. 2018/3351 E. 2019/6195 K.; Aynı yönde bazı bölge adliye mahkemesi kararları için bkz. Ankara BAM 3. HD. 17.01.2019 T. 2018/1226 E. 2019/66 K.; İzmir BAM 13. HD. 04.02.2019 T. 2018/967 E. 2019/162 K. (lexpera.com.tr).

93 Y. 3. HD.04.06.2018 T. 2018/3467 E. 2018/6323 K. (lexpera.com.tr).

94 Benzer bir durum 7078 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarla ilgili ilamsız takip yapılmasında söz konusu oldu. Bilindiği üzere 7078 sy. Kanun'un 8. maddesi ile İcra İflas Kanunu m.42'ye “*idari yargının görev alanına giren konularda ilamsız takip yoluna başvurulamayacağı*” düzenlemesi eklenmiştir. Bu düzenlemeden önce yargı kararlarında; itirazın iptali davasının İYUK m.2'de düzenlenmediği bu nedenle idari dava olarak kabul edilemeyeceği ve adli yargıda görülmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Doktrinde ise bu durum eleştirilmekte ve idari yargının görevine giren uyuşmazlıklar için ilamsız takip yolunun kapatılması gerektiği belirtilmekteydi. Zira idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlık için önce ilamsız takip yapılması halinde itirazın iptali davası adli yargıda görüleceği için görevli yargı kolu, tarafların önce ilamsız takip yoluna başvurup başvurmamalarına göre değişebilmekteydi. Bu eleştiri ve değerlendirme için bkz. **Hanağası/Öztürk**, s.104.

95 Benzer yönde değerlendirme için bkz. **Tutulmuş**, İtirazın İptali Sorunu, s.155.



Kanaatimize göre tüketici hakem heyetlerinde itirazın iptali davasına karar verilemeyeceği yönündeki yaklaşım üzerinde düşünülmesi gerekmektedir. Özellikle 6502 sayılı Kanun'un 68. maddesinde yapılan değişiklikten sonra bu yaklaşımın devam ettirilmesi, tüketici hakem heyetleri ile ilgili düzenlemeler ve bu heyetlere atfedilen niteliklerle çelişmektedir. Dolayısıyla İİK m.67/1'deki mahkeme ifadesinin lafzı, hem amaçsal hem de sistematik yorumla desteklenmeli ve bu bağlamda tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunluluğuna ilişkin düzenleme göz önüne alınarak yorumlanmalıdır.

Tüketici hakem heyetleri, belirli miktarın altındaki tüketici uyuşmazlıkları bakımından tarafların mahkemeye başvurmak istemeyeceği göz önüne alınarak uyuşmazlıkların kısa sürede çözüme kavuşturulmasını temin etmek ve böylece adalete erişimi sağlamak amacıyla kurulmuştur<sup>96</sup>. Daha önce ilamsız takip yapılamayacağı yönündeki belirsizlik ve yargı kararları uyuşmazlığın çözüm sürecini uzatarak tüketici hakem heyetlerinin kurulma amacını zedelemekteydi. Şimdi ise tarafların başvuracağı mercii noktasındaki tartışmalar ve yargı kararları aynı etkiyi doğurmaktadır. Zira tüketici mahkemeleri ile tüketici hakem heyetleri arasındaki görev ayrımının yargı kararları ile daha da karmaşık hale getirilmesi ve seçilen prosedüre göre farklı bir mercii görevli olması, tüketici uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde çözülmesi amacını zedelemekte ve tüketicileri küçük meblağlı uyuşmazlıklar için mahkemeye başvurmak zorunda bırakmaktadır. Ayrıca değişiklikten önceki kararlarında tüketici hakem heyetlerinin, itirazın iptali taleplerini kendiliğinden alacak talebi olarak değerlendirip karara bağlamak zorunda olduğunu kabul eden<sup>97</sup> Yargıtay'ın yeni kararlarında böyle bir sonuca varmayıp, 68. maddeye aykırı şekilde, itirazın iptali davalarının miktarı ne olursa olsun tüketici mahkemelerinde açılacağını kabul etmesi de anlaşılabilir değildir. Bize göre tüketici hakem heyetlerinde itirazın iptali davalarının görülmesinde bir engel bulunmamaktadır. Ancak aksi görüşte olan ve bu konuda bir direnç gösteren Yargıtay'ın<sup>98</sup> en azından eski kararlarında olduğu gibi itirazın iptali taleplerinin, tüketici hakem heyetlerince, alacak talebi olarak değerlendirilmesi ve karara bağlanması gerektiğini kabul etmesi kanımızca daha isabetli olurdu.

## VI. SONUÇ

Sonuç olarak 7063 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra verilen yargı kararları ile 6502 sayılı Kanun'un 68. maddesinde düzenlenen başvuru zorunluluğunun ortadan kaldırıldığı ve uyuşmazlığın çözümünde görevli mercii belirlenmesinin alacaklı tarafın seçimine bırakıldığı söylenmelidir. Tüketici mahkemeleri ile tüketici hakem heyetleri arasındaki görev ayrımının yargı kararları ile daha da karmaşık hale getirilmesi ve seçilen prosedüre göre farklı bir mercii görevli olması, tüketici uyuşmazlıklarının hızlı bir şekilde çözülmesi amacını zedelemekte ve tüketicileri, küçük meblağlı uyuşmazlıklar için mahkemeye başvurmak zorunda bırakmaktadır. Dolayısıyla kanaatimize göre, özellikle bu değişiklikten sonra, itirazın iptali davasının tüketici hakem heyetlerinde görülemeyeceğini kabul etmek, kanunun sistematığına ve

96 **Pekcanitez**, Hakem Heyeti, s.346; **Ermenek**, s.566; **Ulukapı**, s.79.

97 "İtirazın iptaline ilişkin istem hakkında karar verme yetkisi mahkemede olduğuna ve tüketici hakem heyetinin mahkeme niteliğinde olmadığına göre tüketici hakem heyeti itirazın iptali olarak önüne gelen olayları alacak şeklinde karara bağlamak ve kendilerine yapılan başvuruları her halükarda kabul etmek zorundadır" 13. HD. 18.03.2015 T. 2015/4623 E. 2015/8731 K (lexpera.com.tr).

98 **Özsöker**, s.175.



tüketici hakem heyetlerinin kuruluş amacına aykırıdır. Ancak bu görüş benimsenmeyecekse Yargıtay'ın en azından eski kararlarında olduğu gibi itirazın iptali taleplerinin, tüketici hakem heyetlerince, alacak talebi olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmesi yerinde olacaktır.

## BİBLİYOGRAFYA

- Akil, Cenk:** İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi, İnÜHFD, C.3, S.1, 2012, s.317-337.
- Akil, Cenk / Gül, Mehmet Akif:** Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlämsiz Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Verilmiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler, YD, C.43, S.3, Temmuz 2017, s.551-610.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil:** Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2018.
- Alangoya, Yavuz :**Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren – Yıldırım, Nevhis :** Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2011.
- Aras, Aslı:** Bir Yargıtay Kararı Işığında Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları, ERÜHFD, C.7, S.3-4, 2012, s.135-153.
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel:** İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019.
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel:** Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma : Medeni Usul).
- Aslan, Kudret / Akyol Aslan:** İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlämsiz İcra Takibi Yapılması Dürüstlük Kuralına ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı mıdır?, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.1, Ankara 2015, s.195-251.
- Atalı, Murat:** 6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C.1, Ankara 2014, s.397-418.
- Atalı, Murat:** Yargılama İlkeleri Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetleri, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (2016), Ed. : M. Ertan Yardım, Ankara 2018, s.69-84 (Kısaltma : Hakem Heyetleri).
- Berkin, Necmeddin M.:** T atbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Bilge, Necip:** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1965.
- Bozok, Salim:** İşe İade Davasında Karar ve Kararın İcrası, İstanbul 2019.
- Budak, Ali Cem:** 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.18, Özel Sayı 2014, s.77-103.
- Budak, Ali Cem:** Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, MİHDER, C.15, S.42, 2019/1, s.25-40 (Kısaltma : Arabuluculuk).
- Çağa, Tahir:** Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair, BATİDER, C.8, S.3,1976, s.21-31.
- Çağa, Tahir:** Yine Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair, BATİDER, C.10, S.2,1979, s.369-376 (Kısaltma : İtirazın İptali).
- Deynekli, Adnan /Kısa, Sedat:** İtirazın İptali Davaları İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Duran, Lütfi:** İdari Müracaatlar ve Bunlar Karşısında İdarenin Sükutu Meselesi, İÜHFM, C.12, S.1,1946, s.130-199.
- Erişir, Evrim:** Tüketici İşlemlerinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü Usûlü, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, İstanbul 2015, s.43-122.
- Erkut, Celal:** İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara 1990.

- Ekşi, Nuray:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013.
- Ermeneek, İbrahim:** Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, GÜHFD, C.17, S.1-2, 2013, s.563-630.
- Gözler, Kemal:** Hukuka Giriş, 8. Baskı, Bursa 2011.
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut:** İdare Hukuku C.I Genel Esaslar, 8. Bası, Ankara 2011 (Kısaltma : Genel Esaslar).
- Gözübüyük, Şeref / Tan, Turgut:** İdare Hukuku C.II İdari Yargılama Hukuku, 7. Bası, Ankara 2014.
- Hanağası, Emel / Öztürk, Burak:** İdari İşlem ve Eylemlerden Doğan Zararın Giderilmesinde İllamsız İcra Yolu, BATİDER C.29, S.1, 2013, s.81-111.
- Ildır, Gülgün:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı (75. Yaş Günü İçin), Ankara 2004, s.385-401.
- Işıktaç, Yasemin / Metin, Sevtap:** Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2016.
- İlhan, Cengiz:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Şerh), Ankara 2006.
- Kara, İlhan:** Tüketici Hukuku, Ankara 2012.
- Konuralp, Haluk:** Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 2009.
- Kuru, Baki:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Kuru, Baki:** Nizasız Kaza, Ankara 1961 (Kısaltma : Nizasız Kaza).
- Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C.I-VI, İstanbul 2001 (Kısaltma : Usul).
- Muşul, Timuçin:** İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, C.I-II, Ankara 2013.
- Özbek, Mustafa Serdar:** Tüketici Hakem Heyetinin Görevine Giren Alacaklarla İlgili Olarak İllamsız Takip Yapılamayacağına İlişkin Yargıtay Kararlarının Tahlili, MİHDER, C.11, S.31, 2015/2, s.39-68.
- Özbek, Mustafa Serdar:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Baskı, C.I-II, Ankara 2016 (Kısaltma : Alternatif Uyuşmazlık Çözümü).
- Özsöker, Gökberk :** Tüketici Hakem Heyetleri, Ankara 2019.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan, Meral / Özekes, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2018 (Kısaltma : İcra İflas).
- Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taş Korkmaz, Hülya:** Pekcanitez Usül Medeni Usül Hukuku C.I-II-III, 15. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltma : Pekcanitez Usül).
- Pekcanitez, Hakan:** Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, Makalelerim I, İstanbul 2016, s.345-368 (Kısaltma : Hakem Heyeti).
- Pekcanitez, Hakan:** Tüketici Mahkemeleri, Makalelerim I, İstanbul 2016, s.319-344. (Kısaltma : Tüketici Mahkemeleri).
- Postacıoğlu, E. İlhan:** İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafı Noktalar, BATİDER, C.9, S.4, 1978, s.951-970.
- Tandoğan Özbaykal, Nagihan:** Medeni Yargı ile İdari Yargı Arasındaki Yargı Yolu ve Hüküm Uyuşmazlıkları, Ankara 2019.
- Tanrıver, Süha:** Medeni Usul Hukuku, C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Tanrıver, Süha:** Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD, S.64, 2006 (Kısaltma : Arabuluculuk).
- Tanrıver, Süha:** Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış, Makalelerim II, Ankara 2011, s.67-94 (Kısaltma : Sosyolojik Bakış).

- Taşpınar Ayvaz, Sema:** Tüketici Hakem Heyetlerinin Hukuki Niteliği, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (2016), Ed. : M. Ertan Yardım, Ankara 2018, s.43-50.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis:** Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- Teziç, Erdoğan:** Anayasa Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2016.
- Topuz, Gökçen:** Tüketici Mahkemeleri, Ankara 2018.
- Topuz, Gökçen:** Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulu'nun Yargı Yetkisi Üzerine Düşünceler, DEÜHFD Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19 Özel Sayı 2017, s.1901-1926 (Kısaltma : Türkiye Futbol Federasyonu).
- Tutumlu, Mehmet Akif:** 7063 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hakem Heyetlerinin Görev Alanı ve İtirazın İptali Sorunu, THD, C.13, S.138, 2018, s.144-149 (Kısaltma : İtirazın İptali Sorunu).
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Tüketici Hakem Heyetleri İtirazın İptali Taleplerini İnceleyebilir mi?, THD, C.10, S.101, 2015.
- Tutumlu, Mehmet Akif:** Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri, 3. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma : Hakem Heyetleri).
- Ulukapı, Ömer:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Tüketici Mahkemeleri), SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, C.5, S.1-2, 1996, s.77-101.
- Umar, Bilge:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- Yardım, Ertan:** Tüketici Mahkemesi Kararlarına Karşı (Yeni) Kanun Yolları, Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (2016), Ed. : M. Ertan Yardım, Ankara 2018, s.173-193.
- Yeşilirmak, Ali:** Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?, TBBD, S.96, 2011, s.205-228.
- Yeşilova, Bilgehan:** 6502 sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları, THD, C.9, S.99, 2014, s.107- 143.
- Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflas Hukuku Şerhi, Ankara 2016.
- Yılmaz, Ejder:** Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, DEÜHFD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.16, Özel Sayı 2014, s.531-554 (Kısaltma : Tahkime Elverişlilik).
- Yılmaz, Ejder:** İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s.597-615 (Kısaltma : İtirazın İptali).
- Yılmaz, Ejder:** İcra Tazminatı, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009, s.675-754 (Kısaltma : İcra Tazminatı).
- Yönel, Özkan:** İcra İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası, Ankara 2004.
- Zevkililer, Aydın / Özel, Çağlar:** Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

### **Yararlanılan Diğer Kaynaklar:**

Tüketici Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (1 Haziran 2016), Ed. M. Ertan Yardım, Ankara 2018.

### **Elektronik Kaynaklar:**

lexpera.com.tr

resmigazete.gov.tr

## İcra Hukukunda Borçlu Adına Tescilli Talep veya Dava Etme Yetkisinin Alacaklıya Verilmesi

### Granting the Creditor the Authority to Request or Sue For Registration in the Name of Debtor in Execution Law

Salim BOZOK\* 

#### Öz

Gerçekte borçluya ait olmakla birlikte, henüz tapu siciline tescil edilmemiş veya tapu sicilinde üçüncü kişi adına kayıtlı olan aynı hakların haczi mümkün değildir. Bu hakların haczedilebilmesi için öncelikle tapu sicilindeki kaydın borçlu tarafından düzeltilmesi gerekir. Ancak borçlu çeşitli gerekçelerle tescili gerçekleştirmekten kaçınabilir. Bu gerekçelerin başında hakkın tescil edilmesi hâlinde alacaklılar tarafından haczedilebileceği çekincesi gelmektedir. Bundan dolayı kanun koyucu alacaklıya, borçluya ait aynı hakların tapu siciline tescil edilmesini sağlama imkânı vermiştir. Alacaklı bu imkâna, belirli şartların gerçekleşmesi üzerine icra dairesinden alacağı yetki ile kavuşur. İcra dairesinden yetki alan alacaklı, tescil için gerekli işlemleri yapabilir ve icabında mahkemede dava açabilir. Tescilin gerçekleştirilmesi ile söz konusu hak, alacaklı lehine mahcuz sayılır.

**Anahtar Kelimeler:** Taşınmaz haczi, Tescilden önce kazanma, Miras, Yolsuz tescil, Muvazaa, Dava takip yetkisi

#### Abstract

Although it belongs to the debtor, it is not possible to seize the real rights that have not yet been registered in the land registry or that are registered in the name of a third party. In order to seize these rights, first of all, the records in the land registry must be corrected by the debtor. However, the debtor may avoid carrying out the registration on various grounds. One of these reasons is the reservation that the right may be seized by creditors if it is registered. Therefore, the legislator allowed the creditor to ensure that the real rights of the debtor are registered in the land registry. The creditor gets this opportunity with the authority he will receive from the office of execution in case of the occurrence of certain conditions. The creditor, who has the authority from the office of execution, can take the necessary actions for registration and, if necessary, can sue in court. With the registration, the right in question is considered to have been seized in favor of the creditor.

**Keywords:** Seizure of immovable, Acquisition before registration, Inheritance, Inaccurate registration, Collusion, Authority to conduct of case

\* Ar. Gör., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı / Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, E-Mail: salim.bozok@marmara.edu.tr

## GİRİŞ

Çağdaş hukuk sistemleri, ekseriyetle, kuvvet kullanma tekeli devletle vermiş ve kişinin kendi hakkını zorla elde etmesini yasaklamıştır. Bunun sonucu olarak devlete düşen ödev, kişilerin haklarını elde edebilmeleri için etkin hukuki imkânlar yaratmaktır. Bu imkânlardan biri de cebri icra hukukudur. Kural, borçlunun borcunu kendi rızası ile yerine getirmesidir. Ancak bu her zaman mümkün olmaz. Hatta borçlunun, alacaklılarının başlattığı takipleri semeresiz bırakacak kötü niyetli birtakım davranışlarda bulunması dahi gündeme gelebilir. Devlet, alacaklı ile borçlunun farklı yöndeki menfaatlerini telif ederken bir yandan da alacaklıyı, borçlunun bu tip davranışlarına karşı korumalıdır.

Bir para veya teminat borcunun alacaklısı, borçlu ifadan kaçındığında, dava açarak elde edeceği ilam ile ilamların icrası yoluna başvurabileceği gibi dava açmadan doğrudan doğruya ilamsız icra takibi de başlatabilir. Takibin kesinleşmesinden sonra alacaklının talebi üzerine borçlunun malvarlığı değerleri haczedilerek paraya çevrilir ve elde edilen para ile alacaklı tatmin edilir.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 102'ye göre kural olarak haciz, hacze konu teşkil edecek malın bulunduğu yerde tutanak tutulmak suretiyle gerçekleştirilir. Dolayısıyla haczedilecek mal, takibin başlatıldığı icra dairesinin yetki çevresi dışında bulunuyorsa, haczin istinabe suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak Kanun, resmi sicile kayıtlı olan mallar bakımından ek bir imkân getirmiştir. Buna göre; tapu siciline kayıtlı olan bir taşınmaz, nerede bulunursa bulunsun, takibin yapıldığı icra dairesi eliyle, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan doğruya haczedilebilir (İİK m. 79/2). Bu şekilde gerçekleştirilen hacze “*kaydi haciz*” adı verilir.

Taşınmaz malın, bulunduğu yerde tutanak tutulmak suretiyle haczedildiği hâllerde, bu durum ayrıca icra dairesi tarafından tapu siciline bildirilir<sup>1</sup>. Böylece haciz, tapu kütüğüne şerh edilir. Ancak haciz şerhinin koyulması, haczin kurucu unsuru veya geçerlilik şartı değildir. Zira haciz, icra memurunun bu yöndeki iradesinin haricileşmesi ile tamamlanmış olur<sup>2</sup>. Bundan sonra tapu siciline yapılacak şerh ise kurucu değil; açıklayıcı niteliktedir. Haciz, şerh edilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Haciz şerhi, üçüncü kişilerin o taşınmaz üzerinde sonradan kazandıkları haklarda iyiniyet iddialarını bertaraf etmeye yarar.

Her ne kadar, haczin tamamlanabilmesi haciz şerhinin koyulmasına bağlı olmasa da bir taşınmaz üzerindeki aynı hakkın haczedilebilmesi için, bu hakkın tapu sicilinde takip borçlusu adına kayıtlı olması gerekir. Zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 705/2'ye göre taşınmaz üzerindeki aynı hakkın tescilden önce kazanıldığı hâllerde dahi, hak sahibinin bu hak üzerinde tasarruf

1 UYAP Bilişim Sistemi ile Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi arasındaki entegrasyon sayesinde, haciz şerhlerinin koyulması ve kaldırılması talepleri, tapu birimlerine yazı gönderilmesine gerek kalmadan icra dairesince doğrudan sistem üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Antalya**, O. Gökhan / **Topuz**, Murat; Eşya Hukuku Cilt IV/1, 3. Bası, İstanbul 2019, s. 527-528.

2 **Postacıoğlu**, İlhan E.; İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 292-293; **Üstündağ**, Saim; İcra Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 197; **Yıldırım**, M. Kâmil / **Deren-Yıldırım**, Nevhis; İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016, s. 135; **Muşul**, Timuçin; İcra ve İflas Hukuku (2 Cilt), 6. Bası, Ankara 2013, s. 506; **Namlı**, Mert; İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2019, s. 235.

edebilmesi söz konusu hakkın tapu siciline tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar tapu siciline tescil edilmediği müddetçe üçüncü kişilere devredilemez. Haczin konusunu da borçlunun başkasına devredilebilen malvarlığı hakları oluşturduğundan, bir taşınmaz üzerindeki tapu siciline tescil edilmemiş aynı hakların haczi mümkün değildir<sup>3</sup>.

Dolayısıyla tescilden önce kazanılmış olmasına rağmen tapu siciline henüz tescil edilmemiş veya tapu sicilinde gerçek hak sahibi dışında bir üçüncü kişi adına kayıtlı aynı hakların haczedilebilmesi için öncelikle bu hakkın tescilinin sağlanması gerekir. Bu da kural olarak hak sahibinin tescil isteminde bulunması veya gerekli hâllerde dava açması ile mümkün olur. Ancak hak sahibi çeşitli gerekçelerle hakkın tescilini talep veya dava etmekten kaçınabilir. Böylece alacaklıların söz konusu hakkı haczettirmesi önlenmiş olur. Kanun koyucu bu yüzden alacaklıya, icra dairesinden alacağı yetki ile tescili sağlamak için gerekli işlemleri yapma imkânı tanımıştır.

Çalışmada bu konu iki ana başlık altında incelenmiştir. İlk başlıkta borçlunun tescilden önce kazandığı ancak henüz tescil ettirmediği aynı hakların tescili için alacaklıya yetki verilmesi değerlendirilmiştir. Ayrıca söz konusu düzenlemenin uygulama alanı, şartları, hukuki sonuçları ve icra dairesi tarafından verilen yetkinin hukuki niteliği ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. İkinci başlıkta ise tapu sicilinde yolsuz bir tescilin bulunduğu diğer hâllerde haczin nasıl gerçekleştirileceği izah edilmiştir. Aynı zamanda pek çoğu dava takip yetkisi ile bağlantılı olan problemlere ve tartışmalara da konuyla bağlantılı olduğu ölçüde değinilmiştir.

## I. BORÇLUNUN TESCİLDEN ÖNCE KAZANDIĞI AYNI HAKLAR

### A. GENEL OLARAK

Taşınmazlar üzerindeki aynı haklar kural olarak tescil ile kazanılır; yani aynı hakkın kazanılması için tescil kurucu niteliktedir. Buna karşılık bazı durumlarda söz konusu hakların tescilden önce kazanılması mümkündür. Taşınmaz üzerindeki bir aynı hakkın tescilden önce kazanıldığı hâllerde, bu hak tescil edilmeden tasarruf işlemlerine konu edilemez. Örneğin bir taşınmazın mülkiyetini miras yoluyla kazanmış olan kişi, bu hakkı tapu siciline tescil ettirmediği müddetçe taşınmazı başkasına devredemeyecektir. Henüz tapu siciline tescil edilmiş olmayan bir aynı hak üçüncü kişilere

3 Tapu sicilinde borçlu adına kayıtlı olmayan taşınmaz malların borçlunun borcu için haczedilemeyeceği yönünde bkz. **Berkin**, Necmeddin M.; Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 277; **Muşul**, s. 697; **Akkaya**, Tolga; "Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu", **MİHDER** 2006, Cilt; 2, Sayı; 3, s. 671. Aksi yönde bkz. **Postacıoğlu**, s. 376; **Üstündağ**, Saim; Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s. 78. *Kuru* ise borçlunun bir taşınmaz üzerinde tescilden önce iktisap ettiği ancak henüz tapu siciline tescil ettirmediği aynı haklarının haczedilebileceğini; ancak bu hak tapu siciline tescil edilmediği sürece haciz şerhinin konulamayacağını ve satışın istenemeyeceğini belirtmektedir (**Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 455). Yazara göre; tapu sicilinde üçüncü bir kişi adına kayıtlı olan taşınmaz malların haczi hâlinde bu mal üçüncü kişinin elinde haczedilmiş sayılacak ve istihkak davası açma yükü, takip alacaklısına düşecektir (**Kuru**, s. 589). Yargıtay, taşınmazlarla ilişkin olarak istihkak prosedürünün uygulanamayacağına, tapu sicilinde üçüncü kişi adına kayıtlı olan taşınmaz malların haczi hâlinde üçüncü kişinin süresiz şikâyet yoluna başvurarak haczin kaldırılmasını sağlayabileceğine hükmetmektedir. Bu yönde bkz. Yargıtay HGK E. 2004/12-210, K. 2004/208 T. 07.04.2004 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 12. HD E. 2013/291, K. 2013/10098, T. 19.03.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

devredilemeyeceğine göre haciz de edilemez. Zira haczin amacı borçlunun haczi kabil mallarının paraya çevrilmesi ve elde edilen para ile alacaklının tatmin edilmesidir.

Aynı hakların tescilden önce kazanıldığı hâllerde, tescili talep yetkisi hak sahibine aittir. Ancak hak sahibi, çeşitli sebeplerle tescili talep etmekten kaçınabilir. Bu sebeplerin başında elbette hakkını tescil ettirmesi ihtimalinde bu hakkın, alacaklıları tarafından haczedileceği düşüncesi gelmektedir. Ancak tescilin gerçekleştirilmemesi yalnızca hak sahibinin ihmalkâr tavrından da kaynaklı olabilir. İki durum arasında takip alacaklıları açısından bir fark yoktur. Zira hak sahibinin hareketsiz kalması onların alacağına kavuşmasına engel teşkil etmektedir. Bu tip durumlarda alacaklıları korumak isteyen kanun koyucu İİK m. 94/2 ve m. 94/3 hükümlerini ihdas etmiştir.

İİK m. 94/2 bu konudaki genel kuraldır. Hükme göre borçlunun, miras veya buna benzer başka bir sebeple iktisap ettiği, ancak tapuya veya gemi siciline tescil ettirmediği mülkiyet yahut diğer aynı hakların tescili, borçlu namına alacaklı tarafından istenebilir<sup>4</sup>. Bu yöndeki talep üzerine icra dairesi, alacaklının tescil için gerekli işlemleri yapabileceğini tapu veya gemi sicili dairesine bildirir. Tescilin gerçekleştirilebilmesi için dava açılması gerekiyorsa ayrıca mahkemeye de bildirim yapılır.

İİK m. 94/3'te ise borçlunun zilyedi bulunduğu bir taşınmaz üzerindeki olağanüstü zamanaşımı ile iktisabı isteme yetkisinin takip alacaklısına verilmesi düzenlenmektedir. Olağanüstü zamanaşımında mülkiyet, hâkimin tescile karar vermesiyle değil; kanunda öngörülen koşulların gerçekleştiği anda tescilsiz kazanılmış olur (TMK m. 713/5). Yani aslında bu durum da İİK m. 94/2'nin kapsamına girmektedir. Ancak kanun koyucu olağanüstü zamanaşımı bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Bu hüküm bir önceki fıkrayla büyük ölçüde benzerlik arz etmekte; ancak birtakım nüanslar barındırmaktadır. İki fıkra arasındaki farklılıklara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir<sup>5</sup>.

Esasında İİK m. 94 “*iştirak hâlinde tasarruf edilen mallar*” başlığını taşımaktadır. Ancak maddenin içeriğinde kenar başlığı ile bağdaşmayan pek çok durum düzenlenmiştir. Örneğin intifa hakkının haczi üzerine yapılacak işlem bu maddenin ilk fıkrasında yer almaktadır. Devam eden fıkralar ise bazı işlemlerin borçlu adına yapılabilmesi için alacaklıya yetki verilmesine ilişkindir. Bu yönüyle İİK m. 94'ün birbirinden farklı pek çok düzenlemeyi içerisinde barındıran torba bir madde olduğu söylenebilir. Çalışmanın temelini maddenin ikinci, üçüncü ve beşinci fıkraları oluşturmaktadır.

İsviçre hukukunda bu maddenin karşılığını oluşturan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu<sup>6</sup> (SchKG) m. 104 tek cümleden ibarettir. Söz konusu düzenleme, İİK m. 94'ün ilk cümlesi ile paraleldir. Maddenin geri kalan kısmı Türk kanun koyucunun ilavesidir. Bir taşınmaz üzerinde tescilden önce kazanılan aynı hakların nasıl haczedileceği ise SchKG'de düzenlenmemiştir. İsviçre hukukunda bu husus,

4 Adalet komisyonunda, borçluya tescil işlemlerini bizzat yapması için süre verilmesi ve bu süre içerisinde gerekeni yapmayan borçlunun cezalandırılması teklifi de değerlendirilmiştir. Ancak borçluyu cezalandırmak veya yeni süreler vermek suretiyle alacaklıyı mağdur etmek gibi sakıncalara yol açabileceği gerekçesiyle mevcut çözüm şekli tercih edilmiştir (Azmi, Sait / İzzet, Nazım; Yeni İcra ve İflâs Kanunu Esasları ve Şerhi, 1932-1933, s. 203-204).

5 Bu konuda bkz. I, C, 1, b.

6 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.



Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesine İlişkin Kararname<sup>7</sup> (VZG) ile çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre tapu sicilinde borçludan başka bir kişi adına kayıtlı taşınmazlar, alacaklının, borçlunun taşınmazı tescilden önce kazandığını inanılır derecede ispat etmesi hâlinde haczedilebilir (VZG m. 10/1). Daha sonra uyuşmazlık istihkak prosedürü içerisinde çözülecektir (VZG m. 10/2). Ne yazık ki İsviçre’de Kanun’un boşluklarını doldurmak için çıkartılan nizamnameler İİK hazırlanırken dikkate alınmamıştır<sup>8</sup>.

## **B. UYGULAMA ALANI**

### ***I. Takibin Türü Bakımından***

Borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilmesine ilişkin hükümler, İİK’nın haciz yoluyla takip isimli dördüncü babında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükmün esas uygulama alanı genel haciz yoluyla takiplerdir. Bir para veya teminat alacağının tahsili amacıyla genel haciz yoluyla takip başlatan alacaklı, borçlunun sicil dışında kazanmasına rağmen henüz tapu veya gemi siciline tescil ettirmediği aynı haklarının tescili için icra dairesinden yetki alabilir.

İİK m. 41’de, Kanun’un ilamların icrasına ilişkin kısmında bulunan düzenlemelere aykırı olmayan diğer hükümlerinin ilamlı icrada da uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu atıf uyarınca, para veya teminat verilmesine ilişkin ilamların icrasında İİK m. 94 uygulama alanı bulabilir. Zira bir para alacağının ödenmesi emrini içeren ilam icraya koyulduğunda, borçlu kendisine gönderilen icra emrine rağmen ilamın gereğini yerine getirmezse, alacaklının talebi üzerine borçlunun alacağı karşılamaya yetecek kadar malı haczedilir.

Para veya teminattan başka borçlar hakkındaki ilamların icrasında, kural olarak haciz aşaması söz konusu olmadığından İİK m. 94 uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak bu kuralın kanundan kaynaklanan birtakım istisnaları mevcuttur. Örneğin bir taşınırın teslimine dair ilam icra edilirken hükmolunan taşınırın veya mislinin borçlunun yedinde bulunmadığı görülürse taşınırın değeri borçludan tahsil edilecektir. Bu değer ödenmezse borçlunun malları haczedilerek paraya çevrilecektir (İİK m. 24/4). Benzer şekilde, başkasına yaptırılabilir nitelikte bir işin borçlu tarafından yapılmaması hâlinde bu işin üçüncü kişi tarafından yapılması için gerekli masraflar haciz yoluyla borçludan tahsil edilecektir (İİK m. 30/2). İşte bu durumlarda, borçlunun malvarlığı değerlerinin haczi söz konusu olduğundan İİK m. 94 hükmü uygulama alanı bulabilir.

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte Kanun’un bazı hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağına ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak İİK m. 94 kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülen maddelerden biri değildir. Zaten bu takip yolunda haciz söz konusu olmadığından borçlunun bir taşınmaz üzerinde sicil dışında iktisap ettiği aynı hakların tescili için alacaklıya yetki verilmesine, kural olarak ihtiyaç bulunmamaktadır. Buna karşılık eşyaya bağlı bir irtifak hakkının tescilden önce doğduğu hâllerde, ipoteğin konusu olan taşınmaz yararlanan taşınmaz konumundaysa, bu hakkın

<sup>7</sup> Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920.

<sup>8</sup> **Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960, s. 11; **Üstündağ**, *Tashih*, s. 78.

tescili taşınmazın kıymetini artıracığından alacaklı, İİK m. 94/2 uyarınca elde edeceği yetki ile tescili gerçekleştirme imkânına sahiptir. Şu hâlde söz konusu düzenleme doğrudan değil ancak kıyas yoluyla uygulanmış olur.

İflâs yoluyla takiplerde haciz aşaması olmadığından, burada İİK m. 94 hükmü uygulama alanı bulmaz. Ancak masanın tasfiyesi esnasında benzer bir sorun gündeme gelebilir. İflâs hukukunda istihkak, hacizden farklı olarak, sadece malın müflisin elinde bulunması hâli için öngörülmüştür. Mevaz Kanununda ise üçüncü kişinin tek başına ya da müflisle birlikte elinde bulundurduğu taşınmalar ile müflise ait olduğu düşünülen ancak tapu sicilinde bir üçüncü kişi adına tescil edilmiş olan taşınmazların masaya dâhil edilmesi de aynı hükümde düzenlenmiştir. Buna göre masa, üçüncü kişiye dava açmak zorundadır (SchKG m. 242/3). Maddenin ilk hâlinde yer almayan bu düzenleme, 1997 yılında yapılan bir değişiklikle kabul edilmiştir.

Hukukumuzda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen iflâs idaresinin, taşınmaz bir mal üzerindeki müflise ait olduğu düşünülen aynı hakkın tescili için gereken işlemleri yapabileceğini kabul etmek gerekir. Gerekirse tapu sicilindeki yolsuz kaydın düzeltilmesi için üçüncü kişiye karşı dava açılabilir<sup>9</sup>. İflâs idaresi bu davayı *kanunî dava yetkini* olarak yürütür; davanın sonunda verilen kesin hüküm müflise de sirayet eder<sup>10</sup>. Ancak söz konusu davanın açılabilmesi için alacaklılar toplanmasının muvafakati alınmalıdır<sup>11</sup>. Eğer alacaklılar toplanması, bu iddianın iflâs idaresi tarafından takip edilmesinde lüzum görmezse iddianın takibi, İİK m. 245 uyarınca isteyen bir alacaklıya devrolunabilir<sup>12</sup>.

Alacağı bir çek, poliçe yahut bonoya bağlı olan alacaklı, kambiyo senetlerine özgü haciz veya borçlusu iflâsa tabi kişilerdense kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takip yapabilir. Kambiyo senetlerine özgü iflâs yoluyla takipler bakımından yukarıda iflâsa ilişkin olarak yapılan açıklamalar geçerlidir. Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip ise büyük ölçüde genel haciz yoluyla takibe benzer bir şekilde düzenlenmiştir. İki takip yolu arasında önemli farklar vardır, fakat bu farklar ödeme emrinin kesinleşmesine kadar sürer. Haciz aşaması ise her iki takip yolunda da aynıdır. Borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilmesi, haciz aşamasına ilişkin bir düzenleme olduğundan, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipler bakımından da uygulama alanı bulur.

Kiracı muaccel bir kira borcunu ödemezse, kiraya veren, ödenmeyen kira alacağı için kiracıya karşı genel haciz yolu ile takip yapabilir. Bu hâlde yukarıda genel haciz yoluyla takibe ilişkin

9 “MK’nun 992/1 hükmüne göre ‘Tapuda kayıtlı taşınmazlarda hak karinesinden yalnız adına tescil bulunan kimseler yararlanır.’ Bu hükümden de anlaşılacağı üzere taşınmalar bakımından ziyetliğe ( ve icra hukuku bakımından elde bulundurmaya ) yüklenen fonksiyonları, taşınmazlar bakımından tapu sicili ( yani sicil ziyetliği ) yerine getirmektedir. Öte yandan 3. kişinin elinde olan ve 3. kişi tarafından mülkiyeti kendisine ait olduğu bildirilen bir mal iflas masasına ait olduğu bildirilirse bu halde İ.İ.K’nun 228. maddesi uygulanmaz. Mülkiyeti müflise ait olduğu iddia edilen 3. kişi elindeki mal da masa mallarının tutulduğu deftere yazılır ( İ.İ.K’nun.212 ) fakat mal 3. kişi elinden alınmaz. Malın 3. kişinin elinden alınıp satılabilmesi için iflas idaresinin 3. kişiye karşı genel mahkemelerde dava açması gerekir. İflas İdaresi İ.İ.K’nun 228. maddesine göre icra mahkemesinde istihkak davası açmak üzere süre veremez.” Yargıtay 17. HD E. 2010/4983, K. 2011/2234, T. 15.03.2011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

10 Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 458-459.

11 Oruç, Yakup; İflâs İdaresi, İstanbul 2019, s. 205.

12 Oruç, s. 205. Aksi yönde bkz. Üstündağ, Tashih, s. 79.

olarak yapılmış açıklamalar geçerlidir. Bununla birlikte kiraya veren, yalnızca kiranın ödenmesini değil kiracının da tahliyesini istiyorsa kiralanan taşınmazların ilamsız tahliyesi yoluna gitmelidir. Kiracı takibin kesinleşmesi ve ödeme süresinin geçmesi üzerine borcunu ödemezse kiraya veren, kiracının tahliyesini ve aynı zamanda mallarının haczedilmesini isteyebilir. Şu hâlde haciz, genel haciz yoluyla takipteki hükümler uyarınca yapılır. Dolayısıyla İİK m. 94 burada uygulama alanı bulabilir. Buna karşılık kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin takip, kira süresinin sona ermesi sebebine dayanıyorsa söz konusu düzenlemeler uygulama alanı bulmayacaktır. Zira burada, bir para alacağının ödenmesi talebi ve dolayısıyla haciz aşaması mevcut değildir.

## 2. Haczin Konusu Bakımından

Haczin konusunu, borçlunun bağımsız olarak başkasına devredilebilen malvarlığı hakları oluşturur. Şahıs varlığı hakları, parasal bir değer ifade etmediği için haczedilemez. Zira haczin amacı bir para alacağının tahsilidir. Bundan dolayı ancak paraya çevrilebilecek olan haklar haczin konusunu oluşturabilir. Şahıs varlığı haklarının haczi söz konusu olmadığı için, bunlar bakımından İİK m. 94/2 ile m. 94/3 hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

Söz konusu düzenlemeler, haczi mümkün olan bütün malvarlığı hakları için değil; yalnızca sicil dışında iktisap edilip de henüz tapuya veya gemi siciline tescil edilmemiş olan aynı haklar bakımından uygulanır. Parasal bir değer ifade ettikleri için bu haklar, bağımsız olarak üçüncü kişilere devredilebildikleri ölçüde haczedilebilir. Bağımsız olarak üçüncü kişilere devredilemeyen aynı haklar ise haczedilemez. Alacaklının, haczedilemeyecek bir aynı hakkın tescili için icra dairesinden yetki alması anlamsızdır. Örneğin oturma hakkının kullanılması dahi üçüncü kişilere bırakılamaz. Bundan dolayı oturma hakkı haczedilemez<sup>13</sup>. Bu hakkın tescil edilmesi için icra dairesinin alacaklıya yetki vermesi de söz konusu olmaz.

Mülkiyetin devrini talep yetkisi sağlayan alacak haklarının haczinde bu hükmün uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlarca<sup>14</sup>, borçlu ile bir üçüncü kişi arasında yapılmış olan taşınmaz satış vaadi sözleşmesine rağmen borçlunun malike karşı tescil davası açmakta hareketsiz kalması hâlinde alacaklının, İİK m. 94 uyarınca icra dairesinden alacağı yetki ile taşınmaz malikine karşı dava açabileceği savunulmaktadır. Uygulamada da bu hükme genellikle arsa payı

13 **Sirmen**, A. Lâle; Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2017, s. 550; **Akipek**, Jale / **Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya; Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s. 696.

14 **Kuru**, s. 457; **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder / **Taşpınar-Ayvaz**, Sema / **Hanağası**, Emel; İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Ankara 2019, s. 259; **Muşul**, s. 588. *Akile* göre; bu durumda alıcının alacaklıları İİK m. 89'a uyarınca satıcı/ üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesini talep edebilir. Üçüncü kişi eğer aradaki borç ilişkisini inkâr ederse m. 89/4 uyarınca ceza ve tazminat davası açılabilir. Üçüncü kişi satış vaadi sözleşmesini kabul eder ve sözleşmenin gereğini yerine getirirse bir mesele kalmaz. Buna karşılık üçüncü kişi satış vaadi sözleşmesini inkâr etmemesine rağmen sözleşmenin gereğini yerine getirmekten kaçınırsa takip alacaklıları m. 94 uyarınca icra dairesinden alacakları yetki ile satıcıya karşı tescil davası açabilirler (**Akil**, Cenk; Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Ankara 2013, s. 416-417). *Postacıoğlu/Altay*'a göre, yasada sayılan durumlar sınırlayıcı değil örnek niteliğindedir. Borçlunun henüz kayıtlara yansımayan potansiyel haklarının, onun malvarlığına şeklen dâhil edilebilmesi için gerekli işlemlerin bu hükme göre alınacak yetki ile alacaklı tarafından gerçekleştirilmesi mümkündür (**Postacıoğlu**, İlhan E. / **Altay**, Sümer; İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 389).

karşılığı inşaat sözleşmeleri<sup>15</sup> ve taşınmaz satış vaadi<sup>16</sup> hukuki sebebine dayalı olarak açılan tescile zorlama davalarında başvurulmaktadır.

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>17</sup>, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan taşınmaz bakımından İİK m. 94'ün uygulanması mümkün değildir. Zira bu sözleşmelerin varlığı alacaklıya bir aynı hak bahşetmez; burada yalnızca alacak hakkı söz konusudur. Oysa İİK m. 94/2 borçlunun henüz tescil ettirmediği aynı hakları bakımından uygulama alanı bulur<sup>18</sup>. Hükmün kıyas yoluyla uygulanması da söz konusu olamaz. Çünkü burada bir kanun boşluğu yoktur. Takip borçlusunun mülkiyetin devrini talep yetkisi sağlayan alacak hakkını haczettiren alacaklı, İİK m. 120/2 uyarınca borçlunun üçüncü kişiye karşı sahip olduğu dava hakkının kullanılmasını üzerine alabilir. Bu hüküm, pek çok yönüyle çalışmanın konusunu oluşturan İİK m. 94'ten farklıdır<sup>19</sup>.

### C. UYGULAMA ŞARTLARI

#### I. Borçlunun Bir Taşınmaz Üzerinde Tescilden Önce Aynı Hak Kazanması

Borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan ilki, borçlunun tescilden önce bir aynı hak iktisap etmiş olmasıdır. Takip alacaklısının bu yöndeki subjektif iddiası ilgili kanun hükmünün işletilebilmesi için yeterli değildir. İcra dairesince tescil için yetki verilebilmesi, borçlunun tescilden önce bir aynı hak kazandığının inandırıcı biçimde ortaya koyulmasına bağlıdır.

#### a. Genel Kural (İİK m. 94/2)

İİK m. 94/2 borçlu lehine tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilmesine ilişkin genel kuraldır. Buna göre borçlunun reddetmediği miras veya başka bir sebeple iktisap edip de henüz tapu siciline tescil ettirmediği aynı hakların borçlu adına tescili alacaklı tarafından istenebilir. Dolayısıyla hükmün uygulama şartlarından ilki, borçlunun, taşınmaz mal üzerinde tescilden önce bir aynı

15 Yargıtay HGK E. 2017/23-856, K. 2017/1014, T. 24.05.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 23. HD E. 2016/717, K. 2017/444, T. 16.02.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 14. HD E. 2017/491, K. 2018/704, T. 30.01.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

16 Yargıtay 15. HD E. 2010/5070, K. 2011/616, T. 07.02.2011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 14. HD E. 1989/1794, K. 1989/4809, T. 16.05.1989 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

17 *Üstündağ'a göre*, burada İİK m. 89 uyarınca talep hakkının haczi söz konusu olabilir (*Üstündağ*, s. 202). *Bulut'a göre*; İİK m. 94 taşınmaz satış vaadine konu olan taşınmazlar bakımından uygulama alanı bulmaz. Zira bu sözleşme yalnızca bir alacak hakkı sağlamaktadır. Borçlunun sadece bir alacak hakkının bulunduğu durumlarda İİK m. 120 uygulanmalıdır (*Bulut*, Uğur; İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, Ankara 2013, s. 113).

18 "*İİK'nin 94. maddesinin, sadece borçlu namına tescil talepleri yönünden uygulanması mümkün olup, icra müdürlüğünce bu maddeye dayalı olarak alacak davası açmak üzere yetki verilmesi usulsüz olmuştur.*" Yargıtay 23. HD E. 2014/1770, K. 2014/6968, T. 05.11.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde bkz. Yargıtay 23. HD E. 2013/7652, K. 2014/1425, T. 27.02.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

19 Çalışmanın kapsamını aşacağı gerekçesiyle İİK m. 94 ile m. 120'nin kıyaslanmasından kaçınılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Bulut*, s. 109-116.

hak kazanmış olmasıdır. TMK m. 705'te, taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılabileceği bazı hâller sayılmıştır. Bunlar miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal ve kamulaştırma'dır. Ancak maddede sınırlı bir sayma yoluna gidilmemiştir. Kanun ile öngörülen başka hâllerde de taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılması mümkündür. İrtifak haklarının (TMK m. 780/2, m. 795/2, m. 838/3) ve taşınmaz yükünün (TMK m. 840/3) de benzer sebeplerle tescilden önce kazanılması gündeme gelebilir. Bir taşınmaz üzerindeki ipotek hakkının da kanunda öngörülen özel bazı hâllerde tescilsiz kazanılması mümkündür (TMK m. 865/3, m. 867/2, m. 876).

Bu iktisap türleri içinde uygulamada en yaygın olanı mirastır. Miras bırakanın ölümüyle birlikte mirasçılar, terekeye giren aynı hakları kanun gereğince doğrudan doğruya kazanırlar. Murisin taşınmaz mallar üzerinde sahip olduğu aynı hakların mirasçılara geçmesi için tescile gerek yoktur. Bundan sonra yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir. Burada mirasçı kavramından maksat, kanuni ve atanmış mirasçılardır. Buna karşılık kendisine bir taşınmaz vasiyet edilmiş olan vasiyet alacaklısı, miras bırakanın külli halefi değildir; yalnızca mirasçılara karşı bir alacak hakkı kazanır<sup>20</sup>. Vasiyet alacaklıları, tescilden önce bir aynı hak kazanmış olmadığından bunlar bakımından İİK m. 94/2 uygulama alanı bulmaz.

Kural olarak tescil isteminin yasal ve atanmış mirasçılar tarafından yapılması gerekir. Ancak miras yoluyla bir taşınmaz üzerinde aynı hak elde etmiş olan takip borçlusu, hakkın tescilini talep etmekten kaçınırsa, takip alacaklısı icra dairesinden alacağı yetki ile gerekli işlemleri yapabilir. Gerekli işlemlerden maksat, mirasçılık belgesi alınması<sup>21</sup> ve bu belgeyle birlikte tapu sicil müdürlüğüne istemde bulunulmasıdır.

Takip borçlusuna miras yoluyla bir taşınmaz veya taşınmaz hissesi kaldığı anlaşılırsa öncelikle İİK m. 94/2 hükmü işletilerek taşınmazın takip borçlusu veya miras ortaklığı adına tescili sağlanmalıdır. Ancak tescil gerçekleştirildikten sonra taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki miras hissesinin haczi mümkün olur. Açıklayıcı nitelikteki tescil yapılmadan, mirasçının borcu için doğrudan doğruya muris üzerine kayıtlı taşınmazın haczedilmesi ve tapu sicilindeki sayfasına haciz şerhi koyulması yasaya aykırıdır<sup>22</sup>. İcra dairesinin bu yöndeki işlemine karşı şikâyet yoluna gidilebilir. Böyle bir yöntemin izlenmiş olması hâlinde varsa diğer mirasçıların da hakları ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla takip borçlusu dışındaki diğer mirasçıların da şikâyet yoluna başvurmakta hukuki yararı vardır<sup>23</sup>.

Buna karşılık Yargıtay, borçlunun bir taşınmaz üzerindeki miras hissesinin ancak tescille birlikte haczedilebileceğine ilişkin açık düzenleme bulunmamasından hareketle tescilden önce haczin

20 **Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017, s. 406; **Sirmen**, s. 342; **Antalya**, O. Gökhan / **Sağlam**, İpek; Miras Hukuku Cilt: III, 4. Bası, İstanbul 2019, s. 96; **Topuz**, Murat; Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, İstanbul 2020, s. 193.

21 Mirasçılık belgesi verilmesi noterden (Noterlik Kanunu m. 71/A) veya mirasın açıldığı yerdeki sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir (TMK m. 598).

22 Doktrinde *Kuru*, borçlunun taşınmaz üzerindeki miras hissesi henüz tescil edilmemişse, öncelikle İİK m. 94/2 uyarınca tescilin gerçekleştirilmesini, miras hissesinin ancak ondan sonra paraya çevrilebileceğini belirtmektedir. Buna göre alacaklı, henüz miras hissesini tescil ettirmeden hissenin İİK m. 121 uyarınca paraya çevrilmesini isteyemez (**Kuru**, s. 637 dn. 14). Aynı yönde bkz. **Muşul**, s. 892; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 258.

23 Aksi yönde bkz. Yargıtay 12. HD E. 2006/8558, K. 2006/11436, T. 30.05.2006 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

gerçekleştirilebileceğine karar vermektedir<sup>24</sup>. Yüksek mahkemeye göre, icra dairesinden alınacak yetki ile tescil gerçekleştirilmeden önce taşınmaz üzerindeki miras hissesinin paraya çevrilmesi istenemeyecektir<sup>25</sup>. Oysa İİK m. 94 paraya çevirme aşamasına değil, haciz aşamasına ilişkin bir hükümdür<sup>26</sup>. Ödeme yerine alacakların devrine ilişkin düzenlemede, hacze iştirak eden bütün alacaklıların muvafakati aranmıştır (İİK m. 120). Ancak borçlu adına tescili talep etme yetkisinin alacaklıya verilmesine ilişkin hükümde böyle bir şarta yer verilmemiştir. Kanımızca iki düzenleme arasındaki fark, tapu sicilinde borçlu adına kayıtlı olmayan aynı hakların bu kayıt düzeltilmeden önce haczedilemeyeceğinin öngörüldüğünü göstermek için yeterlidir.

Kanun koyucu, taşınmaz üzerinde miras sebebiyle iktisap edilmiş aynı hakların tescilinin alacaklı tarafından istenebilmesini mirasın reddedilmemiş olması şartına bağlamıştır. Eğer borçlu mirası reddetmişse, reddedilen terekedeki aynı hakkın borçlu adına tescili alacaklı tarafından istenemez. Reddedilen miras, murisin kendi borçlarının karşılığıdır. Doktrinde, bu şartın miras bırakanın alacaklılarının zarara uğramaması için getirildiği ifade edilmektedir<sup>27</sup>. Oysa böyle bir şartın ayrıca öngörülmesine ihtiyaç yoktur. Zira mirası reddeden mirasçı, miras bırakanın ölüm anından itibaren – geçmişe etkili olarak – mirasçılık sıfatını kaybeder. Bu hâlde takip borçlusu, aynı hak kazanmış değildir; kazanılmamış bir aynı hakkın tescili için icra dairesinden yetki alınması da mümkün olmaz<sup>28</sup>.

Takep borçlusunun, bir taşınmazın malikine karşı mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olması hâlinde, kural olarak tescilin taşınmaz maliki tarafından talep edilmesi gerekir. Ancak malik, tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa kişisel hakka sahip olan kişi, mahkemeden mülkiyetin kendisine hükmen geçirilmesini talep edebilir. Mahkemenin davanın kabulüne ilişkin olarak vereceği hüküm, mülkiyetin tescilden önce kazanılmasını sağlar. Bu durumda mahkeme, hükmünü resen tapu siciline bildirecektir (İİK m. 28). Dolayısıyla borçlusu bir taşınmaz üzerindeki aynı hakkı mahkeme kararıyla tescilden önce kazanan alacaklı, tescilin gerçekleştirilmesi için icra dairesinden yetki almak zorunda kalmayacaktır.

Bir taşınmazın cebri icra yoluyla satışa çıkarılması hâlinde alıcı, mülkiyeti ihale anında tescilden önce kazanır<sup>29</sup>. Bundan sonra yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir. İhale bedelinin ödenmesi ve

24 “İİK'nun 94/2 maddesinde borçlunun reddetmediği miras yolu ile kazandığı ve henüz tapu siciline tescil ettirmediği mülkiyet veya diğer aynı hakların borçlu namına tescili alacaklı tarafından istenebileceği belirtilmekte olup miras hissesinin ancak tescille birlikte haczedilebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. (...) O halde haczin kaldırılmasına yönelik şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken talebin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” Yargıtay 12. HD E. 2014/7087, K. 2014/9427, T. 01.04.2014 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

25 Yargıtay 12. HD E. 2010/12543, K. 2010/25490, T. 02.11.2010 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

26 Doktrinde *Ansay*, haciz aşamasında böyle bir hükme yer verilmesinin vaksiz ve masraflı bir iş olabileceğini, ancak hukukumuzda tapu kayıtları hakkında çıkan uyumsuzlukların önceden çözülmesinin icra sisteminin sağlıklı yürüyebilmesi açısından faydalı görülebileceğini ifade etmektedir (*Ansay*, s. 78).

27 *Azmi/İzzet*, s. 203.

28 Malvarlığının aktif borçlarını karşılamaya yetmeyen mirasçının, sırf kendi alacaklılarına zarar vermek için mirası reddetmesi hâlinde ise TMK m. 617 hükmü uygulama alanı bulur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Antalya/Sağlam*, s. 100-101.

29 *Kuru*, s. 628; *Muşul*, s. 843; *Namlı*, s. 506; *Topuz*, s. 200.

ihalenin kesinleşmesi üzerine tescil yazısı, takibi yürüten icra dairesi tarafından yazılacaktır (İİK m. 135/1). Dolayısıyla bu durumda İİK m. 94'ün işletilmesine gerek kalmaz. Her ne kadar taşınmaz tescilden önce kazanılmış olsa da ihale bedeli henüz ödenmemişse veya ihale kesinleşmemişse taşınmazın alıcı adına tescili – alıcının alacaklıları tarafından bile – gerçekleştirilemez. Zira ihalenin feshi talebinin kabul edilmesi veya bedelin ödenmemesi üzerine ihale kararının kaldırılması mümkündür.

Tescilin gerçekleşmesi üzerine taşınmazın kendi alacaklıları tarafından haczedileceğini öngören alıcının ihale bedelini ödemekten kaçınması olasıdır. Böyle bir durumda takip alacaklısının – daha sonra borçludan alınmak üzere – ihale bedelini yatırarak tescili gerçekleştirmesine olanak tanımak gerekir<sup>30</sup>. Alacağını hiç tahsil edememe tehlikesi ile karşı karşıya olan alacaklı, özellikle ihalede taşınmazın değerinin altında bir bedelle satılmış olması ihtimalinde bu yola başvurmayı tercih edebilir.

Tapuya kayıtlı bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı, eski malikin istemiyle terkin edilmişse o taşınmaz üzerinde malik olma arzusu ile zilyetlik kuran kimse tarafından tescilden önce ve aslen kazanılır<sup>31</sup>. Bu kazanma biçimi işgal olarak adlandırılmaktadır (TMK m. 707). Mülkiyetin kazanılması için zilyetliğin kurulması yeterlidir. Bundan sonra yapılacak tescil açıklayıcı bir nitelik taşır. İşgal ile kazanılan hakkın tapuya tescili, işgal edenin yazılı talebi üzerine yapılır. İşgal yoluyla bir taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan takip borçlusu, hakkını tescil ettirmekten kaçınıyorsa alacaklı icra dairesinden alacağı yetki ile tescili gerçekleştirebilir. Bunun için alacaklının, işgal fiilini gösteren delillerle birlikte tapu sicil müdürlüğüne başvurması gerekir.

### **b. Olağanüstü Zamanaşımı (İİK m. 94/3)**

Tapu kütüğünde kayıtlı olmayan veya maliki tapu kütüğünden anlaşılmayan<sup>32</sup> yahut yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı olan taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması mümkündür (TMK m. 713). Bu yolla mülkiyetin kazanılması, taşınmaz üzerinde davasız ve aralıksız yirmi yıl süreyle ve malik sıfatıyla zilyetliğin sürdürülmüş olması şartına bağlıdır<sup>33</sup>. Eski Kanun döneminde olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyetin hangi anda kazanıldığı doktrinde yoğun tartışmalara konu olmuştur<sup>34</sup>. Ancak günümüzde bu tartışmaların bir önemi kalmamıştır. Zira kanun koyucu mülkiyetin, TMK m. 713/1'de belirtilen şartların gerçekleştiği tarihte kazanılacağını

30 Benzer bir durum Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olmuştur. Somut olayda, takip borçlusu, takip dışı üçüncü kişiden 180 ay vade ile konut satın almıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede konutun mülkiyetinin tüm taksitlerin ödenmesi üzerine alıcıya verileceği kararlaştırılmıştır. Takip alacaklısı, icra dairesinden aldığı yetki ile taşınmazın takip borçlusu adına tescili için dava açmıştır. Yargıtay, takip alacaklısının yatırılması gereken parayı depo etmesi üzerine taşınmazın takip borçlusu adına tesciline karar verilebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay 23. HD E. 2011/5012, K. 2012/2165, T. 20.03.2012 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

31 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 409; **Akipek/Aküntürk/Ateş**, s. 477-478; **Sirmen**, s. 344; **Topuz**, s. 197.

32 Tapu sicilindeki kaydın gerçek maliki göstermediği hâllerde de taşınmaz olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmaya elverişlidir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 436; **Akipek/Aküntürk/Ateş**, s. 493).

33 Ezcümle bkz. **Akipek/Aküntürk/Ateş**, s. 495-498; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 445-451.

34 Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akipek/Aküntürk/Ateş**, s. 498-499.



açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre mülkiyet, zilyedin söz konusu taşınmazı malik sıfatıyla davasız ve aralıksız olarak yirmi yıl süreyle fiili hâkimiyetinde bulundurma şartlarını tamamladığı anda kazanılmış olacaktır. Bundan sonra mahkemenin vereceği karar ve tescil yalnızca açıklayıcı bir nitelik taşır<sup>35</sup>. Ancak tescil yapılmadıkça malik hakkı üzerinde tasarrufta bulunamayacağı gibi, malikten alacaklı olan kişiler de taşınmazı haczettiremeyeceklerdir

Şartların gerçekleşmesi üzerine zilyet, mülkiyet hakkının tesciline karar verilmesi için dava açabilir. Yani tescil davası açma hakkı taşınmaz üzerinde malik sıfatıyla zilyet olan kişiye aittir. Ancak zilyedin çeşitli gerekçelerle bu davayı açmaktan kaçınması mümkündür. Bu yüzden kanun koyucu, borçlunun zilyedi olduğu bir taşınmaz üzerindeki olağanüstü zamanaşımı ile tescili isteme hakkını haczettiren alacaklının, icra dairesinden alacağı yetki ile bu davayı açabileceğini kabul etmiştir (İİK m. 94/3). Bu hüküm büyük ölçüde bir önceki fıkra ile paraleldir. Esasında taşınmaz üzerindeki mülkiyetin olağanüstü zamanaşımıyla kazanıldığı hâller de İİK m. 94/2'nin kapsamına girer. Ancak kanun koyucu, belki mülkiyetin kazanıldığı ana ilişkin eski kanun dönemindeki tartışmalardan hareketle belki de diğer tescilden önce iktisap hâlleri içerisinde özel bir önem atfettiği için olağanüstü zamanaşımı sebebiyle kazanılan taşınmazın tescili için alacaklıya yetki verilmesini özel olarak düzenlemiştir.

Alacaklı öncelikle borçlunun olağanüstü zamanaşımı sebebiyle taşınmazın iktisabını isteme yetkisini haczettirmelidir<sup>36</sup>. Bunun üzerine icra dairesi taşınmaz üzerindeki zilyetliğin üçüncü kişilere devredilmesini engelleyecek tedbirler alacaktır. Doktrinde buna örnek olarak taşınmaz üzerinde zilyetliği sağlamak üzere bir bekçi görevlendirilmesi<sup>37</sup> veya taşınmazın yediemine teslimi<sup>38</sup> gösterilmektedir. Bu tedbirlere ek olarak ilana yoluyla duruma daha fazla aleniyet kazandırılabilir<sup>39</sup>. Ayrıca takip alacaklısı, mahkemeden borçlu lehine geçici tescilin şerh edilmesini isteyebilir (TMK m. 1011; Tapu Sicili Tüzüğü m. 50). Yalnız bu şerh kararı icra dairesi tarafından verilemez. Talep mahkemeye yöneltilmelidir. Geçici tescilin şerhi ile tapu kütüğü işlemlere kapatılmış olmaz, ancak üçüncü kişilerin tapudaki kayda güvenerek iyi niyetle aynı hak kazanmasının önüne geçilmiş olur<sup>40</sup>.

Alacaklı, icra dairesince verilecek yetki üzerine bir ay içerisinde taşınmazın borçlu adına tescili için dava açmalıdır. Bu süre hak düşürücü niteliktedir. Yani bir ay içerisinde dava açılmaması hâlinde alacaklının yetkisi sona erer. Bir aylık süre, icra dairesinin bu yönde vereceği kararın tebliğinden itibaren başlayacaktır. İİK m. 94/2'nin uygulama alanına giren hâllerde ise böyle bir süre öngörülmemiştir. Kanımızca iki fıkra arasındaki farklılığı haklı kılacak bir durum yoktur. Bundan dolayı – en azından tescil için dava açılması gereken hâllerde – olağanüstü zamanaşımı dışındaki iktisap sebepleri için verilecek yetki bakımından da böyle bir süre öngörülmesi isabetli olacaktır. Böylece işlemin gereksiz yere sürüncemede kalması önlenmiş olur.

35 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 457; Topuz, s. 241-242.

36 Kanımızca kanun koyucunun burada haciz ibaresini kullanması isabetli olmamıştır. Olağanüstü zamanaşımı sebebiyle tescili isteme yetkisi bağımsız olarak üçüncü kişilere devredilemeyeceği gibi haciz de edilemez. Zira bu yetkinin paraya çevrilmesi mümkün değildir. Burada genel prensipten ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur.

37 Berkin, s. 240; Postacıoğlu, s. 311.

38 Kuru, s. 456.

39 Postacıoğlu, s. 311.

40 Antalya/Topuz, s. 678; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 331.

Takip alacaklısının olağanüstü zamanaşımı sebebiyle açacağı tescil davası, TMK m. 713'de öngörülen hükümlere tabidir. Dava, hazine ile ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa taşınmaz üzerinde malik olarak gözükken kişiye karşı açılacaktır. Takip borçlusunun davalı olarak gösterilmesine lüzum ve imkân bulunmamaktadır. Davanın sonunda tescile karar verilmesiyle birlikte taşınmaz davayı açan alacaklı lehine mahcuz sayılacaktır.

## **2. Alacaklının Haciz İsteme Hakkının Bulunması**

İİK m. 94 haciz aşamasına ilişkin bir hükümdür. Dolayısıyla alacaklının, borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisini üzerine alabilmesi için haciz isteme hakkının bulunması gerekir. Haciz isteme hakkı kural olarak ödeme süresinin geçmesi ve takibin kesinleşmesi ile kazanılır. Ödeme süresi ile itiraz süresinin eşit olduğu takip türlerinde ilk şart özel bir önem arz etmez. Ancak ödeme süresinin itiraz süresinden daha uzun tutulduğu takiplerde, borçlunun süresi içinde itiraz etmemesi yeterli değildir; ayrıca ödeme süresinin de geçmesi gerekir<sup>41</sup>. Takibin kesinleştiği an ise ödeme veya icra emrinin tebliği üzerine borçlunun tavrına göre değişiklik gösterir. Burada şartları belirtilen haciz, kesin (icraî) hacizdir. Kanımızca bunun yanında ihtiyati veya geçici haciz talep edebilecek alacaklının da icra dairesinden borçlu adına tescili gerçekleştirilebilmek için yetki alması mümkündür.

İtirazın geçici kaldırılması ve ödeme süresinin geçmesi üzerine alacaklının talebi ile borçlunun malları haczedilebilir. Bu şekilde koyulan hacze geçici haciz denir. Alacaklının, tapu sicilinde borçlu adına tescil edilmemiş aynı hakların tescilini gerçekleştirmek suretiyle bunları geçici olarak haczettirebilmesine olanak tanınmalıdır. Hakkın takip borçlusu adına tescili üzerine alacaklı lehine muvakkaten haczedildiği kabul edilir. Borçlu süresi içinde borçtan kurtulma davası açmaz veya dava reddedilirse geçici haciz kesin hacze dönüşür ve haczedilen malların satışı istenebilir. Eğer borçtan kurtulma davası kabul edilirse söz konusu hak üzerindeki haciz kalkar; tescil henüz gerçekleştirilmemişse alacaklının yetkisi son bulur.

Kanun koyucu ihtiyati haciz kararlarının icrası bakımından İİK'nın 79 ila 99'uncu maddelerine atıfta bulunmuştur (İİK m. 261/2). Dolayısıyla borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilmesine ilişkin hüküm ihtiyati haciz bakımından da uygulanır. İhtiyati haciz talep etme yetkisi bulunan alacaklı, diğer şartlar da mevcutsa icra dairesinden bu yönde yetki alabilir. İhtiyati haciz bir sebeple kaldırılırsa alacaklıya tanınan yetki de son bulur.

## **3. Öncelikle Haczedilmesi Gereken Hakların Alacağı Karşılığa Yetmemesi**

Borçlunun malları haczedilirken belirli bir sıranın izlenmesi gerektiğini belirten ilkeye hacizde tertip ilkesi denir. 1424 sayılı eski İcra ve İflas Kanununda bu ilkeye açıkça yer verilmiş olmasına rağmen söz konusu hüküm, 2004 sayılı İİK'ya alınmamıştır. Kanun'un genel gerekçesine bakıldığında,

41 Örneğin kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte, itiraz süresi beş günken ödeme süresi on gün olarak belirlenmiştir. Kendisine tebliğ edilen ödeme emrine beş gün içerisinde itiraz etmeyen borçlunun, borcunu ödemeyebilmek için beş günlük süresi daha bulunmaktadır. Bu süre dolmadan alacaklı haciz talep etme hakkına kavuşmaz.

uygulamada yarattığı sorunlar sebebiyle hacizde tertibe ilişkin düzenlemenin bilinçli olarak kaldırıldığı görülebilir. Ancak doktrinde, haciz gerçekleştirilirken belirli bir sıranın izlenmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>42</sup>. Zira her şeyden önce İİK m. 85/6'da haczi koyan memurun, takibin taraflarının menfaatlerini mümkün mertebe telif etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasında üçüncü bir kişi tarafından ihtiyaten haczedilmiş veya üzerinde istihkak iddia edilmiş malların en son haczedileceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasında ise ölçülülük ilkesine işaret edilmiştir. Bütün bu düzenlemelerden hareketle Kanun'un hacizde tertip ilkesini bütünüyle terk etmediği, icra görevlilerine haciz işlemi uygularken tarafların ve üçüncü kişilerin menfaatlerini birbiriyle bağdaştıracak bir sıra izleme görevini yüklediği sonucuna ulaşılabilir.

Bir takipte alacaklının menfaati, mümkün olduğunca çabuk ve masrafsız biçimde alacağına kavuşmak; borçlunun menfaati ise kendisi için olabildiğince zararsız bir şekilde takipten ve borcundan kurtulmaktır<sup>43</sup>. Her iki menfaatin de gerçekleştirilebilmesi için öncelikle en kolay şekilde paraya çevrilebilecek ve yokluğu borçlu için daha az önem arz eden malların haczedilmesi gerekir. Bu sebeple haczedilmesi ek masraflara ve zaman kaybına sebep olacak mallar, diğer mallara nazaran daha sonra haczedilmelidir. Esasen gerçekte borçluya ait olmakla beraber tapu sicilinde üçüncü bir kişi adına kayıtlı olan aynı haklar çekişmeli olduğundan İİK m. 85/2 uyarınca en son haczedilecektir. Ancak böyle bir çekişme bulunmasa bile tescilden önce kazanılan aynı hakların tescili için alacaklıya yetki verilmesi ek birtakım masraflara ve zaman kaybına sebep olur. Dolayısıyla üzerinde herhangi bir çekişme bulunmayan mallar varken bu hakların tescili için alacaklıya yetki verilmesi, icra görevlilerinin telif etmesi gereken menfaatlere aykırı düşer. Böyle bir tavır takip ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmaz.

Sonuç olarak İİK m. 94 uyarınca borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilebilmesi için, borçlunun çekişmesiz mal ve haklarının alacağı karşılığa yetmemesi gerekir. Ancak bunu mutlak bir şart olarak kabul etmek doğru değildir. Zira icra memurlarının hacizde izlenecek sıraya ilişkin takdir yetkisi mevcuttur<sup>44</sup>. Bu takdir yetkisi somut olayın özelliklerine uygun olarak kullanılmalıdır. Söz konusu yetkinin doğru kullanılıp kullanılmadığı şikâyet üzerine icra mahkemesi tarafından denetlenir.

#### **4. Borçlunun Hakkını Tescil Ettirmede Hareketsiz Kalması**

Borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya tanınması, borçlunun hakkını tescil ettirmekte hareketsiz kalması sebebine dayanmaktadır. Bu, İİK m. 94/2 veya m. 94/3 hükümlerinin uygulanması için temel şarttır. Eğer takip borçlusu hakkını tescil ettirmek için gerekli işlemleri yapıyorsa – örneğin dava açmışsa – alacaklıya bu yönde yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır.

42 Ansay, s. 74-75; Postacıoğlu, s. 305; Kuru, s. 424-425; Aslan, Kudret; "Hacizde Sıra (Tertip) (Order of Attachment)", AÜHFD 2005, Cilt; 54, Sayı; 2, s. 314; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 155; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin-Özkan, Meral / Özekes, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 297; Namli, s. 194.

43 Aslan, Tertip, s. 273.

44 Aslan, Tertip, s. 315; Namli, s. 194.

Bu durumda alacaklı, diğer şartlar da mevcutsa derdest davada fer'î müdahale talebinde bulunabilir. Zira borçlunun davayı kazanmasında, alacaklının hukuki yararı vardır.

Buna karşılık başlangıçta hakkını tescil ettirmek için dava açan borçlu, daha sonra ihmalkâr tavrından veya kendisine karşı yöneltilen potansiyel haciz tehdidinden dolayı açtığı davayı takipsiz bırakmış olabilir. Şu hâlde İİK m. 94 hükmünün uygulanmasına olanak tanımak gerekir. Zira dosya işlemde kaldırılmışsa fer'î müdahale talebinde bulunulamayacağı gibi<sup>45</sup>, fer'î müdahil tek başına davanın yenilenmesini de talep edemez<sup>46</sup>. Ancak dosyanın işlemde kaldırılması üzerine dava derdest olmaya devam eder. Dolayısıyla henüz davanın açılmamış sayılmasına karar verilmeden alacaklının yeni bir dava açması hâlinde derdestlik engeli ile karşılaşılır<sup>47</sup>. Yani alacaklının, icra dairesinden aldığı yetki ile yeni bir dava açabilmesi için borçlu tarafından açılmış olan davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesini beklemesi gerekir.

#### **D. İCRA DAİRESİ TARAFINDAN VERİLEN YETKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ**

Eğer borçlunun tescilden önce kazandığı aynı hakkın tescili için dava açılması gerekiyorsa alacaklı, icra dairesinin verdiği yetki ile bu davayı açabilir. Borçlunun olağanüstü zamanaşımı ile bir taşınmaz üzerinde kazandığı aynı hakkın tescili böyledir. Bu durumda alacaklı, icra dairesince verilecek yetki üzerine bir ay içerisinde taşınmazın borçlu adına tescili için dava açmalıdır. Tescilin gerçekleştirilmesi için dava açılması gereken hâllerde icra dairesi bu hususu ayrıca mahkemeye de bildirir.

Dava konusu hukuki ilişkinin tarafı olmayan alacaklının söz konusu davayı açması dava takip yetkisi kurumu ile açıklanmaktadır<sup>48</sup>. Dava takip yetkisi, bir davada usul işlemleri yapabilme ve hüküm alabilme yetkisidir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 53'te bu yetkinin kural olarak, maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirleneceği ifade edilmiştir. Bu ifade doktrinde eleştirilmiştir<sup>49</sup>. Zira maddi hukuktaki tasarruf yetkisinin kime ait olduğu esasa ilişkin olarak yapılacak inceleme ile tespit edilir. Oysa dava takip yetkisi, usule ilişkin bir kurum olan dava şartlarındandır. Dava şartları, prensip olarak davanın esasına girilmeden evvel incelenir ve dava şartlarındaki bir noksan uyumsuzluğun esastan çözümlenmesine engel teşkil eder. Dolayısıyla kural olarak, ihtilafı maddi hukuk ilişkisinin tarafı olduğu iddiasıyla dava açan veya kendisine karşı bu iddia ile dava açılan kişilerin dava takip yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir.

45 **Pekcanitez**, Hakan; *Medeni Usul Hukukunda Fer'î Müdahale*, Ankara 1992, s. 73.

46 **Pekcanitez**, s. 141.

47 Bu konuda ayrıca bkz. II, D. Konuyu İİK m. 120 uyarınca verilecek yetki çerçevesinde değerlendiren *Bulut*, tahsil yetkisini devralan alacaklının, borçlunun açtığı davaya kaldığı yerden devam edeceğini belirtmiştir (**Bulut**, s. 243). Kanımızca aksi öngörülmedikçe, üçüncü kişiye tanınan dava takip yetkisi gerçek hak sahibinin yetkisini sona erdirmez. Dolayısıyla bu durumda taraf değişikliği yoluna gidilmesi mümkün değildir.

48 **Kuru**, s. 455-456; **Pekcanitez**, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Özkes**, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013, s. 301; **Dişel**, Buse; *Dava Takip Yetkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İzmir 2019, s. 284.

49 **Alangoya**, Yavuz / **Yıldırım**, M. Kâmil / **Deren-Yıldırım**, Nevhis; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul 2006, s. 43.

Kural böyle olmakla birlikte, kanun bazı hâllerde ihtilaflı maddi hukuk ilişkisinin tarafı olduğu iddiasında bulunmayan kişilere de dava takip yetkisi tanımıştır. Bu hususa HMK m. 53'te "*kanunda belirtilen istisnalar dışında*" ibaresi ile işaret edilmiştir. Dava takip yetkisinin bu şekilde ihtilaflı hukuki ilişkinin tarafı olmayan üçüncü kişilere tanındığı hâller *dava yetkinliği* kavramıyla ifade edilmektedir<sup>50</sup>. Dava yetkinliği kendi içerisinde iki ana gruba ayrılır<sup>51</sup>: İlk grupta, kanunun verdiği bir görevden ötürü taraf olarak kabul edilenler yer alır. İflâs idaresi kanunun verdiği görevden ötürü taraf konumundadır. İkinci grubu ise kanun koyucu tarafından hak sahibi olmadığı hâlde kendisine dava takip yetkisi tanınan ve ilk grubun dışında kalan kişiler oluşturmaktadır. İşte İİK m. 94/2 veya m. 94/3 uyarınca kendisine icra dairesi tarafından yetki verilen alacaklı bu ikinci grupta yer alır.

Sonuç olarak, borçlunun bir taşınmaz üzerinde tescilden evvel kazandığı aynı hakların tescili için dava açmak gerekiyorsa icra dairesinin vereceği yetkinin hukuki niteliği dava takip yetkisidir. Alacaklı bu yetkiye dayanarak açacağı davada, dava yetkini olarak adlandırılır; zira davaya konu olan maddi hukuk ilişkisinin tarafı olduğu iddiasında değildir. İcra dairesinin, İİK m. 94 uyarınca alacaklıya vereceği yetki belgesinde, yetkinin hangi taşınmazı kapsadığı tereddüde mahal vermeyecek biçimde açık olmalıdır<sup>52</sup>.

Kural, dava şartlarında bir eksiklik bulunması hâlinde davanın başka bir inceleme yapılmadan usulden reddedilmesidir. Ancak bu noksan tamamlanabilir nitelikteyse bunun tamamlanması için mahkemece kesin süre verilmesi gerekir. Dolayısıyla alacaklı icra dairesinden bu yönde yetki almadan borçlusuna ait bir taşınmazın tescilini gerçekleştirebilmek için dava açarsa mahkemece alacaklıya yetki belgesini sunması için süre verilmesi gerekecektir<sup>53</sup>. Zira bu eksiklik sonradan tamamlanabilir niteliktedir. Alacaklı kendisine verilen süre içerisinde icra dairesinden alacağı yetkiyi mahkemeye sunarsa dava reddedilmez. Ancak kesin süre içerisinde noksan giderilmemişse mahkeme davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedecektir.

İcra dairesi tarafından verilen yetki takip alacaklısının alacağına bağlı bir yetkidir. Dolayısıyla alacak bir şekilde itfa ederse bu yetki son bulur. Yetkiye dayanak oluşturan takibin sona ermesi hâlinde de alacaklı dava takip yetkisini yitirecektir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 183/1'e göre alacaklı, kural olarak borçlunun rızasının bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir. Alacağın bu şekilde devredilmesi hâlinde devreden kişiye özgü olanlar dışında alacağına bağlı haklar devralana geçer (TBK m. 189/1). Bu kapsamda ek bir işlem yapmaya gerek olmaksızın icra dairesi tarafından verilen yetki de alacağı devralan üçüncü kişiye geçecektir<sup>54</sup>. Bunun için borçlunun rızasına veya icra müdürünün onayına ihtiyaç yoktur.

50 **Deren-Yıldırım**, Nevhis; Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 27-28; **Alangoya**, Yavuz / **Yıldırım**, M. Kâmil / **Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 118. Doktrinde ayrıca bu durumu ifade etmek için "*bağımsız dava takip yetkisi*" ve "*başkasının hakkını dava takip yetkisi*" kavramları da kullanılmaktadır. Bu kavramlar için bkz. **Dişel**, s. 17-18.

51 **Deren-Yıldırım**, s. 30.

52 **Yılmaz**, Ejder; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 542.

53 **Kuru**, s. 456; Yargıtay 17. HD E. 2012/4164, K. 2013/1515, T. 14.02.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 15. HD E. 2015/2176, K. 2015/2759, T. 22.05.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

54 **Muşul**, s. 588; **Bulut**, s. 258.

Dava takip yetkisinin icra hukukundaki karşılığını icra takip yetkisi oluşturur<sup>55</sup>. Dava takip yetkisine sahip olan alacaklı, kural olarak icra takip yetkisine de sahiptir. Takip alacaklısı davanın sonunda lehine hükmedilen yargılama giderleri için davalıya karşı bir takip başlatabilir. Benzer şekilde davanın takip alacaklısı aleyhine sonuçlanması hâlinde de yargılama giderleri için bu kişiye karşı takip yürütülecektir. Ancak bir aynı hakkın tesciline ilişkin mahkeme ilamlarının yerine getirilmesi için icra takibine gerek bulunmamaktadır. Zira mahkeme, bu hükmü kendiliğinden tapu sicil müdürlüğüne bildirecektir (İİK m. 28). Burada dikkat edilmesi gereken husus, bir taşınmaz mal üzerindeki aynı hakka ilişkin olan kararın kesinleşmeden yerine getirilemeyeceğidir (HMK m. 350/2). Kesinleşmeden önceki aşamada karar, yalnızca tapu sicilindeki sayfaya şerh edilebilir.

Taşınmaz üzerindeki bir aynı hakkın tescilden önce kazanıldığı pek çok durumda, tescilin sağlanması için dava açılmasına ihtiyaç duyulmayacaktır. Örneğin borçlunun reddetmediği bir miras dolayısıyla kazandığı aynı haklar böyledir. Kanundan doğan istisnalar dışında, tescil isteminde bulunma yetkisi tapu sicilinde hak sahibi olan kişilere tanınmıştır. Bunun yanında tescilden önce hak kazanmış kişiler de gerekli belgeleri ibraz etmek suretiyle kendi haklarının tescili için istemde bulunabilirler (Tapu Sicili Tüzüğü m. 17/1). İstemde bulunan hak sahibi veya onun yetkili temsilcisi değilse kural olarak talep reddedilir. İşte İİK m. 94 uyarınca verilecek yetki bu kurala istisna teşkil eder. Alacaklı, icra dairesinden alacağı yetki ile tapu müdürlüğünden tescilin borçlu adına gerçekleştirilmesini talep edebilir.

### **E. HUKUKİ SONUÇLARI**

İİK m. 94'teki usul işletilerek tescil gerçekleştirildiğinde, tapu siciline tescili sağlanan aynı hak kendiliğinden takip alacaklısı lehine mahcuz sayılır. Bunun için ayrıca bir haciz işlemi yapılmasına gerek yoktur. Alacaklı, aynı hakkın takip borçlusu adına tescilini isterken aynı zamanda kendi lehine haciz şerhinin koyulmasını da sağlayabilir<sup>56</sup>. Eğer haczin konusu taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkı ise daha sonra paraya çevirme İİK m. 123 ve devamı hükümleri çerçevesinde yapılacaktır.

Miras yoluyla intikallerde birden fazla mirasçının bulunması hâlinde mirasçılar, terekeye giren taşınmaz mal üzerinde elbirliğiyle malik konumundadırlar. Haciz de takip borçlusunun taşınmaz mal üzerindeki miras hissesi üzerine koyulmuş olacaktır. Bu durumun diğer ilgililere bildirilmesi gerekir. Ayrıca borçlunun taşınmazın tasfiyesi sonundaki hissesinin haczedildiği tapu siciline şerh edilecektir. Ancak haczin tamamlanma anı, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın takip borçlusu adına tescil edildiği andır. Taşınmaz üzerindeki intifa hakkı veya miras hissesi bu şekilde haczedildiğinde paraya çevirme İİK m. 121 uyarınca gerçekleştirilir<sup>57</sup>.

Takip alacaklısı tescili gerçekleştirilebilmek için birtakım masraflar yapmış olabilir. Kanun koyucu bu masrafların ayrıca bir takip veya hükme gerek kalmaksızın icra dairesi tarafından borçludan tahsil

55 **Atalı**, Murat / **Ermene**k, İbrahim / **Erdoğan**, Ersin; İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2019, s. 83.

56 **Kuru**, s. 456; **Muşul**, s. 590.

57 İİK m. 94 uyarınca alınacak yetki ile ortaklığın giderilmesi istenemez. Bu konuda alacaklıya yetki verilmesi ancak İİK m. 121 uyarınca icra mahkemesi kararı ile mümkündür. Bu yönde bkz. Yargıtay 14. HD E. 2014/16729, K. 2016/3241, T. 14.03.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

olunacağını kabul etmiştir (İİK m. 94/5). Buna göre masrafların tahsili aynı takip dosyası üzerinden gerçekleştirilecektir. Alacaklının söz konusu masrafların tahsili için ayrı bir dava açmakta veya takip başlatmakta hukuki yararı yoktur. Aksi hâlde dava usule ilişkin bir nihai kararla reddedilecek; takibe karşı ise süresiz şikâyet yoluna gidilebilecektir.

Borçlunun sorumlu olduğu masraf kalemleri kanuni masraflar; yani takip alacaklısının tescili gerçekleştirilebilmek için kanunen yapması gereken masraflardır. Mirasçılık belgesi alabilmek için yapılan noter masrafları böyledir. İİK m. 94/3 uyarınca alınan zilyetliğin üçüncü kişilere devredilmesini engellemeye yönelik tedbirler nedeniyle yapılan masraflardan da borçlu sorumludur. Buna karşılık alacaklı, kanunen gerekmeyen bazı masraflar yapmışsa, borçlunun bunlardan sorumluluğu söz konusu olmaz. Alacaklının işlemleri hızlandırabilmek için ek masraflar yapmış olması bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>58</sup>. Ayrıca alacaklının yanılığa düşerek kanunen gerekmeyen bir işlemi yapmasından da takip borçlusunun sorumluluğu yoktur. Takip alacaklısının yaptığı işlemler dolayısıyla borçludan ücret veya tazminat talep etmesi de mümkün değildir<sup>59</sup>.

## II. TAPU SİCİLİNDE YOLSUZ BİR TESCİLİN BULUNDUĞU DİĞER DURUMLAR

### A. GENEL OLARAK

Tapu sicilindeki kaydın gerçek hak sahipliği durumunu yansıtmaması hâlinde yolsuz tescilden söz edilir<sup>60</sup>. Bu yolsuzluk, tescilin kurucu unsurlarındaki eksiklik sebebiyle başlangıçtan itibaren mevcut olabileceği gibi; başlangıçta gerçek hak sahipliği durumuna uygun olan bir tescil, hakta meydana gelen sicil dışı değişikliklerden dolayı sonradan da yolsuz hâle gelebilir. Takip borçlusunun sicil dışında kazandığı fakat tescil için gerekli işlemleri yapmaktan kaçındığı aynı hakların haczinin nasıl gerçekleştirileceği yukarıda incelenmiştir. Bu başlık altında ise tescilin, kurucu unsurlarındaki sakatlık yüzünden yolsuz olduğu hâller değerlendirilecektir.

Tescile dayanak olan hukuki sebep; şekle aykırılık, ehliyetsizlik, muvazaa veya sahte vekâletnameye dayanılarak tescil yapılması gibi nedenlerle geçersiz olabilir. Kuşkusuz söz konusu durumlar içerisinde en yaygın olanı muvazaadır. Bundan dolayı taşınmazın muvazaalı bir işlemle devredilmiş olması hâlinde haczin nasıl gerçekleştirileceği gerek yargı kararlarında gerekse doktrinde önemli bir tartışma konusu olmuştur. Taşındığı öneme binaen bu durum aşağıda ayrıca değerlendirilecektir<sup>61</sup>.

Tescilin geçerli bir sebebe dayanmaması veya talebin geçerli olmaması durumunda, bu tescil ile aynı hakkı zedelenen kişiler TMK m. 1025'e dayanarak kaydın düzeltilmesini dava edebilecektir. Yani düzeltme davası, kural olarak yolsuz tescille aynı hakkı zedelenmiş olan kişiler tarafından

58 Azmi/İzzet, s. 204.

59 Azmi/İzzet, s. 204.

60 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sirmen, s. 225; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 348.

61 Bu konuda bkz. II, B.



açılır<sup>62</sup>. Oysa böyle bir kimse, çeşitli gerekçelerle kaydın düzeltilmesini dava etmekten kaçınabilir. Örneğin kendisine karşı bir takip başlatılmış olan hak sahibi, hakkın adına tescil edilmesi durumunda haczedilerek satılacağı düşüncesiyle hareketsiz kalmayı tercih edebilir. Bu durum, hak sahibine karşı takip başlatan kişilerin alacaklarını hiç veya tam olarak elde edememelerine sebep olabilecektir.

Hukukumuzda böyle bir taşınmazın nasıl haczedileceği düzenlenmemiştir. İsviçre hukukunda ise söz konusu sorun açık bir hükümlerle çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre tapu sicilinde borçlu dışında bir kişi adına kayıtlı olan taşınmaz, alacaklının kaydın yolsuz olduğunu inanılır derecede ispat etmesi kaydıyla haczedilebilir (VZG m. 10).

Doktrindeki bir görüşe göre, bu çözüm tarzı Türk hukukunda da uygulanmalıdır<sup>63</sup>. Haczin tamamlanmasından sonra uyumsuzluk, istihkak prosedürü çerçevesinde çözülecek; yani alacaklıya tapu sicilinde lehine tescil bulunan kişiye karşı dava açması için süre verilecektir<sup>64</sup>. Tapu kaydının düzeltilmesini dava etmesi için icra dairesince alacaklıya yetki verilmesi mümkün değildir. Böyle bir yetki ancak İİK m. 120 uyarınca şahsi talepler hakkında verilebilir. Aynı talepler için icra memurunun alacaklıya yetki tanınmasının hiçbir kanuni dayanağı yoktur<sup>65</sup>.

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>66</sup>, tapu sicilinde borçlu dışındaki bir kişi adına kayıtlı olan taşınmazlar, borçlunun borcu için haczedilemez. Hukukumuzda bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için İsviçre hukukundaki çözüm tarzının benimsenmesi söz konusu olamaz. Zira ancak bağımsız olarak üçüncü bir kişiye devredilmesi mümkün olan ve parasal bir değer ifade eden haklar haczin konusunu oluşturabilir. Oysa tapu sicilindeki yolsuz kayıt düzeltilmedikçe bu hakkın üçüncü kişilere devredilmesi mümkün değildir. Borçlunun sahip olduğu ancak tapu sicilinde üçüncü bir kişi lehine kayıtlı olan aynı hakkın haczedilebilmesi için öncelikle tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesi gerekir. Tapu sicilinde üçüncü kişi adına kayıtlı olan taşınmaz malların haczi hâlinde bu kişi süresiz şikâyet yoluna başvurarak haczin kaldırılmasını sağlayabilir<sup>67</sup>.

Yargıtay, taşınmazın takip borçlusuna dönmesinden sonra alacağını tahsil etme imkânına kavuşacağı gerekçesiyle takip alacaklısının, yolsuz tescilin düzeltilmesini dava etmekte hukuki yararı bulunduğu karar vermiştir<sup>68</sup>. Oysa böyle bir davada hukuki yarardan ziyade davacının, dava takip yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır. Kural olarak hak sahibi olduğu iddiasıyla dava açan kişilerin dava takip yetkisine de sahip olduğu kabul edilir. Ancak bir kişinin başkasına ait olduğunu iddia ettiği hak için açtığı davada, dava takip yetkisini haiz olduğunu kabul edebilmek için bu yetkinin kanun tarafından tanınmış olması gerekir.

62 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 263; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 350; Sirmen, s. 229.

63 Üstündağ, *Tashih*, s. 78.

64 Üstündağ, *Tashih*, s. 77. Benzer yönde bkz. Postacıoğlu, s. 376-378.

65 Üstündağ, *Tashih*, s. 78-79.

66 Berkin, s. 277; Muşul, s. 697; Aslan, Kudret; Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 243.

67 Yılmaz, s. 547; Yargıtay HGK E. 2004/12-210, K. 2004/208 T. 07.04.2004 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Yargıtay 12. HD E. 2013/291, K. 2013/10098, T. 19.03.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

68 Yargıtay 1. HD E. 2018/1880, K. 2019/1774, T. 13.03.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

İİK m. 120/2 böyle bir yetkinin dayanağı olamaz<sup>69</sup>. Her ne kadar madde metninde hacze iştirak eden alacaklıların, takip borçlusunun üçüncü bir kişiye karşı sahip olduğu dava hakkının kullanılmasını üzerlerine alabilecekleri ifade edilmiş olsa da bundan maksat haczedilen alacak hakkının yerine getirilmesi için dava açılmasıdır. Başka bir deyişle İİK m. 120/2, takip borçlusunun üçüncü kişilere karşı olan şahsi talepleri için takip alacaklılarına yetki verilmesine imkân tanımaktadır. Borçlunun aynı haklardan doğan talepleri ise bu hükmün kapsamı dışında kalır. Ayrıca İİK m. 120 paraya çevirme aşamasına ilişkin bir düzenleme içerir. Yani söz konusu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle alacağın geçerli bir şekilde haczedilmiş olması gerekir. Oysa evvelce de belirttiğimiz gibi tapu sicilinde üçüncü bir kişi adına kayıtlı aynı hakların borçlunun borcu için haczedilmesi mümkün değildir.

Çalışmanın konusunu oluşturan İİK m. 94 hükmü de bu durumda doğrudan uygulama alanı bulamaz. Zira söz konusu düzenleme takip borçlusunun tescilden önce kazandığı aynı hakların tescili için alacaklıya yetki verilmesine ilişkindir. Çoğu durumda böyle bir hakkın tescili için dava açılmasına gerek olmayacaktır. Tescilden önce iktisap edilen hakların varlığı – istisnai durumlar bir kenara bırakılacak olursa – çekişmeli de değildir. Oysa gerçekte takip borçlusuna ait olmakla birlikte tapu sicilinde üçüncü kişi lehine yolsuz bir tescilin bulunduğu hâllerde, kural olarak yolsuz tescilin düzeltilmesi için dava açılması gerekir. Bu hakkın varlığı da neredeyse her zaman çekişmelidir.

Buna karşılık İİK m. 94'ün, hakkın tescili için takip alacaklısı tarafından dava açılmasına imkân tanımadığı söylenemez. Zira maddenin ikinci fıkrasında dava açılması gereken hâllerde icra dairesinin, alacaklının bu işlemi gerçekleştirebileceğini mahkemeye bildireceği öngörülmüştür. Üçüncü fıkra uyarınca alınacak yetki ise kural olarak dava yoluyla kullanılır. Ayrıca hükmün amacı, borçlunun sahip olduğu aynı hakların, alacaklı tarafından tapu siciline tescili ve bu suretle haczine imkân tanınmasıdır. Takip borçlusunun sahip olduğu hakkın tescilini gerçekleştirmekte hareketsiz kalması hâlinde bu imkânın alacaklıya tanınması hak arama hürriyetinin bir gereğidir. Çünkü aksi bir kabul, alacaklının hakkını elde edebilmesinin önüne geçecektir. Bütün bu gerekçelerle İİK m. 94 hükmünün somut hukuki problem bakımından kıyasen uygulanması kabul edilmelidir<sup>70</sup>.

Sonuç olarak, takip alacaklısının, gerçekte borçluya ait olmakla birlikte tapu sicilinde üçüncü bir kişi adına kayıtlı olan aynı hakların haczi için icra dairesinden yetki alarak kaydın düzeltilmesini dava etmesi mümkündür. Alacaklı icra dairesinden yetki alabilmek için tapu sicilindeki kaydın yolsuz olduğunu inandırıcı bir biçimde ortaya koymalıdır. Eğer alacaklı, icra dairesinden bu konuda yetki almadan dava açmışsa, her ne kadar yolsuz tescilin düzeltilmesini dava etmekte hukuki yararı olsa da dava takip yetkisi yoktur. Böyle bir durumda alacaklıya, icra dairesinden bu yönde alacağı yetkiyi dava dosyasına sunması için süre verilmeli, sunmazsa dava usule ilişkin bir nihai kararla reddedilmelidir.

69 Aslan, s. 243.

70 Muşul, s. 697. Doktrinde Aslan, bu durumda İİK m. 94'ün "zorlama bir yorumla ve en azından kıyasen" uygulanabileceğini, fakat gerçek bir çözüm için pozitif bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmektedir (Aslan, s. 245).

Hükmün uygulama alanı, şartları, icra dairesi tarafından verilen yetkinin hukuki niteliği ve hukuki sonuçları bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar bünyesine uygun düştüğü ölçüde bu durumda da geçerlidir.

## **B. TAŞINMAZIN MUVAZAALI İŞLEMLE DEVRİ**

Muvazaa, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünürdeki sözleşme dışında başka bir sözleşmenin hüküm doğurması hususunda anlaşmasıdır<sup>71</sup>. Uygulamada borçluların, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlemlere başvurdukları sıklıkla görülmektedir. Sebeye bağlılık prensibi gereğince, tescilin sebebini oluşturan hukuki işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğu hâllerde, buna dayanılarak yapılmış olan tescil de yolsuz olacaktır. Ancak her ne kadar yolsuz da olsa görünüşte takip borçlusu dışında üçüncü bir kişi adına kayıtlı taşınmazın, bu kayıt düzeltilmeden borçlunun borcu için haczedilmesi mümkün değildir. Bundan dolayı taşınmazın muvazaalı bir işlemle üçüncü kişiye devredildiği hâllerde haczin nasıl gerçekleştirileceği gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında önemli bir tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>72</sup>, muvazaalı tasarruflar tasarrufun iptali davasına konu olabilir. Kural olarak, İİK m. 278-280 hükümlerindeki şartları taşıyan ve alacaklının alacağına kavuşmasına engel teşkil eden her tasarruf iptal davasının konusunu oluşturabilir; iptal davası için önemli olan tasarrufun geçerli olup olmaması değildir<sup>73</sup>. Muvazaalı tasarrufların iptal davasına konu edilemeyeceğini savunmanın birtakım sakıncaları mevcuttur: Her şeyden önce muvazaanın ispatı, iptal sebeplerinin ispatından daha zordur<sup>74</sup>. İptal davasının aksine, muvazaaya ilişkin hükümlerde alacaklı lehine karineler bulunmamaktadır. Sicilde başkası üzerine kayıtlı mallar bakımından haczin tamamlanması mümkün olmadığından, taşınmaz mallar muvazaa iddiası ile istihkak davasına konu edilemezler<sup>75</sup>. Ayrıca işlemin geçersiz olduğu ispat edilinceye kadar taşınmaz birçok defa el değiştirebilir. Bu noktadan sonra istihkak davasının olumlu sonuçlanma ihtimali oldukça düşüktür. Muvazaalı bir işlem aleyhine iptal davası açmakta “mantıki gözükmese dahi maddi bir zorunluluk” vardır<sup>76</sup>. Bu gerekçelerle yazarlar, borçlunun mal kaçırmaya yönelik muvazaalı tasarruflarına karşı alacaklının dilerse iptal davası açabileceğini dilerse muvazaa sebebine dayanabileceğini savunmaktadır<sup>77</sup>.

Yargıtay yeni tarihli kararlarında muvazaalı tasarruflara karşı alacaklıya, muvazaa hukuki sebebine dayalı olarak TBK m. 19 uyarınca bir dava açmak ile İİK m. 277 ve devamı hükümleri uyarınca

71 **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 16. Bası, İstanbul 2018, s. 127; **Antalya**, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 345; **Topuz**, s. 163.

72 **Yıldırım**, M. Kâmil; İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 142; **Akkaya**, s. 675; **Uyar**, Talih; “İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu”, **Ankara Barosu Dergisi** 2011/1, s. 217.

73 **Akkaya**, s. 671-672.

74 **Yıldırım**, s. 142; **Akkaya**, s. 673; **Uyar**, s. 218.

75 **Akkaya**, s. 671; **Uyar**, s. 219.

76 **Yıldırım**, s. 142.

77 **Uyar**, s. 278; **Akkaya**, s. 681.

tasarrufun iptali davası açmak arasında seçimlik hak tanımaktadır<sup>78</sup>. Yüksek mahkeme, taraflar arasındaki hukuki işlemin muvazaalı olduğu iddiasıyla açılan ve tasarrufun iptaline karar verilmesi istenen davaları “*muvazaaya dayalı iptal davası*” olarak nitelemektedir. Bu dava ile davacının amacının alacağının tahsili olduğunu dikkate alan mahkeme, iddianın ispatı hâlinde İİK m. 283/1 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>79</sup>. Yani davanın sonunda, tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesine değil; alacaklıya dava konusu taşınmaz üzerinde haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına hükmedilecektir. Ayrıca bu davada, davacının aciz belgesi sunması şartı da aranmamaktadır<sup>80</sup>. Sonuç olarak Yargıtay’ın, muvazaa sebebiyle tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin dava ile tasarrufun iptali davasının özelliklerini bünyesinde barındıran karma nitelikte yeni bir dava türü meydana getirdiği söylenebilir<sup>81</sup>.

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre<sup>82</sup>, muvazaalı tasarrufların iptal davasına konu olması mümkün değildir. Zira iptal davasının konusunu hukuken geçerli tasarruflar oluşturur. Maddi hukuk bakımından geçersiz olan bir tasarruf için iptal davası açılmasına gerek yoktur. Asıl önemli olan, muvazaalı bir biçimde üçüncü kişiye devredilen malların nasıl haczedileceğidir.

Eğer muvazaalı tasarrufun konusu bir taşınır mal ise, bu mal üçüncü kişinin elindeyken haczedilebilir. Üçüncü kişi taşınır malın kendisine ait olduğunu iddia ederse uyuşmazlık istihkak prosedürü çerçevesinde halledilir<sup>83</sup>. Muvazaalı işlemin konusunu bir taşınmaz mal üzerindeki mülkiyet hakkının yahut sınırlı ayni hakkın teşkil ettiği durumlarda ise tapu sicilinde malik üçüncü kişi olarak görüldüğü için bu mal borçlunun borcu için haczedilemez. Dolayısıyla istihkak davası da açılmaz<sup>84</sup>. Şu hâlde haczin gerçekleştirilebilmesi için takip alacaklısı, İİK m. 94 uyarınca icra dairesinden alacağı yetki ile tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesi için üçüncü kişiye karşı dava açmalıdır<sup>85</sup>.

Eğer davacı, muvazaa sebebiyle tasarrufun iptalini talep etmişse hâkimin, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde çelişkili olan talep sonucunun açıklanmasını istemesi gerekir<sup>86</sup>. Zira her iki davanın

78 “Davacının kendisinin alacağını akim bırakan bir işleme karşı, takip yapılmamış olsa da, İİK. 284. maddedeki hak düşürücü süre geçirilmiş olsa da Borçlar Kanunu 18.(yeni 19.) maddeye dayalı olarak bir dava açabileceği gibi aynı işlem için İİK. 277 vd maddelerine göre bir tasarrufun iptali davası açması da mümkündür. Davacının bu seçimlik haklarından birini kullanmış olması durumunda talebi doğrultusunda inceleme ve araştırma yapılması gerekir.” Yargıtay 17. HD E. 2012/5918, K. 2013/2619, T. 04.03.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

79 “Davacının iddiasını kanıtlaması durumunda, iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK’nın 283/1. maddesi benzetme yoluyla ( kıyasen ) uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazın haczin ve satışın istenebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir.” Yargıtay 17. HD E. 2007/4397, K. 2007/3011, T. 08.10.2007 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

80 Yargıtay 17. HD E. 2013/3653, K. 2014/9318, T. 10.06.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

81 **Erdönmez**, Güray; Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 25.

82 **Kuru**, s. 1400; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 538; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 859; **Yılmaz**, s. 1203-1205; **Muşul**, s. 1754; **Erdönmez**, s. 30; **Atalı/Ermeneke/Erdoğan**, s. 718-719.

83 **Muşul**, s. 1755; **Kuru**, s. 1400.

84 Aksi yönde bkz. **Kuru**, s. 588-589; **Postacıoğlu**, s. 376; **Üstündağ**, *Tashi*h, s. 78.

85 **Muşul**, s. 1755. Yargıtay da eski tarihli bir kararında takip alacaklısının, İİK m. 94 uyarınca aldığı yetkiyle muvazaalı olarak devredilen taşınmazın takip borçlusu adına tescili için açtığı davanın kabul edilmesini hukuka uygun görmüştür. Yargıtay 14. HD E. 1999/8359, K. 1999/9195, T. 24.12.1999 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

86 **Erdönmez**, s. 42; Yargıtay 17. HD E. 2010/8839, K. 2011/3799, T. 21.04.2011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

şartları, dayandıkları koşul vakıalar ve sonuçları birbirinden farklıdır. Örneğin takip alacaklısının, gerçekte borçluya ait olduğunu düşündüğü taşınmaz için tapu kaydının düzeltilmesini dava etmesi icra dairesinden bu yönde alacağı yetkiye bağlıdır. Oysa tasarrufun iptali davası için böyle bir şart aranmamaktadır. Ayrıca iptal davasında, aciz vesikasının sunulması özel bir dava şartı olarak kabul edilmiştir<sup>87</sup>. Tapu iptal ve tescil davaları bakımından aciz vesikası sunulmasına gerek yoktur<sup>88</sup>. İptal davasının kabul edilmesi hâlinde davaya konu olan mal takip borçlusunun malvarlığına geçmez. Yalnızca alacaklılar tarafından haczedilir ve onların alacağının ödenmesi için paraya çevrilir. Eğer elde edilen paradan artan bir miktar olursa takip borçlusuna değil üçüncü kişiye verilir<sup>89</sup>. Buna karşılık muvazaalı bir işlemle devredilen taşınmaz, borçlunun malvarlığından hiç çıkmamıştır. Bu sebeple açılan davanın kabulü hâlinde taşınmaz takip borçlusu adına tescil edilir. Tescilin gerçekleştirilmesi ile taşınmaz davayı açan alacaklı lehine mahcuz sayılır. Takip sonunda elde edilen paradan artan olursa üçüncü kişiye değil borçluya verilir. Muvazaanın ileri sürülmesi bir zamanaşımına veya hak düşürücü süreye tabi değildir. Ancak iptal davası açma hakkı, tasarruf tarihinden itibaren beş yıl geçmekle düşer (İİK m. 284).

Muvazaanın ispatının getireceği güçlükler, bu sebeple geçersiz olan tasarrufların, başka bir sebeple – örneğin şekle aykırılık – geçersiz olan tasarruflardan farklı bir rejime tabi tutulmasını haklı kılmaz. Takip alacaklısı, takip borçlusu ile üçüncü kişi arasındaki işlemin tarafı değildir. Onun temsilcisi olarak da kabul edilemez. Dolayısıyla işlemin muvazaalı olduğunu her türlü delille ispat edebilir (HMK m. 203/1-d). Buna rağmen taraflar arasındaki hileli anlaşmanın ispat edilemeyeceğini düşünen takip alacaklısı, şartları varsa tasarrufun iptali davası açabilir. Ancak iptali istenen tasarrufun herhangi bir sebeple geçersiz olduğu anlaşılırsa iptal davası reddedilecektir. Bundan sonra alacaklının, icra dairesinden alacağı yetkiyle tapu sicilindeki yolsuz kaydın düzeltilmesini istemesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Uyuşmazlığın bu şekilde iki ayrı davaya konu olmasının önüne geçmek için terditli dava açılması da mümkündür<sup>90</sup>. Muvazaanın ispat edilememesi durumunda mahkeme ilk talebi reddedecek ve tasarrufun iptaline ilişkin ikinci talebi inceleyip karara bağlayacaktır.

### **C. DAVANIN TARAFLARI**

Takip alacaklısına, borçluya ait aynı hakların tescili için dava açma imkânı verilmesinin dava takip yetkisi kavramıyla açıklanabileceğini yukarıda belirtmiştik<sup>91</sup>. Dava takip yetkisinin üçüncü kişi tarafından kullanıldığı davalarda, davanın tarafının gerçek hak sahibi mi yoksa dava yetkisini mi olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu soruya verilecek yanıt başta derdestlik, kesin hüküm, yargılama giderlerinden sorumluluk ve gerçek hak sahibinin dinlenilmesi olmak üzere pek çok konuda önem taşır.

87 Kuru, s. 1418; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 871.

88 Ayrıca bkz. I, C, 3.

89 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 877; Kuru, s. 1437.

90 Erdönmez, s. 39-40.

91 Bu konuda bkz. I, D.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>92</sup>, dava takip yetkisinin dava konusu hakka yabancı üçüncü bir kişiye tanınmış olması davanın taraflarında bir değişiklik meydana getirmez. Zira dava yetkisini kendi adına hukuki korunma talep etmemektedir. Dava yetkisini davayı asıl hak sahibi adına yürütür ve bundan dolayı davanın tarafı asıl hak sahibidir. Böylece davanın sonunda verilecek hüküm asıl hak sahibi bakımından kesin hüküm teşkil edecek ve kesin hükmün sirayeti sorunu gündeme gelmeyecektir<sup>93</sup>.

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>94</sup>, dava yetkinliğinin söz konusu olduğu durumlarda davanın tarafı, kendisine dava takip yetkisi tanınmış olan üçüncü kişidir. Her şeyden önce hak sahibinin davanın tarafı olduğunun kabul edilmesi, dava yetkinini bir temsilci konumuna indirger<sup>95</sup>. Oysa dava yetkinliği ve temsil birbirinden farklı kurumlardır: Kanuni temsil hâlinde, temsil olunan dava ehliyetine sahip değilken; dava yetkinliği hâllerinde hak sahibi kural olarak dava ehliyetini haizdir<sup>96</sup>. İradi temsilde, temsil olunan temsil yetkisini her zaman sınırlandırabilir ve geri alabilirken; dava yetkininin davayı yürütmesine bu şekilde engel olunamaz, dava takip yetkisi talimat ile sınırlandırılmaz<sup>97</sup>. Temsil ilişkisinde temsilci, temsil olunanın menfaatlerine hizmet eder. Oysa pek çok hâlde dava yetkininin davanın sonucunda kendi kişisel menfaati mevcuttur<sup>98</sup>. Temsilci, davada taraf olarak yer alan temsil olunan adına ve hesabına hareket eder. Dava yetkisini ise bizatihi davanın tarafıdır. Ayrıca dava yetkininin yürüttüğü davada, hak sahibini davanın tarafı olarak kabul etmek bir yönüyle maddi taraf teorisinin kabulü sonucunun doğurur<sup>99</sup>. Maddi taraf teorisine göre, bir davanın tarafı maddi hukuk ilişkisinin süjelerine göre belirlenir<sup>100</sup>. Oysa bugün ekseriyetle kabul edilen şekli taraf teorisi, taraf ve sıfat kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Dava takip yetkisi kavramı ise şekli taraf teorisinin ürünüdür<sup>101</sup>.

Dava yetkininin tarafı olduğu davada her türlü usul işlemini yapabileceği kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, buna davaya son veren taraf işlemleri (feragat, kabul ve sulh) de dâhildir<sup>102</sup>. Ancak davadan feragat, saf usul işlemi değil; karma karakterli bir işlemdir<sup>103</sup>. Bünyesinde hem usul hukukuna hem de maddi hukuka ilişkin unsurlar barındırır. Davadan feragat edilmesiyle birlikte

92 **Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6 Cilt), 6. Bası, İstanbul 2001, s. 1155; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 302; **Erişir**, Evrim; *Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti*, İzmir 2007, s. 83; **Bulut**, s. 231.

93 **Erişir**, s. 83.

94 **Deren-Yıldırım**, s. 28; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 119; **Taş-Korkmaz**, Hülya; *Medeni Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği*, Ankara 2014, s. 67; **Tanrıver**, Süha; *Medeni Usûl Hukuku* Cilt 1, 2. Bası, Ankara 2018, s. 526; **Pekcanitez**, Hakan / **Taş-Korkmaz**, Hülya; *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (Ed. Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz), 15. Bası, İstanbul 2017, s. 600; **Dişel**, s. 131.

95 **Taş-Korkmaz**, s. 87.

96 **Deren-Yıldırım**, s. 29; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, *Pekcanitez Usûl*, s. 604.

97 **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 303; **Dişel**, s. 109; **Kuru**, *Usul*, s. 1153; **Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, *Pekcanitez Usûl*, s. 604.

98 **Kuru**, *Usul*, s. 1153; **Dişel**, s. 108.

99 **Taş-Korkmaz**, s. 87.

100 **Tanrıver**, s. 474.

101 **Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, *Pekcanitez Usûl*, s. 593.

102 **Dişel**, s. 133. Aksi yönde bkz. **Bulut**, s. 252.

103 **Tanrıver**, s. 1051; **Atalı**, Murat; *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku* (Ed. Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz), 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2011.

dava konusu hak maddi hukuk bakımından da sona erer<sup>104</sup>. Bundan dolayı davadan feragat edecek kişinin, dava konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. İcra dairesinden alacağı yetki ile davayı yürüten takip alacaklısı, dava konusu hakka yabancı biri olduğundan davadan feragat edemez. Davanın kabulü ve sulh bakımından da aynı sonuca varmak gerekir<sup>105</sup>.

Davanın tarafı takip alacaklısı olduğuna göre, bu kişi mahkemece resen veya talep üzerine isticvap olunabilir. Ancak dava takip yetkisinin hak sahibi dışında üçüncü bir kişiye tanındığı durumlarda, isticvabın konusunu oluşturacak hususun dava yetkininin bilgisi dâhilinde olup olmadığına özel olarak dikkat edilmelidir. Zira tarafın bilgisi dışındaki hususlarda isticvap edilmesi mümkün değildir<sup>106</sup>. Gerçek hak sahibi ise davanın tarafı olmadığından isticvap edilemez. Bu kişinin bilgisine başvurulması tanıklığa ilişkin hükümler çerçevesinde mümkündür. Yemin bakımından da benzer bir sonuca varılacaktır. Zira yemin ancak davanın taraflarınca yerine getirilebilir. Fakat yeminin konusunu kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalar oluşturur (HMK m. 225). Çoğu zaman davada çekişmeli vakıalar dava yetkininden kaynaklı olmayacaktır.

Davanın sonunda yargılama giderlerine taraflar hakkında karar verilir. Kendisine dava takip yetkisi tanınan alacaklı davanın tarafı olduğundan, dava kabul edilirse lehine yargılama giderlerine hükmedilecektir<sup>107</sup>. Dava yetkini hükmün kesinleşmesi üzerine yargılama giderlerine ilişkin alacağını ilamlı icra takibine konu edebilecektir. Davanın davacı aleyhine sonuçlanması durumunda da hak sahibi değil, davacı yargılama giderlerine mahkûm edilecektir. Davalı bu giderlerin tahsili için doğrudan doğruya dava yetkinine karşı takip başlatmalıdır. Kanımızca takip borçlusunun bu giderlerden sorumluluğu bulunmamaktadır. Her şeyden önce davalı, yargılama giderlerinin takip borçlusundan tahsilini talep edemez. Zira bu kişi davanın tarafı değildir. Takip alacaklısının da bu giderleri borçludan talep etmesi mümkün olmaz. Çünkü kanun koyucu, hakkını tescil ettirmekten kaçınarak alacaklılarını ek birtakım masraflara soktuğu için takip borçlusunu bu masraflardan sorumlu tutmuştur. Oysa mahkemece davacı aleyhine karar verilerek ortada tescil edilecek bir aynı hakkın bulunmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla takip borçlusu tescil için harekete geçmemekte haklıdır.

Dava devam ederken dava yetkinliğine özgü sebeplerle taraf değişikliği gündeme gelebilir. Örneğin icra dairesinden aldığı yetki ile davayı yürüten takip alacaklısı, dava devam ederken alacağını üçüncü bir kişiye devretmiş olabilir. Daha önce açıkladığımız üzere, bu durumda, dava takip yetkisi de alacağı devralmış olan üçüncü kişiye geçecektir<sup>108</sup>. Davacının sahip olduğu yetki ise son bulacaktır. Şu hâlde davaya eski davacı ile devam edilmesi mümkün değildir. Zira dava takip yetkisi bir dava şartıdır ve dava

104 **Atalı**, *Pekcanitez Usûl*, s. 2012.

105 Doktrinde *Tanrıver*, mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda davanın kabulü bakımından aynı gerekçeyle benzer bir sonuca varmıştır. Buna göre dava arkadaşlarından birisinin, mazereti olmaksızın gelmediği duruşmada, gelen dava arkadaşlarının yapacağı usul işlemleriyle bağlı olacağına ilişkin hüküm davanın kabulünde uygulanamaz. Zira davanın kabulü, salt bir usul işlemi değil; karma karakterli bir işlemdir (**Tanrıver**, s. 1060).

106 **Özekes**, Muhammet; *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku* (Ed. Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz), 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1381.

107 Aksi yönde bkz. **Kuru**, s. 456.

108 Bu konuda ayrıca bkz. I, D.



şartlarının hüküm kesinleşinceye kadar mevcut olması gerekir. Öyleyse ya taraf değişikliğine imkân tanımak ya da davanın usulden reddi yoluna gitmek gerekir. Davanın usule ilişkin bir nihai kararla reddedilmesi hâlinde, alacağı devralmış ve bununla birlikte dava takip yetkisini de kazanmış olan kişi, daha sonra yeni bir dava açmak zorunda kalacaktır.

Bu durumda dava konusunun davacı tarafından devrine ilişkin hüküm (HMK m. 125/2) kıyas yoluyla uygulanmalıdır<sup>109</sup>. Hükümün doğrudan uygulanması mümkün değildir. Çünkü davanın konusunu dava yetkininin alacağı değil; tapu sicilindeki kaydı düzeltilmesi istenen taşınmaz oluşturur. Ancak düzenlemenin amacı, davaya, dava konusunu devralan ve buna bağlı olarak dava takip yetkisini kazanan yeni davacı ile devam edilmesidir. Davanın dava yetkini olarak takip alacaklısı tarafından yürütüldüğü hâllerde ise bu kişinin dava takip yetkisi, dava konusu üzerindeki tasarruf yetkisinden değil; alacağına bağlı olarak kendisine icra dairesi tarafından tanınan yetkiden kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı alacağı devralmış olan kişinin, eski davacının yerine geçerek davaya onun kaldığı yerden devam etmesi gerekir. Böylece davanın reddi ve alacağı devralan kişi tarafından yeni bir dava açılması önlenmiş olacaktır.

Tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesi talebiyle açılacak davada davalı sıfatı, yolsuz kayıttan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı bir menfaat sağlayan kişilere aittir<sup>110</sup>. Buna göre davalı, adına yolsuz tescil bulunan kişi olabileceği gibi; onun külli halefleri veya ondan hak kazanan kötü niyetli üçüncü kişiler de olabilir<sup>111</sup>. Ancak tapu kütüğündeki tescile dayanarak iyi niyetle aynı hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımı korunmuştur (TMK m. 1023). Böyle bir kişiye karşı açılan dava esastan reddedilecektir.

Yargıtay İİK m. 94 uyarınca alınan yetki ile açılacak davalarda, hukuki durumu doğrudan doğruya etkilenecek dava dışı borçlunun da davaya taraf olarak katılımının sağlanması gerektiğine hükmetmektedir<sup>112</sup>. Buna göre mahkeme, borçluya karşı ayrı bir dava açması için davacıya süre verecek ve açılan dava, huzurdaki dava ile birleştirilecektir. Kanımızca Yargıtay'ın bu kabulü, takip borçlusuna hukuki dinlenilme hakkı tanınması bakımından pratik olmakla birlikte hukuken hatalıdır. Zira bir davada davalı, kendisine karşı hukuki korunma talep edilen kişidir. Oysa takip alacaklısı, tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin davayı takip borçlusunun hakkı için açmaktadır. Bu davada alacaklı ile borçlu arasında çatışan bir hukuki yarar yoktur<sup>113</sup>. Borçlunun davanın kaybedilmesinde fiili bir menfaati bulunabilir. Zira böylece sahip olduğu hakkın alacaklıları tarafından haczedilip paraya çevrilmesinin önüne geçmiş olacaktır<sup>114</sup>. Ancak bu menfaat hukuken korunmaya değer değildir.

109 **Dişel**, s. 197-198.

110 **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 352; **Üstündağ**, *Tashi*, s. 94-95.

111 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 262; **Üstündağ**, *Tashi*, s. 96.

112 Yargıtay 23. HD E. 2014/3554, K. 2014/8290, T. 19.12.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

113 Benzer gerekçeyle dava yetkinliği hâlinde hak sahibinin asli müdahalede bulunamayacağı yönünde bkz. **Dişel**, s. 177-178. *Kuru*, alacaklının tescil davasını borçlu adına (onun temsilcisi) olarak açtığı gerekçesiyle bu davada borçlunun taraf gösterilmesine imkân ve gerek olmadığını savunmaktadır (**Kuru**, s. 456).

114 Gerçi borçlu bu şekilde hakkını tamamen kaybetme riski altına girecektir. Çünkü davanın sonunda verilen kesin hüküm kendisi bakımından da bağlayıcı olacaktır.

**D. KESİN HÜKMÜN TAKİP BORÇLUSUNA SİRAYETİ VE DERDESTLİK**

Bir davada verilmiş olan hüküm, kural olarak yalnızca o davanın tarafları arasında kesin hüküm teşkil eder. Kanun koyucu bazı hâllerde davanın tarafı olmayan kişiler bakımından da kesin hükmün geçerli olacağını kabul etmiştir (HMK m. 303). Ancak dava takip yetkisinin ihtilafı hukuki ilişkinin tarafı olmayan bir kişiye tanınması durumunda, hükmün dava dışı gerçek hak sahibi açısından bağlayıcı olup olmadığı açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde ise kesin hükmün, hak sahibine sirayet edeceği genel olarak kabul edilmekte; fakat bu konuda iki temel yaklaşım bulunmaktadır.

Bazı yazarlar<sup>115</sup>, kanunun dava takip yetkisini münhasıran üçüncü kişiye tanıdığı hâllerde kesin hükmün hak sahibini bağlayacağını kabul etmekte; ancak hak sahibinin de dava takip yetkisini haiz olduğu hâllerde kesin hükmün ona olumsuz bir etkide bulunmayacağını ileri sürmektedirler. Yani asıl hak sahibinin dava takip yetkisi devam ediyorsa dava yetkininin yürüttüğü davada ortaya çıkan kesin hüküm, olumlu ise asıl hak sahibini de bağlayacak; olumsuzsa sadece dava yetkini bakımından etki doğuracaktır<sup>116</sup>.

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>117</sup>, aksi kanun tarafından öngörülmedikçe, kesin hükmün hak sahibine sirayeti her koşulda kabul edilmelidir. Kesin hükmün temel amaçlarından birisi, uyumsuzluğu gelecekte kesin olarak sona erdirmek ve böylece aynı konuda birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkmasına engel olmaktır<sup>118</sup>. Hükmün yalnızca taraflar arasında etki doğurmasının sebebi ise davada, kural olarak taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözümlenmesidir<sup>119</sup>. Oysa dava takip yetkisinin üçüncü kişiye tanındığı hâllerde uyumsuzluk konusu hukuki ilişkinin tarafı, dava dışı gerçek hak sahibidir<sup>120</sup>. Hükmün hukuki ilişkinin gerçek tarafına sirayet edeceği kabul edilmezse kesin hükmün amacı gerçekleştirilemeyecektir. Sonuçta hukuk düzeninde aynı konuda birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkması tehlikesi doğacaktır.

Öyleyse takip alacaklısının, icra dairesinden alacağı yetki ile açtığı dava – ister lehe ister aleyhe sonuçlanmış olsun – kesinleşen hüküm hem takip alacaklısı hem de takip borçlusu bakımından bağlayıcı olacaktır<sup>121</sup>. İlk davanın tarafı olmayan takip borçlusu, daha sonra tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı tapu sicilinin düzeltilmesi için ayrı bir dava açarsa kesin hüküm engeliyle karşılaşacak ve dava usule ilişkin bir nihai kararla reddedilecektir.

Kesin hüküm ve derdestlik birbirini tamamlayan iki kurumdur. Dava henüz kesin hükümle sonuçlanmamışken (derdestken) tarafları, dava sebebi ve dava konusu aynı ikinci bir dava açılacak olursa derdestlik kurumu gündeme gelir. Böylece hem aynı konuda iki ayrı yargılama yürütülerek gereksiz masraf ve zaman kaybına yol açılması önlenmiş hem de kesin hükmün beklenen etkisi

115 **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 120-121; **Tanrıver**, s. 525.

116 **Tanrıver**, s. 525.

117 **Deren-Yıldırım**, s. 34; **Dişel**, s. 173.

118 **Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder / **Taşpınar-Ayvaz**, Sema / **Hanağası**, Emel; *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019, s. 688.

119 **Deren-Yıldırım**, s. 15.

120 **Dişel**, s. 172.

121 **Budak**, Ali Cem; *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması*, İstanbul 2000, s. 18.

korunmuş olur. Kesin hükmün sirayetinin kabul edilmesi derdestliğin de kabul edilmesini gerektirir. Burada ilk dava ile ikinci davanın tarafları farklı olsa da dava takip yetkileri aynıdır ve dava takip yetkilerinin aynı olması tarafların aynı olması koşulunu karşılamaktadır<sup>122</sup>. Sonuç olarak takip alacaklısı tapu sicilindeki kaydın düzeltilmesini dava ettikten sonra, takip borçlusu aynı konuda ikinci bir dava açarsa bu dava, usule ilişkin nihai kararlarla reddedilmelidir.

### **E. DAVADA TAKİP BORÇLUSUNUN KORUNMASI**

HMK m. 27'de davanın tarafları yanında, müdahillerin ve yargılamanın diğer ilgililerinin de kendi hakları ile bağlantılı olduğu ölçüde hukuki dinlenme hakkını haiz oldukları kabul edilmiştir. Elbette yargılama boyunca her ilgiliye hukuki dinlenme hakkı tanınması gerekmez. Ancak mahkemece verilecek hükümden doğrudan doğruya hakkı veya menfaati etkilenecek kişilerin hukuki dinlenme hakkı mevcuttur<sup>123</sup>. Özellikle dava takip yetkisinin üçüncü kişi tarafından kullanıldığı hâllerde bu hak, dava konusu hukuki ilişkinin gerçek tarafına tanınmalıdır<sup>124</sup>. Dolayısıyla takip alacaklısının açacağı tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin davada, takip borçlusuna hukuki dinlenme hakkı tanınması gerektiği kuşkusuzdur. Asıl tartışılması gereken, bu hakkın nasıl kullanılacağıdır.

Özeker'e göre<sup>125</sup> davayı bizzat takip edemediği hâlde taraf sıfatına sahip olan kişinin, yargılamanın bütün safhalarında bilgilendirilmesi ve açıklama hakkını kullanması gerekli değildir. Zira bu imkânları onun yerine dava yetkisini kullanmaktadır. Ancak bu kişiye, en azından bir defa yargılamada yer alarak görüşünü açıklayabilme imkânı tanınmalıdır.

Bilgilendirme ve açıklama haklarının gerçek hak sahibi yerine dava yetkisini tarafından kullanıldığı görüşüne katılmıyoruz. Zira takip alacaklısı, dava yetkisini olarak yürüttüğü davada takip borçlusunun temsilcisi konumunda değildir. Takip alacaklısının, borçlunun çıkarlarını korumak veya onu mahkemede temsil etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Alacaklı, davada kendi adına hukuki korunma talep etmektedir. Öyleyse ihtilafı hukuki ilişkinin gerçek tarafına, yargılamaya katılarak kendi menfaatlerini koruma imkânı sağlamak hukuki dinlenme hakkının bir gereğidir. Aksi hâlde bu kişi, yeterince etki edemediği hükümle bağlı olmak durumunda kalacak ve hukuki dinlenme hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Hukukumuzda davanın tarafı olmayan kişilere yargılamaya katılma imkânı sağlayan temel düzenleme fer'î müdahaledir. Taraflardan birinin davayı kazanmasında hukuki menfaati bulunan üçüncü kişi, tahkikat sona erinceye kadar kendiliğinden müdahale talebinde bulunabilir. Dava konusu hukuki ilişkinin asıl tarafı olan takip borçlusu, davanın kazanılmasında hukuki menfaate sahiptir. Bu nedenle davaya fer'î müdahil olarak katılması mümkündür. Ancak fer'î müdahil, kendi haklarını koruyabilmek için gerekli her işlemi yapma olanağına olanağından yoksun bırakılmıştır.

122 Dişel, s. 176.

123 Özeker, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara 2003, s. 281.

124 Budak, s. 43; Özeker, s. 295.

125 Özeker, s. 295.

Her şeyden önce müdahil, davayı yalnızca bulunduğu yerden itibaren takip edebilir (HMK m. 68/1 c. 1). Daha önce yapılmış olan işlemlerin tekrarlanmasını isteyemez. Dolayısıyla takip borçlusu, davadan geç haberdar olmuşsa hakkını tam olarak koruma imkânına sahip olamayacaktır. Ayrıca hukukumuzda, dava yetkininin açtığı davanın hukuki ilişkinin asıl tarafına resen bildirilmesine ilişkin pozitif bir düzenleme yoktur. Bundan dolayı takip borçlusunun davadan haberdar olabilmesi çoğunlukla tesadüfi olgulara bağlıdır. Elbette alacaklı, tahkikat aşamasının sonuna kadar davayı borçluya ihbar edebilir<sup>126</sup>. Kendisine ihbarda bulunulan gerçek hak sahibi, davadan haberdar olacak ve takip alacaklısının yanında davaya katılabilecektir. Ancak davanın ihbarı kurumu daha çok ihbarda bulunan tarafı korumayı amaçlamaktadır<sup>127</sup>. Kendisine ihbarda bulunulan takip borçlusu, davadan haberdar olmak dışında ek bir imkâna kavuşmamaktadır.

İkinci olarak fer'î müdahil, ancak yanında katıldığı taraf lehine olan iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilecek; onun işlemleri ile çelişmeyen ve itiraz etmediği usul işlemleri yapabilecektir (HMK m. 68/1 c. 2). Bu durum özellikle kanun yollarına başvuru imkânı açısından kendisini gösterir. Takip alacaklısı başvurmamış olsa bile takip borçlusunun kanun yoluna başvurma imkânı mevcuttur; ancak alacaklı kanun yoluna başvurmadan feragat etmişse borçlu da başvuramayacaktır<sup>128</sup>.

Fer'î müdahil, tarafla arasındaki rücu ilişkisinde asıl davadaki hükmün hatalı olduğunu ileri süremeyecektir. Buna fer'î müdahalenin etkisi denir. Kural böyle olmakla beraber yukarıda işaret ettiğimiz sakıncaları göz önünde bulunduran kanun koyucu fer'î müdahalenin etkisini sınırlandırmıştır. Buna göre müdahil, kendisine zamanında ihbar yapılmadığı gerekçesiyle yargılamaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasına engel olduğunu yahut kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının yanında katıldığı tarafın ağır kusuru nedeniyle ileri sürülemediğini belirterek müdahalenin etkisinden kurtulabilir (HMK m. 69/2). Ancak kesin hükmün sirayeti böyle bir sınırlamaya tabi değildir.

Kesin hükmün etkileri – fer'î müdahalenin etkisinde olduğunun aksine – sınırlamaya tabi tutulamaz. Çünkü kesin hüküm, davaya müdahale eden takip borçlusu ile yanında davaya katıldığı takip alacaklısı arasında değil; takip borçlusu ile tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen davalı arasında etki doğurur. Fer'î müdahalenin etkisi, bu etkiden yararlanacak olan tarafın davayı hatalı yürütmesi sebebiyle sınırlandırılmıştır. Oysa takip alacaklısı tarafından davanın hatalı yürütülmesinin sonuçlarına üçüncü kişinin katlanması beklenemez. Yalnızca davanın taraflarının anlaşarak gerçek hak sahibine karşı hile yapması durumunda, bu kişi hükmün iptalini isteyebilir (HMK m. 376). Ancak takip borçlusu, icra dairesinden aldığı yetki ile davayı yürüten takip alacaklısının kusuru sebebiyle hükme karşı koyamaz; kesin hükmün etkisinden kurtulamaz.

Sonuç olarak hukukumuzdaki fer'î müdahaleye, davanın ihbarına ve yargılamanın iadesine ilişkin hükümler dava dışı gerçek hak sahibinin korunmasına yeterli derecede hizmet etmemektedir.

126 Zira davayı kaybeden alacaklının, hukuki sorumluluğuna başvurulması gündeme gelebilecektir. Bu konuda ayrıca bkz. II, F.

127 Budak, s. 72.

128 Benzer yönde bkz. Pekcanitez, s. 154-155. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2216; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 730-731. Yanında katıldığı taraf kanun yoluna başvurmamışsa fer'î müdahilin de başvuramayacağı yönünde bkz. Kuru, Usul, 3477; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 503.

Yabancı hukuk sistemlerinde, davanın tarafı olmayan kişilerin korunması için dava arkadaşlığı şeklinde fer'î müdahale<sup>129</sup> ve üçüncü kişinin itiraz davası<sup>130</sup> gibi geniş imkânlar tanınmıştır. Söz konusu düzenlemelerin Türk hukukuna iktisabının gerekip gerekmediği doktrinde etraflıca tartışılmıştır<sup>131</sup>. Biz ise burada maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmasına rağmen davada taraf olarak yer almayan takip borçlusunun yargılama sürecinde gerçek anlamda korunabilmesi için birtakım önerilerde bulunacağız.

Doktrinde, olması gereken hukuk bakımından, takip alacaklısının (veya iflâs idaresinin) üçüncü kişiye karşı açacağı bazı davaların, mahkeme tarafından takip borçlusuna (veya müflise) ve hacze iştirak eden diğer alacaklılara (veya iflâs alacaklılarına) bildirilmesine ilişkin bir düzenleme yapılması savunulmaktadır<sup>132</sup>. Buna göre, bildirim üzerine yargılamaya katılan kişilerin davadaki durumu da Alman hukukundaki dava arkadaşlığı şeklinde fer'î müdahaleye ilişkin hükümlere tabi tutulmalıdır<sup>133</sup>.

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre<sup>134</sup>, böyle bir düzenleme olmasa bile, kesin hükmün gerçek hak sahibine sirayetinin gündeme geldiği hâllerde, bu kişinin mahkeme tarafından yargılama hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Zira takip alacaklısı tarafından tapu kaydının düzeltilmesi talebiyle açılan davada, hükümden doğrudan doğruya etkilenecek takip borçlusu hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Bu hakkı bir zincire benzetecek olursak, zincirin ilk halkasını bilgilenme hakkı oluşturur. Mahkeme, hukuki ilişkinin gerçek tarafını dava hakkında bilgilendirmezse hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olur. Bu konuda açık düzenleme yapılmamış olması, hâkimin böyle bir görevinin bulunmadığı anlamına gelmez.

Mahkemenin takip borçlusuna yapacağı bildirim teknik anlamda ihbar değildir; davanın ihbarının doğurduğu hukuki sonuçları doğurmaz. Bu bildirim üzerine borçlu davadan haberdar olur ve dilerse yargılamaya fer'î müdahil olarak katılabilir. Ancak fer'î müdahile tanınan imkânlar, kesin hükmün sirayetinin kabul edildiği durumlarda yeterli korumayı sağlayamamaktadır. Bundan dolayı hukukumuzda, davanın tarafı olmamakla beraber hükümden doğrudan doğruya etkilenecek üçüncü kişiler için dava arkadaşlığı şeklinde fer'î müdahale imkânının tanınması isabetli olur. Bu sayede müdahil, lehine katıldığı taraftan bağımsız olarak usul işlemleri yapabilecektir<sup>135</sup>. Örneğin asıl taraf kanun yoluna başvurmaktan feragat etse bile hükme karşı kanun yoluna başvurabilecektir. Ancak ne yazık ki Türk hukukunda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

129 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, s. 51-54; **Budak**, s. 51-55; **Alangoya**, Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1999, s. 50.

130 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavaş**, Murat; "Hükme Karşı Üçüncü Kişilerin Müracaat İmkânı", **Legal Hukuk Dergisi** 2008/3, Sayı; 11, s. 615 vd; **Pekcanitez**, s. 60-62; **Budak**, s. 81-91.

131 Türk hukukunda üçüncü kişiye itiraz davası imkânının tanınması gerekmediği yönünde bkz. **Pekcanitez**, s. 62. Aksi yönde bkz. **Budak**, s. 98; **Yavaş**, s. 646. Dava arkadaşlığı şeklinde fer'î müdahale kurumunun Türk hukukuna iktibası gerektiği yönünde bkz. **Budak**, s. 55.

132 **Budak**, s. 69-71.

133 **Budak**, s. 71.

134 **Dişel**, s. 179.

135 **Alangoya**, s. 50; **Budak**, s. 53.

**F. ALACAKLININ DAVAYI KÖTÜ YÖNETMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU**

Dava konusu hukuki ilişkinin gerçek tarafı, davadan haberdar olmadığı için yargılamaya katılmamış veya geç katılmış yahut zamanında katılmasına rağmen dava yetkininin kendisine engel olması sebebiyle haklarını koruyacak işlemleri yapamamış ve bunun sonucunda hak kaybına uğramış olabilir. Bundan dolayı doktrinde davayı kötü yöneten dava yetkininin gerçek hak sahibinin uğradığı zararlardan sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak bu sorumluluğun şartları ve dayandığı hukuki sebep konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>136</sup>, dava takip yetkisini devralan alacaklının davayı kusurlu bir şekilde yanlış yürütmesi sebebiyle zarara uğrayan takip borçlusu ve diğer alacaklılar, haksız fiile ilişkin TBK m. 49 hükmü çerçevesinde uğradığı uğradıkları zararın tazminini talep edebilirler.

Bir başka görüşe göre ise<sup>137</sup>, hak sahibi ile dava yetkini arasında bir vekâlet ilişkisinin bulunmadığı hâllerde vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Dolayısıyla dava yetkini, yargılamayı hak sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak yürütmek zorundadır; aksi hâlde her türlü kusurundan sorumlu olacaktır.

Kusur ve hukuka aykırılık – birbiriyle karıştırılmaya müsait kavramlar olsa da – haksız fiil sorumluluğunun iki ayrı unsurudur. Takip alacaklısı, icra dairesinden aldığı yetki ile açtığı davayı hatalı yürüterek borçlunun hak kaybına uğramasına yol açmışsa kusurlu olsa dahi işlediği fiilin hukuka aykırılık teşkil ettiğini söylemek çoğu zaman mümkün değildir. Zira hukuka aykırılık, hukuk düzenince öngörülmüş bir koruma normunun (genel davranış kuralının) ihlal edilmiş olmasından kaynaklanır<sup>138</sup>. Oysa takip alacaklısı, bu nitelikte bir kurala aykırı davranmamıştır.

Vekâletsiz iş görme ise bir kimsenin hukuken yetkili veya yükümlü olmaksızın başkasına ait bir işi görmesinden kaynaklanır<sup>139</sup>. İş gören bu işi haksız ve kötü niyetli olarak kendi menfaatine görüyorsa gerçek olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur. İlk bakışta takip alacaklısının, borçlu ile arasında bir vekâlet sözleşmesi bulunmadığı göz önünde bulundurularak gerçek olmayan vekâletsiz iş gören konumunda olduğu düşünülebilirse de burada vekâletsiz olmaktan maksat işin hukuka aykırı olarak görülmesidir<sup>140</sup>. Yani vekâletsiz iş görme başkasının hukuk alanına haksız bir müdahaledir. İş gören söz konusu işi yapmaya hukuken mezun değildir<sup>141</sup>. Bu nedenle gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bir haksız fiil olarak açıklanmaktadır<sup>142</sup>. İş gören, başkasına ait bir işi yasanın tanıdığı yetki ile gerçekleştiriyorsa müdahalenin hukuka aykırı olduğundan söz edilemez. Dolayısıyla takip

136 **Bulut**, s. 275.

137 **Dişel**, s. 194-195.

138 **Antalya**, O. Gökhan; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt: V/2, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 93; **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt II, 13. Bası, İstanbul 2017, s. 14.

139 **Eren**, Fikret; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2018, s. 897; **Yavuz**, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak; *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. Bası, İstanbul 2019, s. 758.

140 **Eren**, s. 912.

141 **Tandoğan**, Halûk; *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, İstanbul 1957, s. 132; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 758.

142 **Tandoğan**, s. 73; **Eren**, s. 898; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 764.

alacaklısının, icra dairesinden aldığı yetki ile açacağı davada vekâletsiz iş gören konumunda olacağını kabul etmek mümkün değildir.

Sonuç olarak takip alacaklısının, yargılama sırasında borçlunun zarara uğramasına sebep olan her türlü fiilinden sorumlu olduğu söylenemez. Ancak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek fiiller bakımından özel bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>143</sup>, dürüstlük kuralına aykırı davranışlar hukuka aykırı fiil teşkil eder ve haksız fiil sorumluluğuna yol açar. Böylece dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekle birlikte TBK m. 49/2'nin kapsamına girmeyen bir fiil ile meydana gelen zararların tazmini mümkün olacaktır<sup>144</sup>. Genel ahlaka aykırı bir davranış aynı zamanda dürüstlük kuralını da ihlal ediyorsa, zarar verme kastını arayan TBK m. 49/2 hükmüne başvurmaya gerek kalmayacaktır. Bu görüş kabul edilirse, dava yetkininin hukuki ilişkinin gerçek tarafını zarara uğratan kusurlu fiili dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği takdirde onun hukuki sorumluluğuna yol açacaktır.

Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>145</sup>, dürüstlük kuralı genel bir koruma normu teşkil etmez. Her şeyden önce haksız fiil tesadüfi bir ilişkidir. Dürüstlük kuralını koruma normu olarak kabul etmek bu tesadüfi bağı sözleşmesel bir bağ seviyesine taşımak anlamına gelir<sup>146</sup>. Ayrıca ahlaka aykırı fiillerden sorumluluğun ayrı bir fıkra ile düzenlemiş olması, dürüstlük kuralının kanun koyucu tarafından da bir koruma normu olarak kabul edilmediğini göstermektedir<sup>147</sup>. Zira dürüstlük kuralı bir koruma normu olarak kabul edilecek olursa bu hükme ihtiyaç kalmayacaktır. Dürüstlük kuralına aykırı fiil ancak ahlaka aykırılığın şartlarını taşıyorsa TBK m. 49/2 uyarınca haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir<sup>148</sup>.

Kanun koyucu, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralının bulunmadığı hâllerde, bu fiil ahlaka aykırılık teşkil ediyorsa haksız fiil sorumluluğunun doğabileceğini kabul etmiştir (TBK m. 49/2). İşte icra dairesinden aldığı yetki ile açtığı davayı hatalı yürüten takip alacaklısı, şartları varsa bu hüküm uyarınca borçluya verdiği zararlardan sorumlu tutulabilir. Ancak alacaklının, ahlaka aykırı fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için zarar verme kastının bulunması gerekir. Örneğin alacaklı, davada aleyhine hüküm verilmiş olmasına rağmen borçluyu zarara uğratmak için kanun yollarına başvurmadan feragat etmişse veya yine zarar verme kastıyla davaya fer'î müdahil olarak katılan borçlunun bazı işlemlerde bulunmasına engel olmuşsa TBK m. 49/2 hükmü uygulama alanı bulur. Bu çerçevede takip borçlusu, uğradığı zararın tazminini alacaklıdan isteyebilir. Ancak alacaklının, borçluyu zarara uğratma kastı yoksa, sırf kusurlu bir şekilde davayı hatalı yürüttüğü için hukuki sorumluluğu doğmaz. Aksi bir kabul, alacağını elde edebilmek için Kanun'un kendisine tanıdığı yetkiyi kullanan alacaklının büyük bir mesuliyet altına sokulmasına sebep olacaktır.

143 **Oğuzman/Öz**, *Cilt 2*, s. 20-21; **Barlas**, Nami; "Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, İstanbul 2010, s. 433; **Çağlayan-Aksoy**, Pınar; Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tanzimi, İstanbul 2016, s. 581.

144 **Barlas**, s. 433; **Çağlayan-Aksoy**, s. 582.

145 **Antalya**, *Cilt 2*, s. 103; **Baysal**, Başak; Haksız Fiil Hukuku, İstanbul 2019, s. 105.

146 **Baysal**, s. 106.

147 **Baysal**, s. 106.

148 **Antalya**, *Cilt 2*, s. 114.



## SONUÇ

Gerçekte borçluya ait olmakla birlikte, henüz tapu siciline tescil edilmemiş veya tapu sicilinde üçüncü kişi adına kayıtlı olan aynı hakların haczi mümkün değildir. Bu hakların haczedilebilmesi için öncelikle tapu sicilindeki kaydın borçlu tarafından düzeltilmesi gerekir. Ancak borçlu, çeşitli gerekçelerle hakkın tescilini talep veya dava etmekten kaçınabilir. Böylece alacaklıların söz konusu hakkı haczettirmesi önlenmiş olur. Kanun koyucu bu yüzden takip alacaklısına, tescili sağlamak için gerekli işlemleri yapma imkânı tanımıştır. Alacaklı bu imkâna belirli şartların gerçekleşmesi üzerine İİK m. 94 uyarınca icra dairesinden alacağı yetki ile kavuşur.

İİK m. 94, Kanun'un haciz yoluyla takip isimli dördüncü babında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükmün haciz aşamasının mevcut olduğu bütün takip yolları bakımından uygulanması mümkündür. İflâs masasının tasfiyesi sırasında da iflâs idaresinin, taşınmaz bir mal üzerindeki müflise ait olduğu düşünülen aynı hakkın tescili için gereken işlemleri yapabileceğini kabul etmek gerekir.

Söz konusu düzenleme, haczi mümkün olan bütün haklar bakımından değil; yalnızca aynı haklar için uygulama alanı bulur. Taşınmaz satış vaadi veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu olan taşınmazlar bakımından İİK m. 94'ün uygulanması mümkün değildir. Zira bu sözleşmelerin varlığı alacaklıya bir aynı hak bahşetmez; burada yalnızca alacak hakkı söz konusudur.

Borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan ilki, borçlunun tescilden önce bir aynı hak iktisap etmiş olması veya gerçekte borçluya ait bir aynı hakkın tapu sicilinde üçüncü kişi adına kayıtlı görünmesidir. Takip alacaklısının bu yöndeki subjektif iddiası ilgili kanun hükmünün işletilebilmesi için yeterli değildir. İcra dairesince tescil için yetki verilebilmesi, taşınmaz üzerindeki aynı hakkın borçluya ait olduğunun inandırıcı biçimde ortaya koyulmasına bağlıdır.

Alacaklının, borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisini üzerine alabilmesi için haciz isteme hakkının bulunması gerekir. Kanımızca ihtiyati veya geçici haciz talep edebilecek alacaklının da icra dairesinden borçlu adına tescili gerçekleştirmek üzere yetki alması mümkündür.

Gerçekte borçluya ait olmakla beraber tapu sicilinde üçüncü bir kişi adına kayıtlı olan aynı haklar çekişmeli olduğundan İİK m. 85/2 uyarınca en son haczedilecektir. Ancak böyle bir çekişme bulunmasa bile tescilden önce kazanılan aynı hakların tescili için alacaklıya yetki verilmesi ek birtakım masraflara ve zaman kaybına sebep olur. Dolayısıyla üzerinde herhangi bir çekişme bulunmayan mallar varken bu hakların tescili için alacaklıya yetki verilmesi, icra görevlilerinin telif etmesi gereken menfaatlere aykırı düşer. Böyle bir tavır takip ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmaz. Bundan dolayı İİK m. 94 uyarınca borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya verilebilmesi için, borçlunun çekişmesiz mal ve haklarının alacağı karşılığa yetmemesi gerekir.

Borçlu adına tescili talep veya dava etme yetkisinin alacaklıya tanınması, borçlunun hakkını tescil ettirmekte hareketsiz kalması sebebine dayanmaktadır. Bu, İİK m. 94/2 veya m. 94/3 hükümlerinin uygulanması için temel şarttır. Eğer takip borçlusu hakkını tescil ettirmek için gerekli işlemleri yapmaktaysa – örneğin dava açmışsa – alacaklıya bu yönde yetki verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Borçlunun bir taşınmaz üzerinde tescilden evvel kazandığı aynı hakların tescili için dava açmak gerekiyorsa icra dairesinin vereceği yetkinin hukuki niteliği dava takip yetkisidir. Alacaklı, bu yetkiye dayanarak açacağı davada dava yetkini olarak adlandırılır; zira davaya konu maddi hukuk ilişkisinin tarafı olduğu iddiasında değildir. İcra dairesinden bu yönde yetki almadan borçluya ait bir taşınmazın tescilini gerçekleştirebilmek için dava açılırsa mahkemece alacaklıya yetki belgesi sunması için süre verilmesi gerekecektir. Çünkü bu eksiklik sonradan tamamlanabilir niteliktedir.

İcra dairesi tarafından verilen yetki takip alacaklısının alacağına bağlı bir yetkidir. Dolayısıyla alacak bir şekilde itfa ederse bu yetki son bulur. Yetkiye dayanak oluşturan takibin sona ermesi hâlinde de alacaklı dava takip yetkisini yitirecektir. Alacağın üçüncü kişiye devredilmesi durumunda yetki, ek bir işlem yapmaya gerek olmaksızın alacağı devralan üçüncü kişiye geçecektir. Bu durumda dava konusunun davacı tarafından devrine ilişkin hüküm kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Böylece davanın reddi ve alacağı devralan kişi tarafından yeni bir dava açılması önlenmiş olacaktır.

Dava yetkinliğinin söz konusu olduğu durumlarda davanın tarafı, kendisine dava takip yetkisi tanınmış olan üçüncü kişidir. Dava yetkininin tarafı olduğu davada her türlü usul işlemini yapabileceği kabul edilmektedir. Ancak davadan feragat, saf usul işlemi değil; karma karakterli bir işlemdir. Bundan dolayı davadan feragat edecek kişinin, dava konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. İcra dairesinden alacağı yetki ile davayı yürüten takip alacaklısı, dava konusu hakka yabancı biri olduğundan davadan feragat edemez. Davanın kabulü ve sulh bakımından da aynı sonuca varmak gerekir.

Takip alacaklısının, icra dairesinden alacağı yetki ile açtığı dava – ister lehe ister aleyhe sonuçlanmış olsun – kesinleşen hüküm hem takip alacaklısı hem de takip borçlusu bakımından bağlayıcı olacaktır. Kesin hükmün sirayetinin kabul edilmesi derdestliğin de kabul edilmesini gerektirir. Burada ilk dava ile ikinci davanın tarafları farklı olsa da dava takip yetkileri aynıdır ve dava takip yetkilerinin aynı olması tarafların aynı olması koşulunu karşılamaktadır.

Her ne kadar hukukumuzda böyle bir düzenleme bulunmasa da kesin hükmün gerçek hak sahibine sirayetinin gündeme geldiği hâllerde, bu kişinin mahkeme tarafından yargılama hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Bu bildirim üzerine borçlu davadan haberdar olacak ve dilerse yargılamaya fer'î müdahil olarak katılabilecektir. Ancak fer'î müdahile tanınan imkânlar, kesin hükmün sirayetinin kabul edildiği durumlarda yeterli koruma sağlayamamaktadır. Bundan dolayı hukukumuzda, davanın tarafı olmamakla beraber hükümden doğrudan doğruya etkilenecek üçüncü kişiler için dava arkadaşlığı şeklinde fer'î müdahale imkânının tanınması isabetli olur. Bu sayede müdahil, lehine katıldığı taraftan bağımsız olarak usul işlemleri yapabilecektir.

Kanımızca icra dairesinden aldığı yetki ile açtığı davayı hatalı yürüten takip alacaklısı, borçluya verdiği zararlardan şartları varsa TBK m. 49/2 uyarınca sorumlu tutulabilir. Ancak alacaklının borçluyu zarara uğratma kastı yoksa, sırf kusurlu bir şekilde davayı hatalı yürüttüğü için hukuki sorumluluğu doğmaz. Aksi bir kabul, alacağını elde edebilmek için Kanun'un kendisine tanıdığı yetkiyi kullanan alacaklının büyük bir mesuliyet altına sokulmasına sebep olacaktır.

İİK m. 94'te öngörülen usul işletilerek tescil gerçekleştirildiğinde, tapu siciline tescili sağlanan aynı hak kendiliğinden takip alacaklısı lehine mahcuz sayılır. Bunun için ayrıca bir haciz işlemi yapılmasına gerek yoktur. Alacaklı, aynı hakkın takip borçlusu adına tescilini isterken aynı zamanda kendi lehine haciz şerhinin koyulmasını da sağlayabilir. Takip alacaklısının tescili gerçekleştirebilmek için yaptığı kanuni masraflar, ayrıca bir takip veya hükme gerek kalmaksızın icra dairesi tarafından borçludan tahsil olunur. Buna karşılık alacaklı, kanunen gerekmeyen bazı masraflar yapmışsa, borçlunun bunlardan sorumluluğu söz konusu olmaz.

## KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk; Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Ankara 2013.
- Akipek**, Jale / **Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya; Eşya Hukuku, İstanbul 2018.
- Akkaya**, Tolga; “Alacaklıdan Mal Kaçırmaya Yönelik Muvazaalı Tasarrufların İcra ve İflas Kanununda Düzenlenen İptal Davasına Konu Olup Olamayacağı Sorunu”, **MİHDER** 2006, Cilt; 2, Sayı; 3, s. 661-684.
- Alangoya**, Yavuz / **Yıldırım**, M. Kâmil / **Deren-Yıldırım**, Nevhis; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006. (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, *Değerlendirme*)
- Alangoya**, Yavuz / **Yıldırım**, M. Kâmil / **Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011.
- Alangoya**, Yavuz; Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1999.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflâs Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960.
- Antalya**, O. Gökhan / **Sağlam**, İpek; Miras Hukuku Cilt: III, 4. Bası, İstanbul 2019.
- Antalya**, O. Gökhan / **Topuz**, Murat; Eşya Hukuku Cilt IV/1, 3. Bası, İstanbul 2019.
- Antalya**, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Antalya**, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/2, 2. Bası, İstanbul 2019. (**Antalya**, *Cilt 2*)
- Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder / **Taşpınar-Ayvaz**, Sema / **Hanağası**, Emel; İcra ve İflâs Hukuku, 5. Bası, Ankara 2019.
- Arslan**, Ramazan / **Yılmaz**, Ejder / **Taşpınar-Ayvaz**, Sema / **Hanağası**, Emel; Medenî Usul Hukuku, 5. Bası, Ankara 2019. (**Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, *Usul*)
- Aslan**, Kudret; “Hacizde Sıra (Tertip) (Order of Attachment)”, **AÜHFD** 2005, Cilt; 54, Sayı; 2, s. 269-318. (**Aslan**, *Tertip*)
- Aslan**, Kudret; Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.
- Atalı**, Murat / **Ermenek**, İbrahim / **Erdoğan**, Ersin; İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2019.
- Atalı**, Murat; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (Ed. Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz), 15. Bası, İstanbul 2017. (**Atalı**, *Pekcanitez Usûl*)
- Azmi**, Sait / **İzzet**, Nazım; Yeni İcra ve İflâs Kanunu Esasları ve Şerhi, 1932-1933.
- Barlas**, Nami; “Başkasının Sözleşme İlişkinine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, İstanbul 2010, s. 415-440.
- Baysal**, Başak; Haksız Fiil Hukuku, İstanbul 2019.
- Berkin**, Necmeddin M.; Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Budak**, Ali Cem; Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, İstanbul 2000.
- Bulut**, Uğur; İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, Ankara 2013.

- Çağlayan-Aksoy**, Pınar; Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tanzimi, İstanbul 2016.
- Deren-Yıldırım**, Nevhis; Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- Dişel**, Buse; Dava Takip Yetkisi, Yayımlanmamış Doktora Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İzmir 2019.
- Erdönmez**, Güray; Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, 2. Bası, İstanbul 2019.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2018.
- Erişir**, Evrim; Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü (6 Cilt), 6. Bası, İstanbul 2001. (**Kuru**, *Usul*)
- Kuru**, Baki; İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.
- Muşul**, Timuçin; İcra ve İflâs Hukuku (2 Cilt), 6. Bası, Ankara 2013.
- Namlı**, Mert; İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2019.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 16. Bası, İstanbul 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 13. Bası, İstanbul 2017. (**Oğuzman/Öz**, *Cilt 2*)
- Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017.
- Oruç**, Yakup; İflâs İdaresi, İstanbul 2019.
- Özkes**, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Özkes**, Muhammet; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (Ed. Hakan Pekcanitez / Muhammet Özkes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz), 15. Bası, İstanbul 2017. (**Özkes**, *Pekcanitez Usûl*)
- Pekcanitez**, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Özkes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan / **Atalay**, Oğuz / **Sungurtekin-Özkan**, Meral / **Özkes**, Muhammet; İcra ve İflâs Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan / **Taş-Korkmaz**, Hülya; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (Ed. Hakan Pekcanitez / Muhammet Özkes / Mine Akkan / Hülya Taş-Korkmaz), 15. Bası, İstanbul 2017. (**Pekcanitez/Taş-Korkmaz**, *Pekcanitez Usûl*)
- Pekcanitez**, Hakan; Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.
- Postacioğlu**, İlhan E. / **Altay**, Sümer; İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.
- Postacioğlu**, İlhan E.; İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982.
- Sirmen**, A. Lâle; Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2017.
- Tandoğan**, Halûk; Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957.
- Tanrıver**, Süha; Medenî Usûl Hukuku Cilt 1, 2. Bası, Ankara 2018.
- Taş-Korkmaz**, Hülya; Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği, Ankara 2014.
- Topuz**, Murat; Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, İstanbul 2020.
- Uyar**, Talih; "İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu", **Ankara Barosu Dergisi** 2011/1, s. 211-231.
- Üstündağ**, Saim; İcra Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.
- Üstündağ**, Saim; Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959. (**Üstündağ**, *Tashihi*)
- Yavaş**, Murat; "Hükme Karşı Üçüncü Kişilerin Müracaat İmkânı", **Legal Hukuk Dergisi** 2008/3, Sayı; 11, s. 605-647.

- Yavuz**, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2019.
- Yıldırım**, M. Kâmil / **Deren-Yıldırım**, Nevhis; İcra ve İflas Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016.
- Yıldırım**, M. Kâmil; İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995.
- Yılmaz**, Ejder; İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.